

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU DOKTORA
DOKTORA TEZİ

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA
ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA
DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

DİLARA ELTİMUR

Danışman
DOÇ. DR. OĞUZ ŞİMŞEK

İZMİR-2018

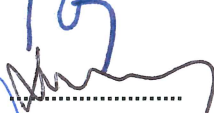
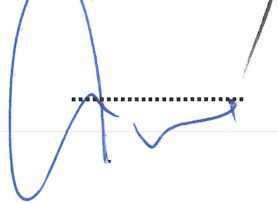
DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : DİLARA ELTİMUR
Öğrenci No : 2012800778
Tez Başlığı : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Savunma Tarihi : 02/04/2018

Danışmanı : Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	-DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Yrd.Doç.Dr. Tijen DÜNDAR SEZER	-DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr. Muhammet ÖZEKES	-DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Durmuş TEZCAN	-İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Mustafa Ruhan ERDEM	-YAŞAR ÜNİVERSİTESİ	

DİLARA ELTİMUR tarafından hazırlanmış ve sunulmuş olan bu tez savunmada başarılı bulunarak oy birliği () / oy çokluğu () ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Metin ARIKAN
Müdür

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

20/04/2018
Dilara ELTİMUR

ÖZET
Doktora Tezi

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA
ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA
DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Dilara ELTİMUR

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Doktora Programı

İnsan haklarının temel amacı bireyi devlete karşı korumaktır. Ancak 18 ve 19. yüzyıllarda insan haklarının negatif niteliğine ilişkin bu yaklaşım değişmiştir. 20. yüzyılda klasik hakların devletin salt müdahale etmemesi, dokunmaması yani negatif yükümlülüğünü yerine getirmesi suretiyle gerçekleşmeyeceği aksine bu hakların korunması ve sağlanması hususunda devletin bazı pozitif yükümlülüklerinin olduğu görüşü insan hakları hukuku doktrin ve uygulamasında kabul görmüştür. Bu anlayışın benimsenmesi sonucu bugün devletin pozitif yükümlülüklerinin sadece sosyal ve ekonomik haklar için söz konusu olduğu düşüncesi terk edilmiş, klasik haklar bakımından da pozitif yükümlülüklerinin olduğu anlayışı yerleşmiştir.

İnsan haklarının korunması için devletin olumlu bir adım atıp harekete geçmesini gerekli kılan pozitif yükümlülüklerin gerek Türk Hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta açık ve kesin bir tanımı bulunmamaktadır. Temel hukuki dayanağını AİHS'in 1. maddesinde ve Anayasa'nın 5. maddesinde bulan pozitif yükümlülük kavramı, insan haklarının teoride değil, uygulamada da etkili bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla AİHM içtihatlarıyla yerleşik hale gelmiştir. AİHM'in, AİHS'i dinamik (evolütif) yorumlaması sonucu, pozitif yükümlülük doktrini ve içtihatları gelişmekte fakat uygulamada devletin sorumluluk sınırını hayli genişleten bu yükümlülüklerin öngörülebilirliği, belirliliği ve kapsamı açısından sorun doğmaktadır.

Bir insan hakkı olarak özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamlı içeriği dolayısıyla pozitif yükümlülük doktrini çerçevesinde en zengin içtihat birikiminin olduğu haklardan biridir. Aynı zamanda özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı devletin müdahalesine en kapalı klasik haklardan biridir. Bu sebeple hakkın korunmasına yönelik devletin pozitif yükümlülüklerini belirlemek daha büyük önem arz etmektedir.

Bu çalışmada pozitif yükümlülük kavramı ve kapsamına ilişkin teorik tartışmalardan ve güncel gelişmelerden yola çıkılarak özel hayatın ve aile hayatının korunmasında devletin pozitif yükümlülükleri AİHM içtihatları ışığında değerlendirilmiştir. Ayrıca AİHS'e taraf devlet olarak Türkiye'nin

pozitif yükümlölüklerinin hukuki temelleri Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Pozitif yükümlölük, negatif yükümlölük, özel hayat, aile hayatı, konut, haberleşme, AİHS, AİHM.



ABSTRACT
Ph.D. Dissertation

**STATE’S POSITIVE OBLIGATION ON PROTECTING PRIVATE AND
FAMILY LIFE UNDER ECHR**

DİLARA ELTİMUR

**Dokuz Eylul University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Public Law Doctorate Programme**

The main purpose of human rights is to protect the individual against the state. Nevertheless, this approach to the negative nature of human rights has changed in the 18th and 19th centuries. In the 20th century, it was accepted both by human rights doctrine and practice that classic human rights cannot exist when states only do not interfere these rights which means states act in their negative obligations. On the contrary, it was accepted that states have some positive obligations about protection and enforcement of classic rights. Affected by this change, today it is a well-accepted view that states have positive obligations about not only social and economic rights but also classic rights.

Neither in Turkish law nor in Comparative law, there is a clear and precise definition of positive obligations of states which force states to take actions to protect human rights. The concept of positive obligation, which is based on Article 1 of the ECHR and Article 5 of the Turkish Constitution, is accepted by the ECHR case law as it is needed to be protected not only in theory but also in practice. Although the positive obligation doctrine and case law are in progress as a result of the dynamic (evolutive) interpretation of ECHR by ECtHR, in practice predictability, legal certainty and scope of these obligations which broaden the responsibilities of the state are creating problems.

The right to respect private and family life as a human right has the most profound jurisprudence within the context of the positive obligation doctrine due to its comprehensive content. At the same time, the right to respect for private and family life is one of the most protected human rights against state intervention. Therefore, it is important to determine the positive obligations of states about the right to respect private and family life.

In this dissertation, the scope and theory of positive obligations of states to protect the right to respect for private and family life are studied through theoretical discussions and current developments under ECtHR case law. Furthermore, the legal grounds of positive obligations in the Turkish Republic as a signatory of the ECHR are examined within the scope of decisions of Constitutional Court of the Republic of Turkey.

Key Words: Positive obligation, negative obligation, private life, family life, home, correspondence, ECHR, ECtHR.

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA
ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA
DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

YEMİN METNİ.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR.....	xviii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA
ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA
DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI HAKKININ KAPSAMI	6
A. Özel Hayata Saygı Hakkı	13
1. Fiziksel ve Psikolojik Bütünlük	17
2. Kişinin İtibarı	19
3. Kişisel ve Sosyal Kimlik.....	21
a. İsim.....	21
b. Cinsel Kimlik	24
c. Etnik Kimlik.....	25
4. Kişisel Özerklik ve Gelişim	27
5. Kişisel Bilgiler ve Veriler	28
B. Aile Hayatına Saygı Hakkı.....	32
C. Konuta Saygı Hakkı	34
D. Haberleşmeye Saygı Hakkı	36
II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA TARAFLAR	40

A. Hakkın Öznesi Olarak Kişiler	40
1. Gerçek Kişiler	41
a. Genel olarak	41
b. AİHS'in 8. Maddesi Kapsamında Özellik Arzeden Kimseler	42
(1) Çocuk.....	43
(2) Mahpus.....	46
2. Hükümet Dışı Kuruluşlar	49
a. Genel Olarak	49
b. AİHS'in 8. Maddesi Kapsamında Tüzel Kişiler	50
3. Kişi Grupları	52
B. Hakkı Korumanın Yükümlüsü Olarak Devlet.....	52
1. Devletin Temel Yükümlülükleri	53
a. Tanıma Yükümlülüğü	56
b. Saygı Yükümlülüğü	57
c. Koruma Yükümlülüğü	58
(1) Önleyici Koruma Yükümlülüğü.....	61
(2) Düzeltici Koruma Yükümlülüğü.....	62
d. Yerine Getirme (Uygulama) Yükümlülüğü	63
2. Devletin Dikey ve Yatay Yükümlülükleri	65
a. Devletin Dikey Yükümlülükleri.....	66
b. Devletin Yatay Yükümlülükleri.....	67
(1) Genel Olarak.....	68
(2) Yatay Etkinin Türleri.....	70
(i) Doğrudan Yatay Etki.....	71
(1) Genel Olarak	71
(2) AİHS çerçevesinde.....	74
(ii) Dolaylı Yatay Etki	75
(3) AİHS'in Yatay Etkisi Işığında 8. Madde Çerçevesinde Devletin Pozitif Yükümlülükleri.....	78
(i) Doktrinsel Temel.....	79
(ii) Hukuki Dayanak	81
(iii) Problem Alanı	83

(iv) Yükümlülüklerin Çatışması Sorunu.....	84
(4) AİHM Kararları Çerçevesinde 8. Madde Kapsamında Dolaylı Yatay Etki.....	85
III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN SINIFLANDIRILMASI	87
A. Genel Olarak	87
B. Negatif Yükümlülük Kavramı ve Kapsamı.....	89
1. Negatif Yükümlülük Kavramı	89
2. Negatif Yükümlülük Kapsamı	92
a. Genel Olarak	92
b. Saygı Gösterme Yükümlülüğü.....	93
C. Pozitif Yükümlülük Kavramı ve Kapsamı	95
1. Genel Olarak	95
2. Pozitif Yükümlülük Kavramı.....	96
a. Tanımı	96
b. Pozitif Yükümlülüklerin Doktrinsel Dayanakları	98
(1) Teorik Temeli.....	98
(2) Doğuşu.....	101
(3) Kavramın Ortaya Çıkışı.....	103
(4) Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Kapsamında Pozitif Yükümlülüklere İlişkin İlk Davalar.....	106
(i) Marckx/Belçika.....	108
(ii) Airey/İrlanda	110
(iii) X and Y/ Hollanda	112
3. Pozitif Yükümlülüklerin Kapsamı	114
a. Teorik Tartışmalar.....	114
b. Problem Alanı	115
c. Haklar Bakımından Koruma Alanı	116
d. Sınırları.....	119
e. İçkin Sınırlamalar Doktrini	120
f. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Konuya Yaklaşımı	122

4. Pozitif Yükümlülüklerin Hukuki Dayanağı.....	123
a. İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü (AİHS. m. 1).....	124
b. Etkili Başvuru Hakkı (AİHS. m. 13).....	129
c. Hakların Etkili Korunması İlkesi	130
d. Hukukun Üstünlüğü İlkesi	131
5. Pozitif Yükümlülüklerin Kaynağı.....	132
a. Normatif Kaynak.....	133
b. İçtihadî Kaynak	134
6. Pozitif Yükümlülüklerin Amacı.....	135
7. Pozitif Yükümlülüklerin Yapısı.....	137
a. Pozitif Yükümlülüklerin Özellikleri	137
b. Pozitif Yükümlülüklerin Boyutları	138
(1) Sosyal Boyut (Social Dimension).....	139
(2) Yatay Boyut (Horizontal Dimension).....	140
c. Pozitif Yükümlülük Türleri.....	141
(1) Genel Olarak.....	141
(2) Esasa ve Usule İlişkin Pozitif Yükümlülük Ayrımı.....	142
(i)Devletin Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükleri	143
(1) Etkin Hukuk Düzeni Kurmak	144
(2) Hakların Korunmasına Yönelik Tedbir Almak.....	147
(i) Genel Olarak.....	147
(ii) Özen Prensibi.....	148
(3) Hak Sahiplerini Üçüncü Kişilerin Müdahalelerinden Korumak	150
(ii) Devletin Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükleri	152
(1) Doktrinsel Temel.....	152
(2) Hukuki Dayanak	153
(3) AİHS'in 8. Maddesi Çerçevesinde Usule İlişkin Pozitif	
Yükümlülükler	154
(i) Etkili Soruşturma Yükümlülüğü	156
(ii) Yargılama ve Cezalandırma Yükümlülüğü	159
D. Devletin Pozitif ve Negatif Yükümlülüklerinin Ayrımı	160

1. Ayrımın Teorik Temeli.....	160
2. Hakların Tipolojisine Göre Ayrım.....	162
3. Yükümlülük Tipolojisine Göre Ayrım	164
4. Pozitif ve Negatif Yükümlülük Arasındaki İlişki	165
5. Pozitif ve Negatif Yükümlülük Arasındaki Farklar.....	167
6. Pozitif ve Negatif Yükümlülüğün Hukuki Sonuçları	168
7. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Konuya Yaklaşımı.....	169

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHA TLARI ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YORUMU ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ	172
A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu	172
B. Dinamik (Evolütif) Yorum Yöntemi.....	177
1. Yararlı Etki (Effet Utile) Doktrini	182
2. Otonom (Özerk) Kavramlar Doktrini	183
a. Genel Olarak	183
b. AİHS'in 8. Maddesi Çerçevesinde Otonom Kavramlar Doktrini.....	187
(1) Özel Hayat Kavramı.....	188
(2) Aile Hayatı Kavramı.....	189
(3) Konut Kavramı.....	192
(4) Haberleşme Kavramı.....	194
C. Dinamik Yorum Yoluyla Ortaya Konulan Pozitif Yükümlülükler	195
II. ÖZEL HAYATA VE AİLE HAYATINA MÜDAHALENİN HAKLILIK ŞARTLARI AÇISINDAN DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ	200
A. Genel Olarak	200
1. Hukukilik	201

a. Yasallık	203
b. Yasanın Maddi Niteliği.....	204
(1) Erişilebilirlik.....	206
(2) Öngörülebilirlik.....	207
(3) Kesinlik.....	210
(4) Hukukun Üstünlüğü İlkesine Uygunluk.....	212
2. Meşru Amaç.....	213
a. Genel Olarak	213
b. Meşru Amaç-Pozitif Yükümlülük İlişkisi.....	215
c. AİHS'in 8. Maddesi Kapsamında Korunan Haklara Müdahalede Meşru Amaçlar	218
(1) Ulusal Güvenlik.....	219
(2) Kamu Güvenliği.....	221
(3) Ülkenin Ekonomik Refahı.....	222
(4) Düzenin Korunması ve Suçun Önlenmesi.....	224
(5) Sağlık ve Ahlakın Korunması.....	226
(6) Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması.....	228
3. Demokratik Toplumda Gerekliklik Ölçütü.....	229
a. Toplumsal İhtiyaç Baskısı.....	231
b. Oranlılık	232
(1) Genel Olarak.....	233
(2) Adil Denge.....	235
(i) Kamu Menfaati ve Birey Menfaati Arasında Adil Denge	236
(ii) Bireylerin Menfaatleri Arasında Adil Denge	239
c. Pozitif Yükümlülükler ve Oranlılık Testi	241
4. Takdir Marjı Doktrini	243
a. Genel Olarak	243
b. Takdir Marjı Doktrinin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi.....	245
c. Takdir Marjının Kapsamı Sorunu	250
(1) Genel olarak.....	250
(2) Pozitif Yükümlülükler Açısından Takdir Marjının Kapsamı.....	251
d. Takdir Marjı Doktrini ile Oranlılık İlişkisi	255

e. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Bakımından Takdir Marjı	
Doktrinin Uygulama Alanı.....	258
III. ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI KAPSAMINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ	264
A. Genel Olarak	264
B. Özel Hayata Saygı Hakkı Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri	266
1. Kişinin Kimliğinin Tanınması	266
a. İsim/Soyisim Tercihinin Resmi Olarak Tanınması.....	266
(1) İsim Tercihinin Tanınması.....	267
(i) Çocuğun İsmi	267
(ii) Kişilerin İsim Tercihi	270
(iii) Transseksüellerin İsim Tercihi.....	272
(2) Soyisim Tercihinin Tanınması.....	273
(i) Soyisim Değiştirme	273
(ii) Kadının Soyismi.....	276
(iii) Çocuğun Soyismi	279
b. Kişinin Kökenleri ve Geçmişi Hakkında Bilgi Sahibi Olma Hakkının Tanınması.....	280
(1) Kişinin Kökenleri Hakkında Bilgi Sahibi Olma Hakkı.....	281
(i) Kişinin Biyolojik Kökeni Hakkında Bilgi Sahibi Olma Hakkı....	281
(ii) Kişinin Etnik Kökeni Hakkında Bilgi Sahibi Olma Hakkı	285
(2) Kişinin Geçmişi Hakkında Bilgi Sahibi Olma Hakkı.....	286
c. Kişinin Cinsel Kimliğinin Tanınması ve Korunması.....	288
(1) Transseksüalizm.....	288
(2) Eşcinsel İlişkiler.....	294
(3) Ensest ve Sado-Mazoşist İlişkiler.....	297
2. Kişinin Fiziksel ve Psikolojik Bütünlüğünün Korunması	298
a. Kürtaj	300
b. Tıbbi İhmal ve Müdahaleler.....	303
3. Kişinin İtibarının Korunması	305
4. Kişisel Verilerin Korunması ve Kişisel Verilere Erişimin Sağlanması.....	309
C. Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri.....	315

1. Aile İçi Şiddetten Koruma	316
a. Kadına Karşı Şiddet	316
b. Çocuğa Karşı Şiddet.....	324
2. Çocukların Koruma Altına Alınması	325
3. Gayrisahih Nesepli Çocuklar ile Ebeveynleri Arasındaki Aile Bağının Hukuken Tanınması	327
4. Çocukların Aileleri İle Biraraya Getirilmesi	330
a. Çocukların Ebeveynleri İle Biraraya Getirilmesi.....	330
(1) Tedbir ve Koruma Kararları Çerçevesinde.....	330
(2) Uluslararası Çocuk Kaçırma Olayları Çerçevesinde.....	332
b. Kardeşlerin Biraraya Getirilmesi	336
5. Boşanma.....	337
6. Göç Kararlarının Yabancı Aile Üyelerini Kapsaması	339
7. Azınlıklara Geleneksel Yaşam Tarzlarını Sağlama	343
D. Konuta Saygı Hakkı Kapsamında Pozitif Yükümlülükler	347
1. Çevrenin Korunması	348
a. Devlet Tarafından Yürütülen Tehlikeli Faaliyetler.....	351
b. Özel Kişilerin Devlet Tarafından İzin Verilmiş Faaliyetleri.....	352
2. Konutun Özel Kişilerin Müdahalesine Karşı Korunması	357
E. Haberleşmeye Saygı Hakkı Kapsamında Pozitif Yükümlülükler	359

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN 8. MADDESİ İŞİĞİNDA

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA

DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ VE DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	365
A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukuktaki Yeri.....	365
B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Hiyerarşik Yeri Karşısında Devlet Erklerinin Yükümlülükleri	368
1. Yasama Erkinin Yükümlülükleri	370

2. Yürütme Erkinin Yükümlülükleri.....	373
3. Yargı Erkinin Yükümlülükleri.....	375
II. ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI KAPSAMINDA TÜRK ANAYASALARINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN TEMELİ.....	379
A. 1961 Anayasası	381
B. 1982 Anayasası	383
III. ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA DEVLETİN TEMEL AMAÇ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ	387
A. Devletin Temel Amaçları.....	387
1. İnsan Onuruna Saygı.....	387
2. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasının Güvence Altına Alınması	392
a. Anayasal Güvence Tanınması.....	392
b. Kanuni Güvencelerin Tanınması.....	396
(1) Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu.....	396
(2) Kişisel Verilerin Korunması Kanunu.....	398
(3) Ailenin Korunmasına ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun	399
3. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Hukuk Devleti ve Hukuki Güvenlik İlkesinin Sağlanması.....	402
B. Devletin Temel Yükümlülükleri	404
1. Koruma Yükümlülüğü	404
a. Genel Olarak	404
b. Devletin Özel Hayatı ve Aile Hayatını Korumada Pozitif Yükümlülükleri	407
2. Sağlama Yükümlülüğü	409
3. Özgürleştirme Yükümlülüğü	412
a. Devletin Özgürleştirme Yükümlülüğünün Kapsamı.....	413
(1) Sosyal Hukuk Devleti.....	414
(2) Adalet İlkeleri.....	416
b. Devletin Özgürleştirme Yükümlülüğünü Yerine Getirme Yolları.....	419

(1) Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Kapsamında Siyasi Engelleri Kaldırma.....	420
(2) Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Kapsamında Sosyal Engelleri Kaldırma.....	421
(3) Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Kapsamında Ekonomik Engelleri Kaldırma.....	423
4. Çalışma Yükümlülüğü	425
IV. OLAĞANÜSTÜ HALLERDE MİLLETLERARASI HUKUKTAN DOĞAN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER.....	426
V. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI KAPSAMINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ	428
A. Özel Hayatın Korunması Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri.....	432
1. Kadının Soyismi	432
2. Çocuğun Soyismi.....	435
3. Üçüncü Kişilerin Özel Hayatın Gizliliğine Müdahalesi	438
B. Aile Hayatının Korunması Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri	440
1. Çocuklar Hakkında Alınan Tedbirler ve Koruma Kararları Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri.....	441
2. Uluslararası Çocuk Kaçırma Olaylarında Devletin Pozitif Yükümlülükleri ...	442
3. Velayeti Kendisine Verilmeyen Eşin Çocuk ile Kişisel İlişki Kurmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri	446
VI. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜN ANAYASA’DA DÜZENLENMESİ ÖNERİSİ	448
VII. DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ İŞİĞINDA İHLAL YARATAN İHMALLER.....	450
VIII. AİHS’İN 8. MADDESİ KAPSAMINDA TARAF DEVLET OLARAK TÜRKİYE’NİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	453
A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nden Kaynaklanan Yükümlülükler.....	455
B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kararlarının Yerine Getirilmesine İlişkin Pozitif Yükümlülükler.....	456
1. AİHM Kararlarına Uyma Yükümlülüğü.....	458

2. İhlalin Durdurulması, Sonuçlarının Giderilmesi ve Tekrarının Önlenmesine Yönelik Yükümlülükleri.....	461
a. Bireysel Tedbir Alma Yükümlülüğü.....	464
(1) Tazminat Ödenmesi.....	465
(2) Yeniden İnceleme ve Yargılamanın Yenilenmesi.....	468
(i) Genel Olarak	468
(ii) Türkiye’de Yargılamanın Yenilenmesi.....	470
(3) Diğer Bireysel Tedbirler	475
b. Genel Tedbir Alma Yükümlülüğü	476
(1) Normatif Değişiklik Yapma ve Norm Koyma Yükümlülüğü	476
(i) Genel Olarak	476
(ii) Türk Anayasa Hukukunda AİHS’in 8. Maddesi Kapsamında Yapılan Normatif Değişiklikler.....	480
(2) İçtihat Değişikliği Yapma Yükümlülüğü.....	482
(i) Genel Olarak	482
(ii) Türk Anayasa Hukukunda AİHM’in 8. Madde Kapsamındaki Kararları Uyarınca Yapılan İçtihadi Değişiklikler	484
(3) Diğer Genel Tedbirler.....	486
SONUÇ.....	488
KAYNAKÇA.....	500

KISALTMALAR

AİHK.	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHS.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM.	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Af. İHHŞ.	Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı
AKKŞÖK.	6284 Sayılı Ailenin Korunmasına ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun
Akt.	Aktaran
App.	Application
AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD.	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYMK.	Anayasa Mahkemesi Kararı
AY.	Anayasa
B.	Başvuru
Bkz.	Bakınız
BM.	Birleşmiş Milletler
İHEB.	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
C.	Cilt
CD.	Ceza Dairesi
CEDAW.	The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
CGK.	Ceza Genel Kurulu
CMK.	5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	Çeviren
ÇHS.	Çocuk Hakları Sözleşmesi
Dan.	Danıştay
D.	Daire
Der.	Derleyen
DEÜHF	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

dn.	Dipnot
E.	Esas
ECHR.	European Convention on Human Rights
ECtHR.	European Court of Human Rights
Ed.	Editör
Eds.	Editors
E. T.	Erişim Tarihi
EÜHFD.	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
Int-Ame. C. H. R.	Inter-American Court Of Human Rights
İYUK.	2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	Karar
KKAÖS.	Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
KKAÖK.	Kadınlara Karşı Ayrımcılığı Önleme Komitesi
KSHUS.	Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi
KVKDS.	Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme
KVKK.	6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
m.	Madde
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
Örn.	Örneğin
par.	Paragraf
REC.	Recommendation
RG.	Resmi Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
T.	Tarih
TAAD.	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB.	Türkiye Barolar Birliği
T.B.M.M.	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK.	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

TDK.	Türk Dil Kurumu
TMK.	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TODAİE.	Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
Vol.	Volume
vd.	Ve Devamı
Yar.	Yargıtay
Y.	Yıl



GİRİŞ

İnsan hakları doktrinde ileri sürülen tartışmalar ekseninde insan haklarının negatif niteliğine ilişkin yaklaşımdan 20. yüzyılda uzaklaşmıştır. Nitekim günümüzde insan haklarının yalnızca müdahale edilmemesi, dokunulmaması gereken negatif haklar olarak değil, devletin her durumda koruması gereken pozitif haklar olarak nitelendirilmesi anlayışı benimsenmiştir. Bu anlayışın benimsenmesi sonucu devletin pozitif yükümlülüklerinin sadece sosyal ve ekonomik haklar için söz konusu olduğu düşüncesi değişmiş, artık devletin kişisel haklar bakımından da pozitif yükümlülüklerinin olduğu savunulmaya başlanmıştır.

Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını korumak için devletin pozitif bir ediminin gerekli olduğunun kabulü, insan haklarını klasik koruma ilkelerinden köklü bir kopuşun göstergesidir. Devletin hakkı korumada daha aktif rol alması anlayışında temelini bulan pozitif yükümlülük doktrini, bugün insan haklarına ilişkin modern hukuk teorilerinin odağında yer almaktadır.

İnsanın insana yaraşır ve onurlu bir varlık olarak yaşamını sürdürebilmesi için sahip olması gereken hakları ifade eden insan haklarının öznesi kişiler ve bu hakların yükümlülükleri devlettir. Geçmişten günümüze insan hakları devlet-birey ilişkileri çerçevesinde gündeme geldiğinden bu hakların öncelikli muhatabı devlet olmuştur. Bu bağlamda günümüzde devlet, insan hakları müdahalelerinin hem kaynağı hem de korunmasıyla yükümlü muhatabı olarak karşımıza çıkmaktadır.

İnsan hakları söz konusu olduğunda doktrinde devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülüklerinin olduğu ileri sürülmekle birlikte negatif ve pozitif yükümlülük ayrımını yapmak bazı durumlarda güçleşmektedir. Bu bağlamda her insan hakkı bakımından pozitif ve negatif yükümlülüklerin normatif kategorisini, dogmatik yapılarını, ve prosedürlerini değerlendirerek bunlar arasındaki ilişki, benzerlik ve farklılıkların ortaya konulması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Bir insan hakkı olarak özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı uluslararası insan hakkı belgelerinin birçoğunda korunmaktadır. Fakat insan haklarının korunduğu uluslararası belgeler arasında özel hayat ve aile hayatının en kapsamlı ve etkin şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunduğu görülmektedir. Bunun sebebi Sözleşme'nin denetim organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin etkili yargılama mekanizması sunmasıdır. Aynı zamanda Sözleşme

hükümlerini yorumlama, uygulama ve bu yönde taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine karar verme yetkisini haiz olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından pozitif yükümlülük doktrini ilk kez 1968 yılında Belçika Eğitim Dili davasında ortaya atılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi pozitif yükümlülük kavramını özel hayatın ve aile hayatının etkin şekilde korunması doğrultusunda ise ilk kez 1979 yılından karara bağladığı Markcx davasında uygulamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu davada 8. maddenin ilk fıkrasında yer alan ‘saygı’ kavramının taraf devletler üzerindeki pozitif yükümlülüklerin varlığına işaret ettiğini belirtmiştir. Pozitif yükümlülük konusunda mihenk taşı olma niteliği taşıyan Marckx davasından bu yana Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlenen neredeyse her hak kapsamında pozitif yükümlülükler benimsemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hak ve özgürlüklerin güncel koşullar ışığında yorumlanarak etkin korunmasını ve bu sayede Sözleşme’nin yaşayan belge niteliğini perçinleyen dinamik (evolütif) yorumu kullanarak, taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini keşfetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin güncel içtihatlarında da dinamik yorum yoluyla Sözleşmesel hakların pratik ve etkili korunmasında taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerinin ayrıntılı olarak karakterize edildiği izlenmektedir. Bu bağlamda özel hayatın ve aile hayatının korunması da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni yorumlama yöntemlerine yoğun olarak başvurduğu alanlardan birini oluşturmaktadır. Bu doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin pozitif yükümlülük konusunda en zengin ve geniş içtihat birikiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde korunan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında olduğu da göze çarpmaktadır. Nihayetinde 8. madde çerçevesinde “*özel hayat*”, “*aile hayatı*”, “*konut*” ve “*haberleşme*” olmak üzere dört farklı derin ve temel alan aynı hak bünyesinde korunmaktadır. Bu minvalde pozitif yükümlülük doktrin ve uygulamasının gelişimini ortaya koymak açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin en geniş kategorisi olarak nitelendirilen özel hayatın ve aile hayatının korunması çerçevesinde inceleme yapmanın önemi açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde güvenceye bağlanan tüm bu haklar kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarının yanında hakka üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı da koruma sağlamakta yani yatay etki uygulamalarına imkan tanımaktadır. Aynı zamanda insan hakları hukukunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yatay etkisinin mantıksal bir sonucu olarak da kabul edilen pozitif yükümlülük doktrinin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı da hakkı koruma konusunda devletin garantör sıfatıyla pozitif yükümlülüklerinin olduğu tartışmalarını beslemektedir.

Çalışmamızda belirttiğimiz tüm bu sebepler doğrultusunda özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında devletin esasa ve usule ilişkin pozitif yükümlülükleri konusunun, taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerinin belirlendiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde incelenmesi tercih edilmiştir. Ayrıca ulusal mahkemelerin de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıf yapmak suretiyle pozitif yükümlülük doktrinine içtihatlarında yer verdiği görülmektedir. Bu sebeple de konuya Türk Anayasa hukuku açısından ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde ışık tutma gereği de ortaya çıkmıştır.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri” başlıklı çalışmamız üç bölümden oluşmakta olup, ilk bölümde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında özel hayatın ve aile hayatının korunmasında devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri incelenmiştir. Negatif yükümlülüklerin de incelenmesinin sebebi pozitif yükümlülüklerin farklılığını ve anlamını daha iyi şekilde ortaya koymak amacıyla. Ayrıca ilk bölümde özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının kapsamına ilişkin genel bilgiler verilerek ana hatlarıyla hakkın koruma alanı çizilmeye çalışılmıştır. Öte yandan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının öznesi olarak kişiler incelenmiş ve bu hakkı gerçekleştirmenin yükümlüsü olarak devletin dikey ve yatay yükümlülükleri irdelenmiştir. İlk bölümde pozitif ve negatif yükümlülük ayrımının teorik temeli temeli, hak ve yükümlülük tipolojisi bazında yapılan ayrımlar, pozitif ve negatif yükümlülük arasındaki farklar ve ilişki incelenerek literatürdeki bu yöndeki tartışmaların çözümlenmesi ve pozitif yükümlülüklerin daha iyi anlaşılması hedeflenmiştir. Yine bu bölümde pozitif yükümlülük kavramının tanımından yola çıkılarak, doktrinsel dayanakları, kapsamı,

hukuki dayanağı, kaynağı, amacı, yapısı, türleri ayrıntılı şekilde ele alınmak suretiyle doktora çalışmamızın omurgasını oluşturan pozitif yükümlülük doktrinine ilişkin ulusal ve uluslararası literatürdeki doktrinsel tartışmalar ekseninde konu tüm hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde özel hayatın ve aile hayatının korunmasında pozitif yükümlülük doktrinin uygulamaya nasıl yön verdiğini ve hangi durumlarda kullanıldığını tespit etmek üzere, doktrinin çıkış noktasını oluşturan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda konunun irdelenmesi amaçlanmıştır. Pozitif yükümlülük doktrinine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dinamik yorum yöntemini kullanarak ulaştığından özel hayat, aile hayatı, konut, haberleşme gibi otonom kavramlara ve pozitif yükümlülüklerle bu yorum metodu çerçevesinde ışık tutulmuştur. Bu bölümün ikinci kısmında ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde korunan haklara müdahalenin haklılık şartları olan yasallık, meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik ve takdir marjı doktrini temelinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özel hayat ve aile hayatını korumada pozitif yükümlülük yaklaşımını değerlendirme amaçlanmıştır. Ayrıca bu bölümde özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkını koruma kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları doğrultusunda pozitif yükümlülükler ayrıntılı şekilde ortaya konulmuştur.

Çalışmamızın son bölümünde özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında pozitif yükümlülük doktrinine ilişkin ilk iki bölümde açıklanan bilgilerin yarım asrı geçkin süredir taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukuktaki yeri ve devletin yükümlülüklerine etkileri gözetilerek devlet erklerinin özel hayatın ve aile hayatının korunmasında pozitif yükümlülüklerinin belirlenmesi amaçlanmıştır. Bu doğrultuda Türk Anayasalarında insan haklarını koruma anlayışı çerçevesinde özel hayatın ve aile hayatının korunmasında devletin pozitif yükümlülüklerinin temeli incelenmiştir. 1982 Anayasası'nda pozitif yükümlülüklerin hukuki temeli olarak kabul edilen "Devletin Temel Amaç ve Görevleri"ni düzenleyen 5. madde, özel hayatın ve aile hayatının korunması doğrultusunda ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunda 2013 yılından bu yana verilen güncel kararlarda pozitif yükümlülük kavramının kullanıldığı görülmektedir. Ayrıca bu kararlarda Avrupa

İnsan Hakları Mahkemesi'nin konu ile ilgili kararlarına sıkça atıf yapıldığı da tespit edilmiştir. Bu bağlamda konunun Türk hukukundaki güncelliği ve önemine binaen özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile karşılaştırmalı olarak incelenmesi tercih edilmiştir.

Bu incelemeler ve değerlendirmeler ışığında pozitif yükümlülüklerin Anayasa'da düzenlenmesi önerisi de bu bölümde sunulmuş olup, öneriyle Türk Anayasa Hukuku doktrinine katkı sağlanması amaçlanmıştır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin iç hukukta uygulanmasında ve yorumlanmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının bağlayıcı niteliği göz önünde bulundurulduğundan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesinde taraf devlet olarak Türkiye'nin pozitif yükümlülükleri irdelenmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA
ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA
DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYATIN
VE AİLE HAYATININ KORUNMASI HAKKININ KAPSAMI

Uluslararası hukuki belgeler arasında¹ özel hayata ve aile hayatına yönelik en etkili koruma mekanizması sunan² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS)³ en geniş ve en zor kategorisi olarak nitelendirilen 8. maddesinin⁴ ilk

¹ Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dışında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (The Universal Declaration of Human Rights) ve Birleşmiş Milletler'in Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nde de (International Covenant on Civil and Political Rights) korunmuştur. İHEB'nin 12. maddesine göre "Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır". Doktrinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İEHB'nin bu hükmünden ilham alınarak düzenlendiği ileri sürülmektedir. (Yıldırım, Gülşen; "Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu İle Sağlanan Koruma", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 385; Uzgören, Orhan; "Bireysel Hayatın Korunması, Özel Hayat-Aile Hayatı-Konut-Haberleşme (Türk Mahkemelerindeki Davalarda 8. Madde İle İlgili Sorunlar), İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 471). Yine bu hak KSHUS'nin 17. maddesinde "(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." şeklinde düzenlenmiştir. (İHEB'nin İngilizce metni için bkz. <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>; KSHUS'nin İngilizce metni için bkz. (<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, E. T. 20.04.2017).

² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ulusal otoritelerin meşru müdahalelerinin neler olduğunu belirterek, İHEB ve KSHUS'ne göre farklı ve daha ileri bir düzenlemedir. Zira 8. maddede meşru gerekçeler belirlenerek taraf devletlerin yetki alanlarının sınırlandırılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bırakıldığından daha korumacı bir yaklaşım benimsenmiştir. (Yıldırım, Özel Hayat, s. 386-387).

³ Çalışmamızın devamında "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" ifadesi kısaltılarak yerine "AİHS" yahut "Sözleşme" ifadeleri kullanılacaktır.

⁴ Clements, Luke; European Human Rights Taking A Case Under The Convention, Sweet&Maxwell, London, 1994, s. 157.

fıkrasında korunan haklar ifade edilmiş⁵, ikinci fıkrasında ise bu haklara müdahale sınırları çizilerek⁶ hakkın kapsamı şu şekilde ortaya konmuştur:

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

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.”

Anlaşıldığı üzere AİHS’in 8. maddesinin ilk fıkrasında sadece “özel hayat” değil, bununla birlikte “aile hayatı”, “konut” ve “haberleşme” de korunmaktadır⁷.

⁵ Heringa, Aalt Willem/Zwaak, Leo; “Right To Respect For Privacy”, Eds. Pieter Van Dijk/Fried Van Hoof/Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, Intersentia, Oxford, 2006, s. 664; Jacobs, Francis G./White, Robin C. A./Ovey, Clare; The European Convention on Human Rights, Fifth Edition, Oxford University Press, USA, 2010, s. 175; Janis, Mark W./Kay, Richard S./Bradley, Anthony, W.; European Human Rights Law Text and Materials, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2008, s. 392.

⁶ Mowbray, Alastair R.; The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights (Human Rights Law in Perspective), Hart Publishing, Oxford, 2004, s. 128; Harris, D. J./O’Boyle M./Warbrick, C. M.; Law of the European Convention on Human Rights, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2009, s. 341; Arai, Yutaka; “The System of Restrictions”, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, (Eds. Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Oxford, 2006, s. 334; Greer, Steven; The European Convention on Human Rights, Achievements, Problems and Prospects, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, s. 257; Kilkelly, Ursula; “Children’s Rights: A European Perspective”, Judicial Studies Institute Journal, Vol. 4:2, 2004, s. 69; Kilkelly, Ursula; The Right to Respect for Private and Family Life, Human Rights Handbooks, No. 1, Germany, 2003, s. 10; Akandji Kombe, Jean François; Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbooks, No. 7, Council of Europe, Belgium, 2008, s. 36; Donay, s. 441; Heringa/Zwaak, s. 747; Jacobs/White, s. 172; Janis/Kay/Bradley, s. 392; Jonathan, G. Cohen; “Respect for Private and Family Life”, The European System for The Protection of Human Rights, Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 405.

⁷ Burbergs, Maris; “How the Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in Which New Rights Are Born”, Shaping Rights in the ECHR-The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights, (Eds. E. Brems, J. Gerards), Cambridge University Press, New York, 2014, s. 15; Jacobs/White, s. 172; Leach, Philip; Taking A Case to The European Court of Human Rights, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2011, s. 314; Arai-Takahashi, Yutaka; The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2002, s. 60; Macdonald, R. St. J.; “The Margin of Appreciation”, The European System for The Protection of Human Rights, (Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, and H. Petzold) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 98; Clements, s. 157; Dijk, Peter Van/ Hoof, G. J. H. Van; Theory and The Practice of the European Convention on Human Rights, Third Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1998s. 489; Akandji Kombe, s. Kilkelly, s. 10; Greer, The ECHR, s. 257; Loucaides, Loukis G.; Essays on the Developing Law of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, s. 183; Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 349; Arslan Öncü, Gülay; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta

Nitekim Sözleşme maddelerini yorumlayan ve uygulayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM)⁸ göre de, özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme birbirleriyle kesişen⁹ farklı hukuki değerleri korumakla¹⁰ birlikte birbirinden kesin şekilde ayrılmaya elverişli değildir¹¹. Çünkü 8. maddede her bireyin özel hayatına, haberleşmesine ve konutuna saygı gösterilmesini isteme hakkı tanınmasının amacı özgürlüğe saygı göstermenin bir başka çeşidi olarak, herkesin özel alanının korunmasıdır¹². Dolayısıyla koruma kapsamının bu kadar geniş tutulması nedeniyle çok yönlü ve kompleks nitelik taşıyan 8. maddede¹³ hakların ortaya konduğu ilk paragraf geniş, sınırlamaların ortaya konulduğu ikinci paragraf ise dar yorumlanmalıdır¹⁴. Aynı zamanda AİHM, ilk paragrafı hakların kullanılmasına

Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 5; Doğru, Osman/Nalbant, Atilla; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. II, Avrupa Konseyi/Yargıtay, Ankara, 2013, s. 1; Yıldırım, Özel Hayat, s. 389; Uzgören, s. 474; Doğru, Osman; “Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2007, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No. 4, Ankara, 2008, s. 193-210. (http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105217.pdf, E. T. 20 Nisan 2009, s. 205.

⁸ Çalışmamızın devamında “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” ifadesi kısaltılarak yerine “AİHM” yahut “Mahkeme” ifadeleri kullanılacaktır.

⁹ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Murat; İnsan Hakları El Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2016, s. 353.

¹⁰ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979; X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985; Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979; Johansson/Finland, App. No. 10163/2, 6 September 2007; Pfeifer/Austria, App. No. 12556/03, 15 November 2007, par. 35 A./Norway, App. No. 28070/06, 9 April 2009, par. 64; Sanchez Cardenas/Norway, App. No. 12148/03, 4 October 2007, par. 38; Fayed/United Kingdom, App. No. 17101/90, 21 September 1990; Niemietz/Germany, App. No. 13710/88, 16 December 1992; Jehovah's Witnesses of Moscow and Others/Russia, App. No. 302/02, 10 June 2010; Khatun and 180 others/United Kingdom, App. No. 38387/97, 1 July 1998; Prokopovitch/Russia, App. No. 58255/00, 18 November 2004; Gillow/United Kingdom, App. No. 9063/80, 24 November 1996; Hatton and Others/United Kingdom, App. No. 36022/97, 08 July 2003; McKay-Kopecka/Poland, App. No. 45320/99, 19 September 2006; Demades/Turkey, App. No. 16219/90, 31 July 2003; Menteş and the others/Turkey, App. No. 8/1996/677/867, 28 November 1997; McCann and the Others/United Kingdom, App. No. 18984/91, 27 September 1995; Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001, par. 74; Buckley/United Kingdom, App. No. 20348/92, 25 September 1996; Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001; Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986; Johnston and Others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986; Campbell/United Kingdom, App. No. 13590/88, 25 March 1992; X., Y. and Z/United Kingdom, App. No. 21830/93, 22.04.1997; Kroon and Others/The Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994; K. and T/Finland, App. No. 25702/94, 12 July 2001; Mikulić/Croatia, App. No. 53176/99, 7 February 2002; Ebru and Tayfun Engin Çolak/Turkey, App. No. 60176/00, 30 May 2006; Y. Y./Turkey, App. No. 14793/08, 10 March 2015.

¹¹ Dijk/Hoof, s. 489; Doğru/Nalbant, C. II, s. 1; Yıldırım, Özel Hayat, s. 389; Dinç, Güney; “Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam”, Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı-Konut-Haberleşme ve Kişisel Verilerin Korunması) Paneli, TBB Yayınları No. 154, Ankara, 2008, s. 15.

¹² Yıldırım, Özel Hayat, s. 391.

¹³ Harris/OBoyle/Warbrick, s. 341.

¹⁴ Korff, Douwe; “The Standart Approach Under Articles 8-11 ECHR and the Article 2 ECHR”, (http://ec.europa.eu/justice/news/events/conference_dp_2009/presentations_speeches/KORFF_Douwe_a.pdf, E. T. 25.01.2017), s. 1.

minimum ön koşullar sağlayan pozitif yükümlülükler öngören şekilde yorumlamaktadır¹⁵. AİHM bu dört haktan hangisinin ihlal edildiğini içtihatlarında özellikle belirtmekte¹⁶ ve hakların her birini de kendi içinde kapsamlı şekilde yorumlamaktadır¹⁷.

Sözleşme'nin 8. maddesinde söz konusu hakların tanımı yapılmamıştır¹⁸. Mahkeme içtihatlarında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının yüksek derecede korunmaya değer temel bir öneme sahip olduğunu sıklıkla vurgulamış olsa da¹⁹ bugüne değin hakkın kapsamlı bir tanımını yapmamıştır²⁰. Hakkın kapsamı yorumlanırken amaç bu hakka etkinlik sağlamaktır²¹. Bu bağlamda hakların açık ve net bir tanımının yapılmamasının nedeni, geniş şekilde yorumlanmasına imkan sağlamak amacıyla özellikle benimsenen bir tutumun sonucudur²².

Mahkeme tarafından Sözleşme'nin ilk kez “yaşayan enstrüman” olarak nitelendirilmesi ise Tyrer kararında²³ olmuştur²⁴. Sözleşme'nin “yaşayan

¹⁵ Janis/Kay/Bradley, s. 392.

¹⁶ Salihpaşaoğlu, Yaşar; “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, S. 3, 2013, s. 236. Fakat birey AİHM'e başvurusunda 8. maddede korunan birden çok hakkın ihlal edildiğini ileri sürerse ve bunların hepsi de geçerli haklar ise, Mahkeme tam olarak hangi hakkın söz konusu olduğunu belirtmeyip, 8. maddenin ihlal edildiğini tespit etmekle yetinebilir. (Kilkelly, s. 10).

¹⁷ Lawsen, R. A./Schermes, H. G.; Leading Case of the European Court of Human Rights, Leiden, 1997, s. 24.

¹⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 349.

¹⁹ Macdonald, s. 99.

²⁰ Loucaides, s. 86.

²¹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 69.

²² Top, Sinem; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2013, s. 42.

²³ Tyrer/United Kingdom, App. No. 5856/72, 25 April 1978, par. 31.

²⁴ Bates, s. 328; Senden, Hanneke; Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System, Intersentia, Cambridge, 2011, s. 70. dp. 144

enstrüman” niteliği²⁵ ve bu niteliğin dönüştürme yeteneği 8. maddenin yorumunda ve kapsamının genişletilmesinde rol oynamıştır²⁶.

8. maddede açıkça ve diğer hükümlerden (9-11. madde) farklı şekilde özel hayata ve aile hayatına “saygı gösterilme hakkından” bahsedilmiş²⁷, aynı zamanda bu hakkın yükümlüsünün de devlet olduğu belirlenmiştir²⁸. Bu yükümlülük nedeniyle Mahkeme tarafından verilen kararlarda taraf devletlerin bu hakka müdahale etmemek dışında, hakka riayetin sağlanması ve haktan etkili şekilde yararlanılması için bazı pozitif yükümlülüklerinin olduğu kabul edilmiştir²⁹. Yani Mahkeme’nin içtihatlarında³⁰ özellikle tekrarladığı üzere pozitif yükümlülükler “saygı” kavramının doğasında mevcuttur³¹. Fakat 8. maddedeki özel hayat ve aile

²⁵ Frowein, Jochen Abr.; “The Interaction Between National Protection of Human Rights and the ECHR”, The European Court of Human Rights Possible Solutions Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions (Ed. Rüdiger Wolfrum, Ulrike Deutsch), International Workshop Heidelberg, December 17–18 2007, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009, s. 113; Leach, ECHR, s. 162; Dijk, Peter Van; “Positive Obligations Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the ‘Masters’ of the Convention?”, The Role of the Nation-State in the 21. Century, (Eds. M. Castermans-Holleman, F. Van Hoof, J. Smith), Kluwer Law International, Boston, 1998, s. 18; Campbell, A. I. L.; “Positive Obligations under the ECHR: Deprivation of Liberty by Private Actors”, The Edinburgh Law Review, Vol. 10, 2006, s. 402; Jacobs/White, s. 210; Lugato, Monica; “The Margin of Appreciation and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity”, Journal of Catholic Legal Studies, Vol. 52:49, 2013, s. 63; Pitea, Cesare; “Interpretation and Application of the European Convention on Human Right in the Broader Context of International Law: Myth or Reality?”, Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century (Ed. Yves Haeck, Eva Brems), Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice, Vol. 30, Springer, 2014, s. 2; Burbergs, s. 319; García Roca, Javier; “The Preamble, The Convention’s Hermeneutic Context: a Constitutional Instrument of European Public Order”, Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights, (Eds. Javier Garcia Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2012, s. 22; Bates, Ed; The Evolution of the European Convention on Human Rights, From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights, Oxford University Press, New York, 2010, s. 328; Andriantsimbazovina, Joel; “İHAM’da Yorum Yöntemleri ve İHAS ve İHAM Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemindeki Yeri”, (Der. Teoman Ergül), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s. 26 ve 30; Jacobs/White/Obey, s. 66; Lawsen/Schermer, s. 26; Gomez-Arostegui, s. 6; Kaboğlu, İbrahim Ö.; “İnsan Hakları Belgeleri ve Koruma Mekanizmaları”, İnsan Hakları Konferansları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, s. 227; Çavuşoğlu, Naz; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni “Yaşayan Belge” Yapan Yorum Teknikleri”, İnsan Hakları Yıllığı, C. XIV, TODAİE, Ankara, 1992, s. 143; Şenol, Cem; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, İstanbul 2013, s. 27.

²⁶ Burbergs, s. 319; Loucaides, s. 86.

²⁷ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 341.

²⁸ Dinç, Uluslararası Belgeler, s. 15.

²⁹ Arai-Takahashi, s. 60; Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 341; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 349; Top, s. 42; Dinç, Uluslararası Belgeler, s. 17.

³⁰ Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 35; Cossey/United Kingdom, App. No. 10843/84, 27 September 1990; X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 23; Johnston and Others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986, par. 55; Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 31; Keegan/Ireland, App. No. 16969/90, 26 May 1994, par. 49; Gül/Switzerland, App. No. 23218/94, 19 February 1996, par. 38.

³¹ Dijk, s. 21; Heringa/Zwaak, s. 739.

hayatı gibi kavramların hukuki uygulamaya kesinlik kazandıracak kadar belirli içerik ve sınırlara sahip olmamasından ötürü³² hükmün kapsamını belirlemek zorlaşmıştır. Buna bağlı olarak “saygı” eyleminin işaret ettiği pozitif yükümlülüklerin sınırlarının tespiti güçleşmektedir³³. Yani “saygı” kavramının kesin bir tanımı olmadığından³⁴ hakkı hangi sınıra kadar koruyacağı tartışmalıdır. Burada sorun 8. maddenin devlet açısından getirdiği yükümlülüklerin neler olduğudur³⁵. Zira pozitif yükümlülüklerin kaynağı olarak bakıldığında “saygı” kavramı da soyuttur³⁶ ve kesin değildir³⁷. Nitekim Strasbourg organları tarafından yapıcı şekilde yorumlanan bu kavram³⁸ devletin yükümlülüğünü genişletmek amacıyla kullanılmıştır³⁹.

Madde metninde yer alan özel hayata ve aile hayatına “saygı” ifadesinin, doktrinde Sözleşme’nin koruma alanını zayıflattığı da ileri sürülmektedir⁴⁰. Bu bağlamda Sözleşme’nin kabul ediliş süreci irdelendiğinde özel hayatın gizliliğine önce “dokunulmazlık” önerilmiş, sonra bu ifade “hukuk dışı müdahalelerden bağışık olma” haline gelmiş ve son olarak kabul edilen metin “saygı gösterilmesi” şeklinde oluşmuştur⁴¹.

8. maddede güvenceye bağlanan haklar kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarının yanında üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı da koruma sağlamakta yani yatay etki uygulamalarına da imkan vermektedir⁴². Bu açıdan

³² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 349; Uzgören, s. 472.

³³ Abdülaziz, Cabales and Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 37.

³⁴ Jonathan, s. 406; Kilkelly, s. 36; Akandji Kombe, s. 37; Heringa/Zwaak, s. 39.

³⁵ Üzeltürk, Sultan; 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 160.

³⁶ Roagna, Ivana; Protecting the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights Council of Europe human rights handbooks Council of Europe, Strasbourg, 2012, s. 60.

³⁷ Heringa/Zwaak, s. 39; Kilkelly, s. 36; Akandji Kombe, s. 37; Jonathan, s. 406.

³⁸ Jonathan, s. 406.

³⁹ Üzeltürk, s. 162.

⁴⁰ Üzeltürk, s. 158.

⁴¹ Üzeltürk, s. 158.

⁴² Drzemczewski, A.; “The European Human Rights Convention and Relations Between Private Parties”, Netherlands International Law Review, V. XXVI, Issue 2, 1979, s. 167; Leach, ECHR, s. 314; Dijk/Hoof, s. 23 vd; Akıllıoğlu, Tekin; İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemi, 2. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010, s. 551; Üzeltürk, s. 160; Dündar Sezer, Tijen; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Kurma Özgürlüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2004, s. 234; Clapham, Andrew; Human Rights Obligations of Non-State Actors, Oxford University Press, New York, 2006, s. 345; Aynı yönde Mowbray, Positive Obligations, s. 4; Uzgören, s. 472.

bakıldığında bireyler arasında ihtilaflar söz konusu olduğunda dahi AİHS'in 8. maddesi devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde gündeme gelmektedir⁴³.

Teknolojik gelişmelerin artması kişilerin özel ve aile hayat alanlarının daha da genişlemesine yol açmıştır. Bu yönüyle 8. madde geleceğe yönelik açılımlara dayanak sağlayıp, imkan yaratacak bir düzenlemedir⁴⁴. Sosyal ve teknolojik gelişmeler sonucu özel hayatın korunmasının önemi arttıkça, yeni koruma koşullarının hukuki platformda saptanması gerekecektir⁴⁵. Bu minvalde Mahkeme haberleşme kavramı altında iletişim teknolojisindeki gelişmeleri, konut kavramı altında çeşitli şekillerde daimi ve kalıcı ikamet biçimlerini, aile hayatı kavramıyla çok çeşitli fiili birliktelikleri de koruma kapsamına almaktadır⁴⁶.

AİHM her somut olayı kendine özgü koşulları çerçevesinde değerlendirmiş⁴⁷, dinamik yorum yoluyla günün gerçeklerini ve ihtiyaçlarını göz önünde tutarak kavramlara ışık tutmuştur. Örneğin, çevrenin korumasını “özel hayata” dahil eden ve ayrıca maddi bir hak içeren 8. maddeye usuli yükümlülükler yükleyen⁴⁸ Mahkeme'nin 8. maddeyi dinamik (evolütif) yorumladığı sonucuna ulaşmak mümkündür⁴⁹. Bu bağlamda *Burbergs*'in ifadesiyle 8. madde kapsamı giderek büyüyen bir ağaç gibi serpilmektedir. Bu ağacın bir dalı diğer bir dalın gelişmesine destek ve temeldir⁵⁰.

Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verildiğinden özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı nitelikli haklar kategorisinde yer almaktadır. Bu kapsamda güvenceye bağlanan haklarının ihlale uğradığını iddia eden birey bunu ispat edecek, Mahkeme bu ihlal iddiasını yerinde bulduğunda ispat yükü taraf devlete dönecektir⁵¹. Nihayetinde bu aşamada devlet müdahalenin yasallığını, meşruluğunu ve demokratik toplumda gerekliliğini ispat etmek

⁴³ Dijk/Hoof, s. 494; Mowbray, Positive Obligations, s. 3; Xenos, Dimitris; The Positive Obligation of the State under the European Convention on Human Rights, Routledge Research in Human Rights Law, 2012, s. 2; Viljanen, Jukka; “State Obligations to Protect the Right to Respect for Private Life under Article 8 of the ECHR and the Challenge of the Internet”, ([http://mhi.hi.is/sites/mhi.hi.is/files/State%20Obligation%20Art%208 .pdf](http://mhi.hi.is/sites/mhi.hi.is/files/State%20Obligation%20Art%208.pdf), E. T. 17.01.2017), s. 1; Christoffersen, s. 99; Loucaides, s. 107.

⁴⁴ Dinç, Uluslararası Belgeler, s. 15.

⁴⁵ Dinç, Uluslararası Belgeler, s. 15.

⁴⁶ Burbergs, s. 15.

⁴⁷ Roagna, s. 10.

⁴⁸ Mowbray, Positive Obligations, s. 155; Christoffersen, s. 468; Clements, s. 158-159.

⁴⁹ Yıldırım, Özel Hayat, s. 424.

⁵⁰ Burbergs, s. 325.

⁵¹ Üzeltürk, s. 159.

durumunda kalacaktır⁵². Bununla beraber taraf devlet yetkili organları eliyle müdahale söz konusu değilse dahi pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini ispat etmekle mükelleftir. 8. madde bağlamında taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri ise genel olarak iki şekilde karşımıza çıkmaktadır⁵³. İlki 8. madde korunan hakları garanti etmeye yönelik eylemlerde bulunma, ikincisi ise bu hakların etkili şekilde kullanılmasını engelleyen faktörleri ortadan kaldırma şeklindedir⁵⁴.

Çalışmamızın özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının kapsamına ilişkin bu kısımda korunan haklara ilişkin genel çerçevede bilgiler verilerek bu hakların hangi durumlarda devletin pozitif yükümlülüklerinin doğmasına sebep olduğu vurgulanacaktır. 8. maddede korunan tüm haklar bazında devletin pozitif yükümlülükleri ayrıntılı olarak çalışmamızın ikinci bölümünde içtihatlar çerçevesinde ele alınacaktır.

A. Özel Hayata Saygı Hakkı

Günümüz modern hukukunda kişi, her yönüyle bir bütün olarak kabul edilmekte ve özel hayat da bu bütünün önemli bir parçası olarak görülmektedir. Bu itibarla bireye, maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirebilmesi için kendisi ve yakınları ile baş başa kalabileceği, devletçe ya da özel kişilerce rahatsız edilmeyeceği özel ve özerk bir alanın sağlanması zorunluluğu doğmuştur⁵⁵. Nitekim AİHS madde 8⁵⁶ bireye devlet müdahalesinden arî bir özel alanın varlığından

⁵² Üzeltürk, s. 159.

⁵³ Üzeltürk, s. 161.

⁵⁴ Kilkelly, s. 35.

⁵⁵ Özbudun, Ergun; “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C. I, Ankara, 1977, s. 265.

⁵⁶ AİHS’in 8. maddesinde özel hayat (private life) kavramı kullanılırken KSHUS’nin 17. maddesinde bu alanın korunması gizlilik (privacy) şeklinde düzenlenmiştir. Bu durum doktrinde isabetli olarak önemli bir farklılık olarak görülmektedir. Çünkü “özel hayat” kavramının kullanılmasında birey ön plana çıkarken, KSHUS’deki kullanımda gizlilik esas alınmıştır. Özel hayat kavramı geniş kapsamlı olduğundan gizlilik sadece bu alanın belirli bir kısım parçasını oluşturmaktadır. (Üzeltürk, s. 158).

kaynaklanmaktadır⁵⁷. Bu yönde AİHS de bireye devletin müdahale edemeyeceği ya da asgari düzeyde müdahale edebileceği bir özel alan tanımıştır⁵⁸.

Özel hayata saygı gösterilmesi hakkı⁵⁹, insanın refahı ve mutluluğu için büyük önem arz etmekle beraber bu hak kişiyi, kamu otoritelerine, topluma ve diğer kişilere karşı korumaktadır⁶⁰. Bu bağlamda 8. madde'nin esas amacı "bireyi kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak" olmasına rağmen, Mahkeme, bu maddede korunan değerlere etkili bir biçimde saygı gösterilmesine içkin olan pozitif yükümlülüklerin de olduğunu belirtmiştir⁶¹. Bu bağlamda pozitif yükümlülük doktrini özel hayata saygı hakkının uygulama alanlarının sıralanmasını güçleştirmiş ve deyim yerindeyse hakkı modifiye etmiştir⁶².

Özel hayatın korunması, kişiye değer veren tüm siyasal sistemlerde, gerçek bir sosyal ve psikolojik ihtiyacın sonucu olmakla birlikte⁶³, özel hayat, bütün insan hakları içerisinde anlaşılması en zor alandır⁶⁴. Bu minvalde özel hayata saygı hakkının kapsamı ancak "özel hayat" kavramının açıklanması ile ortaya konulabilir. Sözleşme organları özel hayatın kapsamını tam olarak ortaya koymamıştır⁶⁵. Fakat

⁵⁷ Clapham, Andrew; "The Drittwirkung of the Convention", The European System for The Protection of Human Rights, (Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 185; Jonathan, s. 406.

⁵⁸ Arslan Öncü, s. 79. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi tarafından kabul edilen 23 Ocak 1970 tarihli Kitle İletişim Medyası ve İnsan Hakları Bildirisi'ne, göre de 8. maddede korunan özel hayatın gizliliği, özünde kişinin kendi hayatını asgari müdahaleyle sürdürmesi hakkını ifade etmektedir. (Resolution 428 (1970), Containing a Declaration on Mass Communication Media and Human Rights, Adopted by the Parliamentary Assembly on 23.01.1970 (18. Sitting), <http://www.assembly.coe.int>, 01.05.2017, E. T. 15.08.2017).

⁵⁹ Özel hayata saygı hakkı iç hukukta özel hayatın gizliliği başlığı altında korunmaktadır (AY. m. 20). Özel hayatın gizliliği hakkı ise doktrinde "mahremiyet hakkı" olarak da ifade edilmektedir. Amerikan literatüründe ise özel hayatın gizliliği hakkı, "yalnız kalma hakkı" (the right to be let alone) olarak da nitelendirilmektedir (Warren, Samuel Dennis/ Brandeis, Louis D.; "The Right To Privacy", Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5, 1890, s. 195).

⁶⁰ Donay, s. 441.

⁶¹ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 23; Johnston and Others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986, par. 55; Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 31; Keegan/Ireland, App. No. 16969/90, 26 May 1994, par. 49; Gül/Switzerland, App. No.23218/94, 19 February 1996, par. 38; Mansour/Slovakia, App. No. 60399/15, 21 November 2017, par. 53; López Ribalda and others/Spain, App. No. 1874/13 and 8567/13, 9 January 2018, par. 60; Jugheli and Others/Georgia, App. No. 38342/05, 13 July 2017, par. 64.

⁶² Santolaya, Pablo; "The Right To A Private and Family Life (Notable Extended Right To Privacy), (Art. 8 ECHR)", Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights, Eds. Javier Garcia Roca, Pablo Santolaya, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2012, s. 340.

⁶³ Özbudun, Özel Haberleşmenin Gizliliği, s. 266.

⁶⁴ Korkmaz, Ali; "İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması", KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 16, Özel S. 1, 2014, s. 101.

⁶⁵ Jacobs/White, s. 173; Burbergs, s. 323; Heringa/Zwaak, s. 664; Roagna, s. 12; Viljanen, s. 4; Santolaya, s. 337; Gomez-Arostegui, s. 7.

8. madde ile bir yanda özel hayat korunurken, “aile”, “konut” ve “haberleşme” şeklinde üç hukuki değer de öte yandan özel alanda korunmaktadır⁶⁶. Yine de 8. madde kapsamında korunan haklardan en önemlisi yine “özel hayat” tanımı içinde yoğunlaşmaktadır. Çünkü özel hayata ilişkin güvenceler, hem Sözleşme’de korunan diğer haklarla bağlantılı hem de 8. maddede korunması öngörülen tüm haklarla da iç içedir⁶⁷. Bu hukuki değerler iç içe olmakla birlikte bunlar arasında açıkça bir sınır çizmek gerekli de değildir. Çünkü özel alanı ihlal eden her müdahale bir bütün olarak 8. maddenin ihlalidir⁶⁸.

Özel hayat kavramı⁶⁹ hangi sınırdan itibaren bir eylemin özel alandan çıkıp kamusal alana geçeceğine ilişkin net bir kriter olmamasından ötürü özünde muğlaktır⁷⁰. Buna paralel olarak Mahkeme, özel hayat kavramının geniş kapsamlı ve ayrıntılı olmasından ötürü tanımını yapmanın elverişli olmadığını vurgulamaktadır⁷¹. Dolayısıyla özel hayatın kapsamı Mahkeme içtihatlarıyla ortaya konmaktadır⁷². Bu zengin içtihat birikimi dolayısıyla özel hayat kişinin ismi, resmi, fiziksel ve psikolojik bütünlüğü, toplumsal cinsiyet kimliği, cinsel yönelimi ile ilgili yönlere kadar uzanmaktadır⁷³. Mahkeme’nin yaygın tanımına göre özel hayat kişisel ve sosyal kimliği, kişisel özerklik ve gelişimi, insanların diğer insanlarla iletişim kurma ve geliştirmesini de kapsamaktadır⁷⁴. Yani insanı insan yapan nesnel ve duygusal niteliklerin bütünü özel hayat kapsamında korunmaktadır⁷⁵. Öte yandan bu kadar çok hukuki değer birarada korunması özel hayat kavramının sınırlarını

⁶⁶ Dijk/Hoof, s. 489; Leach, ECHR, s.216.

⁶⁷ Dinç, Uluslararası Belgeler, s. 15; Uzgören, s. 477.

⁶⁸ Dijk/Hoof, s. 489.

⁶⁹ Özel hayat kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm, II., B., 2., b., (1) başlığı.

⁷⁰ Yıldırım, Özel Hayat, s. 392; Uzgören, s. 474.

⁷¹ López Ribalda and others/Spain, App. No. 1874/13 and 8567/13, 9 January 2018, par. 54; Bărbulescu/Romania, App. No. 61496/08, 5 September 2017, par. 69; Bensaid/United Kingdom, App. No. 44599/98, 6 February 2001, par. 47; Couderc and Hachette Fıllıpacchı Associés/France, App. No. 40454/07, 10 November 2015, par. 83; Van Kück/Germany, App. No. 35968/97, 12 June 2003, par. 69; Pretty/United Kingdom, App. No. 2346/02, 29 April 2002, par. 61.

⁷² Jacobs/White/Obey, s. 357.

⁷³ Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 41; B./France, App. No. 13343/87, 25 March 1992, par. 63; Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, par. 24; Laskey, Jaggard ve Brown/United Kingdom, App. No. 21627/93; 21628/93; 21974/93, 19 February 1997, par. 36; Bensaid/United Kingdom, App. No. 44599/98, 6 February 2001, par. 47; X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 22.

⁷⁴ Tysiac/Poland, App. No. 5410/03 , 20 March 2007, par. 107; Pretty/United Kingdom, App. No. 2346/02, 29 April 2002, par. 61.

⁷⁵ Dinç, Uluslararası Belgeler, s. 15.

net olarak çizip kapsayıcı ve tüketici bir tanımının yapılmasını da zorlaştırmaktadır⁷⁶.

Mahkeme, özel hayat kavramına ilişkin olarak bireyci ve sosyal olmak üzere ikili bir yaklaşımı benimsemektedir⁷⁷. Bireyci yaklaşıma göre, özel hayat herşeyden izole olarak bireyle ilgilidir. Sosyal yaklaşıma göre ise özel hayat bireyle toplumun bir üyesi olarak da ilgilidir. Bu bağlamda 8. madde, hem bireye özel hayatında dış saldırılara karşı korunma hem de sosyal bir varlık olarak dış dünya ile ilişkilerini sürdürme hakkı vermektedir⁷⁸. Özel hayata saygı hakkında kural kamusal alanın özel hayat hakkına kapalılığı yani 8. maddenin korumasının kamusal alana kadar olduğu düşüncesi ise de bu düşünce sadece özel hayata saygı hakkının alt kategorisinde incelenen mahremiyet hakkı için geçerlidir⁷⁹. 8. maddenin koruma kapsamının özel alanla sınırlı olmasının istisnası meşru beklenti nosyonudur. Nitekim bireylerin diğer insanlarla etkileşim içinde olduğu yerlerde de özel hayatın korunması hakkından yararlanabilmeleri mümkündür⁸⁰.

Mahkeme içtihatlarında özel hayatın tanımını yapmaya yaklaşırsa da hakkın koruduğu hukuki değerleri saymak suretiyle esasında kapsamına ışıktutmaktadır. Örneğin, Pretty kararında⁸¹ özel hayatın kapsamına ilişkin genel bir değerlendirmede bulunmuştur⁸². Kararda özel hayatın fiziksel ve psikolojik bütünlüğü, kişisel ve sosyal kimliği, cinsel kimliği, ismi, cinsel yönelimi, cinsel hayatı, kişisel gelişim ve özerkliği kapsadığı belirtilmiştir⁸³. Bu değerlendirmeden açıkça anlaşılmaktadır ki 8. maddede ‘özel hayatın gizliliği’nden çok daha fazla hukuki değeri korunmaktadır⁸⁴. *Velu* tarafından da özel hayata saygı hakkının bireyi fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne ve itibarına yönelen saldırılara, isminin ve kimliğinin kullanılmasına, mesleki gizlilik göreviyle korunan bilgilerinin ifşa

⁷⁶ Ergül, , Ergin; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Yolunun Anatomisi, 2015, s. 254, (<https://books.google.com.tr/books?id=>, E. T. 25.10.2016). Aynı yönde Ahmet Acartürk Başvurusu, B. No. 2013/2084, 15.10.2015, par. 46, (RG. T. 18.12.2015, S. 29566).

⁷⁷ Arslan Öncü, s. 79; Yıldırım, Özel Hayat, s. 392.

⁷⁸ Yıldırım, Özel Hayat, s. 392.

⁷⁹ Arslan Öncü, s. 80.

⁸⁰ Arslan Öncü, s. 80.

⁸¹ Pretty/United Kingdom, App. No. 2346/02, 29 April 2002.

⁸² Heringa/Zwaak, s. 665; Burbergs, s. 324.

⁸³ Pretty/United Kingdom, App. No. 2346/02, 29 April 2002, par. 61.

⁸⁴ Heringa/Zwaak, s. 665.

edilmesine ve gizlice gözetlenmesine karşı koruduğu belirtilmiştir⁸⁵. Bu bağlamda genel olarak 8. madde kapsamında özel hayatın bireyin; fiziksel ve psikolojik bütünlüğe, kişisel ve sosyal kimliğe, cinsel kimliğe, isme, cinsel yönelime, kişinin itibarına, kişisel verilere, kişisel gelişim ve özerkliğine yapılan müdahalelere karşı koruma sağladığını ileri sürmek mümkündür.

Pozitif yükümlülük doktrini de “özel hayat” kapsamında aşağıda açıklanacağı üzere fiziksel ve psikolojik bütünlüğü, kişinin itibarı, kişisel ve sosyal kimliği, kişisel özerkliği ve kişisel verileri kapsamında tartışılmaktadır⁸⁶.

1. Fiziksel ve Psikolojik Bütünlük⁸⁷

AİHS madde 8. doğrultusunda özel hayat kapsamında korunan hukuki menfaatlerden biri de fiziksel ve psikolojik bütünlüktür⁸⁸. Nitekim AİHM, içtihatlarında özel hayat, kavramının kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsadığını açıkça belirtmiştir⁸⁹.

Bireye yönelik fiziksel ve cinsel saldırılar, tıbbi müdahaleler ve itibarını zedeleyen sözler bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne yönelik ihlal iddialarının konusunu oluşturmaktadır⁹⁰. Kişinin itibarını sarsan sözler kişinin sadece psikolojik bütünlüğünü ihlal ederken⁹¹, cinsel saldırılar gibi müdahaleler kişinin hem fiziksel hem de psikolojik bütünlüğü ihlal edebilir.

⁸⁵ Velu, Jacques; “The European Convention on Human Rights and the Right to Respect for Private Life, The Home and Communications”, Privacy and Human Rights, (Ed. A. H. Robertson), Manchester University Press, USA, 1973, s. 12.

⁸⁶ Akandji Kombe, s. 38. Aynı yönde Ahmet Acartürk Başvurusu, B. No. 2013/2084, 15.10.2015, par. 46, (RG. T. 18.12.2015, S. 29566).

⁸⁷ AİHM’in bazı kararlarında “fiziksel ve psikolojik bütünlük” terimi (physical and psychological integrity) yerine “maddi ve manevi bütünlük” (physical and moral integrity) terimi kullanılmaktadır. Her iki terim de kapsam bakımından aynı hukuki menfaatleri korumaya yöneldiğinden anlam bakımından herhangi farklılık söz konusu değildir.

⁸⁸ Heringa/Zwaak, s. 686; Arslan Öncü, s. 83; Burbergs, s. 327; Jacobs/White/Obey, s. 363; Gomien, s. 97.

⁸⁹ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 22; S. Marper/United Kingdom, App. No. 30562/04 and 30566/04, 4 December 2008, par. 66; Pretty/United Kingdom, App. No. 2346/02, par. 61, Y.F/Turkey, App. No. 24209/94, 22 July 2003, par. 33; Bensaid/United Kingdom, App. No. 44599/98, 6 February 2001, par. 47.

⁹⁰ Doğru/Nalbant, C. II, s. 3.

⁹¹ “Kişinin İtibarı” konusu her ne kadar psikolojik bütünlük kapsamında incelenmeye elverişli olsa da biz önemine dikkat çekmek için ayrı ve bir sonraki başlık altında incelemeyi uygun görmüş bulunmaktayız.

Kişinin bedenine yönelik “tıbbi müdahaleler”⁹² ve “kürtaj”⁹³ Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin, Mahkeme kişiye dayatılan jinekolojik muayenenin özellikle kişinin fiziksel bütünlüğüne müdahale olduğunu belirtmektedir⁹⁴. Yine aynı yönde AİHM, kişinin arzusu hilafına tıbbi müdahale yapılmasına dayanan bir kararın, kişinin özel hayatına ve özellikle de fiziksel bütünlüğüne müdahaleye sebebiyet vereceğini ifade etmektedir⁹⁵.

Kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne müdahale teşkil eden her eylem veya önlem muhakkak Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlali anlamına gelmez⁹⁶. Bazı durumlarda Sözleşme’nin 3. ve 8. maddesi aynı anda gündeme gelebilir. Fakat kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü konusunda, Sözleşme’nin 8. maddesi, 3. maddesinin ötesinde ve daha geniş bir koruma sağlar⁹⁷. Çünkü 3. madde bağlamında kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne müdahale için kötü muamelenin belirli bir asgari şiddet düzeyine ulaşması aranmaktadır⁹⁸. Dolayısıyla “belli bir asgari şiddet düzeyine” ulaşmamış kötü muameleler, Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁹. Örneğin, Wainwright davasında, birinci başvuranın oğlu, ikinci başvuranın ise üvey kardeşi olan yakınına cezaevinde ziyaret etmek isteyen başvuruçular, çıplak kalacak şekilde soyularak aranmalarını ve rektal inceleme yapılmasına sebep olan güvenlik önlemleri nedeniyle maruz kaldıkları üzücü ve aşağılayıcı muameleyi¹⁰⁰, “belli bir asgari şiddet düzeyine” ulaşmadığı gerekçesiyle 3. madde kapsamında değil de 8. madde kapsamında değerlendirilmiştir¹⁰¹. Dolayısıyla kişinin işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele görmesi sebebiyle psikolojik bütünlüğünün ihlaline yönelik şikayetinde Mahkeme öncelikle bu ihlal iddiasının 3. madde mi yoksa 8. madde kapsamında mı ele alacağına karar

⁹² Y.F/Turkey, App. No. 24209/94, 22 July 2003, par. 33.

⁹³ A, B and C/ Ireland, App. No. 25579/05, 10 December 2010, par. 214; P. and S./Poland, App. No. 57375/08, 30 October 2012, par. 96.

⁹⁴ Juhnke/Turkey, App. No. 52515/99, 13 May 2008, par. 77; Glass/United Kingdom, App. No. 61827/00, 9 March 2004, par. 70; Y.F/Turkey, App. No. 24209/94, 22 July 2003, par. 33.

⁹⁵ Juhnke/Turkey, App. No. 52515/99, 13 May 2008; Glass/United Kingdom, App. No. 61827/00, 9 March 2004, 29 April 2002; Y.F/Turkey, App. No. 24209/94, 22 July 2003.

⁹⁶ Salihpaşaoğlu, Özel Hayatın Kapsamı, s. 248. Bu yönde Bensaid/United Kingdom, App. No. 44599/98, 6 February 2001, par. 46.

⁹⁷ Costello-Roberts/United Kingdom, App. No. 13134/87, 25 March 1993, par. 34.

⁹⁸ Salihpaşaoğlu, Özel Hayatın Kapsamı, s. 249.

⁹⁹ Costello-Roberts/United Kingdom, App. No. 13134/87, 25 March 1993, par. 33-36; Bensaid/United Kingdom, App. No. 44599/98, 6 February 2001, par. 46.

¹⁰⁰ Wainwright/United Kingdom, App. No. 12350/04, 26 September 2006, par. 11-16, 33.

¹⁰¹ Wainwright/United Kingdom, App. No. 12350/04, 26 September 2006, par. 43.

vermek zorundadır¹⁰². Bu asgari şiddet düzeyinin değerlendirilmesi göreceli olarak yapılır. Bu tespit tedavinin süresi, fiziksel ve zihinsel etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlığı gibi davanın tüm koşullarına bağlıdır¹⁰³. Öte yandan şartlar oluştuğunda Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerinin birlikte uygulanması mümkündür. 2003 yılından sonra verdiği kararlarda¹⁰⁴ Mahkeme özellikle Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerini daha sık birlikte uygulamaktadır¹⁰⁵. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 3. ve 8. maddeleri taraf devletlere rızaya dayalı olmayan her tür cinsel ilişkiyi, mağdurun tutumu ne olursa olsun, suç sayma ve etkin soruşturma kovuşturma yapma pozitif yükümlülüğü getirmektedir¹⁰⁶. Bu bağlamda Sözleşme'nin 3. ve 8. maddelerinin birlikte uygulandığı davalarda devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğinden bahisle kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün ihlalinden sorumlu tutulduğu göze çarpmaktadır.

Genel olarak bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne yönelik fiziksel ve cinsel saldırılar, tıbbi müdahaleler ve kürtaj durumunda devletin pozitif yükümlülükleri söz konusu olmaktadır¹⁰⁷. Bu bağlamda devletin bireylerin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün ihlal edilmesine karşı bireyleri hem kendi eylemlerinden hem de üçüncü kişilerin eylemlerinden koruma yönünde pozitif yükümlülükleri mevcuttur¹⁰⁸.

2. Kişinin İtibarı

Kişinin itibarının özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak korunması gerektiğine dair 8. maddede herhangi bir ifade yoktur¹⁰⁹. Fakat kişinin itibarı

¹⁰² Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 363.

¹⁰³ Wainwright/United Kingdom, App. No. 12350/04, 26 September 2006, par. 41.

¹⁰⁴ Bu yönde M.C./Bulgaria, App. No. 39272/98, 4 December 2003, par. 187; E.S. and Others/Slovakia, App. No. 8227/04, 15 September 2009; Ebcin/Turkey, App. No. 19506/05, 1 February 2011.

¹⁰⁵ Roagna, s. 24-25.

¹⁰⁶ Roagna, s. 25.

¹⁰⁷ Doğru/Nalbant, C. II, s. 3.

¹⁰⁸ Arslan Öncü, s. 56; Salihpaşaoğlu, Özel Hayatın Kapsamı, s. 252; Aynı yönde; D. P. and J. C./United Kingdom, App. No. 38719/97, 10 October 2002, par.118; A./Croatia, App. No. 55164/08, 14 October 2010, par. 60; X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 22, 23; par 118; M. C./Bulgaria, App. No. 39272/98, 4 December 2003, par. 150, 152; Bevacqua and S./Bulgaria, App. No. 71127/01, 12 June 2008, par. 65; Costello-Roberts/United Kingdom, App. No. 13134/87, 25 March 1993, par. 36.

¹⁰⁹ Salihpaşaoğlu, Özel Hayatın Kapsamı, s. 242.

Sözleşme'nin hem ifade özgürlüğünün düzenlendiği 10. maddesi hem de 8. maddesi kapsamında koruma alanı bulmaktadır. Kişinin itibarı Sözleşme'nin 8. maddesinde açıkça korunmamış olsa da¹¹⁰ Mahkeme'nin kararlarına bakıldığında kişinin itibarının ve onurunun özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının önemli bir parçası olarak ele alındığı görülmektedir¹¹¹. Bu sebeple Sözleşme'nin dinamik yorumu yoluyla¹¹² kişinin itibarına yönelen saldırıların da 8. maddenin ihlali ile sonuçlanabildiği izlenmektedir¹¹³. Devletin bireyin itibarını etkileyecek yayınlara karşı bireyi korumaması durumunda 8. maddenin uygulanabilir olması için, kişinin itibarına yönelik saldırının asgari bir ağırlık düzeyinde olması ve bireyin özel hayata saygı hakkından yararlanmasına zarar verecek tarzda olması gerekir¹¹⁴. Bu bağlamda ihlalin sonuçları göz önünde bulundurulmaktadır. Bireyin itibarının basın yayın yoluyla zedelenmesi söz konusu olduğunda devlet, Sözleşme'nin 8. maddesindeki pozitif yükümlülükleri bağlamında, özel hayatın önemli bir unsuru olan bireyin itibarının korunması hakkı ile diğer tarafın Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğü arasında adil bir denge kurmalıdır¹¹⁵. Aynı zamanda ifade özgürlüğünün sınırlama gerekçesi olarak düzenlenen kişinin itibarı 10. maddeyle de güvence altına alınmıştır¹¹⁶.

Mahkeme, 2007 yılında özel hayata saygı gösterilmesi hakkının gelişiminde evrimci bir adım teşkil eden Pfeifer kararında¹¹⁷ 8. maddenin bir kişinin itibarının korunmasına ilişkin olarak da uygulanmasını kabul etmiştir¹¹⁸. İtibara yönelik eleştiri kamuoyu önünde dile getirilmiş olsa bile, kişinin bireysel kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir parçası olarak ulusal mahkemelerce korunması yükümlülüğü getirilmiştir¹¹⁹.

¹¹⁰ Heringa/Zwaak, s. 665-666; Dijk/Hoof, s. 490.

¹¹¹ Egill Einarsson/Iceland, App. No. 24703/15, 7 November 2017, par. 33; White/Sweden, App. No. 42435/02, 19 September 2006, par. 26; Pfeifer/Austria, App. No. 12556/03, 15 November 2007, par. 35 A./Norway, App. No. 28070/06, 9 April 2009, par. 64; Sanchez Cardenas/Norway, App. No. 12148/03, 4 October 2007, par. 38; Fayed/United Kingdom, App. No. 17101/90, 21 September 1990, par. 67; Chauvy and others/France, App. No. 64915/01, 29 June 2004, par. 70.

¹¹² Arslan Öncü, s. 173.

¹¹³ Heringa/Zwaak, s. 666.

¹¹⁴ A./Norway, App. No. 28070/06, 9 April 2009, par. 64.

¹¹⁵ Chauvy and others/France, 64915/01, 29 June 2004, par. 70.

¹¹⁶ Arslan Öncü, s. 174.

¹¹⁷ Pfeifer/Austria, App. No. 12556/03, 15 November 2007.

¹¹⁸ Roagna, s. 18.

¹¹⁹ Roagna, s. 19.

Kişinin itibarı mesleki itibarı da içermektedir¹²⁰. Nitekim bu yöndeki Niemietz kararında Mahkeme başvurucunun avukatlık bürosunun aranmasının hem mevcut müvekkillerinin hem de kamuoyunun nezdinde mesleki itibarını olumsuz etkileyeceğini belirterek¹²¹ bu değeri de 8. maddenin koruma kapsamına içeriğine dahil etmiştir¹²².

Kişinin itibarına yönelik müdahaleler genellikle basın yayın organları tarafından gerçekleştirilmekte, bu kapsamda devletin pozitif yükümlülükleri ise kişinin 8. maddede güvenceye bağlanan mahremiyet hakkını etkili şekilde koruyamaması durumlarında söz konusu olmaktadır.

3. Kişisel ve Sosyal Kimlik

AİHM, bir bireyi diğerlerinden ayıran kişisel ve sosyal kimliğe sahip olma hakkına önemli bir yer vermektedir¹²³. Bu doğrultuda AİHM yargılamasında kişisel ve sosyal kimlik ile ilgili haklar büyük ölçüde 8. madde kapsamında gelişmiştir¹²⁴. Bu sebeple de kişinin kendi kimliğini belirlemesi ve kimliğinin tanınmasını istemesi özel hayatın esaslı konularından biridir¹²⁵. Aşağıda inceleneceği üzere kişilerin kimliklerinin pozitif olarak korunması özellikle isim, cinsel kimlik, kişinin kökenlerini bilmesi ve kişinin itibarı ile ilgili olarak bazı gelişmelere yol açmıştır¹²⁶.

a. İsim

İsim, resmi kayıtlara geçerek bireyin kimliğinin kanıtını teşkil eden ve bir bireyi diğerlerinden ayırmak için göz önünde tutulan temel bir ögedir¹²⁷. Nitekim

¹²⁰ Heringa/Zwaak, s. 666.

¹²¹ Niemietz/Germany, App. No. 13710/88, 16 December 1992, par. 37.

¹²² Niemietz/Germany, App. No. 13710/88, 16 December 1992, par. 40.

¹²³ Yıldırım, Özel Hayat, s. 393.

¹²⁴ Marshall, Jill; Human Rights and Personal Identity, Routledge, New York, 2014, s. 36; Jacobs/White/Obey, s. 377 vd.

¹²⁵ Doğru/Nalbant, C. II, s. 4.

¹²⁶ Akandji Kombe, s. 38.

¹²⁷ Kılınç, Ümit; “İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması”, TBB Dergisi, S. 89, 2010, s. 244.

AIHS’te ismin bir insan hakkı olduğuna¹²⁸ ve korunduğuna dair sarıh bir hüküm mevcut değildir¹²⁹ ve bu durum AIHM kararlarında da vurgulanmıştır¹³⁰. Bunun sebebi geçmiş dönemde, Sözleşme’yi kaleme alanların isim hakkını ulusal otoritelerin takdirine bırakmak istemeleridir¹³¹. Mahkeme’nin kimi yargıçları 8. maddenin açık bir düzenleme içermemesine rağmen isme ilişkin ihtilafları da kapsar şekilde yorumlanmasını eleştirse de¹³² doktrinde yerinde olarak kişinin isminin diğer kişilerle ilişki kurma ve geliştirme hakkını da kapsayan özel ve aile hayatının¹³³ bir parçası olarak kabul edilmektedir¹³⁴. Fakat bu eksiklik AIHM kararlarıyla¹³⁵ Sözleşme’nin yorumlanması sonucu giderilmiştir¹³⁶. İsim/soyisim tercihinin 8. maddenin uygulanabilirliği sorunu, Mahkeme tarafından ilk kez 1990’ların başında kocanın karısının soyadını kullanmasıyla ilgili olan Burghartz

¹²⁸ Çalışmamızda “isim” ifadesi geniş anlamda kullanılarak “soyismi” de içerecek şekilde aktarılmaya çalışılmıştır.

¹²⁹ Jacobs/White, s. 179; İsmi bir insan hakkı olarak ilk düzenlendiği uluslararası belge, 23 Mart 1976’da yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklara Dair Uluslararası Sözleşme’dir. Sözleşme’nin 24. maddesinin 2. fıkrasında çocukların hakları başlığı altında düzenlenen hüküm şu şekildedir: “Her çocuk doğumundan hemen sonra nüfusa kaydedilir ve kendisine bir isim verilir.” Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz. (<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>, E.T. 29.06.2016) Ayrıca, Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 7. maddesinin ilk fıkrasına göre çocuğun “doğumdan (...) itibaren bir isim hakkına, sahip olması gerekir. Aynı Sözleşme’nin 8. maddesine göre, taraf devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun, ismini koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler. Sözleşme metni için bkz. (<https://www.unicef.org/turkey/crc/cr23c.html#art7>, E. T. 01.04.2017). Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de aynı yönde bir düzenleme mevcuttur. Sözleşme’nin 18. maddesine göre “Her kişinin kendisine verilen bir ismi ve ebeveynlerinin ya da ebeveynlerinden birisinin soyismini kullanma hakkı vardır...” Sözleşme metni için bkz. (https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm, E. T. 29.06.2016).

¹³⁰ Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, par. 24; Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25 November 1994, par. 37; Guillot/France, App. No. 22500/93, 24 October 1996, par. 21.

¹³¹ Kılınç, İsim Hakkı, s. 243.

¹³² Yargıç Pettiti ve Valticos’a göre Sözleşme’nin 8. maddesinin sözkonusu davadaki gibi evli çiftlerin aile soyadlarının atanmasına uygulanmamalıdır. 8. madde isim konusunda sarıh bir düzenleme içermemekle beraber aile soyismi konusunda politik, hukuki, sosyal ve dini kavramlar bir ülkeden diğerine göre çok farklılık göstermektedir. Bu alanda değişim süreci hala devam etmekle olup evli veya boşanmış çiftlerin soyisimlerine uygulanması gereken kurallar kesinlikle madde 8 kapsamının dışında tutulmalıdır. Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, Dissenting Opinion of Judges Pettiti and Valticos, par. 1, Partly Dissenting Opinion of Judge Russo.

¹³³ Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, par. 24; Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25 November 1994, par. 37; Ünal Tekeli/Turkey, App. No. 29865/96, 16 November 2004, par. 42.

¹³⁴ Arslan Öncü, s. 225-226; Kılınç, İsim Hakkı, s. 245.

¹³⁵ Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994; Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25 November 1994.

¹³⁶ Salihpaşaoğlu, s. 238; Kılınç, İsim Hakkı, s. 245; Ergene, Deniz; “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun’da Değişiklik Önerisi”, MHB, Y. 31, S. 2, 2011, s. 149.

davasında¹³⁷ ele alınmıştır¹³⁸. Nitekim bu kararı takip eden içtihatlarda da Mahkeme bireyin kişisel kimliğinin ve ailesiyle ilişkilendirilmesinin aracı olarak ismin¹³⁹, özel ve aile hayatıyla oldukça yakından ilgili olduğunu belirtmiştir¹⁴⁰. Bu sebeple de kişinin ismine/soyismine ilişkin konuların hem özel hayat hem de aile hayatı ile ilgili olmasından ötürü Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olduğunu kabul etmiştir¹⁴¹. Devletin ve toplumun ismin ve soyismin kullanılmasını düzenlemede menfaati olması isim ve soyismin kişisel kimliğe sahip olma ve aileye aidiyet aracı olmalarına engel değildir¹⁴². Dolayısıyla Mahkeme birçok kararında bir kişinin isminin, özel ve aile hayatıyla ilgili olduğunu açıkça belirtmiştir¹⁴³.

AIHM ismi çok geniş yorumlayarak kişinin diğer insanlarla iletişimde kullandığı soyismi, göbek ismi ve takma ismi de 8. maddenin koruma kapsamına dahil etmektedir¹⁴⁴. Ayrıca AIHM kişinin soyismi ile ilgili olarak eşler arasında ayrımcılık yasağına ilişkin birçok olayda Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte 14. maddesini uygulamaktadır¹⁴⁵.

Taraf devletler arasında kabul edilebilir isim değişiklikleri ve seçimindeki sınırlamalar konusunda konsensüs zemini olmadığından, Mahkeme bu konuda devletlere geniş bir takdir marjı tanımıştır¹⁴⁶. AIHM, soyisimleri konusunda taraf devletlere takdir marjı bıraksa da, kadınların evlenmeden önceki soyisimlerini kullanmaları konusunda taraf devletlere takdir marjı tanımamaktadır¹⁴⁷.

¹³⁷ Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994.

¹³⁸ Roagna, s. 17; Ergene, s. 148.

¹³⁹ Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, par. 24; Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25 November 1994, par. 39; Guillot/France, App. No. 52/1995/558/644, 24 October 1996, par. 21.

¹⁴⁰ Santolaya, s. 346; Jacobs/White/Obey, s. 382; Doğru/Nalbant, C. II, s. 4; Heringa/Zwaak, s. 685.

¹⁴¹ Boulgakov/Ukraine, App. No. 59894/00, 11 September 2007, par. 42; Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, par. 24; Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25 November 1994, par. 37; Guillot/France, App. No. 22500/93, 24 October 1996, par. 21.

¹⁴² Yıldırım, Özel Hayat, s. 393.

¹⁴³ Niemietz/Germany, App. No. 13710/88, 16 December 1992, par 29; Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, par. 24; Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25 November 1994, par. 37; Guillot/France, App. No. 22500/93, 24 October 1996, par. 21; Bulgakov/Ukraine, App. No. 59894/00, 11 September 2007, par. 42; Kemal Taşkın and Others/Turkey, App. No. 30206/04, 37038/04, 43681/04, 12881/05, 28697/05, 32797/05, 45609/05, 2 February 2010, par. 45; B./France, App. No. 13343/87, 25 March 1992, par. 58.

¹⁴⁴ Kılınç, İsim Hakkı, s. 244; Gümüş, Ali Tarık; Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 287.

¹⁴⁵ Dinç, Güney; "Özel Hayatın Korunması", İnsan Hakları, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2006, s. 9.

¹⁴⁶ Kilkelly, s. 71.

¹⁴⁷ Şirin, Tolga; "Takdir Marjı Doktrini (Margin of Appreciation) ve Türkiye Anayasa Mahkemesi İçin Anlamı", Anayasa Hukuku Dergisi, C. II, S. 4, 2013, s. 389.

Toplum ve aile çevresinde bir kimlik saptama aracı olarak isim konusunda taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri AİHM içtihatlarında soyadı değiştirme, kadınların ve çocukların soyismi ve transseksüellerin isim tercihi ihtilaflarında ileri sürülmüştür.

b. Cinsel Kimlik

Cinsel gizlilik, bireyin, doğumunda devlet tarafından nüfus kütüğüne kaydedildiği şekliyle cinsel kimlikle dışa vurulur¹⁴⁸. Kişinin cinsel yönelimi karşı cinse (heteroseksüel), aynı cinse (homoseksüel), her iki cinse (biseksüel) karşı olabilir yahut cinsel ilgisi hiç olmayabilir (aseksüel)¹⁴⁹. 8. madde kapsamında her türlü cinsel faaliyet ve yönelim özel yaşamın en mahrem yönünü oluşturduğundan¹⁵⁰, kişilerin cinsel gizliliğine yahut yönelimlerine müdahale teşkil eden her eylem yahut mevzuat 8. maddenin ihlaline sebebiyet verir¹⁵¹. Bu sebeple çok ciddi nedenler olmadıkça kamu otoritelerinin cinsel kimliğin bir parçası olan cinsel hayata müdahale edemeyeceği vurgulanmaktadır¹⁵². Dolayısıyla müdahalelerin değerlendirilmesi açısından hakkın özel yönünün de göz önünde bulundurulduğu anlaşılmaktadır¹⁵³.

Akandji Kombe, Mahkeme'nin pozitif yükümlülükler teorisine başvurmalarının ve bu bağlamda Sözleşme'nin güvencelerini farklı cinsel pratikler yaşayan kişileri de (eşcinselleri, transseksüelleri) kapsayacak şekilde genişletmesinin sebebinin esas olarak bu kategoriyi korumak olduğunu ileri sürmektedir¹⁵⁴. Aynı doğrultuda *Jacobs, White ve Obey* de Sözleşme'nin yaşayan enstrüman (living instrument) olarak yorumunun ve pozitif yükümlülük doktrininin

¹⁴⁸ Yıldırım, Özel Hayat, s. 397.

¹⁴⁹ Doğru/Nalbant, C. II, s. 5.

¹⁵⁰ Laskey, Jaggard ve Brown/United Kingdom, App. No. 21627/93; 21628/93; 21974/93, 19 February 1997, par. 36; Van Kück/Germany, App. No. 35968/97, 12 June 2003, par. 81.

¹⁵¹ Dijk/Hoof, s. 496.

¹⁵² Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 52.

¹⁵³ İnceoğlu, Sibel; "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 33.

¹⁵⁴ Akandji Kombe, s. 38.

transseksüellerin cinsel kimliklerinin tanınmasına ilişkin davalar kapsamında geliştiğini belirtmektedir¹⁵⁵.

Mahkeme transseksüellerin, isim ve cinsiyet kimliği değişikliklerine rağmen resmi sicillerde değişikliklerin yapılmaması ile ilgili konuların, 8. maddenin ilk fıkrası kapsamındaki özel hayata saygı hakkını ilgilendirdiğine karar vermiştir¹⁵⁶.

Ayrıca 8. maddenin geniş kapsamına “*self-determinasyon*” kavramını da eklemiştir. *Kişisel özerklik* kavramı ile ilişkilendirdiği “*self-determinasyon*” hakkının en temel unsurlarından birinin “*kişinin kendini kadın ya da erkek olarak tarif etme özgürlüğü*” olduğunu belirten Mahkeme¹⁵⁷, bu durumun dikkate alınmamasının Sözleşme’ye aykırılık oluşturacağını ifade etmiştir¹⁵⁸. Öte yandan kişinin cinsel yönelim seçimine müdahale edilmesi insan onurunu da zedeleyecek nitelikte bir eylemdir¹⁵⁹.

Mahkeme yetişkin bireyler arasında rızaya dayalı homoseksüel¹⁶⁰ ya da heteroseksüel¹⁶¹ cinsel ilişkiyi yaptırıma bağlamanın da özel hayata saygı hakkına müdahale olduğuna kanaat getirmiştir¹⁶². Bu durumda mevzuatın kendisinin ve uygulamasının özel hayata saygı hakkına müdahaleye imkan tanır nitelikte olması devletin etkili yasa çıkarma ya da gereğince yasal değişiklik yapmama bağlamında pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini göstermektedir.

c. Etnik Kimlik

Etnik kimlik, Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamına giren bireyin kimliğiyle ilgili önemli bir unsur olarak görülmektedir¹⁶³. Mahkeme, Sözleşme’nin 8. maddesi

¹⁵⁵ Jacobs/White/Obey, s. 383.

¹⁵⁶ B./France, App. No. 13343/87, 25 March 1992, par. 43; Grant/United Kingdom, App. No. 32570/03, 23 May 2006, par. 40; H./Finland, App. No. 37359/09, 13 November 2012, par. 41.

¹⁵⁷ Van Kück/Germany, App. No. 35968/97, 12 June 2003, par. 69; Schlumpf /Switzerland, App. No. 29002/06, 8 January 2009, par. 100.

¹⁵⁸ Salihpaşaoğlu, s. 240.

¹⁵⁹ Oehling De Los Reyes, Alberto; “The Human Dignity in the Case Law of The European Court of Human Rights”, Constitutionalism of European Supranational Courts, (Director: Luis Ignacio Gordillo Pérez), Monographs in Comparative and Transnational Law, Aranzadi, Spain, 2015, s. 30.

¹⁶⁰ Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 56-63; Norris/Ireland, App. No. 10581/83, 26 October 1988, par. 38.

¹⁶¹ Stübing/Germany, App. No. 43547/08, 12 April 2012, par. 66

¹⁶² Doğru/Nalbant, C. II, s.5.

¹⁶³ Doğru/Nalbant, C. II, s.5; Salihpaşaoğlu, s. 237. Bu yönde S. Marper/United Kingdom, App. No. 30562/04 and 30566/04, 4 December 2008, par. 66.

ile ilgili olarak verdiği birçok kararda, “etnik kimliğin” özel hayatın bir ögesi olduğunu açıkça ifade etmiştir¹⁶⁴. Nitekim Gaskin/Birleşik Krallık kararındaki ifadesiyle “*özel hayata duyulan saygı, herkesin birey olarak kimliklerinin detaylarını oluşturabilmelerini ve esas olarak yetkili makamların özel bir gerekçe olmaksızın böyle çok temel bilgileri elde etmelerinin engellenmemesini*” gerektirmektedir¹⁶⁵. Bu doğrultuda taraf devletlerin bireylerin kökenleri ile ilgili bilgilere ulaşmalarını sağlama görevi söz konusudur¹⁶⁶. Kişinin kökenlerini bilmesi bağlamında evlat edinilmiş kişinin biyolojik aile bağları ve çocukluğu hakkındaki bilgilere erişme hakkı da 8. madde kapsamında korunmuştur¹⁶⁷.

8. madde çerçevesinde sağlanan koruma sadece etnik kimlik hakkı değil, aynı zamanda etnik azınlığa mensup kişilerin geleneksel yaşam biçimidir¹⁶⁸. Bu husus idarenin, göçebe bir hayat süren Romanların bu yaşam biçimlerini etkileyen müdahalelerde bulunması üzerine söz konusu olmuş ve Mahkeme, bir Roman olan başvuranın karavanında ikamet etmesininin göçebe yaşam biçimini yansıttığını ve onun etnik kimliğinin tamamlayıcı bir parçası olduğunu, bu nedenle de söz konusu müdahalenin özel ve aile hayatına etki etme potansiyeli taşıdığını belirtmiştir¹⁶⁹.

Nihayetinde özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında etnik kimlik konusunda pozitif yükümlülükler kişinin geçmişi ve kökenleri hakkındaki bilgilere ulaşma hakkı ve azınlıklara geleneksel yaşam tarzlarının sağlanması bağlamında gündeme gelmektedir.

¹⁶⁴ S. and Marper/United Kingdom, App. No. 30562/04, 30566/04, 4 December 2008, par. 66; Ciubotaru/Moldova, App. No. 27138/04, 27 April 2010, par. 49; Aksu/Turkey, App. No. 4149/04, 41029/04, 15 March.2012, par. 58; Coster/ United Kingdom, App. No. 24876/94, 18 January 2001, par. 87; Jane Smith/United Kingdom, App. No. 25154/94, 18 January 2001, par. 80; Lee/United Kingdom, App. No. 25289/94, 18 January 2001, par. 75; Beard/United Kingdom, App. No. 24882/94, 18 January 2001, par. 84.

¹⁶⁵ Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 39.

¹⁶⁶ Akandji Kombe, s. 39.

¹⁶⁷ Jacobs/White/Obey, s. 377.

¹⁶⁸ Roagna, s. 17; Salihpaşaoğlu, s. 241.

¹⁶⁹ Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001, par. 73; Jane Smith/United Kingdom, App. No. 25154/94, 18 January 2001, par. 80; Coster/United Kingdom, App. No. 24876/94, 18 January 2001, par. 87; Lee/United Kingdom, App. No. 25289/94, 18 January 2001, par 75; Beard/United Kingdom, App. No. 24882/94, 18 January 2001, par. 84.

4. Kişisel Özerklik ve Gelişim

8. madde altında güvenceye bağlanan tüm haklar gözetildiğinde 8. maddenin amacının, insanın özünde bulunan, kişiliğini serbestçe geliştirebileceği, özel ve ailevi bir alan sağlamak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹⁷⁰. Özel hayatın korunması, kişisel özelliklerinin ve kişisel tercih özgürlüğü bilincinin gelişmesi bakımından da zorunludur. Nitekim birey, özel hayatını kendi özgür iradesiyle belirleyemiyorsa, seçmede bulunma, kendi hayatına iradesiyle yön verme özgürlüğünden de büyük ölçüde yoksun kalır¹⁷¹. Bu bağlamda insan onurunun korunması 8. madde kapsamında korunan en temel değerlerden biridir¹⁷². 8. madde kişisel özerklik hakkını korurken aynı zamanda devlete bireyin kendi kimliğini ve kişiliğini özgürce geliştirebileceği alanda yeterli koruma sağlama yükümlülüğü yüklemektedir¹⁷³. İnsan onurunun ilk boyutu¹⁷⁴ yahut bir başka görünümü kişisel özerkliktir¹⁷⁵. Kişisel özerklik kişinin kendi varlığının seyrini belirleme, kişinin kendi hayatı için tercihler yapma özgürlüğüdür¹⁷⁶. Kişisel özerklik insan onuru gibi Sözleşme’de açıkça korunmasa da AİHM Pretty kararında 8. madde kapsamında kişisel özerkliğin önemini kabul etmiştir¹⁷⁷. Güncel davalarda da kişisel özerklik özellikle 8. maddenin yorumunda gittikçe artan şekilde önem arz etmektedir¹⁷⁸.

İnsan onuru ve kişisel özerklik arasındaki açık bir bağlantı olduğu AİHM’in güncel Jehovah’s Witnesses of Moscow ve diğerleri kararında¹⁷⁹ doğrulanmıştır¹⁸⁰. Kararda Mahkeme “özel hayat” kavramının herkesin özgürce kendi kişiliğini gerçekleştirmek ve gelişimini sürdürmek ve diğer kişi ve dış dünya ile ilişki kurmak ve geliştirmek üzere kişisel özerklik alanını da kapsayan geniş bir terim olduğunu açıkça vurgulamıştır¹⁸¹.

¹⁷⁰ Yıldırım, Özel Hayat, s. 389.

¹⁷¹ Özbudun, Özel Haberleşmenin Gizliliği, s. 266.

¹⁷² Burbergs, s. 321; Oehling De Los Reyes, s. 29.

¹⁷³ Oehling De Los Reyes, s. 29.

¹⁷⁴ Perrone, Roberto; “Public Morals and The European Convention on Human Rights”, Israel Law Review 47(3) 2014, s. 373.

¹⁷⁵ Marshall, Personal Identity, s. 32.

¹⁷⁶ Perrone, s. 374.

¹⁷⁷ Pretty/United Kingdom, App. No. 2346/02, 29 April 2002, par. 61.

¹⁷⁸ Senden, s. 81.

¹⁷⁹ Jehovah’s Witnesses of Moscow and Others/Russia, App. No. 302/02, 10 June 2010, par. 135.

¹⁸⁰ Perrone, s. 375.

¹⁸¹ Jehovah’s Witnesses of Moscow and Others/Russia, App. No. 302/02, 10 June 2010, par. 117.

5. Kişisel Bilgiler ve Veriler

AİHS’te kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak bağımsız bir insan hakkı düzenlenmesi mevcut olmayıp¹⁸² herhangi bir tanıma da yer verilmemiştir¹⁸³. AİHM kararlarında konuya ilişkin olarak Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme’ye¹⁸⁴ atıfta bulunmaktadır¹⁸⁵. Bu bağlamda KVKDS’nin 2. maddesinde kişisel veriler “kişinin kimliğini belirten ya da belirtmeye elverişli olan her türlü bilgi” olarak tanımlamaktadır.

Kişisel verilerin korunması¹⁸⁶ madde 8 anlamında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının önemli konularından birini oluşturmaktadır¹⁸⁷. Bir devletin yetkili kamu otoriteleri ya da temsilcileri tarafından bir birey hakkında rızası alınmaksızın bilgi toplanması söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendirdiğinden 8.

¹⁸² Şimşek, Oğuz; Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 30.

¹⁸³ AİHS gibi Anayasa’da da “kişisel veri” kavramına ilişkin bir tanımlama olmamakla birlikte Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda kişisel veri, “Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” şeklinde tanımlanmıştır. (RG. T. 07.04.2016 S. 29677). Anayasa Mahkemesi kararlarında ise kişisel veri, “belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu bağlamda kişinin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler” kişisel veri olarak kabul edilmektedir. (AYMK, E.2013/122, K.2014/74, T. 09.04.2014; AYM, E.2014/149, K.2014/151, T. 2.10.2014; AYM, E.2013/84, K.2014/183, T. 04.12.2014; AYM, E.2014/74, K.2014/201, T. 25.12.2014; AYM, E.2014/180, K.2015/30, T. 19.03.2015).

¹⁸⁴ “Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data”, Sözleşme’nin İngilizce metni için bkz. (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680078b37>, E.T. 26.04.2017).

Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi’nin İlişik Beyanlarla Birlikte Onaylanması Hakkında Karar 17 Mart 2016’da Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. (RG. T. 17.03.2016, S. 29656) Sözleşme Türkçe metni için bkz. (<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160317.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160317.htm>, E.T. 26.04.2017).

¹⁸⁵ Leander/Sweeden, App. No. 9248/81, 26 March 1987, par. 48; Amann/Switzerland, App. No. 27798/95, 16 February 2000, par 65; Rotaru/Romania, App. No. 28341/95, 4 May 2000, par. 44; Peck/ United Kingdom, App. No. 44647/99, 28 January 2003, par. 78; Mitkus/Latvia, 7259/03,2 October 2012, par. 56-58, 137.

¹⁸⁶ Kişisel verilerin korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şimşek, Oğuz; Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008; Küzeci, Elif; Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

¹⁸⁷ Heringa/Zwaak, s. 666; Jacobs/White, s. 174.

madde kapsamına girmektedir¹⁸⁸. Bir başka ifadeyle kişisel verilerin korunması Sözleşme'nin 8. maddesinde güvenceye bağlanan özel alanın özel olarak şekillenmiş bir bölümünü teşkil etmektedir¹⁸⁹. Fakat doktrinde kişisel verilerin özel hayatın gizliliği hakkının geleneksel yaklaşımıyla ve bu alanda benimsenen ilkelerle korunmaya çalışılmasının, teknolojik alanda yaşanan gelişmeler karşısında yetersiz kaldığı, kendine özgü bazı gereklilikleri nedeniyle ayrı bir alan olarak ele alınması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹⁰.

Kamu yetkilileri tarafından tutulan kişisel bilgilerin özel hayat kapsamında olup olmadığını belirlerken Mahkeme, söz konusu bilginin kaydedildiği ve tutulduğu somut olaya özgü şartlara, kaydın niteliğine, saklama süresine, kullanım ve işlemde geçme şekline ve elde edilen sonuca bakacaktır¹⁹¹. Örneğin; cinsiyet, medeni hal, fotoğraf¹⁹², doğum yeri ve diğer kişisel bilgilerle ilgili yanıtlanması zorunlu sorular içeren resmi nüfus sayımı¹⁹³, polis tarafından alınan parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgilerin kayıtları¹⁹⁴, tıbbi verilerin toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması¹⁹⁵, DNA profili¹⁹⁶, sağlık, sosyal hizmetler ve vergi gibi idari ve sivil konuları ele alan bireysel kimlik belirleme sistemi¹⁹⁷, vergi makamlarının kişisel harcama detaylarını açıklama zorunluluğu getirmesi, mali harcamaların detayları¹⁹⁸ gibi konular özel hayatın korunması kapsamında değerlendirilir. Öte yandan özel yaşamın giz alanına giren kişinin dini, etnik kökeni, cinsel yaşamı gibi değerler hassas veri olarak kabul edilip özel olarak korunmaktadır¹⁹⁹. Bu yönde KVKDS'nin "özellikli veri kategorileri" başlıklı 6. maddesinde "iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk menşei, politik düşünceleri, dinî veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerle sağlık veya cinsel yaşamla ilgili

¹⁸⁸ Kilkelly, s. 20.

¹⁸⁹ Şimşek, Kişisel Veri, s. 32.

¹⁹⁰ Küzeci, s. 70.

¹⁹¹ Roagna, s. 19.

¹⁹² Sciacca/Italy, App. No. 50774/99, 11 January 2005.

¹⁹³ Doğan, Yusuf Hakkı; "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", Makaleler ve Seminer Notları, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Bilgi Bankası, Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Mart 2005, s. 5.

¹⁹⁴ Murray/United Kingdom, App. No. 14310/88, 28 October 1994; Leander/Sweeden, App. No. 9248/81, 26 March 1987.

¹⁹⁵ Glass/United Kingdom, App. No. 61827/00, 9 March 2004.

¹⁹⁶ S. and Marper/United Kingdom, App. No. 30562/04, 30566/04, 4 December 2008, par. 69.

¹⁹⁷ Kilkelly, s. 21.

¹⁹⁸ X./Belgium, App. No. 9804/82, 7 December 1982.

¹⁹⁹ Şimşek, Kişisel Veri, s. 142.

kişisel nitelikteki veriler ve ceza mahkûmiyetleri, otomatik bilgi işlemine tâbi tutulamazlar” şeklinde özellikli kişisel verilerin kapsamı belirtilmiştir. Bu örnekler düzleminde kişisel veri yelpazesinin oldukça geniş olduğu ve özel hayata doğrudan temas ettiği sonucuna varmak yanlış olmayacaktır.

AIHM’in kişisel veriler açısından ilk önemli kararı²⁰⁰ Klass/Almanya kararıdır²⁰¹. Mahkeme kararında kişinin özel alanına telefon dinleme gibi teknik araçlarla müdahalenin 8. maddenin ikinci fıkrası anlamında haklılık şartlarını incelemiştir²⁰². Mahkeme’nin içtihatlarında kişisel bilgi ve verilere yetkili organların müdahalesinin söz konusu olduğu bu gibi durumlarda devletin negatif yükümlülükleri ön plana çıkarken, resmi kayıtların gizliliğinin sağlanamaması, bu kayıtlara erişilememesi ya da erişimin reddi gibi durumlarda ise devletin pozitif yükümlülükleri gündeme gelmektedir.

Devlet tarafından tutulan kayıtlardaki kişisel bilgi ve verilere erişilememesi durumu da 8. madde bağlamında değerlendirilebilir²⁰³. Örneğin Gaskin/Birleşik Krallık davasında²⁰⁴ Mahkeme, davacı hakkındaki dosyaların söz konusu kişinin çocukluğu, gelişimi ve geçmişi hakkında çok kişisel boyutları içerdiği için kişinin geçmişi ve çocukluk yılları konusunda temel kaynak olduğundan bahisle, söz konusu dosyalara erişememenin 8. madde kapsamında sorun teşkil ettiğine karar vermiştir²⁰⁵. Ayrıca devlet kayıtlarına erişimin sağlanması Mahkeme’ye göre²⁰⁶ taraf devletlerin 8. madde kapsamında pozitif yükümlülükleriyle doğrudan bağlantılıdır²⁰⁷.

Özel hayat bireylerin dış dünya ile ilişkilerini de kapsamına aldığından²⁰⁸ bu alanda korunan kişisel bilgiler ve veriler aynı zamanda kişinin ailesine ilişkin bilgileri de içermektedir²⁰⁹. Bu yönde Murray davasında²¹⁰ AIHM kişisel bilgilerin

²⁰⁰ Şimşek, Kişisel Veri, s. 32.

²⁰¹ Klass and the others/Germany, App. No. 5029/71, 6 September 1978.

²⁰² Şimşek, Kişisel Veri, s. 33.

²⁰³ Kil Kelly, s. 21; Roagna, s. 19.

²⁰⁴ Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 89.

²⁰⁵ Heringa/Zwaak, s. 669; Kil Kelly, s. 21.

²⁰⁶ Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 49; Aynı yönde M. G./United Kingdom, App. No. 39393/98, 24 September 2002, par. 27.

²⁰⁷ Heringa/Zwaak, s. 669; Arai-Takahashi, s. 77; Dijk/Hoof, s. 493.

²⁰⁸ Niemetz/Germany, App. No 13710/88, 16 December 1992, par. 29.

²⁰⁹ Şimşek, Kişisel Veri, s. 141.

²¹⁰ Murray/United Kingdom, App. No. 14310/88, 28 October 1994, par. 84.

aile bilgilerini de kapsayacak şekilde 8. madde kapsamında korunduğunu belirtmiştir²¹¹.

Mahkeme içtihatlarında kişisel veriler alanında özellikle tıbbi verilerin korunması 8. maddede güvence altına alınan özel hayatın korunmasında esas önem teşkil eder²¹². Nitekim tıbbi verilerin gizliliğine saygı tüm taraf devletlerin hukuk sistemlerinde Sözleşme kapsamında hayati öneme sahip bir ilkedir²¹³. Zorica Jovanović/Sırbistan kararında²¹⁴ hastanede kaybolan yenidoğan bebeğin akıbeti hakkında bilgi verilmesinin sürekli olarak reddedilmesi²¹⁵ üzerine Mahkeme ortadan kaybolmaların, belirsizlik ve esrarengiz durumun sürmesine sebep olan tıbbi verilerin eksikliğinin özel bir hadise olduğunu vurgulamıştır. Bu sebeple ortadan kaybolmaların basit şekilde ani bir eylem ya da olay olduğunun söylenemeyeceğini belirtmiştir. Bu kapsamda devletin pozitif yükümlülüğünün imkan dahilinde tıbbi

²¹¹ Heringa/Zwaak, s. 668.

²¹² Mowbray, Alastair; Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 362; Dijk/Hoof, s. 495.

²¹³ Mowbray, Cases, s. 362.

²¹⁴ Zorica Jovanović/Serbia, App. No. 21794/08, 26 March 2013.

²¹⁵ “28 Ekim 1983 tarihinde, başvuran bir devlet hastanesinde sağlıklı bir erkek çocuk dünyaya getirmiştir. Üç gün sonra, kendisi ve bebeği taburcu olacakken, kendisine oğlunun öldüğü bilgisi verilmiştir. Başvuran, hastanenin, oğlunun geceyi içerisinde geçirdiği çocuk odasına girmeye çalışmış; ancak hastane hizmetlileri tarafından engellenmiştir. Bebeğin ölü bedeni, başvurana veya ailesine hiç verilmemiş ve kendisine hiç otopsi raporu sunulmamış veya başvuran oğlunun iddialara göre nerede ve ne zaman gömüldüğü hakkında bilgilendirilmemiştir. Ölüm nedeni olarak hiçbir açıklama yapılmamış ve ölüm, belediye kayıtlarına girilmemiştir. Benzer başka davaların olduğu yönünde medyada yer alan haberlerin ardından, başvuranın kocası tarafından hastane personeli aleyhinde açılan ceza davası, asılsız olduğu gerekçesiyle Ekim 2003’te reddedilmiştir. 2003 ve 2010 yılları arasında, yetkililer, yenidoğan bir çocuğun ölmesi halinde hastanelerdeki uygulamaların iyileştirilmesi ve çoğunlukla 1970’li ve 1990’lı yıllar arasında, hastane koşullarında gerçekleştiği varsayılan ölümlerin ardından, çocukları kaybolan yüzlerce anne baba tarafından ortaya atılan iddiaların incelenmesi için, adımlar atmıştır. Bu nedenle, 2003 yılından itibaren, hastanede ölen yenidoğanların anne babaları, aileleri veya yasal temsilcileri, ölüm hakkında bilgilendirildiklerine ve cenaze düzenlemelerini şahsen yapacaklarına dair özel bir form imzalamak zorundadır. Ayrıca, durumun değerlendirilmesi ve yasal değişiklik önerilerinin hazırlanması için, Kamu Denetçisi, Parlamento İnceleme Kurulu ve Parlamento tarafından oluşturulan bir çalışma grubu raporlar hazırlamıştır. Kamu Denetçisi ve inceleme kurulu raporları, gerek 1980’lerde yürürlükte olan mevzuatta gerekse bir yenidoğanın hastanede ölmesi durumunda uygulanan usul ve yasal düzenlemelerde ciddi eksiklikler tespit etmiştir (tıp dünyasının yaygın görüşü, anne babaların kendi çocuklarını gömmeye acısından kurtarılması gerektiği yönündedir). Bu nedenle, raporlar, anne babaların, çocuklarına gerçekte neler olduğuna dair şüphelerinin haklı olduğuna kanaat getirmiştir. Raporlar ayrıca Devlet’in duruma yanıtının yetersiz olduğunu tespit etmiştir. Bununla birlikte, Aralık 2010’da Parlamento çalışma grubu, o zamana kadar zaten değiştirilmiş olan mevcut mevzuatta hiçbir değişiklik yapmanın gerekli olmadığı sonucuna varmıştır (sağlık verilerinin toplanması ve kullanımı konusu hariç). Ayrıca, Sırbistan Anayasası’nın 34. maddesinin, geçmişte işlenmiş suçların kovuşturması konusunda geçerli zamanaşımı süresinin uzatılmasının veya ceza gerektiren yeni, daha ciddi suçların ve/veya daha sert cezaların eklenmesini imkânsız kıldığına dikkat çekmiştir.”. http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2013_03_161_TUR.pdf, s. 19.

verilere ulaşıp kayıp kişinin akıbeti belirlenesiye kadar devam ettiği kanaatindedir²¹⁶.

Kişisel bilgilerin ve verilerin korunması kapsamında devletin pozitif yükümlülüğü, genelde ulusal güvenliği sağlamak üzere veri topladığı durumlarda bu veriler için yeterli koruma garantileri sağlaması gerekliliğinden doğmaktadır²¹⁷. Kişisel veriler hem devlet hem de üçüncü kişiler tarafından toplanabildiğinden devletin bu verileri korumaya yönelik pozitif yükümlülükleri hem esasa hem de usule ilişkin güvenceleri kapsamına almaktadır. Koruma usulüne ilişkin güvenceleri sağlayabilmesi ise daha büyük önem arz etmektedir. Zira devletin pozitif yükümlülükleri bu verileri hem bizzat hem de garantör sıfatıyla koruması sonucu yerine getirilmiş olur.

B. Aile Hayatına Saygı Hakkı

Liberal devlet aile kurulurken hukukî şekil vermekte fakat aile kurulduktan sonra yaşaması için gerekli ihtiyaçlarını karşılamada onu yalnız bırakmakta; sorumluluğu aile reisine yüklemektedir. Ancak, 19. yüzyılın ortalarından sonra kuvvetlenmiş olan kapitalist düzen büyük yığınların ekonomik durumlarının gittikçe kötüye gitmesi sonucunu doğurmuştur. Bu durumda devletin kişiye ve aileye tanıdığı hak ve özgürlükler teoride kalmıştır. Ailenin barınmak için konuta, çocukların maddi ve manevi varlıklarını geliştirmek için bakıma ve eğitime, aile fertlerinin işsizlik, hastalık, sakatlık, yaşlılık gibi çalışmaya ve kazanmaya engel hallerde sosyal yardıma ihtiyacı olmuştur. Bu suretle, devlet kişinin ve ailenin sosyal ihtiyaçlarını karşılamaya yönelmiştir. Bu da devletin müdahale etmeme yükümlülüğünün yanı sıra yapma, verme, koruma gibi yükümlülüklerinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur²¹⁸. AİHS uygulamasında da aile hayatına saygı hakkı ve

²¹⁶ Zorica Jovanović/Serbia, App. No. 21794/08, 26 March 2013, par. 47.

²¹⁷ Leander/Sweeden, App. No.9248/81, 26 March 1987, par. 51.

²¹⁸ Erol, Cansel; “Sosyal Devlet ve Aile” AÜSBFD, C. XXVI, S. 3-4, 1969, s. 15; Kapani, s. 51 vd.; Bulut, Nihat; Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 230.

bu çerçevede pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkışı 13 Haziran 1979 tarihli ünlü Marckx kararıyla²¹⁹ olmuştur²²⁰.

8. maddede güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı temel öge olarak ailenin bütünlüğünü korumaktadır²²¹. Ailenin korunması sadece içinde bulunduğu ekonomik zorluklarından kurtarılıp refahının sağlanmasına bağlı değildir. Ailenin korunması ayrıca uğrayacağı müdahalelerin hukuki yollardan engellenmesini de gerektirir. Bu durumda ailenin korunması devletin hem negatif hem de pozitif edimini içermektedir²²².

Sözleşme tarafından güvenceye bağlanan aile hayatı da tıpkı özel hayat gibi hukuki uygulamaya kesinlik kazandıracak ölçüde belirgin içerik ve sınırların çizilememesi sebebiyle tanımında güçlük çekilen kavramlardan biridir²²³. AİHS'e Ek 7. Protokol'ün "Eşler arasında eşitlik" başlığını taşıyan hükmünde "Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez." şeklinde belirtilen evlilik ilişkisine yönelik kısmi açıklığa rağmen toplumların sosyal değişimine paralel olarak aile hayatı kavramı da değişime uğramıştır²²⁴.

Günümüzde Sözleşme organları aile hayatını yorumlarken eşleri ve çocuklarını, (evlilik dışı yahut evlatlık ilişkisini de kapsayacak şekilde) kardeşler arasındaki ilişkiyi²²⁵, evlilik dışı birlikteliği²²⁶, amca-yeğen²²⁷, büyüanne/babatorun²²⁸ ilişkilerini de kapsayacak şekilde yorumlamıştır²²⁹. Yani Mahkeme aile hayatının varlığını değerlendirirken yasal, sosyal ve biyolojik tüm bağları gözetmiştir²³⁰. Fakat Mahkeme bu bağların esası ve gerçekliğini dikkate almıştır²³¹.

²¹⁹ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979.

²²⁰ Yıldırım, Özel Hayat, s. 410.

²²¹ Jacobs/White, s. 175.

²²² Gören, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 467; Bulut, s. 231.

²²³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 349; Uzgören, s. 475.

²²⁴ Roagna, s. 27; Uzgören, s. 475.

²²⁵ Moustaquim/Belgium, App. No. 12313/86, 18 February 1991.

²²⁶ Johnsnton and the others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986.

²²⁷ Vermeire/Belgium, App. No. 12849/87, 29 November 1991.

²²⁸ Boyle/United Kingdom, App. No. 16580/90, 28 February 1994.

²²⁹ Jacobs/White, s. 175-176; Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 372 vd.

²³⁰ Janis/Kay/Bradley, s. 385.

²³¹ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 372.

Mahkeme'nin aile hayatının varlığını tespitine her somut olayda tarafların arasındaki yakın kişisel bağları değerlendirerek ulaşması aile hayatını oluşturan tüm bağların tahdidi surette belirlenmesini engellemiştir²³².

Aile hayatı²³³ kavramını sosyal değişimleri göz önünde tutarak²³⁴ otonom yorumlayan Mahkeme'nin²³⁵ aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki içtihatları ele alındığında iki genel pozitif yükümlülük getirdiği görülmektedir. Bunlar aile bağlarının resmi olarak tanınması yükümlülüğü ve aile hayatını korumak için harekete geçme yükümlülüğüdür²³⁶. Bu bağlamda pozitif yükümlülüklerin sıklıkla kadını ve çocuğu aile içi şiddetten koruma, çocukların koruma altına alınması, gayrisahih mesepli çocuklar ile ebeveynler arasındaki resmi bağın hukuken tanınması, çocukların aileleri ile biraraya getirilmeleri konularında AİHM içtihatlarına yansıdığı görülmektedir²³⁷.

8. madde açıkça usule ilişkin güvenceler içermese de Mahkeme 8. maddeyi çocukların devletin korumasına alınmasında ulusal makamlara prosedürel yükümlülükler getirecek şekilde yorumlamıştır²³⁸. Mahkeme çocukların devlet tarafından korunması söz konusu olduğunda hem idari hem de yargısal prosedürel gerekliliklerin aile hayatına saygıyı sağlamaya yardımcı olma amacı taşıdığını ve bu prosedürel yükümlülüklerin 8. maddeye dahil olduğunu benimsemektedir²³⁹.

C. Konuta Saygı Hakkı

8. maddedeki anlamıyla konut bir kişinin yaşadığı ya da özel hayatını sürdürdüğü yeri ifade etmektedir²⁴⁰. Bu yönde konut Mahkeme kararlarında genel

²³² Roagna, s. 27.

²³³ Otonom bir kavram olarak "aile hayatı" terimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. II. Bölüm, II., B., 2., b., (2) başlığı.

²³⁴ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 371.

²³⁵ Dijk/Hoof, s. 504; Burbergs, s. 323; Heringa/Zwaak, s. 690.

²³⁶ Akandji Kombe, s. 42.

²³⁷ Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri için bkz. II. Bölüm, IV., C. başlığı.

²³⁸ Christoffersen, Jonas; Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, s. 468; Mowbray, Positive Obligations, s. 155; Clements, s. 158-159.

²³⁹ Christoffersen, s. 121.

²⁴⁰ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 376.

olarak, kişinin sürekli yaşadığı yahut yeterli ve devamlı bağının olduğu, özel ve ailevi ilişkilerini geliştirdiği yer olarak tanımlanmıştır²⁴¹. Konuta saygı hakkının 8. maddede kesin olarak ayrılıp ayrıca korunması, özel hayatı etkili koruma amacı taşımaktadır²⁴². Herhangi bir yerin 8. madde kapsamında “konuta saygı hakkı” kapsamında korunması için öncelikle o yerin otonom bir kavram olan “konut”²⁴³ niteliğini taşıması gerekir²⁴⁴. Bu bağlamda AİHS’in 8. maddesinde ifade edilen konutun; bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yer olarak tanımlanması da mümkündür²⁴⁵.

Konuta saygı hakkından yararlanabilmek için o yerin mülk sahibi olmak aranmaz²⁴⁶. Aynı zamanda bu hak kişiye konut sağlanması hakkını da temin etmez²⁴⁷. Zira mülkiyet hakkına bağlı olmayan “konut” terimi ile 8. madde anlamında özel yaşam alanı kastedilmektedir²⁴⁸. Bu bağlamda mülkiyet hakkına sahip olmayan konut sahiplerinin konutta tanımlanan yeterli ve devam eden bağların bulunması konutlarına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduklarını göstermektedir²⁴⁹. Öncelikle bu tür bağlantıların süreceği bir fiziksel alan olmalıdır, ancak 8. madde kapsamında konut konsepti, bir kişinin belirli bir konutla geliştirdiği sosyal bağlantılar ile de ilgilidir²⁵⁰.

Konuta saygı hakkı, bireyin konuta erişme, yerleşme ve ayrıca konutundan tahliye edilmeme hakkını güvence altına almaktadır²⁵¹. Bu hak sadece fiziksel alana fiilen egemen olma değil aynı zamanda buradan müdahalesiz şekilde yararlanma

²⁴¹ Prokopovitch/Russia, App. No. 58255/00, 18 November 2004, par. 36; Işıldak/Turkey, App. No. 12863/02, 30 September 2008; Buckley/United Kingdom, App. No. 20348/92, 25 September 1996, par. 54; Gillow/United Kingdom, App. No. 9063/80, 24 November 1986, par. 46; Gicomelli/Italy, App. No. 59909/00, 2 November 2006; Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001, par. 73.

²⁴² Yılıdirm, Özel Hayat, s. 403.

²⁴³ Otonom bir kavram olarak “konut” terimi hakkında ayrıntılı bilgi için çalışmamızda bkz. II. Bölüm, II., B., 2., b., (3) başlığı.

²⁴⁴ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 376.

²⁴⁵ Kilkelly, s. 18.

²⁴⁶ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 380; Arslan Öncü, s. 196; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 386; Bu sebeple mülkiyetin korunması, Sözleşme’ye Ek 1 Nolu Protokol’ün ilk maddesiyle ile ayrıca güvenceye bağlanmıştır. (Uzgören, s. 476).

²⁴⁷ Leach, ECHR, s. 318.

²⁴⁸ Top, s. 55.

²⁴⁹ Nield, Sarah; “Respect for the Home: A Human Property Right?”, King’s Law Journal, Vol. 24, 2013, s. 149.

²⁵⁰ Buyse, Antoine; “Strings Attached: The Concept of ‘Home’ in the Case Law of the European Court of Human Rights”, European Human Rights Law Review, No. 3, 2006, s. 294; Nield, s. 150.

²⁵¹ Doğru/Nalbant, C. II, s. 9.

hakkı anlamına gelir²⁵². Dolayısıyla da konut özel kişilerin müdahalesine karşı korunmaktadır.

AİHM'e göre 8. madde kişilerin sağlığını ciddi şekilde tehlikeye sokmaksızın, özel ve aile yaşamlarını olumsuz etkileyecek şekilde konutlarından yararlanmalarını engelleyen ağır çevre kirliliği hallerinde de uygulanır²⁵³. Bu sebeple çevrenin korunması da konuta saygı hakkı kapsamındadır²⁵⁴. Konuta saygı hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri hem çevrenin korunması (gürültü, ses, kirlilik), hem de özel kişilerin müdahalesinde gündeme gelmektedir²⁵⁵.

D. Haberleşmeye Saygı Hakkı

Bireyin özel yaşamının en temel unsuru olması nedeniyle, 8. maddede haberleşme açık olarak korunmuştur²⁵⁶. Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen haberleşmenin 10. maddesinde güvenceye bağlanan kitle haberleşmesinden farklı olduğu barizdir. Bu bağlamda 8. maddede bahsi geçen haberleşmenin özel hayat kavramı ile birlikte düşünülüp yorumlanması gerekir²⁵⁷. Çünkü özel hayatın korunması, düşüncelerin serbest iletişiminin özel hayat alanında koruma görmesi ile mümkün olur²⁵⁸. 8. maddede korunan haberleşmeye saygı hakkı kişiler arası özel iletişim alanında uygulanmaktadır.

Haberleşmeye saygı yükümlülüğü çerçevesinde AİHS'in 8. maddesi ile 10. maddesi arasında bağlantı mevcuttur. Bu anlamda 10. maddede belirtilen "ifade" ile düşünceleri yansıtan ya da bilgi sunmayı amaçlayan fotoğrafların da hükmün kapsamına girdiği söylenebilir²⁵⁹. Dolayısıyla kişinin özel ya da aile hayatına ilişkin haberleşmenin içeriğini oluşturan ifadelerin ya da görüntülerin yayınlanması durumunda bir tarafta özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına karşın, öte yanda

²⁵² Doğru/Nalbant, C. II, s. 9.

²⁵³ Doğru/Nalbant, C. II, s. 9; Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 207; Yıldırım Özel Hayat, s. 405; Aynı yönde; Taşkın and the others/Turkey, App. No. 49517/99, 4 December 2003, par. 113.

²⁵⁴ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 377; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 390.

²⁵⁵ Bkz. II. Bölüm, 4., D. başlığı.

²⁵⁶ Yıldırım, Özel Hayat, s. 407.

²⁵⁷ Uzgören, s. 476.

²⁵⁸ Kaboğlu, İbrahim Ö.; Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, AFA Yayınları, İstanbul, 1993, s. 170.

²⁵⁹ Macovei, s. 25.

ifade özgürlüğünün korunması gündeme gelebilir. Yani bu iki hakkın çatışması söz konusu olur. Nitekim 10. maddenin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün başkalarının şöhret ve haklarının korunması için gerekli olan bazı formalitelere, koşullara, sınırlamalara ya da yaptırımlara tabi tutulabileceği de düzenlenmiştir. 8. madde bağlamında haberleşmeye saygı yükümlülüğü bu haberleşmenin özel içeriğinin yayınlanması bakımından 10. maddede korunan haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü de sınırlandırır. Bu bağlamda Mahkeme 2016 yılında verdiği Bédar kararında devletin 8. maddeye göre bir kişinin haklarını korumaya yönelik pozitif yükümlülüğünü yerine getirebilmek için, 10. madde kapsamında güvence altına alınan hakların başkalarının korunması için bir ölçüde sınırlandırılması gerektiğini açıkça belirtmektedir²⁶⁰.

AİHS'in 8. maddesi anlamında "haberleşme" kavramına her türlü yazılı ve sözlü gönderi girmektedir²⁶¹. Örneğin, Özgürlük ve Diğerleri/Birleşik Krallık davasında AİHM²⁶², telefon, faks ve e-posta iletişiminin 8. maddenin anlamı çerçevesinde "özel hayat" ve "yazışmalar" kavramları kapsamına girdiğini kabul etmiştir²⁶³. "Haberleşme" kavramı²⁶⁴ geniş anlamda kullanılmış olup, kullanılacak araç önemli olmayıp belirleyici unsur içeriktir²⁶⁵. Bu bağlamda posta, telefon, faks ve internet haberleşmeye saygı hakkının kullanıldığı araçlardır²⁶⁶. Dolayısıyla kişinin e-postasına, mektubuna ya da telefon iletişimine yönelik her müdahale 8. madde kapsamında korunan hem özel hayata hem de haberleşmeye saygı hakkının ihlalidir²⁶⁷. Öte yandan bu kavram Sözleşme'nin yaşayan belge niteliği gereği güncel şartlara uygun yorumlanıp teknolojik gelişmeler ışığında sürekli revize edilebilmektedir²⁶⁸. İletişime getirilen yeni metotlar da bu mantık çerçevesinde 8. maddenin korumasından yararlanır²⁶⁹. Bu yönde Mahkeme günümüzde, özel

²⁶⁰ Bédar/Switzerland, App. No. 56925/08, 29 March 2016.

²⁶¹ Yıldırım, Özel Hayat, s. 408; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 473; Altınsoy, Bülent; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mahkumların Özel Hayatı", TBB Dergisi, S. 115, 2014, s. 46; Uzgören, s. 477.

²⁶² Liberty and Others/United Kingdom, App. No. 1 July 2008, par. 56.

²⁶³ Viljanen, s. 4.

²⁶⁴ Otonom bir kavram olarak "haberleşme" terimi hakkında bilgi için bkz. II. Bölüm, II., B., 2., b., (4) başlığı.

²⁶⁵ Yıldırım, Özel Hayat, s. 408.

²⁶⁶ Doğru/Nalbant, C. II, s. 9; Bu yönde; Copland/United Kingdom, App. No. 62617/00, 3 April 2007 par. 41.

²⁶⁷ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 381.

²⁶⁸ Üzeltürk, s. 209.

²⁶⁹ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 381.

elektronik postaların korunması için de taraf devletlere pozitif yükümlülük yüklemektedir²⁷⁰.

Tutuklanan, gözaltına alınan bireylerin diğer bireylerle yakın ilişki kurabilmesinin tek yolu iletişim kurabilmek olduğundan bu tip durumlarda haberleşmeye saygı hakkı²⁷¹ ve bu hakkın sağlanmasında devletin rolü daha büyük önem arz etmektedir. Mahkeme 2017 yılında verdiği Lebois/Bulgaristan kararında özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin ailesiyle temas kurmasının sağlanmasının devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu açıkça belirtmiştir²⁷². Yine Sarı ve Çolak/Türkiye kararında AİHM, tutuklu kimsenin aile yakınları veya dışarıdan kişiler ile görüşmesini düzenleyen hiçbir yasal hükmün mevcut olmamasını, etkili ve somut bir koruma sağlayan yasal güvencenin bulunmaması gerekçesine dayanarak, 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır²⁷³. Söz konusu olayda haberleşmeye saygı hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülüğü etkili yasa çıkarma doğrultusundadır²⁷⁴.

Pozitif yükümlülüklerden açıkça bahsedilmese de mahpusun haberleşmesi konusunda Golder kararı²⁷⁵ emsaldir²⁷⁶. Mahkeme Silver ve diğerleri kararında²⁷⁷ da Golder kararındaki içtihadını tekrarlayarak mahpusun haberleşmesinin denetlenmesinin 8. maddenin ihlali olduğuna ilişkin içtihadını yinelemiştir²⁷⁸. Yine Nusret Kaya ve diğerleri/Türkiye kararında²⁷⁹ AİHM, Muş ve Bolu cezaevlerinde hükümlü olan başvuruçuların aile ve yakınlarıyla telefonda Kürtçe konuşmalarının

²⁷⁰ Muscio/Italy, App. No. 31358/03, 13 November 2007.

²⁷¹ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 381.

²⁷² Lebois/Bulgaria, App. No. 67482/14, 19 October 2017, par.53.

²⁷³ Sarı and Çolak/Turkey, App. No. 42596/98 and 42603/98, 4 April 2006, par. 37.

²⁷⁴ Tutukluların yakınına haber verilmesini öngören yasal değişiklik 2002 yılında 4744 Sayılı Kanun'un 6. maddesi ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 107. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

madde 107-“Tutuklamadan ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karardan tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye, hâkimin kararıyla gecikmeksizin haber verilir.

Ayrıca, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla, tutuklunun tutuklamayı bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bizzat bildirmesine de izin verilir.” (RG. T. 19.02.2002, S. 24676).

²⁷⁵ Golder/United Kingdom, App. No. 4451/70, 21 February 1975, par. 45.

²⁷⁶ Jacobs/White/Obey, s. 398.

²⁷⁷ Silver and others/United Kingdom, App. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25 March 1983.

²⁷⁸ Yourow, Howard Charles; “The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence”, International Studies in Human Rights Vol. 28, Kluwer Law International, The Netherlands, 1996, s. 92.

²⁷⁹ Nusret Kaya and the others/Turkey, App. No. 43750/06, 43752/06, 32054/08, 37753/08 and 60915/08, 22 April 2014, par. 61.

engellendiği iddiasıyla yaptıkları başvuruda özel hayata saygı ve haberleşme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Craxi/İtalya kararında²⁸⁰ 8. madde kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerine değinmiştir. Özel nitelikli telefon konuşmaları ve tutanaklarının medya tarafından reklam konusu olarak kullanılmasına ilişkin olayda, iç hukuk yollarının bu saldırıyı önleyememesini özel hayata saygı hakkına yönelik pozitif yükümlülüğün ihlali olarak tespit etmiştir²⁸¹.

Mahkeme'ye göre demokratik toplumun savunulmasına yönelik gerekler ile bireylerin haklarının korunması arasında belli ölçüde uzlaşma Sözleşme sisteminde mevcuttur²⁸². 8. madde bağlamında bunun anlamı haberleşmeye saygı hakkının birey tarafından kullanımı ile demokratik toplumu korumak amacıyla haberleşmenin gizli bir denetime alınması arasındaki dengenin sağlanmasıdır²⁸³. Nitekim Klass ve diğerleri davasında Mahkeme özel hayata müdahale edildiği iddia edilen tedbirle telefon konuşmalarının dinlenmesinin demokratik toplumda gerekli olduğuna ve ihlalin oluşmadığına karar vermiştir²⁸⁴.

8. madde, bireyler arasındaki haberleşmenin gizliliğini korurken, avukatlar ve müvekkilleri arasındaki haberleşmeye daha güçlü bir koruma sağlamaktadır²⁸⁵. Bu koruma avukatların demokratik bir toplumda, savunmanın temel bir rolünü üstlenmeleri ve bu bağlamda sır saklama yükümlülükleri sebebiyledir. Dolayısıyla devletin avukatların bu ayrıcalıklı statüleri gereği²⁸⁶ müvekkilleri ile arasındaki haberleşmenin gizliliğine yönelen müdahaleleri önleme yönünde pozitif yükümlülüğü söz konusudur.

Haberleşmeye saygı hakkı bireylerin diğer bireylerle engel olunmaksızın ve sansür edilmeksizin iletişim kurması yönünde hukuki menfaatini güvence altına almaktadır²⁸⁷. Dolayısıyla bu kapsamda pozitif yükümlülükler de öncelikle

²⁸⁰ Craxi/Italy (No. 2), App. No. 25337/94, 17 July 2003.

²⁸¹ Yıldırım, Özel Hayat, s. 400.

²⁸² Gölcüklü, Feyyaz; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında "Demokratik Toplum" Ölçütü", Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2005, s. 116.

²⁸³ Gölcüklü, Demokratik Toplum, s. 116.

²⁸⁴ Klass and the others/Germany, App. No. 5029/71, 6 September 1978, par. 48.

²⁸⁵ Michaud/France, App. No. 12323/11, 6 December 2012, par. 118.

²⁸⁶ Ekinci and Akalın/Turkey, App. No. 77097/01, 30 January 2007, par. 47; Campbell/United Kingdom, App. No. 13590/88, 25 March 1992, par. 46-48; Michaud/France, App. No. 12323/11, 6 December 2012, par. 117.

²⁸⁷ Kilkelly, s. 19.

haberleşmenin önündeki engelleri kaldırmaya yöneliktir. Bu bağlamda taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri en çok mahpusların haberleşme imkanlarının sağlanması, haberleşmenin gizliliğinin korunması konularında gündeme gelmektedir.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA TARAFLAR

İnsan haklarının korunması üç öge içermektedir. Bunlar; hak sahibi, hakkın içeriği ve yükümlülük sahibidir²⁸⁸. Bu sebeple insan haklarının korunmasında taraflardan biri hakkın öznesi olan insan, diğer taraf ise yükümlülük sahibi devlettir.

İnsan hakları alanı; hakkın öznesi olarak gerçek kişi olan insanlar ile hakkın niteliğine ve kullanım biçimine uygun düştüğü ölçüde özel hukuk tüzel kişilerine, ayrıca insan topluluklarına²⁸⁹ tanınması gereken, korunan ve geliştirilen hak ve özgürlüklerden oluşan alandır²⁹⁰. Bu bağlamda özel hayatın ve aile hayatının korunmasına uygun düşecek şekilde bu hakkın öznesi olarak kişiler insan haklarını koruma mekanizmaları açısından bu hakkın mağduru kabul edilmekte ve dolayısıyla bu hakkın ihlali sebebiyle yetkili organlara başvurma ehliyetini haiz olmaktadır.

A. Hakkın Öznesi Olarak Kişiler

AIHS'in bireysel başvuruyu düzenleyen 34. maddesi ile gerçek kişilerin, hükümet dışı kuruluşların ve kişi gruplarının Sözleşme'ye taraf bir devlet aleyhine Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının ihlal edildiği gerekçesi ile AIHM'e başvurma imkanı sağlanmıştır²⁹¹. Burdan çıkan sonuç, AIHS kapsamında

²⁸⁸ Khrystova, Ganna; “ State Positive Obligations and Due Diligence in Human Rights and Domestic Violence Perspective”, European Political and Law Discourse, Vol. 1, Issue 5, 2014, s. 109.

²⁸⁹ Kaboğlu, İbrahim Ö.; Kolektif Özgürlükler, Diyarbakır, DÜHF Yayınları, 1989, s. 30.

²⁹⁰ Öğütçü, Muhlis; “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, C. VII, Özel Sayı, 2005, s. 556.

²⁹¹ Bu doğrultuda Sözleşme'nin ülkesel uygulamaya ilişkin 56. maddesinin dördüncü fıkrasındaki ifade de şu şekildedir: “Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca bildirimde bulunmuş olan her devlet, her zaman, bildiriminde belirtmiş olduğu ülke toprağı veya ülke toprakları gerçek kişilerin, hükümet dışı kuruluşların veya kişi gruplarının başvuruları konusunda bu Sözleşme'nin 34. maddesinde öngörüldüğü biçimde Mahkeme'nin yetkisini kabul ettiğini beyan edebilir.” Yine Sözleşme'nin 1.

insan haklarının muhatapları gerçek kişiler, hükümet dışı kuruluşlar ve kişi gruplarıdır²⁹².

1. Gerçek Kişiler

a. Genel olarak

Günümüzde insan hakları alanında son derece önemli bir belge olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi²⁹³ ile insan hak ve özgürlükleri ilk kez açık bir şekilde uluslararası hukukun bir konusu olmuş²⁹⁴ ve bu belge, bireyi uluslararası hukukun bir öznesi haline getirmiştir²⁹⁵.

İnsan hakları sözleşmeleri ile bireylere sağlanmak istenen hak ve özgürlüklerin saptanması ve herkese duyurulması amacı güdüldüğünden bu sözleşmelerin öznesi

Protokolünün ilk maddesine göre her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğu hükme bağlanmıştır.

²⁹² Eren, s. 128.

²⁹³ BM Genel Kurulunun 217 A (III) sayılı kararıyla kabul ve ilan edilen; İngilizce başlığı “Universal Declaration of Human Rights”, şeklinde olan insan hakları belgesini, Türkiye’de Bakanlar Kurulu, 6.4.1949 tarih ve 3/9119 sayılı kararı ekinde kabul etmiştir. (RG. T. 27.05.1949, S. 7217)

²⁹⁴ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi adlı bu önemli belge insan hakları konusunda şu prensipleri kabul etmiştir. Tüm insanlar özgür, saygınlık ve haklar bakımından eşit doğarlar (Madde 1). Hiç bir ayırım gözetilmeden herkes kabul edilen haklardan eşit yararlanır (madde 2). Her bireyin yaşama, özgürlük ve güvenlik hakkı vardır (Madde 3). Kölelik yasaktır (Madde 4). Hiç kimse işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamelelere tabi tutulamaz (Madde 5). Herkesin hukuksal kişiliği vardır ve kanun önünde herkes eşittir (Madde 6-7). Herkes kendisine yapılan yasadışı davranışlara karşı yargı yoluna başvurabilir ve hiç kimse keyfi olarak tutuklanamaz ve sürülemez (Madde 8-9). Tarafsız yargılanma hakkı (Madde10), açık ve adil yargılanma (Madde 11), özel yaşamın dokunulmazlığı (Madde 12), seyahat ve konut özgürlüğü (Madde 13), zulme uğrayanların iltica hakkı (Madde 14), vatandaşlık hakkı (Madde15), aile kurma hakkı (Madde 16), mülkiyet hakkı (Madde 17), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı (Madde 18), fikir ve ifade özgürlüğü (Madde 19), örgütlenme hakkı (Madde 20) gibi haklar da bu belge tarafından güvence altına alınmışlardır. Aynı belgenin devam eden maddelerinde kamu hizmetine girme ve kamu hizmetlerinden yararlanma (Madde 21), sosyal güvenlik (Madde 22), çalışma ve sendikal haklar (Madde 23), dinlenme ve tatil (Madde 24), kendisinin ve ailenin güvenliği (Madde 25), eğitim (Madde 26), bilim, kültür ve sanat (Madde 27) hakları da güvence altına alınmıştır.

²⁹⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 4-5. Akıllıoğlu’na göre, uluslararası hukukun öznelere devletler ve uluslararası kuruluşlardır. Kişiler, kişi grupları ve özel hukuk kuruluşları uluslararası hukuk öznesi olma niteliği taşımazlar. Bunlar uluslararası hukukun ancak konusu olabilir. Akıllıoğlu, her ne kadar uluslararası belgede bireysel başvuru yolunun tanınsa da bireyin bu imkandan yararlanması yine de yakınılan devletin andlaşmayı tanımamasına ve andlaşmaya taraf olmasına bağlı olduğundan bahisle bireyin uluslararası hukuk öznesi olamayacağını ileri sürmüştür. (Akıllıoğlu, s. 75-76). Fakat kanımızca bireysel başvuru hakkı kişilere vatandaş olduğu devletten bağımsız şekilde hak ve özgürlüklerini savunma, koruma ve sağlama imkanı verdiği için günümüzde gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri de uluslararası hukukun öznesi olarak kabul edilmektedir.

“herkes”tir²⁹⁶. AİHS’in ilk maddesinde insan haklarına saygı yükümlülüğü başlığıyla düzenlenen hükümde Sözleşmeciler tarafların kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlayacağı düzenlenmiştir. Bu bağlamda da insan haklarının aktif öznesi yani yararlanıcısı birey, ortak güvence yetkilisi ise devlettir²⁹⁷.

AİHS’in 8. maddesinde özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının öznesinin “herkes” olduğu belirtilmiştir. Hükümdeki “herkes” kavramının her gerçek kişiyi kapsadığı açıktır²⁹⁸. Yani gerçek kişiler 8. madde ile sağlanan koruma sisteminden doğal olarak yararlanırlar²⁹⁹. Dolayısıyla AİHS’in 34. maddesi uyarınca özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının taraf devletlerden biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişinin Mahkeme’ye başvurma hakkı bulunmaktadır.

b. AİHS’in 8. Maddesi Kapsamında Özellik Arzeden Kimseler

İnsan haklarının öznelere en önemlisi insan olmakla birlikte³⁰⁰, bu kanı bizi her insanın her hakka eşit derecede haiz olduğu sonucuna götürmemektedir. Çünkü insan hakları kişilerin sahip olduğu hakları bulundukları statüye (kadın, erkek, çocuk, vatandaş, yabancı, azınlık) göre farklılaşabilir. Dolayısıyla AİHS’in 8. maddesi nazarında bazı kimseler (çocuk, mahpus) özellik arz etmektedir. Fakat her insan özel hayat ve aile hayatının korunmasını talep etme bakımından eşittir. Bunun sebebi, insan olarak her kişinin haklara sahip olma değerini taşımasından ileri gelmektedir³⁰¹.

²⁹⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 22; Akıllıoğlu, AİHS, s. 156; Memiş, Emin; “İnsan Hakları Avrupa Standartı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVII, 2000, s. 133.

²⁹⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 40.

²⁹⁸ Arslan Öncü, s. 9.

²⁹⁹ Doğan, İnsan Hakları, s. 587.

³⁰⁰ Doktrinde doğal hukuk anlayışını savunan yazarlar tarafından insan haklarının öznesinin sadece insan olduğu ileri sürülmektedir. (Bkz. Rand, Ayn; “İnsan(ın) Hakları”, (Çev. Atilla Yayla), Sosyal ve Siyasal Teori, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1993, s. 265; Donnelly, Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, (Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut) Yetkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 30-31; Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s.149-150; Coşkun, s. 584. vd.) Aksi görüş, hükümet dışı kuruluşlar ve kişi gruplarının da insan haklarının öznesi olabileceği yönündedir. (Bkz. Eren, Abdurrahman; Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Turhan Kitabevi, 2007, s. 128; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 42 vd.) Günümüzde insan haklarının öznesinin sadece insan olduğunu savunmak yeterli olmayacaktır. Çünkü insan hakları kavramı çok geniş bir alanı ifade etmektedir. Uluslararası sözleşmelerde düzenlenen dayanışma haklarının hukuki, siyasi ve ahlaki meşruiyeti ve geçerliliği de sağlanmıştır. (Bu yönde bkz. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 28-31; Gemalmaz, s. 680.)

³⁰¹ Eren, s. 129.

İnsan haklarının korunmasında belirli kategoriler için özel düzenlemelere gidilmesi bu kişilerin haklardan yararlanmada diğer kişilere göre elverişsiz yahut dezavantajlı konumda bulunmalarından kaynaklanmaktadır³⁰². Bu kısımda 8. madde bağlamında özellik arzeden kimseler olarak çocuk ve mahpusların incelenmesinin sebebi doktrinde bu iki öznenin, farklı gerekçelerle özel hayata saygı hakkının öznesi olamayacağı ya da çok sınırlı kapsamda olabileceği düşüncesinin doğru olmadığını ortaya koyabilmektedir³⁰³.

(1) Çocuk

Fiziksel ve zihinsel gelişmelerini tamamlamamış olmaları, yaşam tecrübelerinin yetersizliği, tam fiil ehliyetinden yoksun olmaları çocukları haklarının ihlallerine yönelik tehlikere karşı güçsüz, savunmasız ve korumasız durumda bırakmaktadır³⁰⁴. Bu sebeple de korunmaları özel önem arz etmektedir. AİHS çocuk haklarına ilişkin az sayıda açık gönderme içerdiğinden çocuk haklarını koruma potansiyeli metinden hemen anlaşılmamaktadır³⁰⁵. Bu bağlamda özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin 8. madde çocuklarla özel ilgilidir³⁰⁶.

Mahkeme, kararlarının çocuk haklarına yönelik geçerli standartları sağlamak için, özellikle Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS)³⁰⁷ başta olmak üzere diğer

³⁰² Duymaz Erkan; “Çocuk Haklarına San Jose’den Bir Bakış: Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çocuğun Korunması ve Çocuk Hakları”, sosyal Adalet İçin İnsan Hakları, Sosyal Haklar, TODAİE Yayınları, Ankara, 2014, s. 134.

³⁰³ Arslan Öncü, s. 10.

³⁰⁴ Duymaz, s. 134.

³⁰⁵ Kilkelly, Ursula; “Protecting Children’s Rights under the ECHR: The Role of Positive Obligations”, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 61(3), 2010, s. 245.

³⁰⁶ Kilkelly, Positive Obligations, s. 245; Kilkelly, Children, s. 68 ve 71.

³⁰⁷ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen ve dünyada en geniş çapta kabul gören insan hakları belgesi olma niteliğine sahip olan Çocuk Hakları Sözleşmesi’ni (Convention on the Rights of Child) Türkiye 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış ve 9 Aralık 1994 tarihinde ihtirazi kayıtlarla onaylamıştır. 4058 Sayılı Onay Kanunu 11 Aralık 1994 gün ve 22138 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Türkiye’nin koyduğu ihtirazi kayıt şu şekildedir: “Türkiye Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler ‘Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 17., 29. ve 30. maddeleri hükümlerini T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama ve uygulama hakkını saklı tutmaktadır”.(Gemalmaz, M. Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 72-724); Sözleşme’nin Türkçe çevirisi için bkz: Gemalmaz, M. Semih; İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments, C./Vol. III-Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği Örgütü/Organization of American States-Organization of African Unity, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 332-358; Gemalmaz, M. Semih; Çocuk Hakları Sözleşmesi, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, C. II, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 593-627.

uluslararası çocuk hakları sözleşmelerini kullanmıştır. Nitekim, ÇHS'nin 16. maddesinde³⁰⁸ ve Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı'nın 10. maddesinde³⁰⁹, çocuk özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkının öznesi olarak kabul edilmiştir³¹⁰.

Öte yandan Mahkeme'nin AİHM içtihatlarıyla desteklenen pozitif yükümlülüklerle ilişkin yaklaşımı çocuk hakları hukukunun geliştirilmesine ve uluslararası çocuk hakları standartlarına gerçekten eşsiz bir katkı sağlamıştır³¹¹.

ÇHS 1. maddesine³¹², Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı'nın 2. maddesine ve Avrupa Konseyi çatısı altında imzalanan sözleşmelere göre on sekiz yaşın altındaki her insan çocuk sayılmaktadır³¹³.

8. madde, çocuk açısından en çok dava konusu olan hüküm olup, evlat edinme, çocuk kaçırma, alternatif bakım, velayet ve erişim, vesayet ve kimlik sorunları da dahil olmak üzere aile hukukunun çeşitli alanlarında çocuğa ilişkin içtihat hukukunun gelişmesini sağlamıştır³¹⁴.

AİHS'in 1. maddesi dolayısıyla taraf devletlerin "herkesin", bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlama yükümlülüğü vardır. Bununla birlikte 8. madde uyarınca da "herkesin" özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu gerçeği ortadadır. Dolayısıyla hakkın öznesine ilişkin olarak asgari ve azami bir yaşa yahut yaş aralıklarına rastlanılmadığından³¹⁵ çocuğun da hakkın gerçek kişi olarak

³⁰⁸ Madde 16-“(1)Hiçbir çocuk özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ya da iletişimine keyfi ya da hukuka aykırı müdahaleye ve onuruna ve itibarına yönelik hukuka aykırı saldırıya maruz bırakılmayacaktır. (2). Çocuk bu tür müdahale ya da saldırılara karşı hukukten korunma hakkına sahiptir.”

³⁰⁹ Madde 10-“Ebeveynlerin ya da yasal açıdan çocuğu korumakla sorumlu kişilerin çocuklarının davranışları üzerinde makul ölçüdeki gözetim/denetim hakkı saklı kalarak, hiçbir çocuk, özel yaşamına, aile yaşamına, konuta ve haberleşmesine yönelik keyfi ya da hukuka aykırı müdahaleye, yahut şerefine ya da şöhretine yönelik saldırılara maruz bırakılmayacaktır. Çocuk, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı yasayla korunma hakkına sahip olacaktır.” Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, M. Semih; İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments, C./Vol. III- Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği Örgütü/Organization of American States-Organization of African Unity, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 332-358.

³¹⁰ Arslan Öncü, s. 11.

³¹¹ Kilkelly, Positive Obligations, s. 245.

³¹² Sözleşme'nin 1. maddesi daha erken yaşta reşit olma durumu söz konusu olmadıkça on sekiz yaşın altındaki her insan çocuk sayılır” hükmü yaşa ilişkin objektif bir kriter esas almasının yanında taraf devletlere erken yaşta reşit olabilme durumuna ilişkin belli ölçüde takdir marjı tanımıştır. (Duymaz, s. 137).

³¹³ Duymaz, s. 137; Arslan Öncü, s. 12.

³¹⁴ Kilkelly, Positive Obligations, s. 248.

³¹⁵ Arslan Öncü, s. 12.

öznesi olduğu ve “herkes” ifadesine dahil olduğu anlaşılmaktadır.

“Çocuk” herhangi bir yaşa işaret edilmeksizin özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının öznesi olarak kabul ediliyor ise de Mahkeme, kimi davalarda başvurucunun yaşının küçüklüğünü esas alarak, çocuğun durumu idrak edebilme, anlayabilme ve durumuna ilişkin karar verebilme yeteneğine göre 8. maddenin ihlal edilip edilmediğini değerlendirmiştir³¹⁶. Çocuğun yaşının gözetilerek yapılan ihlal değerlendirmesinde esasında oranlılık ilkesinin göz önünde bulundurulması söz konusudur. Nitekim 18 yaşına kadar her insan çocuk kabul edilse de 7 yaşında olan bir çocuğun özel hayatına müdahale niteliği taşıyan eylemler ile 17 yaşında olan bir çocuğun özel hayatına müdahale teşkil eden eylemlerin ağırlığının farklı olması beklenebilir. Nitekim bu farklılık da bizi belirli yaştaki çocukların özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkına yönelen müdahalelerin çocuk açısından elverişli, gerekli ve zorunlu olup olmadığı değerlendirmesi yapmaya yöneltir. Yani çocuğa uygulanan tedbirin meşru amaçla orantılı ve demokratik toplumda gerekli olma kıstasında çocuğun yaşı da önem arz etmektedir. Öte yandan çocuğun yüksek yararının gözetilmesi her durumda esastır³¹⁷ ve Mahkeme de çocuğun yüksek

³¹⁶ Arslan Öncü, s. 13.

³¹⁷ Maslov/Avusturya kararında, “Bulgar vatandaşı olan başvuru Avusturya’ya 1990’da, yani altı yaşındayken, gelmiştir. Başvurucu, ebeveynleri, erkek ve kız kardeşiyle birlikte yasal olarak bu ülkede ikamet etmiş ve Mart 1999 tarihinde de sürekli oturma izni almıştır. 2001’de, yani başvuru on altı yaşındayken, Viyana Emniyet Genel Müdürlüğü, on sekiz yaşına geldiğinde uygulanmak üzere, başvuru on yıl boyunca, Avusturya’da oturmasının yasaklanmasına karar vermiştir. Bu karar başvuru on dört ila on altı yaş arası işlediği ağırlaştırılmış ev hırsızlığı, şantaj ve müessir fiillerden dolayı bir çocuk mahkemesi tarafından başvurucuya verilen hapis cezalarına dayanıyordu. Aralık 2003 tarihinde, başvuru, cezalarını çektikten ve on sekiz yaşına geldikten sonra, Bulgaristan’a sınır dışı edilmiştir. Oturma yasağı tedbirinin alınması ve uygulanması başvuru on özel hayatına hem de aile hayatına bir müdahale oluşturmuştur. Bu müdahale yasayla öngörülmüş ve düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi meşru amaçlarını güden bir müdahaleydi. Buradaki belirleyici unsur, ilgilinin suçları işlerken ki küçük yaşı ve biri dışında bu suçların şiddet içermemesidir. Başvuru on mahkûmiyetine neden olan eylemler esas olarak çocuk suçları kategorisine giren eylemlerdir. Bir çocuk suçunun sınır dışı edilmesi konusunda çocuğun yüksek yararını dikkate alma mecburiyeti, çocuğun topluma yeniden kazandırılmasını kolaylaştırmayı gerektirir. Aile ve sosyal bağların, çocuk suçlularda başvuru olması gerekli en son yol olması gereken, sınır dışı edilme nedeniyle kopması durumunda bu amaca ulaşılması mümkün olmaz. İlgili salıverildikten sonra bir buçuk yıl Avusturya’da yeni suç işlemekten kalmıştır. Başvuru on cezaevindeki tutumunu gösterecek unsurların bulunmaması ve başvuru on salıverilmesinden sonra durumunun hangi ölçüde istikrar kazandığının bilinmemesinden dolayı, AİHM başvuru on suçları işlemesinden bu yana tutunduğu tavrın, özellikle başvuru on işlediği suçların büyük çoğunluğunun şiddet içermeyen suçlar olması ve bu suçları işlerken küçük olması gibi, bu olayda uygulanabilir diğer kriterlere oranla daha az önemde olduğu kanaatindedir. Başvuru on sosyal, kültürel, dilsel ve ailevi alanda esas bağları bütün yakınlarıyla yaşadığı Avusturya’da olup, doğduğu ülkeyle kanıtlanmış bir bağı yoktur. İkamet etme yaşının sınırlı bir süre için verilmiş olması belirleyici değildir. İlgilinin küçük olan yaşı ve hayatının belirleyici bir döneminde bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda, on yıl oturma yasağı, başvuru on neredeyse Avusturya’da yaşadığı

menfaatine özel önem atfetmektedir³¹⁸. Bu bağlamda devletin pozitif yükümlülükleri de belirlenirken çocuğun yüksek menfaati gözetilmelidir.

(2) Mahpus

Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının özel ve aile hayatını etkilediği açıktır³¹⁹. Bu sebeple de AİHS'in 8. maddesi çerçevesinde özellik gösteren bir diğer özne mahpustur. Çünkü, kişinin özgürlüğünden yoksun kalması sonucu, bireylerin Sözleşmesel bazı haklarının örneğin özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkının öznesi olamayacağı düşüncesi yaygındır³²⁰. Fakat bu sanı, özel hayatın ve aile hayatının korunmasının yetkililer tarafından gözardı edilebileceği anlamına gelmez³²¹. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006)2 sayılı Tavsiye Kararı'nda³²² temel ilkelerin yer aldığı Birinci Bölüm'de özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese, insan haklarının gerektirdiği gibi saygılı davranılması gerektiği vurgulanmıştır (m. 1). Öte yandan 2. maddede özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin, kendilerini mahkum eden ya da tutuklayan bir karar ile hukuken ellerinden alınmayan bütün haklarını muhafaza edecekleri düzenlenmiştir³²³. Bu iki hüküm nazara alındığında mahpusların özel

süreye eşittir. Dolayısıyla, yasak ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı ve demokratik bir toplumda gerekli değildir." (Maslov/Austria, App.No. 1638/03, 23 June 2008).

³¹⁸ Kilkelly, Children, s. 76.

³¹⁹ Kempen, Piet Hain Van; "Positive obligations to ensure the human rights of prisoners", Eds. Peter J.P. Tak/Manon Jendly, Prison policy and prisoners' rights: The protection of prisoners' fundamental rights in international and domestic law, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2008, s. 37.

³²⁰ Arslan Öncü, s. 14.

³²¹ Kempen, s. 37.

³²² Recommendation (2006) 2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules. Bkz. (https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805_d8d25#_ftn1, E.T. 15.04.2017); Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec 2006/2 sayılı Tavsiye Kararı'nın Türkçe Çevirisi için bkz. Nursal, Necati; "Avrupa Cezaevi Kuralları", Ankara, 2006, s. 1-119, (<http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/PRISONS/EPR/EPR%20Turkey%20%20Avrupa%20Cezaevi%20Kural%20lar%20ve%20Yorumlar%20C4%20B1.pdf>, E. T. 17.01.2017).

³²³ Ayrıca Rec 2006/2 Sayılı Tavsiye'nin 5 ve 6. maddelerinde cezaevi yaşamının ve hapsedilme biçimlerinin mahpusların toplum yaşamına yaklaşan ve toplumla yeniden bütünleşmelerini sağlayan şekilde olması gerektiğini ifade etmesi de mahpusların normal hayat koşullarında korunan özel hayat ve aile hayatına saygı haklarının cezaevinde de korunması gereğini ortaya koymaktadır. İlgili hükümler şöyledir:

Madde 5-"Cezaevi yaşamı, genel toplum yaşamının olumlu yönlerine mümkün olabildiğince yaklaşmalıdır.

Madde 6-"Bütün hapsedilme biçimleri, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin özgür toplumla yeniden bütünleşmelerini kolaylaştıracak şekilde düzenlenmelidir."

hayatına ve aile hayatına saygı hakkının korunacağı açıktır. Dolayısıyla da mahpusların bu haklardan yararlanma imkanları oluşturulmalıdır³²⁴. AİHM de bu yönde içtihatlarında mahpusların 5. madde dışındaki tüm haklarından yararlanacağını³²⁵ yani bu kapsamda özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı hakkının da korunacağını ifade etmiştir³²⁶. Nitekim AİHM mahpusun avukatıyla yazışmasına izin verilmemesinin “haberleşmeye saygı hakkının” kullanılmasına 8. madde bağlamında demokratik bir toplum için gereklilik kıstasını sağlamadığından müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir³²⁷.

Avrupa Cezaevi Kuralları’nın mahpusların dış dünya ile ilişkilerinin düzenlendiği 24. maddesinde mahkumun hem haberleşmesine hem de aile hayatına saygı hakkı korunmuştur³²⁸. Örneğin hükmün ilk bendinde mahpusların mümkün

³²⁴ Kempen, s. 38.

³²⁵ Hirst/United Kingdom (No. 2), App. No. 74025/01, 6 October 2005, par. 69; Dickson/United Kingdom, App. No. 44362/04, 4 December 2007, par. 67.

³²⁶ Ploski/Poland, App. No. 26761/95, 12 November 2002, par. 39; Silver and Others/United Kingdom, App. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25 March 1983, par. 105.

³²⁷ Ekinci and Akalın/Turkey, App. No. 77097/01, 30 January 2007; Campbell/United Kingdom, App. No. 13590/88, 25 March 1992; Golder/United Kingdom, App. No. 4451/70, 21 February 1975.

³²⁸ Dış Dünya İle İlişki

Madde 24-“(1)Mahpusların mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin mahpusları ziyaret etmelerine izin verilmelidir.

(2) Devam etmekte olan bir ceza soruşturması, emniyet, güvenlik ve düzeninin muhafaza edilmesi, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç mağdurunun korunması için gerekli görülmesi halinde, haberleşme ve ziyaretlere kısıtlamalar konabilir ve izlenebilir. Ancak adli bir merci tarafından konulan özel kısıtlamalar da dahil olmak üzere, bu tür kısıtlamalar yine de kabul edilebilir asgari bir iletişime izin vermelidir.

(3) Ulusal hukuk, mahpuslarla iletişim kurması kısıtlanamayacak olan ulusal ve uluslararası kuruluşları belirlemelidir.

(4) Ziyaretler için yapılan düzenlemeler, mahpuslara aile ilişkilerini mümkün olduğunca normal bir düzeyde sürdürmelerine ve geliştirmelerine izin verecek bir tarzda olmalıdır.

(5) Cezaevi yetkilileri, dış dünyayla yeterli bir iletişim sürdürmelerinde mahpuslara yardım etmelidirler ve bunun için onlara uygun destek ve yardım sağlamalıdır.

(6) Herhangi bir yakın akrabasının ölüm veya ciddi hastalık haberi ilgili mahpusa hemen iletilmelidir.

(7) Eğer koşullar elveriyorsa, bir mahpusun yalnız başına veya görevli eşliğinde hasta bir yakınına görmesine, bir cenaze törenine katılmasına veya diğer insani sebeplerle cezaevini terk etmesine izin verilmelidir.

(8) Mahpusların, hapsedildiklerini veya başka bir kuruma nakil edildiklerini, herhangi bir ciddi hastalığa ya da yaralanmaya maruz kaldıklarını derhal ailelerine bildirmelerine izin verilmelidir.

(9) Cezaevi yetkilileri, bir mahpusun kuruma kabulü üzerine, aksini istemediği sürece, mahpusun ölümü veya ciddi hastalığı ya da ciddi biçimde yaralanması veya bir hastaneye sevk edilmesi gibi durumlar hemen eşine veya birlikte yaşadığı hayat arkadaşına, eğer mahpus yalnız yaşıyor ise önceden belirttiği en yakın akrabasına veya diğer herhangi bir kişiye derhal bildirilmelidir.

(10) Belirli bir dava kapsamında, adli bir merci tarafından, belirli bir süre için konulan özel bir yasaklanma olmadıkça mahpusların gazete, dergi ve diğer yayınları okumalarına ve bunlara abone olmalarına, radyo ve televizyon yayınlarından yaralanmalarına ve böylece toplum hayatındaki gelişmelerden düzenli olarak bilgi edinmelerine izin verilmelidir.

olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin mahpusları ziyaret etmelerine izin verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme de mahpusların haberleşmeye saygı hakkının korunduğunu göstermektedir³²⁹. Dördüncü bendinde ise ziyaretler için yapılan düzenlemelerin, mahpuslara aile ilişkilerini mümkün olduğunca normal bir düzeyde sürdürmelerine ve geliştirmelerine izin verecek bir tarzda olması gerektiği belirtilerek aile hayatına saygı hakkının da gözetildiği görülmektedir.

AİHM eş ziyaretleri konusunda genel bir duruş sergileme çabası göstermiştir³³⁰. Aliev davasında³³¹ başvuran, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğini ve eşiyle yakın temastan mahrum bırakıldığını iddia etmiştir. Mahkeme de AİHS'in 5. maddesinin amaçları doğrultusunda yasal olarak tutukluluğun doğası gereği özel hayata ve aile hayatına bir sınırlama getirdiğini gözlemlemekle birlikte³³² cezaevi yetkililerinin mahpusun aile üyeleriyle etkili bir temas kurmasına yardımcı olmasının aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının önemli bir parçası olduğunu vurgulamıştır³³³.

Ploski davasında AİHM, yetkili otoritelerin mahpus başvurusunun ebeveynlerinin cenazelerine katılmasını reddetmesinin acil bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmediğinden ve aranan meşru amaçlarla orantılı olmadığından “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığını sonucuna varıp Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir.³³⁴

(11) Ulusal mevzuat tarafından hakları kısıtlanmadığı sürece, cezaevi yetkilileri mahpusların, seçimlere, referandumlara ve toplum hayatının diğer yönlerine katılmalarını sağlamalıdır.

(12) Emniyet ve güvenliğin muhafazası, kamu yararı bulunması, ya da mağdurların, diğer mahpusların veya personelin bütünlüğünün korunması gibi zorunlu nedenlerle yasaklanmadıkça mahpusların medya ile haberleşmesine izin verilmelidir.”

³²⁹ Madde 24-(2)'de ise haberleşmeye saygı hakkının kısıtlanma sebeplerine yer verilmiştir. Düzenleme şu şekildedir: “Devam etmekte olan bir ceza soruşturması, emniyet, güvenlik ve düzeninin muhafaza edilmesi, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç mağdurunun korunması için gerekli görülmesi halinde, haberleşme ve ziyaretlere kısıtlamalar konabilir ve izlenebilir. Ancak adli bir merci tarafından konulan özel kısıtlamalar da dahil olmak üzere, bu tür kısıtlamalar yine de kabul edilebilir asgari bir iletişime izin vermelidir.”

³³⁰ Kempen, s. 38.

³³¹ Aliev/Ukraine, App. No. 41220/98, 29 April 2003.

³³² Messina/Italy (No. 2), App. No. 25498/94, 28 September 2000, par. 61.

³³³ Aliev/Ukraine, App. No. 41220/98, 29 April 2003, par. 187; Aynı yönde Messina/Italy (No. 2), App. No. 25498/94, 28 September 2000, par. 61.

³³⁴ Ploski/Poland, App. No. 26761/95, 12 November 2002, par. 39.

Campbell davasında da AİHM mahpus başvurusunun avukatıyla yazışmalarının açılıp okunmasını³³⁵ ve İnsan Hakları Komisyonu'ndan kendisine gelen mektubun açılmasını³³⁶ haberleşmeye saygı hakkının ihlali olarak görmüştür³³⁷.

Normal hayatta haberleşmeye saygı hakkı, devletin posta ve telekomünikasyon sistemlerine müdahale etmemesini gerektiriyorsa da, birey mahpus olduğunda bu hak devlete mahpuslara posta göndermek ve cezaevi dışındaki kişilerle iletişim imkanını sağlama yönünde pozitif yükümlülük yüklemektedir³³⁸.

2. Hükümet Dışı Kuruluşlar³³⁹

a. Genel Olarak

Hükümet dışı kuruluşlar kamu gücü kullanmayan ve devletle organik bağı olmayan özel hukuk tüzel kişileridir³⁴⁰. Bu kapsamda dernekler, sendikalar, vakıflar, siyasi partiler ve ticari ortaklıklar insan haklarının korunmasında özne olarak kabul edilen³⁴¹ hükümet dışı kuruluşlardır³⁴².

İnsan haklarının korunması açısından özel hukuk tüzel kişileri hak sahibi olarak kabul edilmekte, fakat kamu hukuku tüzel kişileri kabul edilmemektedir. Çünkü AİHM hakların korunması ve uygulamasında kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmama kistasını kullanmaktadır³⁴³. Dolayısıyla da kamu hukuku tüzel

³³⁵ Campbell/United Kingdom, App. No. 13590/88, 25 March 1992, par. 32-54.

³³⁶ Campbell/United Kingdom, App. No. 13590/88, 25 March 1992, par. 56-64.

³³⁷ Davada AİHM yazışmaların, 8. madde kapsamında ayrı bir koruma sağlanan farklı bir iletişim aracı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca AİHM yazışmaya saygı gösterilmesinin, hapisane bağlamında özel bir önem taşıdığı, bu davada olduğu gibi, hapisanenin uzak konumundan dolayı bir avukatın müvekkilini burada şahsen ziyaret etmesinin daha zor olabileceğini ifade etmiştir. Son olarak, bu yolla iletişimin otomatik kontrolünün söz konusu olduğunda, avukatla gizlilik içinde iletişim amacı kurulumadığını tespit etmiştir. (Campbell/United Kingdom, App. No. 13590/88, 25 March 1992, par. 50).

³³⁸ Kempen, s. 22.

³³⁹ Non-governmental ifadesi dilimize hükümet dışı olarak çevrilmiştir. Fakat bu kuruluşlar sadece hükümet dışı değil, genelde devlet dışı, gayri resmi örgütlerdir. (Akıllıoğlu, s. 76).

³⁴⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 43; Akıllıoğlu, s. 76; Eren, s. 129.

³⁴¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 43; Akıllıoğlu, s. 77; Eren, s. 129.

³⁴² Arslan Öncü, s. 25.

³⁴³ Eren, s. 130-131. Örneğin, Mahkeme Holy Monasteries/Yunanistan kararında (Holy Monasteries/Greece, App. No. 13092/87, 13984/88, 09 December 1994, par. 49) manastırların dini nitelikli kurumlar olduğunu, ancak kamu gücünü kullanma ayrıcalığına sahip olmadıkları için hükümet dışı kuruluş olduğuna ve bu nedenle de dava açma yeteneğinin bulunduğu hükmetmiştir. (Anayurt, Ömer; Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 165; Eren, s. 130; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 44).

kişilerinin 8. madde kapsamında herhangi bir hak talebinin söz konusu olamayacağı ortadadır.

b. AİHS'in 8. Maddesi Kapsamında Tüzel Kişiler

8. madde kapsamında farklı hukuki değerler korunduğundan tüzel kişilerin bu hakların her biri açısından özne olup olamayacakları ayrı değerlendirilecektir. Bu bağlamda “özel hayata saygı” hakkının öznesi ilk planda gerçek kişidir³⁴⁴. Nihayetinde AİHM kararlarında da sıkça vurgulandığı üzere madde 8 bireyi, kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumaktadır³⁴⁵.

Tüzel kişiler³⁴⁶ belirli bir amaç çevresinde toplanan kişi toplulukları veya belirli bir amaca tahsis edilen mal toplulukları olduğundan gerçek kişilerde olduğu gibi maddi ve biyolojik bir varlık olarak değerlendirilemezler³⁴⁷. Türk Medeni Kanunu'na göre tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler (m. 48). Bu bağlamda özel hukuk tüzel kişileri sadece doğalarına uygun düşen haklardan yararlanabilirler³⁴⁸. Bu sebeple de özel hayatın alt kategorisinde yer alan fiziksel ve psikolojik bütünlük, kişisel özerklik, cinsel kimlik hakları sadece gerçek kişilere özgü olduğundan³⁴⁹ bu haklardan yararlanamazlar.

³⁴⁴ Arslan Öncü, s. 30.

³⁴⁵ Bédat/Switzerland, App. No. 56925/08, 26 March 2016, par.73; Fernádes Martínez/Spain, App. No. 56030/07, 12 June 2014, par. 114; Hämäläinen/Finland, App. No. 37359/09, 16 July 2014, par. 62; Sandra Jankovic/Croatia, App. No. 38478/05, 5 March 2009, par. 44; Armonienė/Lithuania, App. No. 36919/02, par. 36, 25 November 2008; Johansson/Finland, App. No. 10163/02, 6 September 2007, par. 29; Dickson/United Kingdom, App. No. 44362/04, 4 December 2007, par. 70; Von Hannover (No. 2), App. No. 40660/08 and 60641/08, 7 February 2012, par. 98; X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 23; Söderman/Sweden, App. No. 5786/08, 12 November 2013, par. 78; Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25 November 1994, par. 38; Bevacqua and S./Bulgaria, App. No. 71127/01, 12 June 2008, par. 64.

³⁴⁶ Tüzel kişilerin gizli ve özel hayat alanı hakkında bkz. Gönen, Doruk; Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

³⁴⁷ Taşkın, Alim; “Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XLII, S. 1, 1992, s. 217.

³⁴⁸ Örneğin, AİHS'te korunan yaşama hakkı, işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, evlenme hakkı gibi gerçek kişilere özgü haklardan yararlanamazlar. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu inanç özgürlüğü ile eğitim hakkından da sadece gerçek kişilerin yararlanabileceğini belirtmiştir. (Eren, s. 131).

³⁴⁹ Arslan Öncü, s. 32.

İtibar denildiğinde gerçek kişinin sosyal ve ahlaki değeri anlaşılır³⁵⁰. Tüzel kişilerin sosyal değeri ekonomik şöhreti, ekonomik faaliyetini yürütürken kazandığı saygınlık ise onun kişisel değerleri içinde yer alır³⁵¹. Özel hayat kapsamında kişilerin itibarı da korunduğundan tüzel kişilerin de ekonomik yahut mesleki itibarının korunduğu ileri sürülebilir³⁵².

Tüzel kişiler üyelerinin haklarını korumak amacıyla da AİHM'e başvuramazlar fakat bizzat tüzel kişilikten doğan haklarını korumak amacıyla iradelerini kanuni organları aracılığıyla (TMK. m. 50) açıklayarak başvurabilirler³⁵³. Bu sebeple de tüzel kişiler üyelerinin herhangi birinin 8. madde kapsamında korunan haklarının ihlali iddiasıyla da AİHM'e başvuramayacaktır.

“Aile hayatına saygı hakkı” kişiler arasındaki bağı esas aldığından doğasına uygun olarak tartışmasız şekilde gerçek kişilere özgüdür. Dolayısıyla tüzel kişilerin bu hakkın öznesi olamayacağı açıktır.

AİHM tarafından iş yerleri ve eklentileri de konuta saygı hakkı kapsamında değerlendirilmektedir³⁵⁴. Nitekim konuta saygı hakkının öznesinin sadece gerçek kişiler olduğu iddiası AİHM'in *Societe Colas Est and Others* kararıyla³⁵⁵ geçerliliğini yitirmiştir. Kararda başvuran şirkette gerçekleştirilen denetleme işleminin konuta saygı hakkı kapsamında değerlendirmesi sonucu tüzel kişilerin de konuta saygı hakkının öznesi olabilme yolu açılmıştır³⁵⁶.

Haberleşmeye saygı hakkının koruması gerçek kişiler arasındaki iletişim için geçerlidir³⁵⁷. Bu sebeple de hakkın öznesinin tüzel kişiler olamayacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

³⁵⁰ Taşkın, s. 226.

³⁵¹ Taşkın, s. 226.

³⁵² Arslan Öncü, s. 32.

³⁵³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 43; Eren, s. 131.

³⁵⁴ Niemietz/Germany, App. No. 13710/88, 16 December 1992, par. 30; Buck/Germany, App. No. 41604/98, 28 April 2005, par. 31; Petri Sallinen and others/Finland, App. No. 50882/99, 27 September 2005, par. 70; Societe Colas Est and Others/France, App. No. 37971/97, 16 April 2002, par. 41.

³⁵⁵ Societe Colas Est and Others/France, App. No. 37971/97, 16 April 2002, par. 41

³⁵⁶ Arslan Öncü, s. 196.

³⁵⁷ Top, s. 59.

3. Kişi Grupları

Kişi gruplarının net bir tanımını yapmak mümkün olmamakla beraber birden fazla kişinin biraraya gelerek oluşturduğu tüzel kişiliği bulunmayan topluluk şeklinde açıklamak mümkündür. Ancak tüzel kişi olmayan kişi gruplarının AİHM'e başvurabilmeleri için topluluğu oluşturan tüm kişilerin başvuru imzalamaları ya da kişi topluluğu adına başvuran kişinin adına başvurduğu kişilerden temsil yetkisi alması gerekir³⁵⁸.

Kişi grupları, genel olarak hukuki bir örgütlenme içinde olamadan, belli ortak konular etrafında bir araya gelen kişileri ifade etmektedir. Kişi gruplarının haklardan yararlanması ancak topluluğa özgü haklar için mümkündür. Örneğin, engellilerin engelli haklarından yararlanması gibi. Zira aynen hükümet dışı kuruluşlarda olduğu gibi kişi gruplarının da grup üyelerinin her birinin haklarını koruması mümkün değildir³⁵⁹. AİHS'in 34. maddesi uyarınca kişi gruplarına da bireysel başvuru hakkı tanındığından bunların da 8. maddenin koruması altında olduğu düşünülse de³⁶⁰ pratikte 8. madde bağlamında bireye özgü haklar korunduğundan kişi gruplarının özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının öznesi olamayacağı sonucuna varılabilir.

B. Hakkı Korumanın Yükümlüsü Olarak Devlet

İnsan haklarının tanındığı günden bugüne tüm dünyada haklar devlet-birey ilişkileri çerçevesinde ortaya çıktığından bunların muhatabı öncelikle devlettir³⁶¹. Dolayısıyla da bir hukuk kuralının insan hakları niteliğini esas olarak yükümlünün devlet olması belirler³⁶². Devlet insan hakları ihlallerinin kaynağı olmakla beraber insan haklarının korunmasından da sorumludur. Çünkü devlet yasama yoluyla hukuk kurallarını düzenleme ve bunlara uymayanlara karşı yaptırım uygulama

³⁵⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 44.

³⁵⁹ Eren, s. 134.

³⁶⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 349.

³⁶¹ Boyar, Oya; "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireyse Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 56.

³⁶² Akıllıoğlu, s. 14.

tekeline sahiptir. Yasama, yürütme ve yargı yoluyla insan haklarını korumaya gayesi güden devlet yine bu organlar vasıtasıyla insan hakları ihlallerine sebebiyet verebilir. Örneğin, devlet yetkili organları eliyle özel hayatın gizliliğini ihlal edebilir, çıkarılması gereken kanunları çıkarmayabilir bu şekilde yaptığı uygulamalarla insan haklarını doğrudan kendisi ihlal edebilir³⁶³. Bu kapsamda devlet insan hakları ihlallerinin önlenmesi için makul adımlar atmak ve kendi eliyle gerçekleşen ihlalleri ortadan kaldırmak için yargı yoluyla bu ihlalleri ciddi şekilde soruşturmak, sorumluları belirlemek, bu kişilere uygun cezalar vermek ve mağdura yeteri kadar tazminat sağlamakla yükümlüdür³⁶⁴.

1. Devletin Temel Yükümlülükleri

İnsan hakları; modern devletin ve piyasaların insan onuruna yönelttiği standart tehditlere karşı bireyleri korumak için zorunlu olan sosyal ve siyasal güvenceler olarak tanımlandığında³⁶⁵ insan haklarının devlet karşısında korunma ihtiyacı ve bu konuda devletin yükümlülüklerinin olduğu anlaşılmaktadır. Fakat bu tanımdaki güvence kapsamına hukuki ve yargısal güvenceleri de eklemek gerekir³⁶⁶. Çünkü insan haklarının kuramsal alandan çıkıp, uygulama alanına girmesi etkili bir güvence sistemi ile mümkün olur³⁶⁷. Bu anlamda artık uluslararası hukuk, devletlere yerine getirmekle yükümlü olduğu ödevler yüklemektedir³⁶⁸.

Aristo'nun belirttiği üzere, doğası gereği insan toplum halinde yaşamakta ve ayrıca ortak çıkarlar etrafında birleşmektedir. Bu birleşim sonucu toplum, bireylerin yaşam düzeylerinin iyileştirilmesine katkı sağlamaktadır³⁶⁹. Temelde de devletin en önemli yükümlülüğü budur³⁷⁰. *Akıllıoğlu*, insan hakları konusunda devletin temel yükümlülüklerini; insan haklarına saygı, bireyin korunması ve hakların

³⁶³ Eren, s. 135.

³⁶⁴ Marshall, Jill; "Positive Obligations and Gender-based Violence: Judicial Developments", International Community Law Review, Vol. 10, 2008, s. 148.

³⁶⁵ Donnelly, International Human Rights, s. 22.

³⁶⁶ Ögütçü 561.

³⁶⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 4.

³⁶⁸ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 34.

³⁶⁹ Ünal, Şeref; İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri, Ankara Barosu Dergisi, 1994/I, s. 42.

³⁷⁰ Ünal, s. 42.

sağlanması/gerçekleştirilmesi olarak belirtmiştir³⁷¹. *Erdoğan* ise, devletin insan haklarıyla ilgili temel yükümlülüklerini tanıma, ihlal etmeme, koruma, temin/tedarik şeklinde dört gruba ayırmıştır³⁷². *Eren* ise, tanıma, uygulama ve koruma şeklinde üç kategori altında konuyu incelemiştir³⁷³.

Birleşmiş Milletler insan hakları kurumları insan haklarının devlete yüklediği yükümlülükleri başlıca üç başlık altında toplamaktadır. Bunlar saygı duyma, koruma ve yerine getirme yükümlülüğüdür³⁷⁴. Birleşmiş Milletler'in devletin yükümlülüklerini kategorize ettiği doğrultuda AİHM de devletin temel yükümlülük tipolojisini saygı gösterme, koruma ve yerine getirme (respect, protect, fulfil) olarak belirtmiştir³⁷⁵. Ayrıca devletin saygı duyma yükümlülüğünün negatif, koruma ve yerine getirme yükümlülüğünün³⁷⁶ ise pozitif yükümlülüklerinden olduğunu vurgulamıştır³⁷⁷. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, verdiği kararlarda³⁷⁸, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin devletin temel yükümlülüklerini üç kategoriye ayırdığını ifade etmiştir. Kararlara göre; devletin yükümlülükleri; hakları ihlalden kaçınmak, ihlalleri önlemek ve hem devlet hem de özel kişilerden gelen ihlalleri etkili soruşturmak ve cezalandırmaktır³⁷⁹.

Doktrinde ve mahkeme kararlarında devletin insan hakları koruma konusundaki temel yükümlülükleri farklı şekilde gruplandırılrsa da temelde hepsi aynı amaç etrafında toplanmakta, sadece yükümlülükler farklı şekilde nitelendirilmektedir. Zira insan haklarını tanıma ile devlet, hukuki düzeyde insan

³⁷¹ Akıllıoğlu, s. 52, 71, 285.

³⁷² Erdoğan, İnsan Hakları, s. 117 vd; Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 151 vd.

³⁷³ Eren, s. 136.

³⁷⁴ Bielefeldt, Heiner, "Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik", (Çev. Yüksel Metin), Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, 2. Bası, Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 271-291.

³⁷⁵ Akandji Kombe, s. 5; Fredman, s. 3; Koch, Ida Elisabeth; Dichotomies, Trichotomies or Waves or Duties, Human Rights Law Review, Vol. 5/1, 2005, s. 85, Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 68; Boyar, s. 55; Pekel, Abdulkadir; Aile hayatına Saygı Hakkı, Liberte Yayınları, Ankara, 2016, s. 45. Yükümlülüklerle ilişkin bu üçlü kategori ve eleştiri için bkz. Koch, Ida Elisabeth; "Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?", Human Rights Law Review, Vol. 5, 2005, s. 81-103.

³⁷⁶ Yerine getirme yükümlülüğü doktrinde bazı yazarlar tarafından önlem-sonuç yükümlülüğü şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz. Boyar, s. 55; Pekel, s. 45.

³⁷⁷ Harris/O'Boyle/Wabrick, s. 19; Boyar, s. 55, Pekel, s. 45.

³⁷⁸ Fairen Garbi and Solis Corrales, Int-Ame. C. H. R., Decision and Judgements March 15, (ser. C.) No. 6, 1989; Velasquez Rodriguez, Int-Ame. C. H. R., Judgment of July 29, (Ser. C) No. 4, 1988; <http://hrlibrary.umn.edu/iachr/C/6-ing.html>, E. T. 18.03.1987; Godínez-Cruz, Int-Ame. C. H. R., Judgment of January 20, 1989, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_ing.pdf, E. T. 18.03.1987.

³⁷⁹ Eren, s. 140.

hakları standartlarını koyar ve bunları bağlayıcı kılar. Tanıma suretiyle hukuki çerçevesini oluşturduğu haklara dokunmaz, yani saygı gösterir. Böylelikle öncül yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. Sonrasında insan haklarını ihlallerini önlemeye çalışır ve hukuki yaptırıma bağlayarak insan haklarını korur. Nihai olarak da insan hakları standartlarının hayata geçirilmesi için gerekli güvence mekanizmalarını oluşturur ve hakların korunmasını uygulamada da sağlar. Sonuç olarak; bölgesel insan hakları sistemlerinde insan hakları konusunda devlete düşen yükümlülük tüm haklar bakımından prensip olarak tanıma, saygı, koruma ve yerine getirme yükümlülüğü şeklinde özetlenebilir³⁸⁰. İnsan haklarının korunmasına yönelik olarak devletin tüm bu yükümlülükleri, çeşitli insan hakları anlaşması sistemleri altında, devletin yetki alanı içindeki kişilere uzanmaktadır³⁸¹.

Devletin saygı gösterme, koruma ve uygulama yükümlülüğü arasındaki ayrım her zaman açık değildir hatta çakışmaları da mümkündür³⁸². Örneğin, devletin yüksek derecede kirlletici bir fabrikaya izin vermesi, sağlıklı çevre hakkının özel kişiler tarafından ihlaline karşı koruma yükümlülüğünü başaramadığını gösterir. Aynı zamanda çevrenin zarar görmesine imkan sağlayacak bu faaliyete izin vermesi özel hayat kapsamında korunan çevre hakkına saygı yükümlülüğünü bizzat gerçekleştiremediğini de gösterir³⁸³. Yani devletin sorumluluğu tüm organları, temsilcileri, kamu görevlileri, şirketleri dışında üçüncü kişilerin eylemlerinden de doğabilecektir³⁸⁴.

³⁸⁰ Leach, Philip; “Positive Obligations from Strasbourg—Where do the Boundaries Lie?”, *Interights Bulletin*, Vol. 15, No. 3, 2006, s. 123.

³⁸¹ Duffy, Helen; “Towards Global Responsibility for Human Rights Protection: A Sketch of International Legal Developments”, *Interights Bulletin*, Vol. 15, No 3, 2006, s. 104.

³⁸² Lavrysen, Laurens; “Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights”, *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century* (Eds. Yves Haeck, Eva Brems), *Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice*, Vol. 30, Springer, 2014, s. 73.

³⁸³ Lavrysen, s. 73.

³⁸⁴ Fernández Sánchez, Pablo Antonio; “The Scope of Obligations under the European Convention on Human Rights (Art. 1)”, *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, (Eds. Javier Garcia Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2012, s. 39.

a. Tanıma Yükümlülüğü

AIHS'e taraf devletler AIHS'in 1. maddesi uyarınca kendi yetki alanları içinde bulunan herkese, Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü altına girmektedir. Bu bağlamda devletler mevzuatlarını doğrudan Sözleşme ile uyumlu hale getirmekle yükümlü olurlar³⁸⁵. Dolayısıyla da Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan özel hayatın ve aile hayatının korunması konusunda taraf devletler Sözleşme'ye uygun şekilde hukuki düzenleme yapma yükümlülüğü altına girmektedir.

Tanıma, insan hakların korunması ve sağlamanın ilk basamağını teşkil eder. Çünkü ancak bu basamağa çıkılarak diğer basamaklara geçilebilir. Tanınmayan hak hukuki kimlik kazanamayacağından talep edilemez, korunamaz ve sağlanamaz. Bu nedenle devlet başta anayasası olmak üzere, tüm hukuk düzeniyle insan haklarını tanımak zorundadır³⁸⁶.

Devlet öncelikle insan olarak değerimizi ve bu değerden türeyen haklarımızı tanımakla yükümlüdür. Devletin insan haklarını tanımadığı durumda meşruluğu tartışmaları da gündeme gelir. Bu da, esas olarak, onun insan haklarını koruma amacına dayanmasından³⁸⁷ ileri gelir. Çağdaş bir yaklaşımla hem devletin hem de insan haklarının varlığının güvenceli bir düzene kavuşturulması imkanı³⁸⁸ tanıma yükümlülüğünün yerine getirilmesiyle mümkün olur.

İnsan hakları doktrinin felsefî ve ahlaki temelleri incelenirse, insan haklarının ilk ortaya atıldığı zamandan günümüze doktrinin amacının devletin sınırlandırılması ve bu sayede bireyin korunması olduğu anlaşılır. Bu nedenle insan hakları iddia ve talepleri devlete karşı ileri sürülür³⁸⁹. Bu taleplerin amacı devletin her türlü işlem ve eyleminin insan haklarına dayandırılması ve bu duyarlılıkla

³⁸⁵ Gomien, s. 15.

³⁸⁶ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 151; Kalabalık, Halil; İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 43; Anayasalar her zaman tüm insan haklarını kapsamadıkları gibi, anayasalarda tanınan her hak da "insan hakkı" niteliğinde olmayabilir. Bu sebeple anayasalarda düzenlenen her hakkın ahlâkî ya da hukukî gücü aynı değildir. Fakat "insan hakkı" olarak ileri sürülemeyen hakların da hukuki bağlayıcılığı vardır. (Erdoğan, İnsan Hakları, s. 23; Kalabalık, s. 43).

³⁸⁷ Erdoğan, İnsan Hakları, s. 23.

³⁸⁸ Çeçen, Anıl; "Demokrasi ve İnsan Hakları", İnsan Hakları Yıllığı, C. V-VI, S. 5-6, TODAİE, Ankara, 1984, s. 94.

³⁸⁹ Erdoğan, Mustafa; İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 3. Baskı, Orion Yayınları, Ankara, 2012, s. 117; Kalabalık, s. 42.

hareket etmesinin sağlanmasıdır³⁹⁰. Öte yandan devlet, anayasa ve kanunlarla güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri işlevsiz kılacak surette sınırlamamaya özen göstermelidir³⁹¹. Zira hak ve özgürlükleri sınırlama ölçütlerinin muğlak olması³⁹² güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerin işlevselsizliğine yol açmaktadır. Bu nedenle hukuk düzeninde hak ve özgürlüklerin tam anlamıyla korunabilmesi için sınırlama çerçevesinin “ölçülü” şekilde çizilmesi gerekmektedir. Bu gereklilik aynı zamanda devletin tanıma yükümlülüğünü de gerçekleştirmesine hizmet etmektedir. Dolayısıyla AİHS’te düzenlenen insan haklarını mevzuatında tanıyan devlet insan haklarının özünü de göz önünde bulundurmalıdır

Kanımızca AİHS’te düzenlenen özel hayatın ve aile hayatının korunmasının ilk yolu, bu hakkı taraf devletlerin hukuki düzeyde tanimasından geçmektedir. Nitekim özel hayata ve aile hayatına saygı, bir hak niteliği kazandığında devletin ve özel kişilerin müdahalelerine karşı korunma imkanı doğmuş olmaktadır. Özel hayata ve aile hayatına müdahalelere ilişkin olarak AİHM tarafından yapılan yasallık denetiminde³⁹³ esasında devletin hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği de ortaya çıkmaktadır.

b. Saygı Yükümlülüğü

İnsan haklarının tanındığı bir hukuk düzeninde saygı, koruma ve yerine getirme yükümlülükleri karşılaştırıldığında bir piramidin en altı saygı yükümlülüğünü, orta kısmı koruma yükümlülüğünü en üst kısmı ise yerine getirme yükümlülüğünü oluşturur. Bu bağlamda devletin yükümlülüğünün en geniş alanı kapsadığı yer saygı duyma yükümlülüğüdür.

Devletin insan haklarına saygı yükümlülüğü öncelikle insan haklarına dokunmamayı gerektirir. Nitekim devletin en yoğun insan hakkı ihlalleri “dokunmama” ilkesine uymamasından ileri gelmektedir. Bu bağlamda devlet prensip olarak hem kamusal hem de sivil hayatta insan hakları kullanımlarına karışmama yükümlülüğü altındadır. Çünkü insanlar, devlet müdahalesi olmaksızın

³⁹⁰ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 139.

³⁹¹ Çüçen, A. Kadir; İnsan Hakları, Marmara Kitap Merkezi Yayınları, Bursa, 2011, s. 100.

³⁹² Uzgören, s. 473.

³⁹³ Bkz. II. Bölüm, II., A., 1, a. başlığı

kendi dünya görüşleri ve hayat tarzı tercihlerine göre yaşamlarını sürdürebilmelidir³⁹⁴.

İnsan haklarına devletin saygı yükümlülüğü elbette mutlak değildir. Devlet sivil barışın korunması, başkalarının haklarının ihlal edilmesi veya başkalarına doğrudan doğruya zarar verilmesini önlenmesi gibi haklı sebeplerle ve istisnai durumlarda müdahale edebilir³⁹⁵. Ayrıca, dışarıdan gelen bir saldırı veya doğal bir afet sonucunda toplumun varlığının ve özgürlüklerinin tehlikeye düşmesi durumu da, insan haklarını kısıtlamanın meşru gerekçesidir³⁹⁶.

Saygı yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından en önemli hak kategorisini negatif statü hakları oluşturmaktadır. Çünkü bu hakların mahiyetinden doğan devletin karışmama, gölge etmeme, müdahale etmeme yükümlülüğü söz konusudur³⁹⁷. Bu bağlamda negatif statü hakkı olarak özel hayata ve aile hayatına devletin saygı yükümlülüğü esastır. Fakat pozitif statü hakları söz konusu olduğunda da insan hakları hukuku literatüründe yerleşen pozitif yükümlülük doktrini uyarınca devletten saygı gösterme yükümlülüğünü yerine getirmesi beklenir.

c. Koruma Yükümlülüğü

İnsan hakları talep ve iddialarının muhatabı prensip olarak devlettir. Çünkü insan haklarının korunmasının esas amacı bireyleri devlet baskısından korumaktır³⁹⁸. İnsan haklarının korunması sadece devletin bu haklara dokunmaması ile mümkün olmaz. Çünkü devlet üçüncü kişilerden gelen tehditleri pozitif yükümlülükleri kapsamında engellemek zorundadır³⁹⁹. Yani devlet insan haklarını ihlale yönelen kişi ve grupları önlemek ve olası saldırılara karşı bireyleri korumak ve ihlalleri de yaptırıma bağlamakla yükümlüdür. Bu bağlamda insan haklarını korumakla yükümlü olan, devletin bizzat kendisidir⁴⁰⁰.

³⁹⁴ Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi, s. 118; Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 151-152; Erdoğan, İnsan Hakları, s. 23-24; Kalabalık, s. 43.

³⁹⁵ Erdoğan, İnsan Hakları, s. 119.

³⁹⁶ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 152; Erdoğan, İnsan Hakları, s. 23-24; Kalabalık, s. 43.

³⁹⁷ Gözler, Kemal; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2015, s. 112; Gözler, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2014, s. 411.

³⁹⁸ Erdoğan, İnsan Hakları, s. 117.

³⁹⁹ Dündar Sezer, Tijen; “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesinde ve Eşit Hakların Sağlanmasında Devletlerin Olumlu Yükümlülükleri”, Uluslararası Multidisipliner Kadın Kongresi, Bildiri Özeti Kitabı, 13-16 Ekim 2009, Bildiri Kitabı, C.2, İzmir, 2010, s. 767.

⁴⁰⁰ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 152.

Belirli bir hakkın korunması yükümlülüğü, kuşkusuz, üçüncü kişilerin ihlallerine veya diğer tehditlere karşı aktif korunma gibi olumlu tedbirleri gerektirdiğinden, devlet için daha fazla bütçesel sonuçlar doğurmaktadır⁴⁰¹. Örneğin bu tedbirler hak sahibinin veya konut sakininin tahliye edilmesini önlemek, genel olarak ceza davalarına karşı koruma ve halihazırda işlenmiş suçları araştırmak gibi etkin polis korumasını içerebilir⁴⁰².

Koruma yükümlülüğünün bütçesel sonuçlara rağmen, AİHM, çeşitli vesilelerle koruyucu önlemlerin yeterliliğini değerlendirme konusundaki istekliliğini göstermiştir⁴⁰³. Bu bağlamda Mahkeme, konuta, aile hayatına saygı hakkının korunması veya adli soruşturmanın yeterliliği gibi konularda kararlar almıştır. Dolayısıyla bu gibi koruyucu amaçlar söz konusu olduğunda kaynak sorununun bir kenara bırakılması gerektiğini dolaylı olarak belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme bireyi koruma yükümlülüğü çerçevesinde saygı, müdahale ve sınırlama terimlerini pozitif yükümlülük doktrini çerçevesinde yorumlamaya ve tanımlamaya çalışmıştır⁴⁰⁴.

Devlet insan haklarının korunması konusunda anayasa ve kanunlara uygun davranılıp davranılmadığını denetleyecek mekanizmalar geliştirir. Hükümetin ve idarenin anayasa ve kanunlara uygun davranmasını sağlar ve denetler. İnsan haklarını koruyacak ve geliştirecek kurum ve kuruluşların oluşmasını sağlar. Devlet insan haklarını ortadan kaldırmaya yönelik tüm düşünce ve eylemleri önlemelidir. Örneğin, kişilerin özel hayatına ve aile hayatına yönelen tehdit ve tehlikeleri bertaraf etme yükümlülüğü altındadır. Ayrıca devlet kendi örgütlenmesinde insan haklarının korunması ve geliştirilmesine katkı sağlamalıdır⁴⁰⁵. Bu bağlamda devletin insan haklarını koruma yükümlülüğünün gerçekleştirilebilmesi etkin bir yasama, adil bir yürütme ve tarafsız ve bağımsız yargı yoluyla mümkün olur.

İnsan haklarının asıl muhatabı devlet olmakla beraber, insan haklarının korunması sadece devletin bu haklara müdahale etmemesi ile sağlanamaz. Yani bireyin sadece devlet karşısında korunması yeterli değildir. Devlet aynı zamanda

⁴⁰¹ Koch, “The Justiciability of Indivisible Rights”, Nordic Journal of International Law, C. 72, No 1, 2003, s. 13.

⁴⁰² Koch, Indivisible Rights, s. 13.

⁴⁰³ Koch, Indivisible Rights, s. 13.

⁴⁰⁴ Koch, Indivisible Rights, s. 13.

⁴⁰⁵ Çüçen, s. 164.

insan haklarıyla korunan temel değerlere yönelik olarak başka kişi ve gruplardan gelecek saldırıları önlemek ve ihlalleri müeyyidelendirmek yükümlülüğü altındadır⁴⁰⁶. Bu bağlamda gerekli tedbirleri almaktan ve ihlalden sonra gerekli hak arama yollarını oluşturmaktan sorumludur⁴⁰⁷. Yani koruma yükümlülüğü devletin insan haklarını ihlalde bulunan özel kişilere karşı korumasını gerektirir⁴⁰⁸. Bu noktada devletin insan haklarını koruma yükümlülüğü özellikle insan haklarının yatay etkisi bakımından önem taşımaktadır.

Koruma yükümlülüğü doğrudan Sözleşme'nin metninden doğmaktadır⁴⁰⁹. AİHS'te devletin pozitif yükümlülükleri açıkça belirtilmemiş olsa da, Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin ikinci paragrafları ile 1 Nolu Ek Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafı, taraf devletlere, başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla söz konusu özgürlükleri sınırlandırma yetkisi tanımaktadır. Bir başka ifadeyle AİHS, üçüncü kişilerden gelebilecek müdahalelere karşı özgürlüklerin korunmasını devletin pozitif yükümlülüğü olarak kabul etmektedir⁴¹⁰. Nitekim 8. maddenin ikinci fıkrasında özel hayata ve aile hayatına getirilen tüm sınırlama sebepleri koruma yükümlülüğünün bir başka boyutunu temsil etmektedir⁴¹¹. Sınırlamalar genellikle kamu menfaatinin gündeme gelmesine neden olsa da söz konusu hükümle hakkı doğrudan korunan bireyin ve ya da menfaati etkilenen üçüncü kişinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu bağlamda, aile hayatı hakkına yönelik kısıtlamalar bir aile üyesinin menfaati göz önünde bulundurularak yapılabilir. Örneğin, ebeveynlerinin çocuklarına bakmakta yetersiz görüldüğü durumlarda çocuğun zorlayıcı tedbir olarak koruyucu aileye verildiği durumlarda çocuğun menfaati dikkate alınmalıdır⁴¹².

⁴⁰⁶ Eren, s. 140; Erdoğan, İnsan Hakları, s.24; Kalabalık, s. 44.

⁴⁰⁷ Eren, s. 140.

⁴⁰⁸ Lavrysen, s. 73.

⁴⁰⁹ Koch, Indivisible Rights, s. 15.

⁴¹⁰ Metin, Yüksel; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklendiği Pozitif Yükümlülükler", Uluslararası İlişkiler Akademik Dergi, C. VII, S. 27, 2010, s. 116.

⁴¹¹ Koch, Indivisible Rights, s. 14.

⁴¹² Koch, Indivisible Rights, s. 14.

(1) Önleyici Koruma Yükümlülüğü

Hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması; öncelikle hak ve özgürlüklerin herhangi bir şekilde ihlalini önlemek, sonra da eğer ihlal edilmişse bu ihlali bertaraf etmek ve ihlalin olumsuz neticelerini ortadan kaldırmak amacını ifade etmektedir⁴¹³.

Bu bağlamda devlet insan hakları müdahalelerini azaltmak amacıyla ilk planda ihlali önleyici tedbirler alma yükümlülüğü altındadır⁴¹⁴. Devlet AİHS'te düzenlenen hak ve özgürlükleri hem resmi görevlilerin hem de özel kişilerin hukuka aykırı eylemlerinden korunmasını sağlayacak tedbirleri almakla yükümlüdür⁴¹⁵. Örneğin, çocuk yuvalarında sistematik şekilde kötü muamelenin bulunduğuna yönelik iddialar varsa, devlet bu iddiaların gerçekliğini araştırmalı, şayet iddialar gerçek ise, eylemleri yaptırıma bağlamak suretiyle ihlallerin tekrarlanmasını önleme yükümlülüğü altındadır⁴¹⁶.

Önleyici koruma tedbirleri kanuni yoldan mümkün olmaktadır⁴¹⁷. Kanuni yoldan kastedilen gerek ceza hukuku gerekse de özel hukuk yoluyla Sözleşme'deki hakların ihlal edilmesinin önlenmesi yükümlülüğüdür. Nitekim AİHM, M.C./Bulgaristan davasında rızaya dayalı olmayan cinsel eylemlerin cezalandırılması gerektiğini vurgulayarak, bu suçları etkili şekilde cezalandıran kanunları çıkarmanın devletin pozitif yükümlülüklerinin bir ayağını oluşturduğunu belirtmiştir⁴¹⁸. AİHM'in içtihatlarından sonra Almanya Anayasa Mahkemesi'nde ilk kez 1971 yılında verdiği karardan sonra içtihatlarında istikrarlı bir şekilde devletin koruma ödevine yer vermiştir⁴¹⁹.

Hak ve özgürlükler sınırları çizilmek suretiyle korunmaya çalışılır, fakat önleyici tedbir alma amacıyla hak ve özgürlükleri sınırlama sınırının iyi çizilmediği durumlarda hakların kullanımı açısından sıkıntı doğabilir⁴²⁰. Otoriter rejimlerde hakların korunması amacıyla hakların kullanımına ilişkin getirilen ağır koşullar

⁴¹³ Savcı, Bahri; İnsan Hakları (Kanunilik Yolu ile Korunması), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1953., s. 74.

⁴¹⁴ Savcı, s. 74; Eren, s. 140.

⁴¹⁵ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 144.

⁴¹⁶ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 144.

⁴¹⁷ Eren, s. 140.

⁴¹⁸ M. C./Bulgaria, App. No. 39272/98, 4 December 2003, par. 153 ve 166.

⁴¹⁹ Şirin, Tolga; Türkiye'de Anayasa Şikayeti İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 380.

⁴²⁰ Eren, s. 140.

hakların sınırlanmasının ve işlevsiz hale getirilmesinin bir aracı olabilmektedir⁴²¹. Fakat kamu gücüne dayanılarak hakların korunması amacıyla hakkın sınırlanması hakkı kötüye kullanmaktır. Bu doğrultuda AİHS'in 17. maddesinde Sözleşme'deki hiçbir hükmün, devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verir biçimde yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Nitekim AİHM de bireylerin hak ve özgürlüklerini totaliter anlayışlara karşı korumayı amaçlayan bir yapı olarak faaliyet göstermektedir⁴²².

Özel kişilerin davranışları insan hakları ihlali oluşturduğunda devletin bu ihlali önleme yükümlülüğü öne çıkar⁴²³. Bu anlamda önleyici koruma yükümlülüğü taraf devletin uygun ve makul önlem alması yükümlülüğünü ifade etmektedir. Bu yükümlülükte hakkın gerçekleştirilmesinin mutlak olarak sağlanması yani sonucun mutlak olarak başarılması gerekmez⁴²⁴. Örneğin; AİHS'in 8. maddesinde korunan özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı herkese aile hayatı sağlama yahut konut temin etme gibi bir sonuç yükümlülüğü değil, özel hayatın ve aile hayatının etkili şekilde korunmasını gerektiren önlem alma yükümlülüğüdür.

(2) Düzeltici Koruma Yükümlülüğü

Kamu otoriteleri ya da üçüncü kişiler tarafından hak ihlali gerçekleşikten sonra devletin yükümlülüğü ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıran ve ihlali yapan kişinin eylemini yaptırıma bağlayan bir koruma mekanizması kurmaktır. Yargı erki bu koruma mekanizmasını oluşturmaktadır⁴²⁵. Yargı yoluyla düzeltici koruma, hem ihlalin sonuçları ortadan kaldırılır, hem de ihlali yapan kişiler hakkında verilen kararlar bakımından caydırıcı niteliğe de sahiptir.

⁴²¹ Avrupa'da yaşanan faşist ve nasyonal sosyalist rejimler, hakların devlet gücü ile ortadan tamamen kaldırılabileceğini göstermiştir. (Eren, s. 141).

⁴²² Bıçak, Vahit; "Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı", Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVII, 2000, s. 89.

⁴²³ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 68.

⁴²⁴ Arslan Öncü, s. 49.

⁴²⁵ Eren, s. 143.

Bir kişinin diğerinin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği durumda (yatay etki) devletin iki şekilde sorumluluğu söz konusu olur. İlk sorumluluğu, gerekli hukuki düzenlemeleri yapmamış olmasından doğar. Nitekim devlet mevzuatında hakkı tanımadıysa o hakka bir koruma kalkanı sağlamamış demektir. Bundan doğrudan sorumludur çünkü yasama organı bizzat devletin bünyesinde dir. İkincisi ise devletin hak arama yollarını oluşturmamış ya da adil yargılanma imkanı sunmamış olması durumudur. Bu durumda devlet hakkı tanımış olsa da hakkı sağlama açısından gerekli tedbirleri almamış kabul edilir. Her iki durumda da devlet düzeltici koruma yükümlülüğü çerçevesinde ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırııcı mekanizma geliştirmelidir.

Devlet insan haklarını sağlama yükümlülüğü doğrultusunda insan hakları ihlallerinden kaçınma yükümlülüğü yanında, haksız müdahalelerin resmi görevliler tarafından gerçekteşmesi durumunda kişilerin uğradığı zararın devlet tarafından karşılanması yükümlülüğü altındadır⁴²⁶. Örneğin, Anayasa'nın 125. maddesi de bu yönde bir düzenlemedir. Hükmün son fıkrasında idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir.

Devletin düzeltici koruma yükümlülüğü sadece iç hukuk açısından değil, taraf olduğu uluslararası sözleşmeler bakımından da mevcuttur. Çünkü 1982 Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunun yanı sıra devlet temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkan uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerini esas alma ve mevzuatı bu yönde düzeltme yükümlülüğü altındadır.

d. Yerine Getirme (Uygulama) Yükümlülüğü

Yerine getirme yükümlülüğünden söz edildiğinde hukuk devleti paradigmasının yerine refah devleti paradigması öne geçmektedir. Çünkü yerine getirme yükümlülüğünde devletin haklara saygı gösterme ve koruma seviyesinin

⁴²⁶ Eren, s. 140.

ötesine geçilmesi beklenmektedir⁴²⁷. Dolayısıyla yerine getirme yükümlüğü⁴²⁸ bireylerin insan haklarından yararlanmasına devletin olanak sağlamasını gerektirir⁴²⁹. Bu bağlamda hakların hayata geçirilmesi için yasal, yargısal ve mali adımlar atılmalıdır⁴³⁰.

Yargı organlarının hakların yerine getirilmesi için gereken sosyal ve ekonomik kaynakların kullanımına karar vermede çekinik kalmasının sebeplerinden biri insan hakları normlarının belirsiz içeriği ve yargının, hangi vasıtanın seçilmesi gerektiği veya hangi kaynakların belirli bir amaca tahsis edileceğini değerlendirmek için doğru bir organ olmadığı kanaatidir⁴³¹. Politikaya yakın olan bu konuda yargının yasama organının rolüne müdahale etmemek için sosyal ve ekonomik olanaklar söz konusu olduğunda kendini sınırlamaya özen göstermesi gerektiği savunulmaktadır⁴³².

İnsan haklarının sağlanmasının yolu uygulamaya geçirilebilmesidir. Devletler pozitif hukuklarda tanıdıkları insan haklarını uygulamaya geçirme yükümlülüğü altındadırlar. Bunun için de devlet ülkesinde anayasa ve kanunlara uygun olarak eşitlik, özgürlük, güvenlik, adalet ve bağımsızlığı sağlamakla yükümlüdür⁴³³.

Sosyal haklar bakımından devletten beklenen pozitif edimde bulunma, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı gibi kişisel haklar bakımından da devletin yerine getirme yükümlülüğü ekseninde söz konusu olmaktadır. İnsan haklarının bölünmezliğini savunanlar bu anlamda kişisel hakların da sosyal girişimlerle yerine getirildiğini ve sosyal haklara dönüştüğünü ileri sürmektedirler⁴³⁴. Sosyal girişimlerin kişi haklarının sağlanması ve yaygınlaştırılması için gerekli olduğu düşünülmektedir. Örneğin, 8. madde kapsamında konut, aile hayatı hakkından yararlanmak için gerekli olabilir⁴³⁵.

⁴²⁷ Koch, Indivisible Rights, s. 15.

⁴²⁸ Yerine getirme yükümlülüğü doktrinde bazı yazarlar tarafından önlem-sonuç yükümlülüğü şeklinde de ifade edilmektedir. (Boyar, s. 55; Pekel, s. 45).

⁴²⁹ Lavrysen, s. 73.

⁴³⁰ Koch, s. 81.

⁴³¹ Koch, Indivisible Rights, s. 16.

⁴³² Koch, Indivisible Rights, s. 16.

⁴³³ Çüçen, s. 164

⁴³⁴ Koch, Indivisible Rights, s. 16.

⁴³⁵ Koch, Indivisible Rights, s. 16.

Devletin insan haklarını uygulama yükümlülüğü bazı kişiler açısından farklılık arzetymekte, bu kişiler açısından yükümlölüklerin kapsamı genişleyebilmektedir. Bu durumlar istisnai olmakla birlikte genelde bazı kimselerin özel durumlarında ötürü haktan yararlanma imkanının sınırlı olması ya da bu kimselerin içinde bulunduğu durum itibarıyla özel olarak korunması gerekliliğinden ötürüdür. Örneğın, AIHS'in 8. maddesi kapsamında çocukların mefaatının özel olarak korunması gerekmektedir.

2. Devletin Dikey ve Yatay Yükümlölükleri

İnsan hakları ihlalleri sadece kamu makamlarından kaynaklanmaz⁴³⁶. Çünkü insan hakları hem dikey hem de yatay ilişkilere etki etmektedir. Bu haklar, devlet ile birey arasındaki ilişkide uygulanırken dikey, bireyler arası ilişkide uygulanırken yatay etki göstermektedir⁴³⁷. Bunun yanı sıra temel haklar salt savunma hakkı niteliğinde olmadığından sadece devlete karşı ileri sürölmezler. Bu yönüyle pozitif niteliğe sahip olan temel haklar sadece devlet için değil herkes için dokunulmazdır. Temel hakların tarihsel gelişimine bakıldığında bu hakların devletle mücadele sonucu kazanılmış olmaları da bu sonucu değıştirmez⁴³⁸.

Devletin dikey ve yatay yükümlölükleri ayrımında devlet-birey ilişkileri ile birey-birey ilişkilerinde devlete düşen yükümlölükler kastedilmektedir. Devlet ile bireyin ilişkilerinde devletten düşen yükümlölöklere dikey yükümlölük, bireyler arası ilişkilerde devlete düşen yükümlölölüğe ise yatay yükümlölük denmektedir⁴³⁹.

Modern insan hakları düşüncesinde devletler, hükümetler, sadece insan hakları ihlallerinden kaçınma yükümlölölüğü altında değildir. Aynı zamanda bireyleri, diğer bireylerin insan hakları ihlallerinden koruma görevi ve sorumluluğu altındadır. Yani, insan hakları hukuku sadece devlet-birey ilişkileri ile değil; aynı zamanda yatay düzlemde, bireyler veya çeşitli gruplar arasındaki özel ilişkilerde oluşan hak ihlalleri ile de ilgilidir. Bu ihlaller, yatay aykırılıklar olarak

⁴³⁶ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 93.

⁴³⁷ Barak, Aharon; "Constitutional Human Rights and Private Law", Human Rights in Private Law , (Eds. Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez), Hart Publishing, Oxford, 2001, s. 13.

⁴³⁸ Gören, Zafer; Anayasa Hukukuna Giriş, Barış Yayınları, İzmir, 1997, s. 11.

⁴³⁹ Eren, s. 146.

adlandırılmakta; toplum içinde bireyler ya da gruplar arasında gerçekleşen siyasi iktidarın ve devlet mekanizmasının dışında, daha güçlü konumdaki tarafın diğer tarafa, çoğunluğun azınlığa yönelik dayatmaları, haksız davranışları olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁴⁰.

a. Devletin Dikey Yükümlülükleri

İnsan hakları hukukunda devletin uluslararası yükümlülüğü öncelikle yetkili organlarının hak ihlali yapmamasını güvence altına almada ve bunu önlemesinde önem kazanır⁴⁴¹. İnsan hakları sözleşmeleri taraf devleti, o sözleşmede düzenlenen haklar çerçevesinde, devletin yetkili yani kamu gücü ile donatılmış makamlarının işlem, eylem ya da ihmallerinden sorumlu kılmaktadır⁴⁴². Bu bağlamda Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle kişilere tanınan insan haklarının yükümlüsü devlettir⁴⁴³.

Devlet ya da diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından kişilerin temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayan etkiye ise dikey etki denmektedir⁴⁴⁴. Temel hakların doğrudan etkisi devletin dikey yükümlülüklerini doğurur. Temel hakların doğrudan etkisi doktrinde, dikey doğrudan etki ve yatay doğrudan etki olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir⁴⁴⁵. Dikey doğrudan etki, devlet karşısında bireyi korumak için insan hakları normlarının devlete karşı doğrudan uygulanabilirliği anlamına gelmektedir⁴⁴⁶. AİHS'in bireylere karşı dikey doğrudan etkisi yani AİHS'in kendiliğinden uygulanması onu kaleme alanlar tarafından amaçlanmadığı gibi imzalayıcıları tarafından da hedeflenmemiştir⁴⁴⁷. AİHS yükümlülerinin yasama

⁴⁴⁰ Poroy, Mehmet Akif; "Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği", İstanbul Barosu Dergisi, C. LXXX, S. 3, 2006, s. 1005 vd.; Öktem Songu, Sezgi; "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", DEÜHF Dergisi, C. XV, Özel S., 2014, s. 614.

⁴⁴¹ Gemalmaz, Genel Teori, s. 1498.

⁴⁴² Engle, Eric; "Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)", European Law, Europarecht, Hanse Law Review, Vol. 5, No. 2, 2009, s. 165; Belling, Detlev W./Ince, Nurten; "Horizontal Effect of Fundamental Rights in Turkish-German Private Law (Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi)", Legal Hukuk Dergisi, (Çev. Nurten Ince), C. XII, S. 137, 2014 s. 5; Gemalmaz, M. Semih; Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 1498; Eren, s. 146.

⁴⁴³ Eren, s. 146.

⁴⁴⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 59.

⁴⁴⁵ Engle, s. 165.

⁴⁴⁶ Engle, s. 165.

⁴⁴⁷ Dijk/Hoof, s. 24; Engle, s. 169.

tarihine bakıldığında da bireyler arasındaki ilişkilere bakış açısıyla yazılmadığı anlaşılmaktadır⁴⁴⁸.

Hak ve özgürlüklerin bireyler arası ilişkilere doğrudan uygulanmasını ve etkisini ifade eden dikey etki bugün eski geçerliliğini kaybetmiş ve yerini yatay etki doktrinlerine bırakmıştır⁴⁴⁹.

b. Devletin Yatay Yükümlülükleri

Yatay etki teorisinin tanımına ilişkin literatürde iki görüş tartışılmaktadır. İlk görüş bu teoriyi insan hakları hükümlerinin sadece kamu otoriteleri ve bireyler arasındaki ilişkiler alanında değil aynı zamanda özel kişiler arasındaki ilişkilerde de uygulanabileceği, ikincisi ise, bu teoriyi bir bireyin temel hakkını diğer bireye karşı uygulama imkanı olarak tanımlamaktadır⁴⁵⁰.

Temel hakların yatay etkisi olarak nitelendirilen ilişkilerden kaynaklanan ihlaller toplum yaşamında siyasi iktidarın ve devlet mekanizmasının dışında daha güçlü konumdaki tarafın diğer tarafa karşı haksız davranışlarından oluşmaktadır⁴⁵¹. Yatay etki devletin sadece insan hakları ihlallerinden kaçınma yükümlülüğü altında olmasından değil, aynı zamanda bireylerin haklarının diğer bireylerin ihlalinden koruma ödevine sahip olduğunu ifade etmektedir⁴⁵². Bu bağlamda yatay etki teorisine göre insan haklarını korumada devletin yükümlülükleri sadece devlet-birey ilişkisi ekseninde değil⁴⁵³ aynı zamanda bireyler arasındaki ilişkileri de kapsamaktadır⁴⁵⁴. Nitekim devletin insan hakları sözleşmeleri uyarınca sorumluluğu birey-birey, çoğunluk- azınlık ekseninde de geçerlidir⁴⁵⁵. Bu bağlamda devletin yatay yükümlülükleri temel hakların özel hukuk ilişkilerine “yatay etkisinden”⁴⁵⁶

⁴⁴⁸ Engle, s. 169.

⁴⁴⁹ Ergül, Ozan; “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. I, Ankara, 2013, s. 438.

⁴⁵⁰ Dijk/Hoof, s. 23.

⁴⁵¹ Örneğin, namus cinayetleri, fiziksel şiddet, aile içi şiddet, kadına karşı şiddet, evlilik içi tecavüzler gibi. (Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 58).

⁴⁵² İnsan Hakları Referans El Kitabı, s. 16; Kalabalık, s. 47.

⁴⁵³ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 93.

⁴⁵⁴ Dijk/Hoof, s. 23.

⁴⁵⁵ Gemalmaz, Genel Teori, s. 1498.

⁴⁵⁶ Temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisi karşılaştırmalı hukukta farklı isimlendirmelere tabi olmuştur. Alman hukukunda, , “üçüncü taraf etkisi” (Drittwirkung), Amerikan hukukunda ise “devlet eylemi doktrini” (state action doctrine) yatay etkiyle ilişkili kavramlardır.

doğmaktadır ve yatay hak ihlallerini önleme konusunda bazı sorumlulukları ve pozitif yükümlülükleri vardır⁴⁵⁷. Bu doğrultuda ilk yükümlülüğü güçsüz tarafın korunması ve haksızlıkları önleyebilecek mekanizmaların kurulmasıdır⁴⁵⁸.

Yatay yükümlülüğe göre, bireylerin diğer bireylerin haklarını ihlal ettiği durumlarda devlet faaliyete geçmekle yükümlüdür. *Streuer*, özel kişiler arasındaki yatay etkinin sınırlarının belirlenmesi sorunu nedeniyle, bu etkiyi oldukça tartışmalı bulmaktadır⁴⁵⁹. *Dröge*, yatay koruma yükümlülüğünü, özel kişiler arasındaki yatay etkinin tersi veya korelasyonu olarak değerlendirmektedir. Zira burada devlet, özel kişiler arasındaki ilişkiye dolaylı da olsa etkide bulunmak üzere üçüncü bir kişinin davranışına engel olmak için faaliyete geçmektedir. Ayrıca *Streuer*, doğrudan yatay etkinin sınırlarını açıklığa kavuşturmak ve devletin gereğini yapmasını sağlamak amacıyla da olsa, koruma yükümlülüğünün devlete sınırsız şekilde yüklenemeyeceğini belirtmektedir⁴⁶⁰. Bu durumda yatay boyutlu pozitif yükümlülükleri, yatay koruma yükümlülüğü olarak nitelendirmek daha isabetli olacaktır⁴⁶¹.

(1) Genel Olarak

Uluslararası insan hakları hukuku, liberal insan hakları doktrini gibi öncelikle bireylerin haklarının kamu otoriteleri tarafından ihlaline odaklandı⁴⁶². Nitekim insan haklarının ortaya çıkışında ilk gaye, birey ile devlet arasındaki ilişkileri düzenlemektir. Ancak, insanların onurlu bir varlık olarak hayatlarını sürdürebilmeleri için sadece devletin, kamu gücünü kullananlar tarafından hak ihlali yapılmasını önlenmesinin yeterli olmadığı anlaşıldı. Klasik kamu hukuku öğretisinin insan haklarının bireyi yalnızca devletten kaynaklanan ihlallere karşı koruması anlayışına karşılık temel hakların bireyler arasındaki ilişkilerde de

⁴⁵⁷ Dröge, Cordula; Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin, Springer Verlag, 2003, s. 383; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 59.

⁴⁵⁸ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 59.

⁴⁵⁹ Streuer, Wibke; Die positiven Verpflichtungen des Staates: Eine Untersuchung der positiven Verpflichtungen des Staates aus den Grund- und Menschenrechten des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003, s. 19; Akt. Metin, s. 115.

⁴⁶⁰ Streuer, s. 294, Akt. Metin, s. 115.

⁴⁶¹ Metin, s. 115.

⁴⁶² Khrystova, s. 109.

korunmasının gerekli olduğu fikri ileri sürülmüş ve bazı hukuk sistemlerinde bu anlayış kabul görmüştür⁴⁶³. Daha da öteye gidilerek insan hakları denetleme organları yükümlülükleri belirlerken bireyler arası ilişkilerde de hakların korunmasına yönelik olarak devletlerin pozitif önlemler alması gerektiği kanaatine vardı⁴⁶⁴. 1949 yılında Federal Alman Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi (*Drittwirkung der Grundrechte zwischen Privaten*) doktrinde tartışılmaya başlanmıştır⁴⁶⁵. Bu teori Almanya kadar olmasa da Avusturya ve İsviçre hukukunda da kaynaklanmaktadır⁴⁶⁶. Temel hakların özel hukuka doğrudan etkisini her ülke farklı şekilde ele almakta ve bu teorik tartışmaların kaynağı Almanya doktrin ve içtihatlarına dayanmaktadır⁴⁶⁷.

AİHS'in de ilk oluşturulduğu zaman hükümlerinin doğrudan yahut dolaylı şekilde özel hukuk ilişkilerine etkisi imkanının olup olmadığı düşünülmemişti⁴⁶⁸. Fakat AİHM'in uygulanmasıyla temel hakların sadece devlet tarafından ihlal edilmediği, özel hukuk kişileri tarafından da ihlal edilebileceği bir gerçeği ortaya çıktı⁴⁶⁹. Bu sebeple insanın onurlu bir şekilde maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için önemli bir etken olan insan hakları hem devletle olan ilişkisinde hem de bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerinde korunmalı ve gözetilmeliydi⁴⁷⁰. Özel kişilerin eylemlerinden devletin sorumluluk potansiyelinin tanınması⁴⁷¹ ve de hakkı korumak üzere gerçek ve yakın tehlikeyi görme ve bu yönde tedbir alma konusunda devletin pozitif yükümlülüklerine işaret edilmesi sonucu⁴⁷² insan haklarının korunmasında devletin bireyler arası ilişkilerde de yükümlülüklerinin

⁴⁶³ Drzemczewski, s. 163; Dijk/Hoof, s. 23; Akılhoğlu, s. 14, 50-51; Dündar Sezer, AİHS, s. 228.

⁴⁶⁴ Borelli, Silvia; "Positive Obligations of States and the Protection of Human Rights", Interights Bulletin, Vol. 15, No. 3, 2006, s. 102; Khrystova, s. 110.

⁴⁶⁵ Belling/İnce, s. 5; Engle, s. 165; Gören, s. 4 vd.

⁴⁶⁶ Dündar Sezer, AİHS, s. 228.

⁴⁶⁷ Barak, s. 15; Belling/İnce, s. 7; Dündar Sezer, AİHS, s. 228; Boyar, s. 56; Almanya'da temel hakların özel hukuka doğrudan etkisi iki gerekçeye dayanmaktadır. İlki, Alman Anayasası'nın 1. maddesinin ikinci fıkrasında dokunulmaz ve devredilmez insan haklarının, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul edilmesidir. İkincisi ise, sosyal devlette özgürlük tehditlerinin devlet dışında toplumsal güçler, sendikalar, işveren birlikleri, ekonomik topluluklarda da kaynaklanabilmesidir. (Gören, s. 9).

⁴⁶⁸ Dijk/Hoof, s. 22; Engle, s. 169.

⁴⁶⁹ Belling/İnce, s. 3; Dijk/Hoof, s. 23; Engle, s. 165; Khrystova, s. 110.

⁴⁷⁰ Poroy, s. 1005.

⁴⁷¹ Hasselbacher, Lee; "State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimums of Protection", Northwestern Journal of International Human Rights, Vol. 8, Issue 2, Spring 2010, s. 200.

⁴⁷² Hasselbacher, s. 200.

olduğu (yatay etki) doktrinde benimsenmiştir⁴⁷³.

Temel hakların özel kişilere karşı da korunması gerektiğini savunanların ileri sürdüğü en önemli gerekçe çağdaş dünyada bireylerin gittikçe artan oranda hatta tartışmalı olmakla birlikte kimi zaman devletten daha çok temel hak ve özgürlükleri ihlal etmeleridir⁴⁷⁴. 1980’li yıllardan bu yana oluşan yeni insan hakları anlayışı ve bu minvalde gelişen yatay etki teorisi devlet ile birey arasındaki dikey ilişkinin yanı sıra bireyler arasındaki yatay ilişkileri de dikkate almaktadır⁴⁷⁵. Bugün devletin insan haklarını koruma yükümlülüğü, topraklarında yaşayan kişiler ve çeşitli gruplar arasındaki özel ilişkilerden (üçüncü kişilerden) kaynaklanan insan hakları ihlallerini önlemesini gerektirmektedir⁴⁷⁶. Dolayısıyla küreselleşme çağında insan haklarını korumada devletin yatay yükümlülüklerinin önemi gittikçe artmaktadır. Artan bu önemine binaen temel hakların yatay etkisi; bireyin özel hukukun eşitlik düzeni içinde karşılaştığı özel kişiler karşısında temel haklara dayanıp dayanmayacağı veya ne ölçüde dayanacağı sorununa cevap aramaktadır⁴⁷⁷.

(2) Yatay Etkinin Türleri

Temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisi doktrinde farklı şekilde adlandırılmıştır. Alman doktrininde üçüncü taraf etkisini ifade eden “Drittwirkung der Grundrechte” kavramı, Amerikan doktrininde ise “devlet eylemi doktrini” (state action doctrine) olarak da ifade edilmektedir⁴⁷⁸. Hukukumuzda temel hakların yatay etkisi⁴⁷⁹ ya da üçüncü kişilere etkisi⁴⁸⁰ şeklinde kullanılagelen yaklaşım temel hakların bireylere karşı doğrudan ya dolaylı olarak uygulanıp uygulanmayacağına

⁴⁷³ Engle, s. 165 vd; Belling/İnce, s. 3; Borelli, s. 102; Dijk/Hoof, s. 23; Duffy, s. 104; Hepple, Bob; “Positive Obligations to Ensure Equality”, Interights Bulletin, Vol. 15, No 3, 2006, s. 114; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 130.

⁴⁷⁴ Dündar Sezer, AİHS, s. 230.

⁴⁷⁵ Dijk/Hoof, s. 23; Poroy, s. 1006; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 124.

⁴⁷⁶ Gören, s. Özel Hukuk Düzeni s. 4 vd; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 59; Dündar Sezer, s. 767.

⁴⁷⁷ Gören, Zafer; “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere Etkisi)”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu-I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 4.

⁴⁷⁸ Hofstötter, Bernhard; “European Court of Human Rights: Positive obligations in E. and others v. United Kingdom”, Oxford University Press and New York University School of Law, I.CON, Vol. 2, No. 3, 2004, s. 533.

⁴⁷⁹ Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi; 1982 Anayasası’na göre Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 124 vd.

⁴⁸⁰ Gören, Özel Hukuk Düzeni, s. 4 vd.; Boyar, s. 56.

ilişkindir⁴⁸¹. Doktrinde bu etkinin niteliği üzerinde iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunlar aşağıda inceleyeceğimiz üzere doğrudan ve dolaylı yatay etkidir⁴⁸².

(i) Doğrudan Yatay Etki⁴⁸³

(1) Genel Olarak

Temel hakların özel hukuk uyumsuzluklarında doğrudan uygulanabileceği fikri doğrudan yatay etki teorisinin ortaya çıkmasını sağlamıştır⁴⁸⁴. Doğrudan yatay etki teorisine göre, temel haklar özel kişiler arasındaki hukuksal ilişkilerde kanuna ya da yorum gerektiren ilkelere dayanmak zorunda kalmadan da bağlayıcıdır⁴⁸⁵.

Temel hakların özel hukuka etkisi konusunda doğrudan etki modelinin benimsenip benimsenmediği anayasanın lafzına bakılarak tespit edilebilir⁴⁸⁶. Bazı ülkelerin anayasaları, temel hak ve özgürlükler de dahil olmak üzere, anayasa hükümlerinin sadece bireyle devlet arasındaki ilişkilere uygulanabilir olduğunu ifade etmektedir⁴⁸⁷. Bu durumda doğrudan etkiyi destekleyecek en önemli argümanlardan biri, öncelikle bu etkinin kabulünün dayandığı anayasal hükümlerdir. Bazı ülkelerin konu ile ilgili anayasa hükümlerinde açıkça dikey uygulama modeli benimsenmiş olup, doğrudan yatay etki yaklaşımı kabul edilmemiştir⁴⁸⁸. ABD Anayasası'nın Birinci Ek'inde yer alan düzenleme buna bir örnek teşkil etmektedir⁴⁸⁹. Hükme göre "Kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükûnet içinde toplanma ve şikâyetle neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa

⁴⁸¹ Barak, s. 13.

⁴⁸² Kanadoğlu, s. 18; Gören, Özel Hukuk Düzeni, s. 8.

⁴⁸³ "Doğrudan Yatay Etki" ifadesi Barak tarafından Doğrudan Uygulama Modeli (Vertical Application Model) olarak ifade edilmektedir. (Barak, s. 13 vd).

⁴⁸⁴ Barak, s. 14; Engle, s. 165; Tanör, Bülent; Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayınları, İstanbul, 1978, s. 255; Boyar, s. 56.

⁴⁸⁵ Gören, Özel Hukuk Düzeni, s. 9; Belling/İnce, s. 7.

⁴⁸⁶ Barak, s. 14.

⁴⁸⁷ Ergül, s. 440.

⁴⁸⁸ Barak, s. 14.

⁴⁸⁹ Barak, s. 14, dp. 4.

yapmayacaktır.”⁴⁹⁰. Bunun yanı sıra Avusturya’da temel hakların özel hukuka doğrudan etkisi kabul görmemiş olup, yatay etki konusunda anayasal bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁹¹.

Doğrudan yatay etkinin anayasal temeli Alman Anayasası’nın ilk maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen “...temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.” hükmüdür⁴⁹². Bu hükme göre şayet devlet organları temel haklara doğrudan bağlı ise, bireyler evleviyetle bağlıdır⁴⁹³. Alman Anayasası’nın “Birleşme özgürlüğü; toplu iş sözleşmesi” başlığında düzenlenen 9. maddesinin 3. fıkrası sendika kurma hakkını sınırlamayı veya ona engel olmayı amaç edinen anlaşmaların batıl olduğunu bunlara yönelik önlem ve işlemlerin hukuka aykırı olduğunu düzenlemiştir⁴⁹⁴. Ayrıca Alman Federal Meclisin milletvekillerinin seçimlerinin düzenlendiği 38. madde⁴⁹⁵ ve milletvekillerinin haklarının düzenlendiği 48. maddenin ilk ve ikinci fıkrası da⁴⁹⁶ temel hakların doğrudan etkisine örnektir⁴⁹⁷.

Hollanda, İspanya, Fransa Anayasası’nda temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi konusunda düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre’nin 18 Nisan 1999 tarihli yeni Anayasası’nın 8. maddesinin üçüncü fıkrasında erkek ve kadının aynı iş için aynı ücreti isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir⁴⁹⁸. Bu hüküm

⁴⁹⁰ Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, The World Book Encyclopedia, 2004, <http://turkish.turkey.usembassy.gov/media/pdf/abd-anayasasi.pdf>, E. T. 25.07.2016.

⁴⁹¹ Gören, Özel Hukuk Düzeni, s. 5.

⁴⁹² Constitutions of Some Of The Countries, s. 219.

⁴⁹³ Boyar, s. 57; Gören, Özel Hukuk Düzeni, s. 10.

⁴⁹⁴ Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası madde 9-“(3)Çalışma koşullarını ve ekonomik koşulları korumak ve geliştirmek için sendika kurma hakkı herkes ve bütün meslekler için güvence altındadır. Bu hakkı sınırlamayı veya ona engel olmayı amaç edinen anlaşmalar batıldır ve bunlara yönelik önlem ve işlemler hukuka aykırıdır. 12a, 35f. 2 ve 3, 8a-f. 4 ve 91’inci maddelere göre alınan önlemler, çalışma koşullarını ve ekonomik koşulları korumak ve geliştirmek için birinci cümle anlamındaki sendikalar tarafından sürdürülen iş mücadelelerine yönelik olamaz.” (Constitutions of Some Of The Countries, s. 221).

⁴⁹⁵ Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası madde 38 “(1) Alman Federal Meclisin milletvekilleri genel, doğrudan, serbest, eşit ve gizli oyla seçilirler. Onlar, bütün halkın temsilcisi olup, kendilerine verilen temsil yetkisi ve talimatlarla bağlı olmayıp yalnız vicdanlarına karşı sorumludurlar. (2) 18 yaşını bitiren seçme, reşitlik yaşını bitiren seçilme hakkına sahiptir. (3) Konunun ayrıntıları federal yasayla düzenlenir.” (Constitutions of Some Of The Countries, s. 2321)

⁴⁹⁶ Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası m. 48 “(1) Federal Meclise seçilmek için aday olan herkesin, seçim hazırlığı için gerekli olan izni isteme hakkı vardır. (2) Hiç kimsenin milletvekilliği görevini kabul ve yerine getirmesine engel olunamaz. Bu nedenle bir iş sözleşmesinin feshi veya işe son vermek yasaktır.” (Constitutions of Some Of The Countries, s. 235)

⁴⁹⁷ Gören, Özel Hukuk Düzeni, s. 16.

⁴⁹⁸ Pekin, Hüseyin; “İsviçre Konfederasyonu’nun 18 Nisan 1999 Tarihli Yeni Anayasası’nın Tanıtıyoruz”, TBB Dergisi, S. 3, 1999, s. 790.

özel hukuk ilişkisinde doğrudan uygulanabilecek niteliktedir. Portekiz Anayasası'nın 18. maddesinin ilk fıkrasında ise "Anayasanın haklar, özgürlükler ve teminatlarla ilgili hükümleri doğrudan geçerlilik kazanır, kamu ve özel kişi ve kurumları bağlar"⁴⁹⁹ şeklinde Anayasa'nın 11. maddesine paralel şekilde temel hakların özel hukuka etkisi düzenlenmiştir.

Doğrudan yatay etkiyi savunanlar temel hakların etkisinin mutlak olup, tüm hukuk sisteminde etki gösteren⁵⁰⁰ objektif, bağlayıcı anayasa hükümleri olduğunu ileri sürerler⁵⁰¹. Bu durumda birey, özel hukuk ilişkilerinde doğrudan doğruya temel hakka dayanır ve bu hakları diğer kişilere karşı ileri sürebilir⁵⁰².

Temel hakların özel hukukta doğrudan etkisini savunan yazarlar görüşlerini farklı gerekçelere dayandırmaktadırlar⁵⁰³. Doktrinde doğrudan yatay etkinin en büyük savunucularından olan *Nipperdey*, bireyler arasındaki uyuşmazlıklarda önce özel hukuk kurallarının uygulanmasını, anayasal araçların ise kanunların yeterli olmadığı durumlarda gereklilik halinde uygulanmasını savunmaktadır⁵⁰⁴. Ayrıca üstün hukuk değerlerinin sadece yasama, yürütme ve yargı tarafından tanınmasının yeterli olmadığını, gerçek anlamda güvenceden bahsedebilmek için bireylerin de bunlara tabi olması gerektiğini iddia etmiştir⁵⁰⁵. *Nipperdey*'in bu görüşlerini benimseyen Federal Alman İş Mahkemesi 1954 yılında verdiği kararda temel hakların sadece bireyin devlete karşı korunma hakları değil, toplumun bütünü için uyulması gereken yüksek değerler olduğunu vurgulamıştır. Temel hakların etkili şekilde korunması gerekçesine dayanmıştır⁵⁰⁶.

⁴⁹⁹ Constitutions of Some Of The Countries, s. 475.

⁵⁰⁰ Tanör, Sosyal Haklar, s. 255.

⁵⁰¹ Nipperdey, Hans Carl; Grundrechte und Privatrecht, Bielefeld, 1961, s. 14. Akt. Belling/İnce, s. 8.

⁵⁰² Gören, Özel Hukuk Düzeni, s. 10; Gören Temel Hak Genel Teorisi, s. 231.

⁵⁰³ Ergül'e göre bu gerekçelerden ilki ve daha pragmatik olanı, temel hak ve özgürlüklerin, diğer özel hukuk kişilerinden kaynaklanan tehditlere maruz kalmasıdır. (Ergül, s. 446). İkinci gerekçe ise insan haklarının bireyin iradesi, otonom yapısından ve haysiyetinden kaynaklanan özgürlükler olmasından dolayı bu özgürlüklerin sadece devlet değil, bireyler tarafından da ihlal edilmesi muhtemeldir. (Barak, s. 15)

⁵⁰⁴ Bkz. Boyar, s. 56.

⁵⁰⁵ Bkz. Ergül, s. 444.

⁵⁰⁶ Boyar, s. 57; Alman İş Mahkemesi, kararında insan onurunu hukuk düzeninin temeli olarak değerlendirip Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinin ilk fıkrasının sadece devlet için değil, aksine her birey tarafından dikkate alınması gereken ve aynı zamanda ihlal edilmesine izin verilmeyen bir norm olarak kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Alman İş Mahkemesi diğer temel haklar (Federal Alman Anayasası'nın 2. maddesinde korunan kişiliğin geliştirilmesi hakkı) için de aynı yönde tutum sergilemiştir. (Belling/İnce, s. 12).

(2) AİHS çerçevesinde

Bazı bilim adamları, AİHS'in bireyler arasında doğrudan yükümlülükler oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir. *Clapham*, Sözleşme'nin diğer kişilere karşı değil sadece bireylerin devletlere karşı bir eylemde bulunmasını sağlamasının Sözleşme kapsamında bireyler arasındaki yükümlülüklerin varlığını olanak dışı bırakmadığını tartışmaktadır⁵⁰⁷. Doktrinde bu argüman ikna edici bulunmamaktadır. Strasbourg organlarına yapılan ihlal başvuruları sadece taraf devlete karşı ileri sürülebilmekte, kişiye karşı ihlal iddiası yönlendirilememektedir⁵⁰⁸. Aynı zamanda AİHM şimdiye kadar hiçbir davada devlet dışı aktörler arasındaki yatay yükümlülükleri AİHS'in 1. maddesinde belirtildiği üzere yalnızca "Yüksek Mahkeme'ye akit taraflar" ifadesinin aksine tanımamıştır⁵⁰⁹. Sözleşme'nin yatay etkisi üzerine doktrinde yapılan tartışmalar ise güncelliğini korumaktadır⁵¹⁰.

M. C. Bulgaristan davasında AİHM, bireylerin diğer bireylerin davranışlarından korunma yolları konusunda devlete geniş bir takdir marjı tanıdığını vurguladı. Açıkçası AİHM, Sözleşme'ye göre başka bir özel kişi ya da kuruluşun cezai olarak yargılanma hakkı bulunmadığını ve uygun bir eylem üzerine karar verirken bireysel hakların devlet tarafından dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, devletin genellikle bireyler arasındaki ilişkilerin çok hassas bir alanı olan mahremiyet ve aile yaşamı ile ilgili 8. madde ile bağlantılı olarak mevzuatı yürürlüğe koyma yükümlülüğünü vurgulamıştır⁵¹¹. Yine karara göre devletin özel hayata etkili saygı konusunda pozitif yükümlülükleri 8. maddeye içkindir ve bu yükümlülükler arasında bireylerin ilişkileri alanında bile tedbirlerin alınmasını içerebilir⁵¹². Bireylerin eylemlerine karşı koruma alanında madde 8'e uygunluğun sağlanması için araçların seçimi yapılırken prensip olarak devletin takdir marjı dahilinde, özel hayatın temel değerlerinin ve temel özelliklerinin tehlikede olduğu

⁵⁰⁷ Clapham, s. 353-354.

⁵⁰⁸ Dijk/Hoof, s. 23.

⁵⁰⁹ Ziemele, Ineta; "Human Rights Violations by Private Persons and Entities: The Case-Law of International Human Rights Courts and Monitoring Bodies", Academy of European Law, EUI Working Papers, Italy, 2009, s. 12.

⁵¹⁰ Ziemele, s. 12.

⁵¹¹ Ziemele, s. 17.

⁵¹² Aynı yönde Alković/Montenegro, App. No. 66895/10, 5 December 2017, par. 65; *Tavlı/ Turkey*, App. No. 11449/02, 9 November 2006, par. 28.

yerde, vahim eylemlere karşı etkili caydırıcılık ve etkili ceza kanunu hükümleri gerektirir⁵¹³.

Görüldüğü üzere bireylerin diğer bireylerin Sözleşme’de korunan haklarını ihlal eden eylemleri Sözleşme’nin doğrudan etkisini doğurmasa da pozitif yükümlülüklerin ele alınması sorununu gündeme getirmiştir⁵¹⁴. Kanımızca burda da yine devletin doğrudan değil, dolaylı sorumluluğu söz konusudur.

Hakların korunmasına yönelik çeşitli önlemlerin alınmasını talep ederek insan hakları mekanizmaları, devletin özel ve aile yaşamı gibi özel kişiler arasındaki ilişkilerin çok hassas alanlarıyla ilgilenmesinin önünü açmıştır⁵¹⁵. Bununla birlikte, AİHM içtihadı tarafından da teyit edildiği üzere, pozitif yükümlülüklerin daha da geliştirilmesi için devlet bireysel özgürlükleri, aynı zamanda diğer bireylerin haklarını ve kamu yararını yani tehlike altında olan tüm çıkarları dikkatle tartmalıdır⁵¹⁶.

İnsan hakları, bireyleri sadece devlete karşı değil, üçüncü kişilere karşı da korur⁵¹⁷. Fakat AİHS’te düzenlenen hakların özel kişiler arasındaki hukuki ilişkilere doğrudan etkisi kabul edilmemektedir⁵¹⁸. Dolayısıyla doğrudan yatay etki teorisi karşısında koruma yükümlülüğü anlayışının tercih edilmesi gerekir.

(ii) Dolaylı Yatay Etki

Günümüzde Alman doktrininde temel hakların dolaylı yatay etkisini açıklamak üzere ileri sürülen yeni bir görüşe göre devletin temel hak ve özgürlükleri özel hukuk ilişkilerinde “Devletin koruma yükümlülüğü” (Schutzpflicht des Staates’) söz konusudur⁵¹⁹. Burdan çıkan sonuç devlet bireyin Sözleşmesel haklarını üçüncü kişilerden gelebilecek tehlikelere karşı koruyucu⁵²⁰ ve Sözleşme kurallarının

⁵¹³ M. C./Bulgaria, App. No. 39272/98, 4 December 2003, par. 150.

⁵¹⁴ Clapham, s. 354; Dijk/Hoof, s. 23.

⁵¹⁵ Ziemele, s. 22.

⁵¹⁶ Ziemele, s. 22.

⁵¹⁷ Viljanen, s. 2.

⁵¹⁸ Metin, s. 115.

⁵¹⁹ Belling/İnce, s. 11; Ergül, s. 439; Federal Alman Anayasa Mahkemesi 1975 yılında kürtaja ilişkin bir kararında temel hakların devlete koruma yükümlülüğü yüklediğini açık bir şekilde belirtmiştir (Belling/İnce, s. 149).

⁵²⁰ Drzemczewski, s. 176; Belling/İnce, s. 12; Dündar Sezer, AİHS, s. 234.

özel kişilerce ihlal edilmesi durumunda taraf devletin önleyici eylemde bulunmakla yükümlüdür⁵²¹. Yani bu yükümlülük bireylerin özel alanındaki ilişkilere değin genişlemektedir⁵²². Dolayısıyla “devletin koruma yükümlülüğü” de devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında incelenebilir.

Temel haklara bir başka birey tarafından müdahale edilmesi durumunda, kişinin devletten bu müdahalenin önlenmesini talep edebileceği kuşkusuzdur. Bir başka ifadeyle klasik kamu teorisine göre temel hakların vatandaşlar arası ilişkilerde etkisi, devletin bu haklara subjektif kamu hakları olarak bağlı kalmasının sonucudur⁵²³. Fakat dolaylı etki teorisi temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmasını reddetmektedir⁵²⁴. Bu görüş, temel hakların sadece devlete yönelik kamu hakları olup, kişi yararına özel hak olmadıklarını ve temel hakların öncül amacının, bireyi devlet ihlallerine karşı korumak olduğunu savunur⁵²⁵. Dolayısıyla temel hakların bireyler arası ilişkilerdeki etkisi, devletin bu haklarla subjektif kamu hakları olarak bağlı olmasının sonucu olduğundan temel haklar bireyler arası ilişkilerde doğrudan uygulanmaz⁵²⁶..

Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1958 yılında haksız fiile ilişkin “Lüth” kararında temel hakların özel hukuka uygulanabilirliği sorununu ele almıştır⁵²⁷. Bu sebeple dolaylı yatay etkinin kökeni Alman Anayasa Mahkemesi’nin ünlü Lüth kararı⁵²⁸ olarak gösterilmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi Lüth kararıyla birlikte

⁵²¹ Mowbray, Positive Obligations, s. 4; Akıllıoğlu, s. 51.

⁵²² Dündar Sezer, s. 767.

⁵²³ Erdoğan, Mustafa; Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1996, s. 174; Gören, Zafer; Temel Hak Genel Teorisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000, s. 76; Erdoğan, Mustafa; İnsan Hakları, Matus Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 47.

⁵²⁴ Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 77; Belling/İnce, s. 9.

⁵²⁵ Belling/İnce, s. 10; Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 77.

⁵²⁶ Belling/İnce, s. 10.

⁵²⁷ Belling/İnce, s. 13 vd.

⁵²⁸ Kararda özel bir basın kulübünün başkanı olan Erich Lüth bir filmin Yahudi düşmanlığı ve saldırganlığını körüklemekte önemli bir rol oynaması sebebiyle boykot edilmesi çağrısında bulunmuştur. Bunun üzerine Film yapımcısı ise Erich Lüth’e karşı Hamburg Eyalet Mahkemesi’nde Alman Medeni Kanunu’nun 826. maddesine dayanarak “ahlaka aykırı bir davranışla kasten” kendilerine zarar verildiğini belirtilip söz konusu bu tutumun terk edilmesi istemiyle dava açılmıştır. Görülen davada Mahkeme Lüth’ün açıklamalarını iyiniyete aykırı bularak boykota son verilmesi yönünde karar vermiştir. Dava daha sonra Federal Alman Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Hamburg Eyalet Mahkemesi’nin kararını Federal Alman Anayasası’nın 5. maddesindeki düşünce ve ifade özgürlüğünü de dikkate alınmadığından kaldırmıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi’ne göre medeni hukuk, temel hakların ışığında yorumlanmalıdır ve hiçbir norm, anayasada yer alan bir norma aykırı bir şekilde yorumlanıp uygulanmamalıdır. Ayrıca Federal Anayasa Mahkemesi temel hakların doğrudan değil, dolaylı uygulanabileceğinin altını çizmiştir. (Belling/İnce, s. 14).

temel hakların dolaylı etkisini kabul etmiştir⁵²⁹. Bu bağlamda dolaylı yatay etkiden kastedilen, temel hakların objektif ilkeler olması sebebiyle özel hukukun yorumunu etkilemeleridir. Nitekim dolaylı etkide, temel haklar özel hukuk kurallarının yorumunda ve bireyler arasındaki ihtilaflarda yorum ölçütü ve kaynağıdır⁵³⁰. Bu etkinin muhatabı yargı organlarıdır.

Bir temel hakkın ihlali durumunda da, yargı ve icra gücü marifetiyle, duruma göre hakkın iadesini veya uğranılan zararın tazmin ve telâfisini sağlamak yine devletin görevidir⁵³¹. AİHS uygulamasında da Sözleşme’de tanınan bir hakkın bireylerce ihlal edilmesi durumunda taraf devletin bunu önlemekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir⁵³². Ancak bu gibi durumlarda, gerçekte kişinin bir temel hakkını başka bir kişiye karşı ileri sürmesi değil, fakat o hakkın devlet gücü tarafından korunmasını talep etmesi söz konusudur⁵³³. Belirtmek gerekir ki, temel hakların yatay etkisinin her hak için geçerli olacak şekilde genel bir kurala bağlanması mümkün olmayıp, bu, her bir hakkın ahlaki içerik ve gücü ile anayasal tanımına bağlıdır⁵³⁴.

Barak’a göre kuvvetlendirilmiş ve arttırılmış dolaylı uygulama modeli insan hakları ideolojisine en uygun olandır. Bu etki eşitliğe, bireysel özerkliğe ve insan onuruna saygıyı gerektirmektedir. Nitekim bu modelin özel hukukta uygulanmasını kolaylaştıran araçlar zaten iyi niyet, kamu düzeni ve akla uygunluk gibi genel ilkeler formunda vücut bulmaktadır⁵³⁵.

Günümüzde temel hakların özel kişiler arasındaki ilişkilere etki etmesi bir başka ifadeyle temel hakların üçüncü kişilere karşı korunması gerektiği anlayışı Almanya dışında diğer bazı ülkeler tarafından da benimsenmektedir⁵³⁶. Hatta Avrupa ülkelerinin birçoğunda temel hakların yatay etkisinin kabul edildiği yargı kararları mevcuttur⁵³⁷. Bu bağlamda AİHM’in de, özel kişiler arasındaki yatay ilişkiler bakımından AİHS uygulamasını genişletmek için kullandığı üç yöntem

⁵²⁹ Ergül, s. 450.

⁵³⁰ Tanör, Sosyal Haklar, s. 255; Dündar Sezer, AİHS, s. 231.

⁵³¹ Erdoğan, s. 174; Erdoğan, İnsan Hakları, s. 47.

⁵³² Akıllıoğlu, s. 51.

⁵³³ Dijk/Hoof, s. 24; Ziemele, s. 12 vd.

⁵³⁴ Erdoğan, s. 174; Erdoğan, İnsan Hakları, s. 47.

⁵³⁵ Barak, s. 14.

⁵³⁶ Dündar Sezer, AİHS, s. 232.

⁵³⁷ Drzemczewski, s. 167.

vardır. Bunlar devletlerin pozitif yükümlülüklerinin geliştirilmesi, özel hukuk araçlarının Sözleşme ışığında yorumlanması ve özel çıkarların genel çıkarlar ışığında dengelenmesidir⁵³⁸.

(3) AİHS’in Yatay Etkisi Işığında 8. Madde Çerçevesinde Devletin Pozitif Yükümlülükleri

AİHS’in pozitif yükümlülükler ve yatay etki uygulamalarına bakıldığında, günümüzde devletin rolünün yeniden tanımlanmasıyla insan hakları özel kişiler arasındaki anlaşmazlıklara giderek daha çok dayandırılmaktadır. Dolayısıyla da, insan haklarının dikey uygulamaları (devlete karşı birey) yanında yatay uygulamaları (bireye karşı birey) gelişmektedir⁵³⁹. Bu bağlamda AİHS ile tanınan hak ve özgürlüklerin kişiler arası ilişkilerde korunmasının devletin pozitif yükümlülükleriyle ilişkilendirilmesi⁵⁴⁰ hem Sözleşme hukuku hem 8. madde bakımından ayrı bir öneme sahiptir⁵⁴¹.

Pozitif yükümlülük teorisi, Sözleşme kapsamının bireyler arasındaki özel ilişkileri kapsayacak şekilde genişletilmesi eğilimini desteklemekte ve doktrinde buna “yatay etki” adı verilmektedir⁵⁴². Bir başka ifadeyle devletin pozitif yükümlülüğü, AİHS’in bireyler arası ilişkilerde de uygulanabilmesi açısından yatay etki doğurmaktadır⁵⁴³. Dolayısıyla da Sözleşme’nin özel kişiler üzerindeki etkisi devletin pozitif yükümlülükleri üzerinden de incelenebilmektedir⁵⁴⁴. Bu sebeple de Sözleşme’nin yatay etkisi ışığında sıkça gündeme gelen ve gelişme gösteren 8. madde, devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

⁵³⁸ Ziemele, s. 21.

⁵³⁹ Tulkens, Françoise; “In General European Convention On Human Rights And Implementation”, 50. yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum (Ed. Ahmet Taşkın), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları No. 7, Ankara, 2009, s. 4.

⁵⁴⁰ Leach, ECHR, s. 165.

⁵⁴¹ Çavuşoğlu, Yaşayan Belge, s. 140.

⁵⁴² Akandji Kombe, s. 15.

⁵⁴³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 50; Pekel, s. 44; Yıldırım, Engin; “Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı, Haşim Kılıç’a Armağan, C. II, Vol. II, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 1154.

⁵⁴⁴ Yıldırım, Sosyal Haklar, s. 1154.

(i) Doktrinsel Temel

AİHS’te hakların üçüncü kişilere herhangi bir yükümlülük yüklediğine dair sarıh bir ifade bulunmasa da⁵⁴⁵ AİHS uygulamasında yatay etki kabul edilmiştir⁵⁴⁶. *Clapham*’a göre AİHM kararları doğrultusunda bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi Sözleşme devlete pozitif yükümlülükler yüklemektedir⁵⁴⁷. Bununla birlikte AİHM içtihatlarında üçüncü kişilerin eylemlerine karşı taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri en iyi şekilde dolaylı yatay etki teorisi temelinde ifade edilmiştir⁵⁴⁸. Bu sebeple de pozitif yükümlülüklerle ilişkin sorunlar genelde Sözleşme’nin yatay etkisi ile birlikte tartışılmaktadır⁵⁴⁹. Dolayısıyla pozitif yükümlülüklerin kişiler arasındaki ilişkileri ve özel alanı da kapsadığı artık iyi bilinmektedir⁵⁵⁰. Nitekim Sözleşme’nin yatay etkisinin mantıksal sonuçlarının en önemlilerinden biri pozitif yükümlülük doktrindir⁵⁵¹.

AİHS’in 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkının, sadece kamu otoritelerine karşı değil, diğer kişi ya da kuruluşlara karşı da bir koruma sağlaması durumu yatay etkiyi doğrurur⁵⁵². Bu bağlamda devletin 8. madde çerçevesinde pozitif yükümlülüklerinin kapsamına, bireyler arasındaki ilişkilerde hak ihlallerini önlemek gibi olumlu ödevler de girmektedir⁵⁵³.

Dolayısıyla devlet ve buna bağlı olarak kamu gücünü kullanan makamlar sadece insan hakları ihlallerinden kaçınma değil, aynı zamanda bireyleri yine bireyler tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerinden korumak yükümlülüğü altındadır⁵⁵⁴. Yani devlet bireyleri hem kamu yetkililerinden hem de üçüncü kişilerden gelen ihlallere karşı korumalıdır⁵⁵⁵. Bu bağlamda, devlet, bireyler arası ilişkilerde meydana gelen yatay ihlallerin durdurulması, ihlallerin engellenmesi

⁵⁴⁵ Dijk/Hoof, s. 25.

⁵⁴⁶ Drzemczewski, s. 167; Dijk/Hoof, s. 23 vd; Dünder Sezer, AİHS, s. 234.

⁵⁴⁷ Clapham, s. 345; Aynı yönde Mowbray, Positive Obligations, s. 4.

⁵⁴⁸ Dijk/Hoof, s. 23.

⁵⁴⁹ Clapham, s. 349.

⁵⁵⁰ Campbell, s. 400.

⁵⁵¹ Christoffersen, s. 110; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 50; Pekel, s. 44.

⁵⁵² Dijk/Hoof, s. 494; Salihpaşaoğlu, s. 251; Arslan Öncü, s. 56.

⁵⁵³ Mowbray, Positive Obligations, s. 3; Xenos, s. 2; Viljanen, s. 1; Christoffersen, s. 99; Loucaides, s. 107.

⁵⁵⁴ Khrystova, s. 110; Mowbray, Positive Obligations, s. 4.

⁵⁵⁵ Mowbray, Positive Obligations, s. 4; Starmer, Positive Obligations, s. 139; Cook, Rebecca J; “State Responsibility for Violations of Women’s Human Rights”, Harvard Human Rights Journal, Vol. 7, 1994, s. 151.

ve yatay ihlal mağduriyetinin giderilmesi gibi bir takım pozitif yükümlülükler altındadır⁵⁵⁶. Sonuç olarak, 8. maddenin de yatay etkisi pozitif yükümlülük doktrininin doğmaktadır⁵⁵⁷.

Yatay etki teorileri ışığında devletin pozitif yükümlülükleri doktrinde farklı şekilde kategorize edilmiştir. *Starmer*, devletin yükümlülüklerini; etkili yasal çerçeve oluşturma, ihlali önleme, ihlale ilişkin bilgi ve tavsiye sağlama, ihlale karşılık verme, ihlalin önlenmesi için kişilere kaynak sağlama olarak beş grup altında kategorize etmiştir⁵⁵⁸. *Gemalmaz* ise, devletin yatay sorumluluğunun dört farklı şekilde ortaya çıktığını öne sürmüştür. Bunlar; 1) mevzuat üretmek, 2) mevzuatla oluşturulan mekanizma ve usullerin işletilmesi, 3) soruşturmak, kovuşturma ve yargılamak ve yaptırım uygulamak, 4) ihlalleri önleyici önlemler almak⁵⁵⁹.

Temel hakların yatay etkisinin geliştirilmesinin devletin pozitif yükümlülükleri bakımından ön şart oluşturup oluşturmadığı doktrinde tartışmalıdır⁵⁶⁰. Temel hak ve özgürlüklerin üçüncü kişileri de bağladığı kabul edildiğinde, devlet ancak bu durumda özgürlüklerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesini sağlayabilir. Bu görüşe karşın, AİHS'in 8-11. maddelerinin ikinci paragrafları uyarınca devletlerin temel hakları üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla sınırlayabileceğini, karşı argüman olarak ileri sürmek mümkündür. Hatta *Bleckmann* tarafından söz konusu hükümler, AİHS'te düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisi için kanıt olarak kullanılmaktadır⁵⁶¹. Sonuç olarak, temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisinin geliştirilmesinin, pozitif yükümlülüklerin ön şartını oluşturmadığı söylenebilir⁵⁶².

Kanımızca tüm bunlarla beraber devletin pozitif yükümlülüğünün, devletin kişileri üçüncü kişilerinden eylemlerinden koruma yükümlülüğünü aşan ve

⁵⁵⁶ Poroy, s. 1007.

⁵⁵⁷ Heringa/Zwaak, s. 743.

⁵⁵⁸ Starmer, Positive Obligations, s. 146-147; Şirin, s. 383.

⁵⁵⁹ Gemalmaz, Genel Teori, s. 97 vd.

⁵⁶⁰ Bleckmann, Albert; Staatsrecht II-Grundrechte, Köln, Carl Heymanns Verlag, 4. Auflage, 1997, s. 285; Robbers, Gerhard; Sicherheit als Menschenrecht, Baden, Nomos Verlag, 1987, s. 202; Stern, Klaus; Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, München, Beck Verlag, 1988, s. 1573; Klein, Eckart; "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates", Neue Juristische Wochenschrift, Heft 27, 1989, s. 1640. Akt. Metin, s. 117.

⁵⁶¹ Bleckmann, s. 312. Akt. Metin, s. 117.

⁵⁶² Metin, s. 117.

kapsayan bir alanı olduğundan, sadece temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisini esas alıp, pozitif yükümlülükler bakımından ön şart olduğunu ileri sürmek doğru olmayacaktır. Çünkü pozitif yükümlülüğünün temelini Sözleşme'deki hakları etkili bir şekilde koruma ve kullanılmalarını sağlama yaklaşımında aramak gerekmektedir⁵⁶³. AİHS uygulamalarının, özel hukuk ilişkilerini kapsar hale getirilmesinin, Mahkeme'nin benimsediği dinamik yorum yönteminin en çarpıcı sonucu⁵⁶⁴ olması da bu görüşü destekler niteliktedir.

(ii) Hukuki Dayanak

Doktrinde yatay etkinin hukuki dayanağının Sözleşme'nin 1., 13.⁵⁶⁵ ve 17. maddeleri olduğu ileri sürülmektedir⁵⁶⁶. Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkına göre 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. Buna göre etkili başvuru hakkı hem resmi görev yapan kişilere karşı hem de diğer kişilere karşı (herkes), devletin bireye tanınması gereken bir haktır⁵⁶⁷. Boyar'a göre 13. maddede *“ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa”* ifadesinden ihlal fiilinin resmi olmayan makamlardan yani özel kişilerden de kaynaklanabileceği sonucuna varılır⁵⁶⁸ ve ayrıca devletin resmi görev yapan kişilerin fiillerinden sorumlu olduğu sonucuna ulaşılır⁵⁶⁹.

17. maddede ise hakkın kötüye kullanılması kapsamında devletin yanı sıra özel hukuk kişilerine de atıf yapılmıştır⁵⁷⁰. Hükümdeki; *“Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde*

⁵⁶³ Doğru, Osman; “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları”, C. I, T.C. Adâlet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2003, s. 194; Metin, s. 118.

⁵⁶⁴ Marguénaud, s. 49.

⁵⁶⁵ Clapham, s. 350 ve 358 Dijk/Hoof, s. 25.

⁵⁶⁶ Dijk/Hoof, s. 25; Drzemczewski, s. 176; Arslan Öncü, s. 56; Dündar Sezer, AİHS, s. 234-235.

⁵⁶⁷ Eren, s. 149; Arslan Öncü, s. 56; Boyar, s. 62; Pekel, s. 44-45, dp. 106.

⁵⁶⁸ Boyar, s. 62.

⁵⁶⁹ Dijk/Hoof, s. 25.

⁵⁷⁰ Dijk/Hoof, s. 25; Arslan Öncü, s. 56; Pekel, s. 45.

sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.” şeklindeki ifade insan haklarının yatay ilişkilerde uygulanabileceğine işaret etmektedir⁵⁷¹.

Sözleşme’nin 1. maddesi ve Başlangıç bölümünde, taraf devletlerin, kendi yetki alanları içerisinde bulunan herkesin sözleşmesel hak ve özgürlüklerinden yararlanmalarını sağlama yükümlülüğü düzenlenmekle birlikte sözleşmesel hakların ileri sürülebileceği muhatap kişiler açısından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir⁵⁷². Nitekim AİHS’in etkisini zaman içinde ve kapsam bakımından genişletme amacı ya Sözleşme’nin 1. maddesinden yola çıkılarak ya da AİHS’in yatay etkisinin bir uzantısı olan, pozitif yükümlülükler aracılığıyla yapılmaktadır.

Yatay etki konusunda 1. maddede öngörülen insan haklarına saygı tüm hukuk öznelerine düşen genel bir yükümlülük olmakla birlikte⁵⁷³ 8. madde kapsamında korunan haklara da baktığımızda üçüncü kişilerin bu haklara müdahalesi sonucu yatay etkinin ve dolayısıyla pozitif yükümlülüklerin gündeme gelebileceğini görürüz⁵⁷⁴. Nitekim Sözleşme’nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında “başkalarının hak ve özgürlükleri” meşru sınırlandırma sebebi olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla tüm bu düzenlemeler bize 8 maddede korunan haklar ve bunlarla çatışan diğer Sözleşmesel hakların yatay olarak uygulanabileceğini göstermektedir⁵⁷⁵.

Sözleşme’deki diğer haklar bakımından herkesin “.. özgürlüğü/hakka sahiptir” düzenlenmesi söz konusu iken 8. maddede “... saygı gösterilmesi hakkına sahiptir” düzenlenmesi mevcuttur. 8. maddede bu şekilde pozitif yükümlülüğün hukuki dayanağı olan “saygı” kavramına vurgu yapılmasının sebebi üçüncü kişilerin hakka saygı göstermesini de içermesi gayesidir. Bu bağlamda saygı gösterilmesine hak sahibi olma anlamı Sözleşme’nin yatay etkisine gönderme yapmakta ve üçüncü kişilerin de hakka saygı göstermesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁷⁶. Dolayısıyla herkesin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olması, devletin özel hayata müdahaleden kaçınma yükümlülüğü

⁵⁷¹ Eren, s. 150; Arslan Öncü, s. 56.

⁵⁷² Boyar, s. 61.

⁵⁷³ Akıllıoğlu, s. 52.

⁵⁷⁴ Dijk/Hoof, s. 494; Loucaides, s. 90.

⁵⁷⁵ Boyar, s. 61.

⁵⁷⁶ Pekel, s. 47.

yanında bu hakkı ihlale yönelik müdahalelere karşı da pozitif yükümlülüklerinin olduğuna işaret etmektedir. Bu bakımdan taraf devletlerin 8. madde kapsamındaki pozitif yükümlülükleri iki boyutludur. İlk boyut, 8. maddedeki hakları garanti etmeye yönelik eylemde bulunma yükümlülüğüdür. İkinci boyut ise, bazı şartlar altında üçüncü kişilerin 8. maddeden kaynaklanan haklarının etkili bir biçimde kullanılmasına engel olmamayı içermektedir⁵⁷⁷.

Kanımızca Sözleşme'nin 1., 13. ve 17. maddeleri Sözleşme'nin tümü açısından yatay etkinin kabul edildiğine ilişkin genel dayanaklar olmakla birlikte, 8. maddede geçen "saygı gösterilmesi hakkı" özel hayatın ve aile hayatının özel kişilere karşı korunması kapsamında yatay etki teorilerinin doğrudan hukuki kaynağını oluşturmaktadır. Ayrıca 8. maddenin ikinci fıkrasında başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasının meşru sınırlama amacı olarak düzenlenmesi de yatay etkinin kabul edildiğini göstermektedir.

(iii) Problem Alanı

Strasbourg organlarının yatay etkiye ilişkin olarak karşılaştığı sorunlardan biri üçüncü kişilerin ihlallerinden dolayı devletin ne ölçüde sorumlu olduğudur⁵⁷⁸. Belirtmek gerekir ki özel hayata ve aile hayatına yönelik ihlal iddialarının birey-birey ilişkilerinden doğmuş olması doğrudan devletin sorumluluğunu gerektirmemektedir. Bu ilişkide devletten doğrudan bir insan hakkı talebi doğmaz sadece devletin sorumluluğu ihlalleri önleme ya da ihlali yapanlara yaptırım uygulama olarak ortaya çıkmaktadır. Devlet bu hususta kendisinden beklenen her türlü sorumluluğunu yerine getirmişse ihlalden sorumlu tutulması mümkün değildir.

Devletin koruma yükümlülüğü teorisi uyarınca kanun koyucu temel hakları korumada birincil derecede sorumludur. Bu sebeple de kanunları yapma ve yürürlüğe koymada bireylerin temel haklarını dikkate alıp onları koruma yükümlülüğü altındadır⁵⁷⁹. Bu bağlamda devlet yatay yükümlülüğü kapsamında özel ve aile hayatı alanında gerekli kanuni düzenlemeleri yapmanın yanı sıra bu

⁵⁷⁷ Kilkelly, s. 35; Üzeltürk, s. 161.

⁵⁷⁸ Drzemczewski, s. 175.

⁵⁷⁹ Belling/İnce, s. 12.

düzenlemelerin işletilmesini yani usule ilişkin güvenceleri sağlamakta yükümlüdür⁵⁸⁰. Devletin, yatay ihlalleri önlemede sadece yasal ya da yargısal işlemlerde bulunması da yeterli değildir bunun dışında devlet ekonomik, eğitsel, yönetsel v.b. konularda da gerekli önlemleri almak ve yatay ihlallerin engellenmesi için pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır⁵⁸¹.

AİHS’te bazı haklara saygı gösterme yükümlüğünün (negatif yükümlülük) öngörülmesi devleti, üçüncü kişiler tarafından bu haklara müdahale edilmesi tehlikesi ve tehdidine karşı önleyici tedbirler alma sorumluluğundan kurtarmamaktadır. Yani devletin bu hakkı sağlama konusunda salt saygı gösterme ile yetinmesi pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini göstermektedir. Çünkü pozitif yükümlülükler devletlerin bazı koşullarda önleyici tedbirler almasını gerektirmektedir⁵⁸². Hatta Sözleşme’den doğan yükümlülük, bir hakkın kullanılmasını sağlayacak kolaylaştırıcı tedbirler alınmasını da içermektedir⁵⁸³.

Ayrıca özel hayatın ve aile hayatının özel kişiler tarafından ihlal edildiği durumlarda devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini tespit edilirken devletin bu hakkı koruma seviyesinin özel kişilerin eylemlerine ve kamu otoritelerinin eylemlerine karşı eş değerde olup olmadığı da dikkate alınmalıdır⁵⁸⁴.

(iv)Yükümlülüklerin Çatışması Sorunu

Sözleşme ve protokollerince güvence altına alınan tüm hakların yatay etkiye sahip olduğuna dair genel ilke yoktur. Bununla beraber, özel ve aile hayata saygı hakkını, yaşam hakkını, işkence ve kötü muamelenin yasaklanmasını içeren haklar listesi her geçen gün uzamaktadır⁵⁸⁵. Giderek yaygınlaşan yatay etki uygulamaları

⁵⁸⁰ Nield, s. 155.

⁵⁸¹ Poroy, s. 1011.

⁵⁸² Fura, Elisabeth; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında Aile İçi Şiddet”, 50. yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum (Ed. Ahmet Taşkın), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları No. 7, Ankara, 2009, s. 78.

⁵⁸³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 52; Bahçeci, Barış; Özel Hayata Saygı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları İle, Erdoğan Teziç’e Armağan, 2007, s. 518.

⁵⁸⁴ Campbell, s. 411.

⁵⁸⁵ Marguénaud, s. 49.

ve beraberinde pozitif yükümlülük kararları aynı zamanda haklar ve yükümlülükler çatışması sorununu gündeme getirmektedir.

Hem pozitif yükümlülükler hem de yatay etki haklar ve yükümlülükler arasında çatışmalara da neden olmaktadır. Örneğin; ebeveynlerin aile yaşamının gözetilmesine karşı çocukların fiziksel bütünlüğünün korunması, annenin özel yaşamının gözetilmesi hakkına karşı çocuğun kökenini bilme hakkı, basının ifade özgürlüğü hakkına karşı kişilerin özel hayatın korunması⁵⁸⁶. Özellikle çatışan haklara ilişkin davalarda yeterli şekilde usule ilişkin koruma sağlama önemlidir⁵⁸⁷. Bu bakımdan usule ilişkin pozitif yükümlülükler, kişilerin daha iyi bir şekilde korunmasına yönelik iç hukuk prosedürlerinin düzenlemesini⁵⁸⁸ ve aynı zamanda hakların ihlallerine karşı yeterli hukuk yollarınının sağlanmasını gerektiren yükümlülüklerdir⁵⁸⁹.

Çatışma halindeki haklarla karşılaştığımızda hangi hakkın daha önemli olduğu yahut hangi hakkın daha çok korunarak diğerine karşı feda edilebileceği ölçütünü somutlaştıracak bir ölçüt bulmak pek mümkün değildir. Zira haklar arasında denge kurmaya ya da her ikisini birden korumaya çalışmak yerine her iki hak arasında uzlaşmanın sağlanıp sağlanamayacağını görmek ve böyle bir yaklaşımın uzlaşımından ve özgünlüğünden yararlanmak daha iyi bir çözüm olacaktır⁵⁹⁰. Pozitif yükümlülükler açısından aşağıda incelediğimiz menfaatler arasında adil denge konusunda bu çatışmaların çözümüne ışık tutulmaktadır⁵⁹¹.

(4) AİHM Kararları Çerçevesinde 8. Madde Kapsamında Dolaylı Yatay Etki

AİHS'in, yatay etki teorisine dayanılarak özelleştirilmesinde en etkili araç, devletlere AİHS'in özel kişiler arasında da gözetilmesi konusunda uluslararası bir

⁵⁸⁶ Tulkens, s. 5.

⁵⁸⁷ Lavrysen, s. 116.

⁵⁸⁸ Lazăr, Elana; "The Positive Obligations of States Under The ECHR To Protect Individuals Against Unlawful Acts On The Internet", Journal of Law and Administrative Sciences No. 3, 2015, s. 133.

⁵⁸⁹ Akandji Kombe, s. 16.

⁵⁹⁰ Tulkens, s. 5.

⁵⁹¹ Bkz. II. Bölüm, III., A., 3., b. (2) başlığı.

sorumluluk yükleyen 13 Ağustos 1981 tarihli James ve Webster/Birleşik Krallık kararıdır⁵⁹².

Tulkens, genel ilkeler söz konusu olduğunda Mahkeme'nin güncel içtihatlarında iki temel eğilimin olduğunu ileri sürmektedir. Bunlar; pozitif yükümlülüklerin geliştirilmesi ve Sözleşme'nin özel alanda yani bireyler arası ilişkilerde de uygulanmasıdır⁵⁹³.

AİHM'in pozitif yükümlülük ölçütü, AİHS'in sadece devlet ve bireyler arası ilişkilerde değil, bireyler arası yatay ilişkilerde de uygulanabilir olduğunu doğrulamaktadır⁵⁹⁴. Nitekim AİHM'in, 8. maddenin pozitif yükümlülükler tahmil ettiği ve bu yükümlülüklerin kişiler arası ilişkiler alanında bazı önlemlerin alınmasını içerdiği içtihadı pekişmiştir⁵⁹⁵. Bu bağlamda devletin sorumluluğu ise özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının özel kişiler tarafından ihlallerini önlemeye yönelik gerekli tedbirleri almadığı takdirde doğacaktır⁵⁹⁶. Örneğin; yerel otoritelerin yetki alanları içinde bulunan bir aile tarafından kendilerine belirli bir çete tarafından yapılan ırkçı saldırıların engellenmesi talebinde, ilgili otoritelerin talepte bulunan ailenin özel ve aile hayatının korunması ve ayrıca aile üyelerinin Sözleşme'den kaynaklanan diğer bütün haklarının korunması ve bu saldırıların engellenmesi hususunda pozitif yükümlülükleri vardır⁵⁹⁷. AİHM'in bazı kararlarında, Sözleşme'yle tanınmış bir hakkın kullanılmasına özel kişilerce engel olunması hallerinde, devletin uygun önlemler alarak hakkın kullanılmasını sağlaması gerektiği belirtilmiştir. Örneğin, AİHS'in 8. maddesiyle güvence altına alınmış olan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına hakkına, başka özel kişi ya da gruplarca engel olunduğunda, devlet yetkililerinin makul ve uygun önlemler alarak mağdurları koruması gerekir⁵⁹⁸. Çünkü yatay etkinin niteliği ve boyutu üzerindeki doktrinsel tartışmalar, devletlerin AİHS normlarına uygun olarak özel kişilerin ilişkilerinin düzenlenmesinde AİHM'den yeni yükümlülüklerin belirlenmesine yönelik yaratıcı çözümler getirmesi beklentisi içinde olduklarını

⁵⁹² Young, James and Webster/United Kingdom, App. No. 7601/76; 7806/77, 13 August 1981.

⁵⁹³ Tulkens, s. 4.

⁵⁹⁴ Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 229; Campbell, s. 411.

⁵⁹⁵ Marshall, s. 163.

⁵⁹⁶ Marshall, s. 149.

⁵⁹⁷ Poroy, s. 1008.

⁵⁹⁸ Haris/O'Boyle/Warbrick, s. 19-20; Poroy, s. 242. Bu yönde Plattform "Ärzte Für Das Leben"/Austria, App. No. 10126/82, 21 June 1988.

göstermektedir⁵⁹⁹. Neticede denetim organı olan AİHM devletlerin yükümlülükleri belirleme konusunda öncül pozisyonundadır.

AİHS ile tanınan hak ve hürriyetlerin kişiler arası ilişkilerde korunmasının devletin pozitif yükümlülükleriyle ilişkilendirilmesi, Mahkeme kararları açısından ve bu çerçevede gelişen Sözleşme hukuku kapsamında oldukça önemlidir⁶⁰⁰. X ve Y davasında pozitif yükümlülüklerin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının korunması için bireyler arası ilişkiler ile ilgili bazı tedbirlerin alınmasını da kapsadığı belirtilerek yatay etkinin pozitif yükümlülüklerden kaynaklandığı ifade edilmiştir⁶⁰¹. Özetle Sözleşme bireyler arasındaki ilişkilerde insan haklarının korunmasını dolaylı olarak garanti etmektedir⁶⁰². Çünkü Sözleşme'ye göre bireylere karşı başvuru olanağı mevcut değildir⁶⁰³.

AİHM, özel kişilerden kaynaklanan müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda dahi devletleri, bireyleri korumak için olumlu bir adım atmaya zorlamaktadır⁶⁰⁴. Burada devletin sorumluluğu, özel kişilerin bir kişinin hakkına müdahale edebileceği araçlara izin vermesinden veya sağlamasından doğmaktadır⁶⁰⁵. Örneğin, devletler, konuta saygı hakkı kapsamında özel kişilerin neden olduğu çevre kirliliğine⁶⁰⁶ karşı mağdurları koruma yükümlülüğü altındadır.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN SINIFLANDIRILMASI

A. Genel Olarak

Günümüzde birinci kuşak haklar bakımından en çok tartışılan konulardan biri bu hakların devlete yüklediği görevin niteliği üzerinedir. Son yıllarda bu

⁵⁹⁹ Nield, s. 154.

⁶⁰⁰ Çavuşoğlu, Yaşayan Belge, s. 140.

⁶⁰¹ Pekel, s. 44.

⁶⁰² Viljanen, s. 3.

⁶⁰³ Akıllıoğlu, s. 51.

⁶⁰⁴ Nield, s. 155.

⁶⁰⁵ Nield, s. 155.

⁶⁰⁶ Lopez Ostra/Spain, App. No. 16798/90, 09.12.1994; Hatton and Others/United Kingdom, App. No. 36022/97, 8 July 2003.

hakların devletin sadece karışmama, gölge etmeme gibi negatif bir tutum takınmasıyla gerçekleşemeyeceği aksine bazı durumlarda devletin hak ve özgürlüklerin korunması ve sağlanması bakımından pozitif bir ediminin gerekli olduğu kabul edilmektedir⁶⁰⁷. Bu bağlamda gelişen insan hakları içtihat hukukunda pozitif ve negatif yükümlülüklerle ilişkin sınıflandırma gittikçe zorlaşmaktadır⁶⁰⁸. Nitekim doktrinde hem klasik hakların hem de sosyal hakların devlete bir küme yükümlülük yüklediği savunulmaktadır⁶⁰⁹. Bunlardan; devletin öncelikli yükümlülüğü bireysel eylemlere müdahale etmeme, ikinci olarak bireyleri diğer bireylerin eylemlerine karşı koruma, üçüncü olarak ise bireylere kendilerini geliştirmek için olanak sağlamaktır⁶¹⁰.

AIHS’te düzenlenen bir hükmün ihlali, kamu otoritelerinin bir hakka ölçsüz müdahalelerinden kaynaklanabileceği gibi, hakları koruma konusunda pozitif yükümlülüğünün olduğu durumlarda hareketsiz kalması sebebiyle de olabilir⁶¹¹. Bu bağlamda AIHS’te düzenlenen her hak üç tür yükümlülük gerektirebilmektedir. Bunlardan ilki; devletin kendi işlem ve eylemleri dolayısıyla yetkili organ ve görevlilerinin bir müdahalede bulunmamasını gerektiren negatif bir yükümlülük olarak saygı gösterme yükümlülüğüdür. Pozitif yükümlülükler olarak ise; devletin hak sahiplerini diğer bireylerin müdahalesine karşı korumasını ve bu yönde bireyler arası ilişkiler alanında tedbir almasını⁶¹² aynı zamanda bu kişilerin ihlal fiillerini yaptırıma bağlamasını gerektiren “koruma yükümlülüğü” ve son olarak hakkın gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla pozitif tedbirlerin alınmasını

⁶⁰⁷ Fredman, Sandra; “Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties”, Oxford Legal Studies Research Paper No. 38/2006 , Public Law, 2006, s. 3; Klatt, Matthias; “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 71, 2011, s. 692; Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 19; Sağlam, Fazıl; Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 20 vd; Uygun, Oktay; Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 529; Dündar Sezer, AIHS, s. 241; Yıldırım, Özel Hayat, s. 391.

⁶⁰⁸ Fredman, s. 1.

⁶⁰⁹ Shue, Henry; Basic Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy, Second Edition, Princeton University Press, Princeton, 1996, s. 52-53; Fredman, s. 3.

⁶¹⁰ Fredman, s. 3.

⁶¹¹ Brems, Eva; “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights”, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1996, s. 246.

⁶¹² Christofferseni s. 99; Koering Joulin, Renée; “Public Morals”, The European Convention for The Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions, Eds. Mireille Delmas Marty, Christine Chodkiewicz, Kluwer Academic Publishers, 1992, s. 92; Marshall, Personal Identity, s. 39; Lazăr, s. 132.

gerektiren “gereğini yerine getirme yükümlülüğü” söz konusudur⁶¹³. Özetle devletlerin insan haklarıyla ilgili olarak başlıca üç yükümlülüğünün bulunduğu söylenebilir. Bunlar; saygı göstermek, korumak ve gereğini yerine getirmektir⁶¹⁴.

Bu açıklamalar ışığında AİHS’te korunan bir insan hakkı olarak özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı çerçevesinde devletin yükümlülükleri negatif yükümlülükler ve pozitif yükümlülükler olarak iki kategoride incelenebilir⁶¹⁵.

B. Negatif Yükümlülük Kavramı ve Kapsamı

Pozitif yükümlülük kavramını ve kapsamını anlayabilmek ve yorum yapabilmek için öncelikle negatif yükümlülüğün ne olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Genel çerçevede negatif yükümlülüğün anlaşılması gereken, Sözleşme’de korunan hak ve özgürlüklerin bireyler tarafından işlevsel şekilde kullanılabilmesi için, devletin bu hak ve özgürlüklere müdahale etmemesi⁶¹⁶ ve bu bağlamda insan haklarına saygı yükümlülüğünü yerine getirmesidir⁶¹⁷. Bu bağlamda negatif yükümlülük kavramı ve kapsamı aşağıda incelenecektir.

1. Negatif Yükümlülük Kavramı

Geçmişten günümüze insan hakları doktrinde farklı şekillerde sınıflandırılmaktadır. Ancak herkesin kabul ettiği bir sınıflandırma modeli bugüne kadar ortaya konulamamıştır⁶¹⁸. Bu sınıflandırma çabası sonucunda kamu hukuku

⁶¹³ Akandji Kombe, s. 5; Fredman, s. 3; Lavrysen, s. 72.

⁶¹⁴ Fredman, s. 3; Akandji Kombe, s. 5; Metin, s. 112; Doğru/Nalbant bu yükümlülükleri; dokunmama, koruma ve soruşturma şeklinde kategorize etmiştir. (Doğru, Osman/Nalbant, Atilla; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 1).

⁶¹⁵ Viljanen, s. 1; Akandji Kombe, s. 5; Lazăr, s. 312; Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 362.

⁶¹⁶ Akandji Kombe, s. 5; Lazăr, s. 132.

⁶¹⁷ Bakırcı, Hasan; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Üye Devletlerin Sözleşmeden Kaynaklanan Pozitif Yükümlülükleri”, 50. yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum (Ed. Ahmet Taşkın), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları No. 7, Ankara, 2009, s. 32.

⁶¹⁸ Anayurt, Ömer, “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, Türkiye’de İnsan Hakları, (Ed. Oya Çitçi) TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara, 2000, s. 51; Donnelly, insan hakları konusunda ikili ayrımın aşılması gerektiğine işaret ederek, insna haklarını beş kategoriye ayırmaktadır; 1. Geçim Hakları ve Kişisel

doktrinde en yaygın şekilde kabul gören teknik ölçüte göre, sosyal haklar devletin pozitif edimini gerektiren haklardır⁶¹⁹. Buna karşın klasik haklar ise, ilgili alanda devlete kaçınma, müdahale etmeme, gölge etmeme gibi negatif edimini gerektiren haklardır⁶²⁰. Bu doğrultuda hakların negatif statü hakları ve pozitif statü hakları şeklindeki ayrımı, büyük ölçüde Alman Hukukçusu *Jellinek*’in yaptığı sınıflandırmaya dayanmaktadır. *Jellinek*, temel hakları devletin bu alandaki yükümlülükleriyle birlikte ele almaktadır. *Jellinek*’in sınıflandırmasına göre haklar, “negatif statü hakları”, “pozitif statü hakları” ve “aktif statü hakları” olmak üzere üçe ayrılmaktadır⁶²¹. Bu ayrımın temeli ise bireyin devlet karşısındaki konumu ve devletten beklediği edimin niteliğine dayanmaktadır⁶²².

Kanımızca negatif yükümlülük ifadesine, hakların tipolojik ayrımı temelinde⁶²³ negatif statü hakkı, pozitif statü hakkı ayrımından yola çıkılarak ulaşılmıştır. Bu bağlamda negatif statü hakları⁶²⁴, devlet müdahalesine karşı⁶²⁵ korunması ve bu sebeple güvence altına alınması gereken hakları ifade etmektedir⁶²⁶. Yani bu haklar kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen hak ve özgürlüklerdir⁶²⁷. Örneğin konut dokunulmazlığı hakkı, özel hayatın gizliliği, özgürlük ve güvenlik hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce özgürlüğü negatif statü hakkı niteliğindedir. Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan (m.17-40) hak ve hürriyetler kural olarak negatif statü hakları niteliğindedir. Anayasada bu haklar “kişinin hakları ve ödevleri” başlığı altında toplanmaktadır⁶²⁸. Bu haklar kişiye siyasi

Haklar, 2. Hukuki Haklar, 3. Sivil, Sosyal, Kültürel Haklar, 4. İktisadi Haklar 5. Siyasal Haklar (Donnelly, s. 44).

⁶¹⁹ Fabre, s. 263 vd.

⁶²⁰ Fabre, s. 264; Tanör, Sosyal Haklar, s. 14. Türk hukuk doktrininde de hakim olan görüş sosyal hakları ve klasik hakları edimlerin niteliğine göre ayırt etme ve tanımlamadır.

⁶²¹ Gözler; Genel Esaslar, s. 411; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 111; Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 27; Kapani, s. 6; Pekel, s. 40.

⁶²² Algan, Bülent; Ekonomik, sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 38; Pekel, s. 40.

⁶²³ Bkz. I. Bölüm, III, B., 3. başlığı.

⁶²⁴ Negatif statü hakları kişilerin insan olarak varlıklarını sürdürebilmelerini, kendilerini ifade edebilmelerini, özgür iletişim yoluyla toplum içinde düşüncenin serbest dolaşımını sağlar. Bu özellikleri dolayısıyla bu haklar barışçıl, özgür ve medeni bir toplumun temelini oluşturur. (Erdoğan, s. 178).

⁶²⁵ Dröge, s. 380.

⁶²⁶ Erdoğan, s. 178; Tanör, Sosyal Haklar, s. 14; Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 29.

⁶²⁷ Gözler; Genel Esaslar, s. 411; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 112; Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 29.

⁶²⁸ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 165; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 113.

baskıdan uzak, dokunulmaz ve güvenceli bir alan sağladığından koruyucu haklar şeklinde de nitelendirilmektedir⁶²⁹.

Devletin negatif yükümlülüğü, onun özellikle güç kullanan organlarıyla bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale edilmemesini ifade eder⁶³⁰. Buradaki negatiflik kavramı beğenilmeyen, kötü, uygun olmayan manasında değil, hareketsiz kalma, kaçınma, karışmama anlamını taşımaktadır⁶³¹. Nitekim negatif statü hakları devlete, negatif bir tutum, sadece karışmama, “gölge etmeme” ödevi yüklemektedir⁶³². Bu sebeple negatif yükümlülüğün anlaşılması gereken insan haklarına saygı yükümlülüğünün yerine getirilmesi demektir⁶³³. Dolayısıyla devletler saygı yükümlülüğünün bir gereği olarak, öncelikle Sözleşme ile güvence altına alınan haklara yönelik olarak pasif davranma yani müdahaleden kaçınma yükümlülüğü altındadırlar⁶³⁴.

*Shue'nun*⁶³⁵ ve *Donnelly'nin* de belirttiği üzere, tüm haklar hem pozitif hem de negatif yükümlülükler içermekte olup⁶³⁶ hakların ne ölçüde pozitif ya da negatif yükümlülükler gerektirdiği içinde bulundukları duruma ya da ortama göre değişmektedir⁶³⁷. Örneğin, bilgisayar ortamında saklı tutulan kişisel verilerin elde edilmesi sonucu özel hayatın gizliliğine müdahalenin arttığı bir dönemde devlete düşen bu verilerin elde edilmesinin önüne geçmek amacıyla daha çok pozitif tedbir almasıdır. Nitekim devlet bu yönde pozitif yükümlülüklerini yerine getirerek insan hakları sorunlarında garantör misyonunu da gerçekleştirecektir⁶³⁸.

⁶²⁹ Erdoğan, s. 178; Gözübüyük, Anayasa Hukuku, s.166; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 112; Gözler; Genel Esaslar, s. 411.

⁶³⁰ Dijk, s. 25; Dröge, s. 380; Reid, Karen; A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, Fourt Edition, Sweet&Maxwell, London, 2011, s. 68.

⁶³¹ Erdoğan, s. 178.

⁶³² Gözler; Genel Esaslar, s. 411; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 112.

⁶³³ Bakırcı, s. 32; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 69.

⁶³⁴ Fura, s. 72; Reid, s. 68; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s.70.

⁶³⁵ Shue, Basic Rights, s. 37-39, 155.

⁶³⁶ Donnelly, s. 43; Donnelly, Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları, 1995 s. 43.

⁶³⁷ Bir hakkın pozitif ya da negatif olduğu tarihsel şartlarına göre de değişmektedir. Örneğin, işkenceye karşı korunma hakkı Stockholm'de negatif, South Bronx'da ise daha pozitifdir. (Donnelly, s. 43).

⁶³⁸ Dröge, s. 380.

2. Negatif Yükümlülük Kapsamı

a. Genel Olarak

Devletin negatif yükümlülüğü haklara ve özgürlüklere müdahale etmeme⁶³⁹ olarak tanımlansa da kapsamı bu kadar sınırlı değildir. Ayrıca kişilerin hak ve özgürlüklerinden etkili şekilde yararlanmalarını sağlayacak yasaların ve uygulamasının varlığını da içermektedir⁶⁴⁰. Fakat negatif yükümlülükler hak ve özgürlüklerden yararlanmayı etkileyen mevzuatın yahut uygulamanın eksikliği ya da yokluğu durumlarını kapsamaz. Zira AİHS'in 1. maddesinin sonucu olarak bu boşluğu doldurmak devletlerin pozitif yükümlülüklerinin gerekliliklerindendir⁶⁴¹. Negatif yükümlülüklerin varlığı tartışmalı olmamakla birlikte, ilgili hakka karşılık gelen bu yükümlülüklerin kavramsal olarak belirlenmesi pozitif yükümlülüklerle oranla daha kolaydır⁶⁴². Örneğin 8. madde kapsamında özel alana (evin aranması, telefon görüşmelerinin dinlenmesi gibi) devletin müdahale etmeme yönünde negatif yükümlülüğü açıktır fakat aynı hükmün 2. fıkrası bağlamındaki istisnalar dolayısıyla devletin hukuka uygun şekilde müdahale edip etmediği tartışılabilir⁶⁴³.

Hak ve özgürlüklere müdahale edilmesine imkan tanıyacak şekilde belirli sınırların kabul edildiği yasaların ya da uygulamaların varlığı sonucunda bu yasaların değiştirilmesi ya da düzeltilmesi zorunlu ise bu yasaları tadil etme yükümlülüğü tek başına pozitif yükümlülük olarak düşünülemez. Mahkeme tespiti sonucunda bunu negatif yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilmiştir⁶⁴⁴. Örneğin Marckx⁶⁴⁵ davasında gayrisahih nesepli çocuk ile anne arasındaki hukuki ilişkinin kurulmasını annenin tanıma beyanına veya mahkeme kararına bağlayan kanun hükümleri, annenin çocuğuna çok sınırlı şekilde miras bırakabilmesi, gayrisahih

⁶³⁹ Klatt, s. 694; Akandji Kombe, s. 5; Lazăr, s. 132; Kaboğlu, birinci kuşak hak ve özgürlüklere siyasi iktidarın müdahale etmemesini “kaçınma yükümlülüğü” şeklinde ifade etmiştir. (Kaboğlu, İbrahim Ö.; “Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa’ya Yansıtılması Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XII, 1994, s. 239).

⁶⁴⁰ Dijk, Peter Van; “Positive Obligations Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the ‘Masters’ of the Convention?”, The Role of the Nation-State in the 21. Century, (Eds. M. Castermans-Holleman, F. Van Hoof, J. Smith), Kluwe Klaw International, 1998, s. 25.

⁶⁴¹ Dijk, s. 25.

⁶⁴² Lavrysen, s. 71.

⁶⁴³ Lavrysen, s. 72.

⁶⁴⁴ Dijk, s. 25.

⁶⁴⁵ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979.

nesepli çocuğun annesinin ailesiyle hukuki ilişkisinin bulunmaması ve onların malvarlığı üzerinde hakkı bulunmamasına ilişkin mevzuatın yasa değişikliği ile düzeltilmesi zorunluluğu anlamında negatif yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilmiştir. Buna karşın X ve Y/Hollanda⁶⁴⁶ kararında ise 16. yaşında bir kızın cinsel saldırıya uğraması ve bizzat kendisinin şikayetçi olamaması nedeniyle kamu davası açılmaması ve alternatif bir imkan sağlayacak şekilde hukukta bu konuda bir boşluk bulunması sonucu bu boşluğun kendisi bir müdahale teşkil etmese de Hollandalı uygulayıcıların bu boşluğu doldurmaması pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmemesi olarak değerlendirilebilir⁶⁴⁷.

b. Saygı Gösterme Yükümlülüğü

Bir hakka saygı hakkından söz ederken, çıkış noktası, söz konusu bireyin aslında belirli bir haktan yararlanıyor olmasıdır⁶⁴⁸. Devlet organ ve görevlilerinin kendilerinin bir ihlalde bulunmamasını gerektiren “saygı gösterme yükümlülüğü” kişinin yararlanmakta olduğu ya da salt kişisel çabasıyla, başkaca bir olanağa gereksinim duymaksızın yararlanabileceği bir hakkını kullanmasına devlet tarafından müdahale edilememesi anlamına gelmektedir.

İnsan hakları hukuku geleneksel biçimde bir yanda saygı gösterme negatif yükümlülüğünü, diğer tarafta koruma, ve yerine getirme pozitif yükümlülüklerini ikiye ayırarak inceler⁶⁴⁹. Kimi yazarlar tarafından klâsik insan hakları sınıflandırmasında negatif statü haklarının ayırıcı özelliği olarak belirtilen⁶⁵⁰ “saygı gösterme yükümlülüğü”, “karışmama, dokunmama, müdahale etmeme” şeklinde özetlenebilir. Hakların bütünlüğünü savunan *Koch*’un da belirttiği üzere saygı gösterme yükümlülüğü klasik hakların ayırdedici özelliği olarak vurgulansa da esasında tüm insan hakları için geçerli bir yükümlülüktür⁶⁵¹. Birçok anlaşmazlık fiili olarak medeni ve siyasi haklar konusundaki antlaşmalar temelinde çözülebilir, ancak saygı yükümlülüğü aslında ekonomik, sosyal ve kültürel haklar

⁶⁴⁶ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26. March 1985.

⁶⁴⁷ Dijk, s. 26.

⁶⁴⁸ Koch, Indivisible Rights, s. 12.

⁶⁴⁹ Lavrysen, s. 72.

⁶⁵⁰ Koch, Indivisible Rights, s. 12.

⁶⁵¹ Koch, Indivisible Rights, s. 12.

konvansiyonlarında uygulanmaktadır. Bu bakımdan negatif statü hakları açısından devletin temel görevi, hak ve özgürlüğün kullanımına müdahale etmemesi, fakat saygı göstermesidir. Dolayısıyla saygı gösterme yükümlülüğü hakların daha çok negatif boyutunu yansıtmaktadır⁶⁵².

AİHS esasında kamu yetkililerinin güçlerini kötüye kullanmak suretiyle hak ve özgürlüklere negatif müdahalelerini önlemek ve bu güçlerin yetkilerini sınırlama amacıyla düzenlenmiştir⁶⁵³. AİHS'in I. Bölümü, 2. maddeden 18. maddeye kadar olan kısmı kapsamaktadır. Nitekim 1. maddeyle tüm bu hükümlerin düzenlendiği maddeler devletlerin yerine getirmesi gereken yükümlülüklerle dönüşmektedir⁶⁵⁴.

Her hakkın norm alanı farklı olduğundan ve her hak kişilere farklı bir koruma alanı sağladığından⁶⁵⁵ devletin negatif yükümlülüğünün kapsamının somut bir şekilde belirlenmesi mümkün değildir. Bazı hakların kişiye sağladığı koruma alanı mutlakdır. Bazı hakların ise nispidir. Fakat her hak bakımından devletin mutlak yükümlülüğünün saygı yükümlülüğü olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Sözgelimi, işkence yasağının ihlali devletin negatif yükümlülüğünün yerine getirilmediğini gösterir. Çünkü kişiye işkence yapılmasının herhangi bir makul sebebi olamaz. Dolayısıyla devlet yetkili organları eliyle yaptığı işkenceyi bu nedenle meşru ve hukuki zemine oturtamaz. Nihayetinde devlet işkence yasağına mutlak olarak uymak zorundadır⁶⁵⁶. Özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkını da kişiye sağladığı koruma alanı nispidir zira hem Anayasa hem de AİHS'te belirlenen meşru amaçlar doğrultusunda hakka yapılan müdahale hukukidir⁶⁵⁷.

AİHS'in 8. maddesine saygı gösterilmesi hakkına bakıldığında tehlike altında olan şey, yeni bir pozisyonun kurulması değil, yalnızca önceden kurulmuş (konut, aile hayatı) pozisyonun varlığının devamını garantilemektir⁶⁵⁸. AİHS'in 8. maddesinin ikinci fıkrasından kaynaklanan haklara müdahale etmeme yükümlülüğü

⁶⁵² Boyar, s. 55.

⁶⁵³ Campbell, s. 399; Starmer, Positive Obligations, s.139; Dijk, s. 17.

⁶⁵⁴ Jacobs/White s. 15; Er, s. 46.

⁶⁵⁵ Eren, s. 142.

⁶⁵⁶ Eren,s. 143.

⁶⁵⁷ Jacobs/White/Obey, s. 9.

⁶⁵⁸ Koch, Indivisible Rights, s. 13.

devletin öncelikle negatif bir yükümlülüğü olarak doğmakta⁶⁵⁹ ve “saygı” kavramı bunu da kapsamaktadır⁶⁶⁰. Bununla birlikte, AİHM içtihatlarında⁶⁶¹, “saygı” kavramının kesin bir tanımının olmadığını belirtmiştir⁶⁶² ve belirli bir başvurunun şartlarına göre “saygı”nın neler gerektirdiği tespit ederken devlete oldukça geniş bir takdir hakkı verilmiştir⁶⁶³. Mahkeme’ye göre devletin pozitif bir yükümlülüğün olup olmadığını belirlemek için devlet, kamunun menfaatleri ve bireyin menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakmak gerekmektedir⁶⁶⁴. Yine Mahkeme’ye göre “saygı” fiili “kabul etmekten” veya “dikkate almaktan” daha fazla bir anlam içermektedir⁶⁶⁵.

8. maddede güvenceye bağlanan kişiye dönük “saygı gösterilme hakkı” açısından devletlerin negatif yükümlülüğü, egemenliği altındaki bireylerin özel hayatlarına saygısızlık etmemektir. Bu nedenle devletler, bireylerin hayatlarına mümkün olduğunca az karışmalı, bu yolla kişiliklerini diledikleri biçimde geliştirmelerine engel olmamalıdır⁶⁶⁶. Ayrıca devletler, zorunluluk olmadığı sürece, bireylerin özel hayat alanlarına temas etmemelidirler⁶⁶⁷.

C. Pozitif Yükümlülük Kavramı ve Kapsamı

1. Genel Olarak

Pozitif yükümlülüklerle ilişkin temel olarak üç problem alanı söz konusudur. İlki pozitif yükümlülüklerin gerekçelendirilmesi, ikincisi yukarıda da açıkladığımız

⁶⁵⁹ Gomez-Arostequi, H. Thomas; “Defining “Private Life” Under Article 8 of the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations of Privacy and Personal Choice”, (https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/20116/HTGA_Thesis.pdf?sequence=1, E. T. 05. 09.2017), s. 3.

⁶⁶⁰ Üzeltürk, s. 161.

⁶⁶¹ Tysiac/Poland, App. No. 5410/03, 20 March 2007, par. 112; Christine Goodwin/United Kingdom, App. No. 28957/95, 11 July 2002, par. 72; Hämäläinen/Finland, App. No. 37359/09, 16 July 2014, par. 66; Dickson/United Kingdom, App. No. 44362/04, 4 December 2007, par. 41.

⁶⁶² Akandji Kombe, s. 37; Kilkelly, s. 36; Pekel, s. 47.

⁶⁶³ Akandji Kombe, s. 37.

⁶⁶⁴ Kilkelly, s. 36.

⁶⁶⁵ Hasan and Eylem Zengin/Turkey, App. No. 1448/04, 9 October 2007 par. 49.

⁶⁶⁶ Dinç, Uluslararası Belgeler, s. 17.

⁶⁶⁷ Dinç, Uluslararası Belgeler, s. 17.

üzere kapsamının belirlenmesi, üçüncüsü ise pozitif yükümlülüklerin yapısının ortaya konulmasıdır⁶⁶⁸.

Pozitif yükümlülüklerle ilişkin teorik zorluklar özellikle kavramsal bilgi eksikliğinden kaynaklanmaktadır⁶⁶⁹. Koruma yükümlülüğüne ilişkin davalarda bu eksiklik devletin sorumluluğunun sadece dolaylı olduğu görüşünden ileri gelmektedir⁶⁷⁰.

Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle pozitif yükümlülüklerin gerekçelendirilmesi ve temellendirilmesi sorununa ışık tutmak üzere pozitif yükümlülük kavramdan yola çıkılarak, teorik temeli ve ortaya çıkışı açıklanacaktır. Sonrasında pozitif yükümlülüklerin kapsamını ortaya koyabilmek amacıyla hukuki kaynağı, dayanaklarını ve amacını açıklayacağız. Pozitif yükümlülüklerin yapısını değerlendirmek amacı ile de özellikleri, boyutları ve türlerini inceleyeceğiz.

2. Pozitif Yükümlülük Kavramı

a. Tanımı

İnsan haklarının korunmasında devletin “yapmama” yükümünün karşıt yükümü “yapma” yani pozitif yükümlülüktür⁶⁷¹. Bu bağlamda pozitif yükümlülük devletin bireylerin hak taleplerini mümkün yollardan koruma ve belirli bir haktan yararlanabilmeyi uygulamada gerçekleştirme amacıyla olumlu bir adım atmasını gerekli kılar⁶⁷². Pozitif yükümlülüğün tanımına ilişkin literatürde konsensüs bulunmadığından⁶⁷³ kavram doktrinde farklı bakış açılarıyla açıklanmaya çalışılmıştır⁶⁷⁴. *Dröge*’ye göre, pozitif yükümlülük kavramı, devletin koruyucu ödevini ifade eder⁶⁷⁵. *Harris, O’Boyle ve Warbrick*’ e göre pozitif yükümlülüğün

⁶⁶⁸ Klatt, s. 693.

⁶⁶⁹ Lavrysen, s. 72.

⁶⁷⁰ Lavrysen, s. 72.

⁶⁷¹ Gölcüklü, Feyyaz; “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin Olumlu (Pozitif) Yükümü”, Polis Dergisi, Sayı: 37, Ekim-Kasım-Aralık 2003, s. 2.

⁶⁷² Fura, s. 73; Russell, s. 282; Bakırcı, s. 32.

⁶⁷³ Alves, Loic/Gawronski, Silvia Anna/Stupak, Marcin; “The positive obligation of states to provide security under the ECHR, the Charter, and the Polish Constitution”, European Constitutionalism Seminar, 10-12 May 2010, s. 4; Dröge, s. 381.

⁶⁷⁴ Borelli, s. 101; Dröge, s. 381.

⁶⁷⁵ Dröge, s. 380.

genel tanımı devletin insan haklarını koruma amacıyla harekete geçmesidir⁶⁷⁶. Aynı yönde Yargıç *Martens* de karara muhalif görüşünde pozitif yükümlülükleri taraf devletlerin harekete geçmesi olarak tanımlamıştır⁶⁷⁷. Bu basit tanım içeriğinde çok çeşitli yükümlülüklerin esasını barındırmaktadır⁶⁷⁸. *Schutter*, pozitif yükümlülükleri, yerine getirilmemesi durumunda sadece başvuranın yahut küçük bir grubun değil, aynı zamanda tüm toplumun etkileneceği her türlü yükümlülük şeklinde açıklamaktadır⁶⁷⁹. AIHM İkinci Daire Başkanı *Françoise Tulken* ise; pozitif yükümlülükleri devletlerin pasif olarak davranmasını gerektiren geleneksel gerekliliğe, giderek artan şekilde harekete geçme gerekliliğinin de eklenmesi şeklinde ifade etmektedir. Bu gerekliliklerin ise devletlerin Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerinin etkili bir şekilde korunmasını temin etmeye yönelik hukuki, idari ve yargısal tedbirleri almasını şart koşan pozitif yükümlülükler olarak ortaya çıktığını belirtmektedir⁶⁸⁰. Genel olarak bakıldığında devletlerin “harekete geçme” yükümlülüğünün temelinde, pozitif yükümlülük kavramının bütün anlayışlarının ortak paydasını oluşturduğu görülmektedir⁶⁸¹. *Sudre* ise, pozitif yükümlülükleri bir temel hak ihlalinde devletin ihmalinin olup olmadığı veya devletin özel kişilerden kaynaklanan temel hak ihlallerine izin verip vermediği şeklinde ikiye ayırarak değerlendirmiştir⁶⁸². *Olinga*’ya göre pozitif yükümlülük kavramı, bir stratejiden fazlası, insan hakları sözleşmelerinin bir yaklaşımı yahut yorum yöntemidir⁶⁸³.

Pozitif yükümlülük kavramının tek bir tanımının olmaması, uluslararası insan hakları hukukunun bir başarısızlığı değil, daha ziyade insan haklarının korunması için kavramın kendisinin esnek ve uyarlanabilir doğasının ve insan haklarının korunması araçlarının daha genel olmasının bir sonucudur⁶⁸⁴. AIHM’in

⁶⁷⁶ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 18. Aynı yönde Jacobs/White/Obey, s. 100; Mowbray, Positive Obligations, s. 2.

⁶⁷⁷ Dissenting Opinion of Judge Martens, Gül/Switzerland, App. No. 23218/94, 19 February 1996, par. 7.

⁶⁷⁸ Khrystova, s. 110.

⁶⁷⁹ Schutter, Oliver de; Fonction de juger et droits fondamentaux-transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens, Brüssel, 1999. Akt. Dröge, s. 4.

⁶⁸⁰ Tulkens, s. 4.

⁶⁸¹ Borelli, s. 101.

⁶⁸² Sudre, Frédéric; Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme: Une “bavure” dans une jurisprudence dynamique, Revue Universelle des droits d l’homme, Vol. 2, 1990, s. 363, 369. Akt. Dröge, s. 5.

⁶⁸³ Olinga, Alain Didier; “The African Charter on Human and Peoples” Rights and Positive Obligations”, Interights Bulletin, Vol. 15, No. 3, 2006, s. 118.

⁶⁸⁴ Borelli, s. 103.

Goodwin kararında belirttiği üzere “Sözleşme’nin özünün insan onuru ve insan özgürlüğüne saygı olduğu”⁶⁸⁵ düşüncesinden hareketle pozitif yükümlülükler özgürlüklerin korunması olarak tanımlanabilir⁶⁸⁶.

Pozitif yükümlülük kavramı, içtihatlarda Sözleşme’nin, savunma haklarına müdahale etmeme yükümlülüğü dışında, taraf devletlere yüklediği yükümlülükleri ifade etmek üzere kullanılmıştır⁶⁸⁷. Sonuç olarak devletlerin hak ve özgürlükleri gerçekleştirmede üzerine düşen harekete geçme yükümlülüğü temelde pozitif yükümlülük kavramının tüm anlayışlarının ve tanımlamalarının ortak paydasını oluşturmaktadır⁶⁸⁸. Çünkü pozitif yükümlülükler insan haklarının gerçekleşmesinde devletin sorumluluklarını yansıtmaktadır⁶⁸⁹.

b. Pozitif Yükümlülüklerin Doktrinsel Dayanakları

(1) Teorik Temeli

Liberalizm temelde, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin hukuki güvence altına alınarak devlet iktidarının sınırlandırılmasını ve ekonomik yaşamın piyasanın tabii işleyişine bırakılarak ekonomide devlet müdahalesinin en aza indirilmesini amaçlayan bir doktrindir⁶⁹⁰. Liberal özgürlük anlayışında özgürlük, devlete karşı ileri sürülen bir nitelikte görülmesine rağmen 19. yüzyıldan sonra sosyal devlet ve sosyal hak kavramlarının ortaya çıkışıyla birlikte özgürlüğe verilen bu anlam tartışılmaya başlanmıştır⁶⁹¹. Ayrıca hak ve özgürlükleri devletin edimlerinin niteliğine göre kategori eden teknik ölçütün hukuki ve sosyolojik gerçeklerle örtüşmediği anlaşılmıştır. Çünkü sosyal hakların devletin pozitif edimini gerektirdiği tezini destekleyen, klasik hakların devletin negatif yükümlülüğünü

⁶⁸⁵ Christine Goodwin/United Kingdom, App. No. 28957/95, 11 July 2002, par. 90.

⁶⁸⁶ Campbell, s. 411.

⁶⁸⁷ Grabenwarter, Christoph; Europäische Menschenrechtskonvention, München, Verlag C.H. Beck, 2005, s. 119. Akt. Metin, s. 112.

⁶⁸⁸ Borelli, s. 101.

⁶⁸⁹ Dröge, s. 380.

⁶⁹⁰ Aktan, Coşkun Can; “Klasik Liberalizm, Neo-Liberalizm ve Libertarianizm, Amme İdaresi Dergisi, C. XXVIII, S. 1, 1995, s. 4; Doktrinin geniş bir değerlendirmesi için bkz. Yayla, Atilla; Liberalizm, Turhan Kitapevi, Ankara, 1992, s. 135–192.

⁶⁹¹ Bahçeci, s. 516.

gerektirdiği iddiası günümüz gerçekleriyle uyuşmamaktadır⁶⁹². Sosyal hakların içerisinde devletin negatif yükümlülüğünü doğuran haklar söz konusu olduğu gibi⁶⁹³, klasik haklardan bazıları da devlete pozitif yükümlülük yüklemiştir⁶⁹⁴. Dolayısıyla devletin edimlerinin niteliği ölçütü hakları dar ve yetersiz bir kriter olarak klasik haklarla sosyal hakların temelinde yatan sınıfsal çelişki ve mücadeleleri ortaya koymamaktadır.

Klasik liberal teorinin gerçek özgürlük olarak gördüğü negatif özgürlüklerin temel mantığı bireyin özgürlük alanını devletin müdahalesine karşı korumaktır. Liberal bireyciliğe göre, birey kendi makul çıkarlarını devlet müdahalesi olmaksızın gerçekleştirebilmelidir⁶⁹⁵. Bu iddianın tersine, bireylerin kendilerine bırakılan özel alanlarda devlet müdahalesinden bağışık tutulmalarıyla kendilerini geliştirmelerinin mümkün olmadığının anlaşılması devletin pozitif yükümlülüğü doktrinine dayanak olmuştur⁶⁹⁶.

İnsan hakları sadece liberal ve negatif bakış açısıyla anlaşılamaz bunun yanı sıra insan haklarının sosyal yönü de vardır⁶⁹⁷. Çünkü günümüzde klasik hak ve özgürlüklerin ilk anlaşılış biçimiyle formüle edilmesi ya da yorumlanması mümkün değildir. Bu bağlamda devletin kaçınma yükümlülüğü özgürlüklerin gerçekleşmesini tek başına sağlayamaz çoğu zaman devletin olumlu müdahalesi ile hak ve özgürlük kullanılabilir⁶⁹⁸. Devletin temel hak ve özgürlüklere müdahale etmemesi gerektiği yönündeki yaklaşımı eleştiren *Shue*, negatif statü haklarının da pozitif edimler gerektirdiğini belirtmiştir⁶⁹⁹. *Shue*'ya göre haklar negatif ve pozitif olmak üzere birbiriyle bağıntılı yükümlülükler taşımaktadır⁷⁰⁰.

AİHS, Nazi rejiminin zulmünün ortaya çıktığı I. Dünya Savaşı sonrası 1950 yılında imzalandığında, taraf devletlerin insan haklarını koruma anlayışı oldukça

⁶⁹² Fabre, s. 264; Tanör, Sosyal Haklar, s. 22.

⁶⁹³ Örneğin, grev hakkı, sosyal haklar ve ödevler bölümünde düzenlenmiş olsa dahi devletin bu hak karşısındaki tutumu saygı gösterme yahut müdahale etmeme şeklinde negatif yükümlülüktür. (Tanör, Sosyal Haklar, s. 22).

⁶⁹⁴ Örneğin, basın özgürlüğünün düzenlendiği 28. maddenin ikinci fıkrasında devletin basın ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak tedbirleri alma yükümlülüğünün düzenlenmesi klasik haklar bakımından da devletin pozitif edim yükümlülüğü söz konusudur. (Tanör, Sosyal Haklar, s. 21).

⁶⁹⁵ Fredman, s. 10.

⁶⁹⁶ Bahçeci, s. 517.

⁶⁹⁷ Dröge, s. 383.

⁶⁹⁸ Kaboğlu, Hak ve Özgürlükler, s.

⁶⁹⁹ Shue, Basic Rights, s. 37 vd; Aynı yönde Donnelly, s. 43; Payne, Michael; "Henry Shue on Basic Rights", Essays in Philosophy, A Biannual Journal, Vol. 9, No. 2, June 2008, s. 6.

⁷⁰⁰ Payne, s. 6.

sınırlıydı. İnsan haklarının devlete karşı korunan negatif haklar olduğuna ilişkin liberal yaklaşım, 1930 yıllarında Amerikan yazar R. L. Hale tarafından “kamusal-kişisel dikotomi (public-private dichotomy)” başlığıyla ortaya atılmıştır. Bu yaklaşıma göre bireyler arası ilişkiler devlet eyleminden bağımsız değil aksine devlet tarafından yapılan düzenlemelere bağlıdır⁷⁰¹. Bu görüş pozitif yükümlülüklerin yatay boyutunun kabulüne yol açtı. Bu kabule bağlı olarak da bireylerin diğer bireylerin haklarını ihlal ettiği durumlarda devlet yükümlülüklerini gerçekleştirmesine yönelik farklı metotlar benimsendi. Bu metotlar ya devleti özel kişilerin eylemlerinden sorumlu yapan “state action” doktrini yahut devleti kendi ihmallerinden sorumlu kılan pozitif yükümlülükler doktrini altında incelendi⁷⁰². Böylelikle çok geniş kapsamlı insan hakları koruma anlayışına erişildi⁷⁰³.

Liberal teoride özel hayatın devlet müdahalesine en kapalı alan olarak görülmesi sonucu, devletin özel hayatın korunmasına yönelik bazı yükümlülüklerinin olduğunun kabul edilmesi diğer haklar konusunda devletin pozitif yükümlülüğünün bulunduğu kabulünden daha anlamlı olmuştur⁷⁰⁴. Çünkü klasik hakların üzerine inşa edildiği temel varsayımlardan biri insan haklarının ancak devlet tarafından ihlal edilebileceği idi⁷⁰⁵. Yani klasik liberal bakışla insan hakları sadece devlete karşı sürülebilirdi. Fakat bugün özel hukuk kişilerinin ihlallerine karşı, anayasa kurallarının özel hukuk ilişkilerinde uygulanması yani yatay etki söz konusudur.⁷⁰⁶ Bu bağlamda özel hayatın üçüncü kişiler tarafından ihlali söz konusu olduğunda da devletin yükümlülüğünün doğması sorumluluk ve koruma alanını genişletmiştir. Böylece devlet pozitif edimler yüklenmekle birlikte, insan hakları sorunlarında ihlal eden kimliğinden çok garantör kimliğiyle rol oynayacaktır⁷⁰⁷.

Belirtmek gerekir ki pozitif yükümlülüklerin temelini araştırırken, bireylerin haklarını yalnızca özel kişilerin eylemlerine karşı koruma anlayışında değil, bununla

⁷⁰¹ Dröge, s. 383-384.

⁷⁰² Dröge, s. 385.

⁷⁰³ Dröge, s. 385.

⁷⁰⁴ Bahçeci, s. 515.

⁷⁰⁵ Rand, s. 317-329.

⁷⁰⁶ Barak; s. 13 vd.

⁷⁰⁷ Dröge; 380.

birlikte Sözleşme'deki hakları etkin şekilde koruma yaklaşımında aramak gerekmektedir⁷⁰⁸.

(2) Doğuşu

Devletin pozitif edimini gerektiren haklar kategorisi ilk olarak sosyal haklar ile doğmuştur⁷⁰⁹. Nitekim geçmişte pozitif yükümlülük kavramı, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile kişisel ve siyasi haklar arasındaki farklılıkları vurgulamak için kullanılmıştır⁷¹⁰. Örneğin, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerin, KSHUS kapsamındaki negatif yükümlülüklerin aksine devletin harekete geçmesini gerektiren pozitif yükümlülükler olduğu iddia edilmiştir⁷¹¹. Ancak, bu kesin ayrım artık terk edilmiş, bugün her iki kategorideki hakların da etkili şekilde gerçekleşme ve uygulamasına yönelik olarak devlet tarafından eylemde bulunulması kabul edilmektedir⁷¹². Yani bugün pozitif yükümlülükler insan hakları düşüncesinde değişimi etkilemiştir⁷¹³.

İnsan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasından söz edildiği zaman, uzun süre, devletin hep “negatif”; yani, eski deyiimiyle, “imtina” (el atmama, müdahale etmeme) yükümü düşünöldü ve bu tutum yeter göröldü. Kısaca devlet, bireyi hak ve özgürlük alanı içinde serbest bırakacak; bu alana müdahale etmeyecekti⁷¹⁴. Pozitif yükümlölük doktrini devletlerin sadece bu hakları ihlal etmekten kaçınmalarını öngören klasik koruma ilkelerinden köklü bir kopuşu ifade etmektedir. Bu kuram, devletlerin taahhütlerini pasif kalarak yerine getirdiklerini iddia edemeyecekleri anlamına gelmektedir. Nitekim devletler, hukuki güvence altındaki hakları korumak ve somut bir şekilde etkin olmasını sağlamak için de bazı makul ve uygun önlemler almak zorundadırlar⁷¹⁵.

Günümüzde ise klasik bir hak olarak özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının devletin karışmaması sadece negatif bir tutum takınması ile

⁷⁰⁸ Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 194.

⁷⁰⁹ Dündar Sezer, s. 766.

⁷¹⁰ Borelli, s. 101.

⁷¹¹ Borelli, s. 101.

⁷¹² Borelli, s. 101; Dröge, s. 383; Lienberg, s. 109; Fredman, s. 3; Dijk, s. 17.

⁷¹³ Dröge, s. 383.

⁷¹⁴ Gölcüklü, Pozitif Yüküm, s. 2.

⁷¹⁵ Marguénaud, s. 50.

gerçekleşemeyeceği, tam aksine bazı durumlarda devletin olumlu bir ediminin gerekli olduğu kabul edilmektedir⁷¹⁶. Bu görüş devletin sadece insan haklarını tehdit etmemesini değil, ayrıca hakları garanti altına alma, yasal çerçeve oluşturup bu haklardan yararlanmayı sağlama, bu hakları özel kişilerin ihlallerine karşı koruma ve hakları kullanmak için gerçekçi koşullar oluşturma anlayışına dayanır⁷¹⁷. Bu sebeple pozitif yükümlülük doktrini, ilk olarak insan haklarının devlet dışı aktörlerin ya da bir başka ifadeyle özel kişilerin mühalesine karşı aktif şekilde korunması bağlamında literatürde tartışılmıştır⁷¹⁸. Bu bağlamda Sözleşme ile özel kişilere sorumluluk yüklenemeyeceği için, Strasbourg organlarının bireylerin haklarını diğer bireylere karşı korumak amacıyla taraf devletler için pozitif yükümlülük öngördüğü ileri sürülmüştür⁷¹⁹. AİHS uygulamasında da özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına bir başka birey tarafından yapılan müdahale sonucunda devletin pozitif yükümlülüğü gündeme gelmiştir⁷²⁰.

AİHS'in Roma'da imzaya açıldığı 1950 yılında⁷²¹, devletler Sözleşme'yle kendilerine bugünkü kadar geniş bir sorumluluk yüklenebileceğini öngörmemişti. Sözleşmeciler, Sözleşme maddelerinin ifade tarzından anlaşıldığı üzere sadece “negatif yükümlülük”, yani Sözleşme'deki hakları ihlal etmekten kaçınma yükümlülüğü altına girdiklerini düşünmüşlerdir⁷²². Ancak AİHM önüne getirilen davalarda Sözleşme'yi yorumlamasının ve uygulamasının bir sonucu olarak⁷²³, bugün taraf devletlerin negatif yükümlülüklerinin yanı sıra Sözleşme'deki hakları ve özgürlükleri korumak için olumlu adımlar atma ve gerekli tedbirleri alma yönünde “pozitif yükümlükleri” de vardır⁷²⁴.

⁷¹⁶ Dijk, s. 17; Kaboğlu, Hak ve Özgürlükler, s. 239; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 130; Pekel, s. 41; Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 193.

⁷¹⁷ Dröge, s. 383.

⁷¹⁸ Xenos, s. 19; Clapham, s. 349; Loucaides, s. 90; Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 193.

⁷¹⁹ Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 194.

⁷²⁰ Loucaides, s. 90.

⁷²¹ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 1; Jacobs/White/Obey, s. 4; Glas, Liza R.; The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System, Intersentia Publishing, Cambridge, 2016, s. 18; Bıçak, s. 87.

⁷²² Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 193; Qc Singh, s. 94.

⁷²³ Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 193

⁷²⁴ Starmer, Positive Obligations, s. 139; Qc Singh, Rabinder; “Using Positive Obligations in Enforcing Convention Rights, Hart Judicial Review Conference, 2008, s. 94; Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 193.

Özetle insan haklarının sağlanmasında devletin pozitif yükümlülükleri olduğu anlayışı 18-19. yüzyıllarda mevcut değildi⁷²⁵. Bu anlamda pozitif yükümlülük doktrini 20. yüzyılda insan haklarını etkin koruma düşüncesinin bir tezahürü olarak doğmuştur. Bugün doktrin, bölgesel düzeyde hem Inter-Amerikan⁷²⁶ hem de Afrikan insan hakları sisteminde tartışılmaktadır⁷²⁷. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilk maddesinde⁷²⁸ ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın ilk maddesinde⁷²⁹ pozitif yükümlülükler hukuki dayanağını bulmaktadır⁷³⁰. Ayrıca Afrika Komisyonu SERAC/Nijerya kararında pozitif yükümlülükleri hakların sağlanması için ön koşul olarak tanımlamaktadır⁷³¹.

(3) Kavramın Ortaya Çıkışı

Pozitif yükümlülük kavramı ilk olarak 1968 tarihinde Belçika Eğitim Dili davasında⁷³² ortaya çıkmıştır⁷³³. Kararda Belçika vatandaşı olan başvuruçular, eğitimde kullanılacak olan dili, anadil ve ailelerin yerleşimine göre düzenleyen mevzuat nedeniyle ikamet ettikleri Belçika'nın bazı yerlerinde kullandıkları Fransızca dilinde eğitim yapan okul açılmamış olması, bunun ana babanın dinsel ve

⁷²⁵ Dündar Sezer, s. 766.

⁷²⁶ Melish, Tara J./Aliverti, Ana; "Positive Obligations in the Inter-American Human Rights System", Interights Bulletin, , Vol. 15, No. 3, 2006, s. 120 vd.

⁷²⁷ Olinga, s. 118 vd.

⁷²⁸ Hofstötter, s. 530; Farrior, Stephanie; The Due Diligence Standart and Violence Against Women, Interights Bulletin, Vol. 14, No. 4, 2004, s. 150.

⁷²⁹ Af. İHHŞ madde 1-"Bu Şartın tarafları olan Afrika Birliği Örgütü üyesi devletler, bu Şartta düzenlenen hakları, ödevleri ve özgürlükleri tanıyacak ve bunlara etkinlik kazandıracak yasal yahut diğer önlemleri almayı üstleneceklerdir." Af. İHHŞ hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, M. Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, Belgeleri,C. I, Bölgesel Sistemler, İstanbul Legal Yayıncılık, 2011, s. 969; Af. İHHŞ için bkz. Gemalmaz, Burak; "Afrika İnsan Ve Halkların Hakları Şartı", (<https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2015/05/01-1981-june-27-af-ihhc59f.pdf>), E. T. 15.08.2017).

⁷³⁰ Olinga, s. 118. Af. İHHŞ kapsamında pozitif yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mba, Osita; "Positive obligations under the African Charteron Human and Peoples' Rights: the duty of the Nigerian Government to enact a Freedom of Information Act", Commonwealth Law Bulletin, Vol. 35, No. 2, 2009, s. 215-249.

⁷³¹ Social and Economic Rights Action Center for Economic and Social Rights (SERAC)/Nigeria, Comm. No. 155/96, October 2001, <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/155-96.html>, E.T. 15 Şubat 2016.

⁷³² Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of Languages in Eduction in Belgium", App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 July 1968.

⁷³³ Marguénaud, s. 50; Christoffersen, s. 95 ve 104; Bahçeci, s. 519; Pekel, s. 43; Akandji Kombe, s. 6; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 69; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s.71; Özdek, Yasemin; Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara, TODAİE Yayınları, 2004, s. 149, dp. 44; Boyar, s. 54.

felsefi inançlarına uygun eğitim hakkının ihlali olduğu, anne babalarının ikamet yerine göre eğitim dilinin belirlenmesi nedeniyle Fransızca eğitim veren okullara alınmamanın ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu, ayrıca eğitim nedeniyle alınan tedbirlerin çocukların ailelerinden uzaklaştırılmasına neden olduğundan özel ve aile yaşamını etkilediğini ileri sürmüşlerdir⁷³⁴. 8. maddeye ilişkin olarak ihlal tespitinde bulunmayan AİHM konuya ilişkin Beçika mevzuatının (2 Ağustos 1963 tarihli Kanun'un 7/III. fıkrasının), ek 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesinin birinci cümlesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir⁷³⁵.

Belçika Eğitim Dili davasında AİHS'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesine göre⁷³⁶ taraf devletlerin hiçbir pozitif yükümlülüğünün olmayacağı düşünülebilir zira, Belçika Hükümeti bu yönde tezler öne sürmüştür⁷³⁷. Belçika Hükümeti bu davada devletlerin birer üstlenme, yani bu konuda vatandaşlarına eğitim ve öğrenim sunma yükümlülüğünün olmadığını, sadece bireylerin öğrenim hakkını engellememe yükümlülüğünün olduğunu savunmuştur. Bu bağlamda AİHM'e göre ayrımcılık yasağına ilişkin 14. madde hak ve özgürlüklerin garanti edilmesine yönelik olarak devletlere müdahaleden kaçınma yükümlülüğü yüklemektedir. Ek 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesi ile ilgili olarak da böyle bir durum söz konusudur. AİHM'nin bu davadaki pozitif yükümlülüğü ortaya koyduğu içtihadının gerekçesi Ek 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesinin "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz." şeklindeki negatif formülasyona dayanılarak taraf devletin bu hakkın gerekliliklerinin yerine getirilmesi bakımından hiçbir pozitif yükümlülüğü olmadığı ileri sürülemez⁷³⁸. Aksine Mahkeme'nin görüşü devletin herkese eğitim hakkını sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüğü bulunduğu doğrultusundadır⁷³⁹. Yani AİHS'ne ek 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesinin lafzında devletlere için sadece, olumsuz nitelikli bir yasaklama yasağı

⁷³⁴ Doğru/Nalbant, s. 771.

⁷³⁵ Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of Languages in Education in Belgium", App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 July 1968.

⁷³⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu Protokol madde 2-"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."

⁷³⁷ Çalışkan, s. 301.

⁷³⁸ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 69.

⁷³⁹ Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of Languages in Education in Belgium", App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 July 1968.

söz konusu⁷⁴⁰ olsa da bu gibi hükümlerin doğasından bağımsız şekilde devletin hakka saygı gösterilmesini sağlamaya yönelik hareket etmesi yönünde⁷⁴¹ pozitif yükümlülükler doğabilir. Bunun sebebi bir hak var olduğunda, Sözleşme'nin ilk maddesine göre devletin egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için bu hak güvence altına alınması gerekliliğidir⁷⁴².

AİHM bu kararın ardından sürekli olarak bu kategoriye yeni unsurlar ekleyerek genişletmiş⁷⁴³ ve bunun sonucu bugün Sözleşme'nin standart koyucu hükümleri oluşumları anlamında biri negatif diğeri pozitif olmak üzere ikili bir boyuta sahip olmuştur⁷⁴⁴. Yani pozitif yükümlülük kavramı AİHM içtihatları doğrultusunda karakterize edilmiştir⁷⁴⁵. 1960'lı yılların sonundan bu yana AİHK ve AİHM, Sözleşme'deki temel hakları koruma yükümlülüğünün kapsamını genişleten bir kavram olarak “pozitif yükümlülükler” (positive obligations) kavramını geliştirmektedir⁷⁴⁶. Bu sebeple de AİHM yargılamasında 1970'lerin sonlarına doğru pozitif yükümlülük başvurularını etkileyen doktrinin değerlendirilmesi hem pozitif yükümlülük doktrini ile ilgili güncel tartışmalarının temel esaslarını anlamak hem de bu doktrinin geniş kapsamlı olarak ele alınması açısından gereklidir⁷⁴⁷.

Pozitif yükümlülük doktrini, bugün insan hakları hukukunun modern teorisinin bütünleyici bir parçasını oluşturmakta⁷⁴⁸ ve AİHM yargılamasında önemi gittikçe artmaktadır⁷⁴⁹. AİHK ve AİHM, pozitif yükümlülüklerin kapsamını AİHS'te güvence altına insan haklarını kaynak olarak yargılamalarında geliştirmiştir⁷⁵⁰. Dolayısıyla klasik hakların eski anlayışı yerine artık devlete pozitif bir edim yüklenebileceği AİHM içtihatları doğrultusunda Sözleşme'nin yorumu yoluyla akademik literatürde yerleşmiştir⁷⁵¹. Strasbourg organlarının kararlarıyla

⁷⁴⁰ Çalışkan, s. 302.

⁷⁴¹ Gomien, Donna: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı, (Çev. Serkan Cengiz, Utku Kılınç), İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2008, s. 96.

⁷⁴² Metin, s. 115.

⁷⁴³ Akandji Kombe, s. 6; Şimşek, S., s. 4; Dündar Sezer, s. 773.

⁷⁴⁴ Akandji Kombe, s. 6.

⁷⁴⁵ Starmer, Positive Obligations, s. 159.

⁷⁴⁶ Metin, s. 112.

⁷⁴⁷ Xenos, s. 19.

⁷⁴⁸ Khrystova, s. 110.

⁷⁴⁹ Mowbray, Positive Obligations, s. 229; Klatt, s. 691.

⁷⁵⁰ Dröge, s. 379; Klatt, s. 692.

⁷⁵¹ Dijk, s. 17 vd; Campbell, s. 399; Borelli, s. 101; Khrystova, s. 10; Uygun, Oktay; “İnsan Hakları Açısından Yeni Anayasa Çalışmaları”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2008, s. 333.

yerleşmiş bir ilke niteliği kazanan pozitif yükümlülüklerin⁷⁵² ne Sözleşme’de ne de Strasbourg organları içtihatlarında açık, kesin ve genel bir tanımı bulunmamaktadır⁷⁵³. Fakat bu kavrama ilişkin en zengin ve önemli görüşler yine de AİHM tarafından geliştirilmektedir⁷⁵⁴. Bunun temel sebebi negatif yükümlülüklerin bizzat Sözleşme’den kaynaklanmasına karşın, Sözleşme’de korunan hakların birçoğu açısından pozitif yükümlülüklerin AİHM içtihatlarıyla oluşmasıdır⁷⁵⁵. Dolayısıyla da AİHM, pozitif yükümlülükleri Sözleşme’nin doğasına “içkin” şekilde yorumlamıştır⁷⁵⁶.

(4) Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Kapsamında Pozitif Yükümlülüklere İlişkin İlk Davalar

Mahkeme’ye pozitif yükümlülük doktrinine ilişkin geniş çapta başvuru yapılmasına rağmen, Mahkeme Sözleşme’den pozitif yükümlülüklere ilişkin genel bir teori geliştirmek zorunda olmadığını belirtmiştir⁷⁵⁷. Fakat Mahkeme Sözleşme’deki hakların pratik ve etkili şekilde korunması kapsamında bu haklarla bağlantılı pozitif yükümlülükler geliştirmektedir⁷⁵⁸. Bu sebeple de pozitif yükümlülüklerin gelişimi AİHM içtihatlarından izlenmekte ve bilinmektedir⁷⁵⁹. 8. madde kapsamında özel hayatın ve aile hayatının korunmasında taraf devletlerin keyfi müdahaleleri yasaklayan negatif yükümlülüklerinin, yanı sıra bu hakların fiilen kullanılmasını sağlayan tedbirlerin alınmasını içeren pozitif yükümlülükleri

⁷⁵² Arai-Takahashi, s. 85.

⁷⁵³ Beijer, Malu; “Active Guidance of Fundamental Rights Protection by the Court of Justice of the European Union: Exploring the Possibilities of a Positive Obligations Doctrine”, *Review of European Administrative Law* 2015-2, s. 130; Mowbray, *Positive Obligation*, s. 2; Dröge, s. 381; Arai, *Restrictions*, s. 3349; Campbell, s. 410; Dijk, s. 18; Alves/Gawronski/Stupak, s. 4; Olinga, s. 118; Khrystova, s. 110; Christoffersen, s. 97; Jacobs/White/Obey, s. 100; Khrystova, s. 110; Lazăr, s. 132; Metin, s. 114; Bakırcı, s. 31; Arslan Öncü, s. 48; Şenol, *Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, s. 71; Şimşek, S., s. 3.

⁷⁵⁴ Khrystova, s. 110.

⁷⁵⁵ Şimşek, S., s. 3.

⁷⁵⁶ Campbell, s. 399; Arai, *Restrictions*, s. 348-349; Dijk, s. 18.

⁷⁵⁷ Lavrysen, Laurens; “The Scope of Rights and the Scope of Obligations: Positive Obligations”, *Shaping Rights in the ECHR-The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, (Eds. E. Brems, J. Gerards), Cambridge University Press, New York, 2014, s. 163; Mowbray, *Positive Obligations*, s. 221; Harris/OBoyle/Warbrick, s. 342; Clapham, s. 349; Starmer, *Positive Obligations*, s. 139.

⁷⁵⁸ Mowbray, *Positive Obligations*, s. 221.

⁷⁵⁹ Beijer, s. 127; Harris/OBoyle/Warbrick, s. 342.

söz konusudur⁷⁶⁰. Bu bağlamda Sözleşme organları 8. maddenin doğasında pozitif yükümlülüklerin olduğunu açıkça kabul etmiştir⁷⁶¹. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının etkin şekilde korunması bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin olarak AİHM tarafından karara bağlanan ilk davalar, Marckx⁷⁶², Airey⁷⁶³ ve X ve Y⁷⁶⁴ davalarıdır⁷⁶⁵. Bu üç dava da özel hayata ve aile hayatına etkili saygı bağlamında pozitif yükümlülükler doktrini içtihadına yön vermiştir.

Mahkeme'nin pozitif yükümlülük konusunda en geniş ve zengin içtihat birikimi Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındadır⁷⁶⁶. Bu bağlamda en çok 1979 yılında AİHM'in özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında Marckx ve Airey kararları önem arz etmektedir. Çünkü Marckx and Airey davaları sadece pozitif yükümlülük başvurularına ilişkin içtihatların başlangıcı değildir aynı zamanda bu davaların güncel içtihatlarda keşfedilmeye başlanan geniş ve çok yönlü kapsamı ortaya çıkmıştır⁷⁶⁷. Bu davalarda insan haklarının etkin korunmasına yönelik hem maddi hem de usuli yükümlülükleri içermektedir⁷⁶⁸. Öte yandan her üç davada da Mahkeme Sözleşme'de korunan hakların özel kişiler tarafından ihlali durumunda da Sözleşme'nin dolaylı etkisi sonucu (horizontal effect) devletin pozitif yükümlülüklerinin söz konusu olduğu⁷⁶⁹ ve bu bağlamda sorumluluğunun doğduğu (horizontal dimension) düşünülmeye başlanmıştır⁷⁷⁰.

⁷⁶⁰ Jonathan, s. 405; Kilkelly, s. 35; Heringa/Zwaak, s. 739; Marshall, Personal Identity, s. 39; Doğru/Nalbant, C. II, s. 1; Atak, s. 108; Atak, Songül; "Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler", TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 102; Aynı yönde Dickson/United Kingdom, App. No. 44362/04, 4 December 2007, par. 70. Özellikle aile hayatıyla ilgili olarak bkz. Todorova/Italy, App. No. 33932/06, 13 January 2009, par. 69; Gözüml/Turkey, App. No. 4789/10, 20 January, 2015, par. 44.

⁷⁶¹ Brems, s. 246. AİHM'in Kroon/Hollanda davasında da (Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 31) belirttiği üzere 8. maddenin temel amacı bireyi kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak olmasına rağmen bu maddede korunan değerlere etkili biçimde saygı gösterilmesinin doğasında yatan pozitif yükümlülükler olabilir. (Kilkelly, s. 35).

⁷⁶² Marckx/Belgium, App. No. 6833/74.13 June 1979.

⁷⁶³ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979.

⁷⁶⁴ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985.

⁷⁶⁵ Dröge, s. 379; Khrystova, s. 112.

⁷⁶⁶ Arai-Takahashi, s. 85.

⁷⁶⁷ Xenos, s. 2; Khrystova, s. 113.

⁷⁶⁸ Khrystova, s. 113.

⁷⁶⁹ Jonathan, s. 405.

⁷⁷⁰ Khrystova, s. 112; Dröge, s. 380; Dijk/Hoof, s. 508; Bates, s. 346.

(i) Marckx/Belçika

AİHM, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında pozitif yükümlülük doktrinini ilk kez Marckx davasında⁷⁷¹ uygulamıştır⁷⁷². Mahkeme bu bu kilit davada⁷⁷³ 8. maddenin ilk fıkrasında yer alan ‘saygı’ kavramının taraf devletler üzerindeki pozitif yükümlülüklerin varlığını belirttiğini açıkça tespit etmiştir⁷⁷⁴. Sembolik olma niteliği taşıyan Marckx davasından⁷⁷⁵ bu yana Mahkeme Sözleşme’de düzenlenen neredeyse her hak kapsamında pozitif yükümlülükler benimsemiştir⁷⁷⁶.

Gayrisahih nesepli çocuk ile anne arasındaki hukuki ilişkinin kurulmasını annenin tanıma beyanına veya mahkeme kararına bağlayan Belçika Medeni Kanun hükümleri dolayısıyla gayrisahih nesepli çocuğun annesiyle hukuki ilişkisinin bulunmamasını AİHM, aile yaşamına saygı hakkının ihlali olarak görmüştür⁷⁷⁷. Bu kapsamda aile yaşamına saygının ilgililer arasındaki bağı içerdiği göz önünde bulundurulduğunda anne ile çocuğu arasında doğuştan varolan normal bağların hukuken kurulmasına izin vermenin uygun olduğu yönünde devlete harekete geçme yönünde pozitif yükümlülük yüklemektedir⁷⁷⁸. Ayrıca Mahkeme sahih nesepli çocuk ile gayrisahih nesepli çocuk arasında kanuni mirasçılık yönünden farklı muamele yapılmasını gerektiren herhangi bir makul ve objektif sebep olmadığından 8. maddeyle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının düzenlendiği 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁷⁷⁹. Aynı zamanda Mahkeme 14. madde ışığında, Belçika mevzuatının evli olmayan kadınların çocukları lehine ancak sınırlı şekilde

⁷⁷¹ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 31. Kararın türkçe çevirisi için bkz. Doğru/Nalbant, s. 70.

⁷⁷² Mowbray, Positive Obligations, s. 151; Dijk, s. 18; Bates, s. 335; Xenos, s. 24; Christoffersen, s. 101; Heringa/Zwaak, s. 739; Qc Singh, s. 95; Lavrysen, Scope of Obligations, s. 162; Khrystova, s. 113; Roagna, s. 60.

⁷⁷³ Gomien, s. 96.

⁷⁷⁴ Roagna, s. 60; Kilkelly, Positive Obligations, s. 248.

⁷⁷⁵ Bates, s. 334.

⁷⁷⁶ Lavrysen, Scope of Obligations, s. 162.

⁷⁷⁷ Xenos, s. 24 vd; Dijk, s. 19; Mowbray, Cases, s. 370; Bates, s. 322 ve 324; Gomien, s. 96; Doğru/Nalbant, s. 70; Özman, M. Aydoğan; “Avrupa İnsan Hakları Divanının 1979 Yılında Verdiği Kararlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXXVI, S. 1, 1979, s. 126-127.

⁷⁷⁸ Mowbray, Cases, s. 370; Dijk/Hoof, s. 508; Christoffersen, s. 101; Clements, s. 158.

⁷⁷⁹ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 48.

miras bırakabilmeleri ya da bağış yapabilmeleri düzenlemesini mülkiyet hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlali olarak görmüştür⁷⁸⁰.

Hükümet bu yasa hükümlerinin geleneksel ailenin desteklenmesi için öngörüldüğünü ve yasaların ailenin tam gelişimi sağladığını ve böylece ahlak ve kamu düzenine bağlı objektif ve makul dayanaklar olduğunu belirtmiştir. Mahkeme geleneksel ailenin desteklenmesinin meşru ve takdire değer olduğu ancak bunun gayri meşru ailenin zararına olacak şekilde alınan tedbirlerle elde edilemeyeceğini belirtmiştir. Aynı zamanda gayri meşru ailenin mensuplarının da geleneksel ailenin mensupları ile eşit düzeyde Sözleşme'nin 8. maddesindeki güvencelerden yararlanması gerektiğini belirtmiştir⁷⁸¹.

Mahkeme bu davada Sözleşme hükümleri çerçevesinde pozitif yükümlülüklerin meşruiyeti konusunu muhakeme etmiştir⁷⁸². Ayrıca pozitif yükümlülüklerin kanuniliğini tam olarak sorgulaması da Sözleşme'nin 1. madde hükmüne "içkin" olduğunu belirtmiştir⁷⁸³. Bir başka ifadeyle Mahkeme pozitif yükümlülüklerin kanuni dayanağının ve esasının AIHS'in 1. maddesi olduğuna kanaat getirmiştir. Nitekim Mahkeme'ye göre devlet sadece müdahaleden kaçınmakla yükümlü değildir, bu negatif yükümlülüğüne ek olarak, aile hayatına etkili bir "saygı" hususunda içkin pozitif yükümlülükleri de olabilir⁷⁸⁴. Bu yükümlülük gayrisahih nesepli çocuk ile anne arasındaki bağın kurulmasına yönelik yasal tanımanın sağlanmasına ilişkindir⁷⁸⁵. Dolayısıyla bu kararda çocuğun ailesiyle bütünleşmesine yardım etme konusunda devletin pozitif yükümlülüğünün olduğu bunun evlilik dışı olan çocukları da kapsadığını ve devlet yetkililerinin bu yükümlülüğe uymadıkları durumda Sözleşme'yi ihlal edecekleri belirtilmiştir⁷⁸⁶. Davada gayrisahih nesepli çocukların aileleriyle bütünleşmesini güvence altına alan tedbirlere ilişkin Belçika hukukundaki boşluk ihlalin önlenmesi üzere yasal reform yapılmasını gerektirmektedir⁷⁸⁷.

⁷⁸⁰ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 65.

⁷⁸¹ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 40.

⁷⁸² Bates, s. 335.

⁷⁸³ Xenos, s. 24; Kilkelly, Positive Obligations, s. 249.

⁷⁸⁴ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 31.

⁷⁸⁵ Mowbray, Positive Obligations, s. 228; Bates, s. 335.

⁷⁸⁶ Khrystova, s. 113; Bates, s. 336

⁷⁸⁷ Starmer, Positive Obligations, s. 152.

Aile hayatına etkili saygı hakkı konusunda dikkate değer önemi ve pozitif yükümlülük konusunda çığır açan yargılamasıyla Marckx kararında⁷⁸⁸ “etkililik” kavramı Sözleşme kapsamında birçok farklı pozitif yükümlülüğün sonradan gelişmesini sağlayan bir temel olarak kabul edilmiştir⁷⁸⁹. Devletin herhangi bir müdahalesi olmaksızın da 8. maddenin ihlal edilebileceği anlaşılmıştır⁷⁹⁰.

(ii) Airey/İrlanda

Airey/İrlanda kararı⁷⁹¹ bir kadının alkolik olduğunu iddia ettiği ve kendisini sık sık tehdit ve fiziksel şiddet yoluyla kötü muamaleye maruz bırakan kocasından ayrılma kararından doğmuştur⁷⁹². 1972 yılında, daha önce karısına karşı giriştiği cebir ve şiddet fiillerinden ötürü suçlu bulunan Bayan Johanna Airey’in kocası, aile ikametgahını terk ederek bir daha geri dönmemiştir⁷⁹³.

İrlanda’da evliliğin bozulması yolu ile boşanma mevcut değildir. Bununla beraber eşler, birlikte oturma yükümünden, ya kendi aralarında akdedecekleri bir ayrılık sözleşmesi ile ya da yalnız Yüksek Mahkeme’nin verebileceği bir ayrılık kararı ile kurtulabilmektedir. Fakat İrlanda’da halen ayrılık konusuna ilişkin (medeni haklara yönelik) davalarda adli yardım müessesesi kabul edilmemektedir ve Bayan Airey’in mali durumu bizzat kendisinin dava giderlerini karşılamasına yeterli değildir⁷⁹⁴.

İrlanda hükümeti ise savunmasında başvurucunun Yüksek Mahkeme’ye başvurma hakkının herhangi bir şekilde kısıtlanmamış olduğunu; bütün sorunun, Bayan Airey’in dava giderlerini karşılayamamasından kaynakladığını, fakat bu giderlerin dava kazanıldığı takdirde davalı tarafa da yüklenmesinin mümkün olduğunu; tüm bunlardan ötürü hükümetin sorumluluğunun ileri sürülemeyeceğini⁷⁹⁵; ayrıca, Bayan Airey’in iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını

⁷⁸⁸ Bates, s. 335.

⁷⁸⁹ Mowbray, Positive Obligations, s. 152; Mowbray, Alastair; “The Creativity of the European Court of Human Rights”, Human Rights Law Review, 5:1 2005, s. 72.

⁷⁹⁰ Jonathan, s. 409.

⁷⁹¹ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979.

⁷⁹² Xenos, s. 26; Starmer, Positive Obligations, s. 152.

⁷⁹³ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 8.

⁷⁹⁴ Özman, s. 132.

⁷⁹⁵ Özman, s. 133

yerine getirmediğini⁷⁹⁶; başvurusunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu ileri sürmüştür⁷⁹⁷. Bunula birlikte, Hükümet savunmasında Komisyonun, Sözleşme'nin medeni haklar konusunda herhangi bir adli yardım sağlanmasını öngörmediğini, 6. maddede öngörülen adli yardımının ceza yargılamasına ilişkin olduğunu yönündeki geçmiş içtihatlarına atıfta bulunmuştur⁷⁹⁸.

Bayan Airey'in kişisel durumundan kaynaklanan fiili bir engel, hukuki bir engel gibi Sözleşme'nin ihlaline yol açıp etkili bir biçimde yargı yoluna başvurma gibi, devletin bazı durumlarda bir takım tedbirler almasını gerektirebilir⁷⁹⁹. Mahkeme'ye göre, 6. maddenin 1. fıkrası, herkesin medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin tüm taleplerinin mahkeme önüne getirilmesi hakkını güvence altına almaktadır⁸⁰⁰. Bu durumda 6. maddenin 1. fıkrası, bazı hallerde devlete gerekirse bir baro üyesinin yardımını sağlama yükümlülüğü yükleyebilir⁸⁰¹.

Mahkeme, devletin Airey'in özel veya aile hayatına müdahale ettiği yönündeki iddiaya ilişkin olarak şikayetin özünün devletin eylemlerinden değil, eylemde bulunmada başarısız olmasından kaynaklandığını belirtmiştir⁸⁰². 8. madde temelde kişileri kamu otoritelerinin eylemlerine karşı korumasına karşın, devleti sadece müdahaleden kaçınma zorunda bırakmamakta aynı zamanda bu negatif yükümlülüğünün yanı sıra özel hayata ve aile hayatına etkin şekilde saygı gösterilmesi hususunda içkin pozitif yükümlülükleri de söz konusu olmaktadır⁸⁰³. Nitekim bayan Airey'in mali durumunun yetersizliği ve aynı zamanda adli yardım müessesesinin kabul edilmemiş olması dolayısıyla iç hukuk yollarına başvuramaması Sözleşme hakkı tehlikede olan kişiler için devletin kaynak ve adli yardım sağlama yönündeki pozitif yükümlülüğünü ihlal etmektedir⁸⁰⁴. Özel kişiler arasındaki bu ilişkide devletin pozitif yükümlülükleri psikolojik bütünlüğe yönelik

⁷⁹⁶ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 16 ve 19.

⁷⁹⁷ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 16.

⁷⁹⁸ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 26.

⁷⁹⁹ Özman, s. 135.

⁸⁰⁰ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 22.

⁸⁰¹ Özman, s. 135. Karara karşı oy bildiren Yargıç Evrigenis'in görüşüne göre, Mahkeme nezdindeki gerçekler, 8. maddenin esasının değil onun usule dönük üst yapısına yapılan bir ihlalin olduğunu ve bu nedenle ihlalin Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının kapsamına girip ve emileceğini belirtmiştir. (Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979).

⁸⁰² Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 32.

⁸⁰³ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 32.

⁸⁰⁴ Starmer, Positive Obligations, s. 157.

ihlal vukuunda uygun yaptırım öngören düzenlemeleri kapsamaktadır⁸⁰⁵. Dolayısıyla devlet bu yönde kanuni değişiklik yapmakla mükelleftir⁸⁰⁶.

Marckx and Airey davalarında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının etkili şekilde korunması ilkesi benimsenirken⁸⁰⁷ bu ilke için vazgeçilmez olan pozitif yükümlülüklerin maddi ve şekli kapsamı yine bu kararlarda tamamlanmıştır⁸⁰⁸. Sonuç olarak Mahkeme'nin 1979 yılında yaptığı bu iki yargılamada da hızlı bir şekilde pozitif yükümlülüklerin genel çerçeve ve kapsamını belirlediği anlaşılmaktadır⁸⁰⁹. Bununla birlikte Airey kararında Mahkeme pozitif yükümlülüklerin devlet yetkililerinin özel kişiler arasındaki ilişkide haklara saygı gösterilmesini garanti altına almak üzere dolaylı şekilde mutlak etkisi olduğu sonucuna varmıştır⁸¹⁰. Ayrıca Mahkeme bu kararda madde 6/I kapsamında bazı medeni hukuka ilişkin yargılamalarda hukuki yardım sağlanmasına yönelik pozitif bir yükümlülük kurmak için geliştirdiği 'pratik ve etkili' ifadesini kullanarak⁸¹¹ önemli bir yorum metodu olan dinamik (evolütif) yoruma dayanmıştır⁸¹².

(iii)X and Y/ Hollanda

X and Y davası⁸¹³ zihinsel engelli olan Y'nin 16. yaş gününden bir gün sonra kaldığı özel bakımevinde cinsel saldırıya uğraması ve bizzat kendisinin şikayetçi olamaması nedeniyle kamu davası açılmaması ve babasının da yaptığı şikayetin cinsel saldırının takibi şahsi şikayete bağlı suç olması nedeniyle reddedilmesine ilişkindir⁸¹⁴. Başvurucu olayda mağdurun içinde bulunduğu koşullar sebebiyle cinsel saldırıya karşı ceza hukuku yollarının işletilmesine devlet tarafından imkan

⁸⁰⁵ Xenos, s. 26.

⁸⁰⁶ Clements, s. 158.

⁸⁰⁷ Bates, s. 341; Jacobs/White/Obey, s. 74; Airey davası hakların pratik ve etkili korunması ilkesinin uygulanmasına ilişkin olarak bilinen bir örnektir. (Senden, s. 75).

⁸⁰⁸ Xenos, s. 27.

⁸⁰⁹ Xenos, s. 27.

⁸¹⁰ Dijk, s. 19.

⁸¹¹ Mowbray, The Creativity, s. 72.

⁸¹² Bates, s. 333.

⁸¹³ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985.

⁸¹⁴ Mowbray, Positive Obligations, s. 128; Viljanen, s. 5; Clapham, s. 387; Heringa/Zwaak, s. 739; Jacobs/White, s. 174.

verilmemesini şikayet etmiştir⁸¹⁵. Hükümet ise, cinsel saldırının ceza hukukunda suç olduğu fakat Y'nin kanunda belirtilen başvuru prosedürü gerekliliklerine bağlı olarak bu başvuruda bulunamayacağını⁸¹⁶ bu durumda Y adına medeni hukuk yollarına başvurulabileceğini belirtmiştir⁸¹⁷. Fakat AİHM olayda özel hayata saygının sağlanmasının farklı yollarının olduğunu kabul etmekle beraber medeni hukuka ilişkin tazminin temel değerlerin ve özel yaşamın vazgeçilmez yönlerinin tehlikede olduğu durumlarda yeterli olmayacağını belirtmiştir⁸¹⁸.

Hollanda ceza hukukundaki mevcut boşluk, başvuru hukuki korunma yolunun kapanmasına yol açtığından başvuru fiziksel bütünlüğü ihlal edilmiştir⁸¹⁹. Bunun sonucu devlet, bu kişinin fiziksel bütünlüğünün korunması konusunda pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğinden 8. madde ihlal edilmiştir⁸²⁰.

AİHM'e göre Sözleşme'nin 8. maddesi bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumakla beraber, bu negatif yükümlülüğe ek olarak devletin özel hayata ve aile hayatına etkili şekilde saygı gösterilmesine ilişkin içkin pozitif yükümlülükleri vardır⁸²¹. Nitekim AİHM olayda özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine hükmedip ulusal ceza hukukuna ilişkin pratik ve etkili bir koruma sağlanması gerekliliğine işaret etmiştir⁸²². Bunun üzerine Hollanda, Ceza Kanunu'nun şikayet ile ilgili 65. maddesini değiştiren ve bu durumdaki kişilerin hukuki temsilcilerine de şikayet hakkı veren bir kanun değişikliği kabul etmiştir⁸²³.

Marckx ve Airey kararlarında kısa bir süre sonra iç hukukta 8. maddenin etkili şekilde korunup korunmadığının tartışıldığı⁸²⁴ X ve Y/Hollanda kararında Mahkeme fiziksel ve psikolojik bütünlüğün özel hayatın kapsamında korunduğunu⁸²⁵ ve devletin bu hakları korumada pozitif yükümlülüklerinin

⁸¹⁵ Xenos, s. 23; Khrystova, s. 112; Yourow, s. 102; Doğru/Nalbant, s. 79.

⁸¹⁶ Xenos, s. 23.

⁸¹⁷ Doğru/Nalbant, s. 80.

⁸¹⁸ Leach, s. 124; Starmer, Positive Obligations, s. 147.

⁸¹⁹ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26.03.1985, par. 30.

⁸²⁰ Kilkelly, s. 73.

⁸²¹ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 23; Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 32.

⁸²² Leach, s. 124; Mowbray, The Creativitiy, s. 75.

⁸²³ Doğru, Osman; "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVII, 2000, s. 211.

⁸²⁴ Yourow, s. 102.

⁸²⁵ Dijk/Hoof, s. 503; Jonathan, s. 410.

olduğunu açıklamıştır⁸²⁶. Aynı zamanda X ve Y/Hollanda davasında ilk kez devletin, bir kişinin hakkının bir başka kişi tarafından ihlaline karşı etkili şekilde koruma hususundaki başarısızlığından ötürü dolaylı sorumluluğunun doğduğu kabul edilmiştir⁸²⁷. Mahkeme pozitif yükümlülüklerin bireyler arasındaki ilişkiler alanında özel hayata saygıyı sağlamak için gereken önlemlerin alınmasını da içerdiğini ifade etmiştir⁸²⁸.

3. Pozitif Yükümlülüklerin Kapsamı

a. Teorik Tartışmalar

Özel hayatın ve aile hayatının korunmasında devletlerin pozitif yükümlülüklerinin neler olduğu pozitif hukuk metinlerinde belirtilmez⁸²⁹. Bu sebeple özel hayatın ve aile hayatının korunmasını sağlamak üzere devletin yükümlülüklerinin neler olduğu AİHS'in denetim mekanizması olan AİHM tarafından belirlenmektedir⁸³⁰. Pozitif yükümlülüklerin tam olarak kapsamı yasallık, meşruluk ve oranlılık testlerinin sonucuna dayanacaktır⁸³¹. Nitekim Mahkeme bu testlerin sonucunda ilgili haklardan devletin yükümlülüklerine ulaşacaktır. Pozitif yükümlülüklerle ilişkin bazı tartışmalar ise bu yükümlülüklerin birçok davada potansiyel olarak geniş ve tanımlanmamış şekilde uygulandığı yani ucu açık niteliği iddiasına dayanmaktadır ki bu iddia yerindedir⁸³². Diğer iddia ise Mahkeme'nin kapsamlı şekilde pozitif yükümlülükler yaratması vasıtasıyla Sözleşme'den yeni insan hakları çıkararak "insan hakları enflasyonu" tartışmalarını kapsamaktadır⁸³³. Bu tartışma pozitif yükümlülüklerin simetrik yapısına dayanmaktadır. Yani birey

⁸²⁶ Bates, s. 346; Jonathan, s. 410.

⁸²⁷ Xenos, s. 24; Dröge, s. 380; Starmer, Positive Obligations, s. 149; Mowbray, Positive Obligations, s. 129; Khrystova, s. 113; Qc Singh, s. 95; Bu kategorideki diğer ilgili davalar: Young, James and Webster/United Kingdom, App. No. 7601/76; 7806/77, 13 August 1981; Plattform "Ärzte Für das Leben"/Austria, App. No. 10126/82, 21 July 1988; Powell and Rayner/United Kingdom, App. No. 9310/81, 21 February 1990, Costello-Roberts/United Kingdom, App. No. 13134/87, 25 March 1993; Lopez Ostra/Spain, App. No. 16798/90, 9 December 1994, Osman/United Kingdom, App. No. 87/1997/871/1083, 28 October 1998.

⁸²⁸ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 23.

⁸²⁹ Dündar Sezer, s. 767.

⁸³⁰ Mowbray, s. Positive Obligations, s. 3.

⁸³¹ Lavrysen, Scope Of Obligations, s. 173.

⁸³² Xenos, s. 4.

⁸³³ Letsas, George; A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, New York, 2007, s. 126-130.

için bir hak, devletin hilafına bir yükümlülüğe tekabül etmektedir⁸³⁴. Bizim de görüşünü paylaştığımız *Lavrysen*'e göre insan hakları enflasyonu iddiası Mahkeme yeni insan hakları yaratmayıp aksine mevcut haklardan pozitif yükümlülükler çıkardığından yerinde değildir⁸³⁵. Örneğin, çevre davalarına ilişkin olarak Mahkeme 8. madde kapsamında pozitif yükümlülükler türetmesine rağmen, “sessiz ve temiz çevre hakkı”⁸³⁶, “uyuma hakkı” gibi yeni haklar yaratmamıştır⁸³⁷. Mahkeme iddiaları 8. madde kapsamında özel hayatın ve konutun korunması kapsamında ele alıp⁸³⁸ yorum yoluyla ortaya koymuştur⁸³⁹.

b. Problem Alanı

Mahkeme içtihatlarında “saygı” kavramının açık ve kesin bir anlamının olmadığına belirtilmesi⁸⁴⁰ pozitif yükümlülüklerin kapsamı açısından sorun doğurmaktadır⁸⁴¹. *Dijk* pozitif yükümlülüğün kapsamını “haklardan ve özgürlüklerden etkili yararlanma konusunda gerekli olanlar” şeklinde açıklamıştır⁸⁴². Fakat bu açıklama da pozitif yükümlülüğün kapsamını ortaya koymada yeterli değildir. Nitekim özel hayata ve aile hayatına “etkili” saygı hususu belirsiz olup⁸⁴³, etkililiğin nasıl ve ne zaman başarıldığına karar vermek için kesin ve açık bir kriter de mevcut değildir. Ayrıca etkililiğin gerçekleştirilmesi için neyin gerekli olduğu ilgili hakkın geniş kapsamına yahut davanın ya da durumun gerekçeleri içinde bulunduğu devlete bağlıdır. Bununla birlikte maksimum ve minimum etkililik geniş bir ölçek bulunmakta ve belirli bir haktan etkili yararlanılması için birçok alternatif mevcut bulunmaktadır⁸⁴⁴.

Bu problemler ışığında pozitif yükümlülüklerin kaynağının ve kapsamının Sözleşme’de ifade edilmediği göz önünde bulundurulursa Sözleşmeciler devletler

⁸³⁴ Lavrysen, Scope Of Obligations, s. 173.

⁸³⁵ Lavrysen, Scope Of Obligations, s. 173-174.

⁸³⁶ Hatton and Others/United Kingdom, App. No. 36022/97, 8 July 2003.

⁸³⁷ Gerards, Janneke/Senden, Hanneke; “The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights, I.CON, Vol. 7, October 2009, s. 635-636; Greer, The ECHR, s. 258.

⁸³⁸ Lavrysen, Scope Of Obligations, s. 173; Gerards/Senden, s. 635-636.

⁸³⁹ Greer, The ECHR s. 258.

⁸⁴⁰ Akandji Kombe, s. 37; Kilkelly, s. 36; Pekel, s. 47; Jonathan, s. 406.

⁸⁴¹ Pekel, s. 47.

⁸⁴² Dijk, s. 22.

⁸⁴³ Jonathan, s. 411.

⁸⁴⁴ Dijk, s. 22.

tarafından da Sözleşme onaylanırken bilinçli ve istekli şekilde taahhüt edilmediği sonucuna ulaşılır⁸⁴⁵. Öte yandan bu iki problem alanına bağlı olarak Sözleşme içtihadı uyarınca pozitif yükümlülüklerin hakların kapsamını her geçen gün daha da genişlettiği bilinmektedir⁸⁴⁶. Kanımızca bu durumda pozitif yükümlülüklerin kapsamının belirlenememesi ile hakların kapsamının gün geçtikçe genişlemesi arasında doğru orantılı bir bağın söz konusu olduğu ortadadır.

Pozitif yükümlülüklerin kapsamı kendi işlevleriyle karakterize edilmektedir. Bu bağlamda devletin yükümlülüğü sadece insan haklarını ihlal etmemek değil, aynı zamanda haklara etkinlik sağlamak için pozitif edimde bulunmaktadır⁸⁴⁷. Ayrıca devletin ihlalleri önlemekle ve insanın onurlu bir şekilde yaşaması, maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için her türlü tedbiri de alması gerekir. Örneğin, yetkililerin çevreyi kirletmesi muhtemel bir çöplüğün etrafındaki ikamete izin vermesi, devletin özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını koruma noktasındaki pozitif yükümlüğünü yerine getirmediğini göstermektedir.

c. Haklar Bakımından Koruma Alanı

Devletin pozitif yükümlülüklerinin amacı, temelde bireyleri Sözleşme'deki haklarının ihlaline karşı korumak olduğuna göre, öncelikle Sözleşme'deki hangi haklar bakımından devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu belirlemek gerekir. Bu bağlamda devletin pozitif yükümlülükleri Sözleşme'deki yaşama hakkı

⁸⁴⁵ Dijk, s. 22.

⁸⁴⁶ Dündar Sezer, s. 773.

⁸⁴⁷ Olinga, s. 108.

(m. 2) ⁸⁴⁸, işkence yasağı (m. 3) ⁸⁴⁹, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m. 4) ⁸⁵⁰, özgürlük ve güvenlik hakkı (m. 5) ⁸⁵¹, adil yargılanma hakkı (m. 6), özel ve aile yaşamına saygı hakkı (m. 8) ⁸⁵², düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 9), ifade özgürlüğü (m. 10) ⁸⁵³, dernek kurma ve toplantı özgürlüğü (m. 11) ⁸⁵⁴, evlenme hakkı

⁸⁴⁸ McCann and the Others/United Kingdom, App. No. 18984/91, 27 September 1995, par. 151; Kaya/Turkey, App. No. 158/1996/777/978, 19 February 1998, par. 13; Kurt/Turkey, App. No. 15/1997/799/1002, 25 May 1998, par. 101; Yaşa/Turkey, App. No. 63/1997/847/1054, 2 September 1998, par. 85; Osman/United Kingdom, App. No. 87/1997/871/1083, 28 October 1998, par. 115; Çakıcı/Turkey, App. No. 23657/94, 8 July 1999, par. 82, 86; Mahmut Kaya/Turkey, App. No. 22535/93, 28 March 2000, par. 78; Kılıç/Turkey, App. No. 22492/93, 28 March 2000, par. 62-64; Akkoç/Turkey, App. No. 22947/93 and 22948/93, 10 October 2000, par. 73; Tanrıbilir/Turkey, App. No. 21422/93, 16 November 2000, par. 70; Demiray/Turkey, App. No. 27308/95, 21 November 2000, par. 41; Denizci and the others/Cyprus, App. No. 25316-25321/94 and 27207/95, 23 May 2001, par. 374-375; Pretty/United Kingdom, App. No. 2346/02 29 April 2002, par. 8; Mastromatteo/Italy, App. No. 37703/97, 24 October 2002, par. 67; Vo/France, App. No. 53924/00, 8 July 2004, par. 79; Öneriyıldız/Turkey, App. No. 48939/99, 30 November 2004, par. 89; Makaratzis/Greece, App. No. 50385/99, 20 December 2004, par. 50; Trubnikov/Russia, App. No. 49790/99, 5 July 2005, par. 78; Gongadze/Ukraine, App. No. 34056/02, 8 November 2005, par. 166; Aydın Eren and the others/Turkey, App. No. 57778/00, 21 February 2006; Uçar/Turkey, App. No. 52392/99, 11 April 2006, par. 85; Halit Dinç and the others/Turkey, App. No. 32597/96, 19 September 2006; Tarariyeva/Russia, App. No. 4353/03, 14 December 2006, par. 103; Gaysonava/Russia, App. No. 62235/09, 12 May 2016, par. 119-121.

⁸⁴⁹ Z. and the others/United Kingdom, App. No. 10 May 2001; M.C./Bulgaria, App. No. 39272/98, 4 December 2003, par. 151; Mozer/The Republic Moldova and Russia, App. No. 11138/10, 23 February 2016, par. 100; O'Keeffe/Ireland, App. No. 35810/09, 28 January 2014, par. 144; Murray/Netherlands, App. No. 10511/10, 26 April 2016; par. 111; M. C. and A. C. Romania, App. No. 12060/12, 12 April 2016, par. 122; I. C./Romaia, App. No. 36934/08, 24 May 2016, par. 52.

⁸⁵⁰ Siliadin/France, App. No. 73316/01, 26 July 2005, par. 89, 112; Rantsev/Cyprus and Russia, App. No. 25965/04, 7 January 2010, par. 285.

⁸⁵¹ Nielsen/Denmark, App. No. 10929/84, 28 November 1988; Storck/Germany, App. No. 16 June 2005, par. 92.

⁸⁵² Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979; Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979; X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985; Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 35; W./United Kingdom, App. No. 9749/82, 8 July 1987, par. 60; Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 38; Cossey/United Kingdom, App. No. 10843/84, 27 September 1990, par. 36; B./France, App. No. 13343/87, 25 March 1992, par. 44; Keegan/Ireland, App. No. 16969/90, 26 May 1994, par. 49; Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 31; Ahmut/Netherlands, App. No. 21702/93, 28 November 1996, par. 63; Guerra and the others/Italy, App. No. 116/1996/735/932, 19 February 1998, par. 58; McGinley and Egan/United Kingdom, App. No. 10/1997/794/995-996, 9 June 1998, par. 103; Sheffield and Horsham/United Kingdom, App. No. 31-32/1997/815-816/1018-1019, 30 July 1998, par. 51; M.C./Bulgaria, App. No. 39272/98, 4 December 2003, par. 150; Görgülü/Germany, App. No. 7496901, 26 February 2004; Connors/United Kingdom, App. No. 66746/01, 27 May 2004; Zawadka/Poland, App. No. 23 June 2005; Roche/United Kingdom, App. No. 32555/96, 19 October 2005, par. 157; Chadimova/Czech Republic, App. No. 18 April 2006; Bajrami/Albania, App. No. 12 December 2006; Tysiac/Poland, App. No. 20 March 2007; Aksu/Turkey, App. No. 4149/04 and 41029/04, 15 March 2012, par. 59; Söderman/Sweden, App. No. 5786/08, 12 November 2013, par. 78; M.G.C./Romania, App. No. 61495/11, 15 March 2016, par. 55; M. C. and A. C. Romania, App. No. 12060/12, 12 April 2016, par. 114, 115.

⁸⁵³ Appleby and the others/United Kingdom, App. No. 44306/98, 6 May 2003, par. 49; Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland, App. No. 16354/06, 13 July 2012, par. 51.

⁸⁵⁴ Plattform "Ärzte Für das Leben"/Austria, App. No. 10126/82, 21 July 1988, par. 32; Sibson/United Kingdom, App. No. 14372/88, 20 April 1993; Gustafsson/Sweden, App. No. 15573/89, 30 July 1998, par. 45; Öllinger/Austria, App. No. 76900/01, 29 June 2006, par. 35.

(m. 12)⁸⁵⁵, etkili başvuru hakkı (m. 13), mülkiyet hakkı (1. Prt. m. 1)⁸⁵⁶ve eğitim hakkı (1. Prt. m. 2)⁸⁵⁷ bakımından tartışma konusu olmuştur⁸⁵⁸.

AİHM, Sözleşme'deki hakların etkili şekilde korunmasını sağlamak için klasik haklardan pozitif yükümlülükler geliştirmiştir⁸⁵⁹. Çünkü bütün hak ve özgürlüklerden etkili şekilde yararlanılabilmesi için kamu yetkilileri tarafından pozitif tedbirlerin alınması gerekmektedir⁸⁶⁰. Mahkeme bu konuda özellikle 2., 3., 8., 10. ve 11. maddelerin pozitif yükümlülükler içerdiğini belirtmektedir⁸⁶¹.

Sözleşme'nin temel hükümlerinin tümünde bazı nedenlerle pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinden kaçınılmış ve pozitif yükümlülüklerin kapsamına ilişkin olarak ayrıntılı bir tanımlama yapılmamıştır⁸⁶². *Harris, O'Boyle ve Warbrick* tarafından 8-11. madde kapsamında pozitif yükümlülükler üç kategoride sınıflandırılmıştır⁸⁶³. Bunlar; otoritelerin haktan etkili yararlanmayı sağlamak üzere harekete geçme yükümlülüğü⁸⁶⁴, otoritelerin haktan yararlanmaya diğer kişilerin müdahale etmemesini sağlamak üzere harekete geçme yükümlülüğü⁸⁶⁵, hakların çatışması durumunda otoritelerin haktan yararlanan diğer kişilerin haklarını etkili sağlamak üzere harekete geçme yükümlülüğüdür⁸⁶⁶. Görüldüğü üzere doktrinde pozitif yükümlülükler özetle haklardan etkili şekilde yararlanmayı sağlamak üzere harekete geçme eylemi temelinde ele alınabilir.

Her ne kadar pozitif yükümlülükler pratikte Sözleşme'deki tüm hükümler bakımından tanınmış olsa da⁸⁶⁷ *Dijk*, bir hükümde pozitif yükümlülükleri mutlak

⁸⁵⁵ Johnston and the others/Ireland, App. No. 18 December 1986; Sheffield and Horsham/United Kingdom, App. No. 30 July 1998

⁸⁵⁶ Paduraru/Romania, App. No. 63252/00, 1 December 2005, par. 88.; Zolotas/Greece, App. No. 66610/09, 29 January 2013, par. 39, 40.

⁸⁵⁷ Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of Languages in Education in Belgium", App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 July 1968.; Campbell and Cosans/United Kingdom, App. No. 25 February 1982; Efstratiou/Greece, App. No. 18 December 1996.

⁸⁵⁸ Metin, s. 194-195

⁸⁵⁹ Beijer, s. 129; Metin, s. 120.

⁸⁶⁰ Dijk, s. 32.

⁸⁶¹ Leach, s. 123.

⁸⁶² Beijer, s. 130.

⁸⁶³ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 342.

⁸⁶⁴ Golder/United Kingdom, App. No. 4451/70, 21 February 1975; Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979; Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979.

⁸⁶⁵ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985.

⁸⁶⁶ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 342.

⁸⁶⁷ Larsen, s. 15.

şekilde belirlemeye çabalamanın doğru olmadığına işaret etmektedir⁸⁶⁸. Çünkü *Dijk*, bu durumda bir hüküm kapsamında daha fazla pozitif yükümlülük getirilmesinin önünde herhangi bir engel olmadığını belirtmiştir⁸⁶⁹. Bu bağlamda her bir hak ve özgürlük bakımından mevzuatta pozitif yükümlülüklerin kapsamının ayrıntılı belirlenmesinin nihai amaç olmadığı anlaşılmıştır. Nitekim bu yükümlülüklerin temel amacı Sözleşmesel hakların etkili şekilde korunması olduğuna göre, 8. madde bakımından pozitif yükümlülüklerin mevzuatta tahdîdî şekilde sayılmasının bu yükümlülüklerin kapsayıcı ve kuşatıcı niteliğine zarar vereceğini ve yargı mercilerini sınırlayacağını düşünmekteyiz.

d. Sınırları

Pozitif yükümlülüklerin kapsamı ve sınırları yoruma göre ve ilgili olduğu hakka göre değişebilir⁸⁷⁰. Bu hususta net olan özel hayat ve aile hayatının korunması kapsamında pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinin bu hakkın koruma alanını genişlettiğidir⁸⁷¹. Dolayısıyla AİHS’i yorumlama ilkeleri, oranlılık ilkesi ve yetkilendirmenin sınırlanması düşüncesi dolayısıyla pozitif yükümlülüklerin kapsamının sınırlanmasına yardımcı olabilir⁸⁷². Bu bağlamda pozitif yükümlülüklerin kapsamının ve sınırlarını net şekilde ortaya koymak zor görünse de⁸⁷³ her davada taraf devlete düşen pozitif yükümlülüklerin üç unsuru içerdiği görülmektedir. Bunlardan ilki bir hakkın devlete izafe edilebilir bir eylemden dolayı ihlali, devlet adına yürütülen bir göreve uyulmaması ve son olarak kişilerin haklarını diğer kişilerin müdahalesinden koruma görevinin ihlalidir⁸⁷⁴. Bugün öngörülen, pozitif yükümlülüklerin kapsamı ve sınırlarına ilişkin sorunun çözümünün güç olduğu ve bu sorunun AİHM tarafından verilen birçok kararın konusu olacağıdır⁸⁷⁵.

⁸⁶⁸ Dijk, s. 32.

⁸⁶⁹ Dijk, s. 32.

⁸⁷⁰ Cook, s. 159.

⁸⁷¹ Dündar Sezer, s. 767.

⁸⁷² Dröge, s. 389.

⁸⁷³ Jacobs/White/Obey, s. 102.

⁸⁷⁴ Mowbray, Positive Obligations, s. 226; Olinga, s. 118.

⁸⁷⁵ Dröge, s. 391-392.

Pozitif yükümlülüğün kapsamı kamu otoritelerine imkansız yahut ölçüsüz yük getirecek şekilde yorumlanmamalıdır⁸⁷⁶. Çünkü devletin sorumluluğu kayıtsız şartsız bir sorumluluk değildir⁸⁷⁷. Nitekim devlete yüklenen yükümlülüklerle herşeyi sağlamasını beklemek, onun hiçbir şey yapamaz duruma düşmesine sebep olabilir⁸⁷⁸.

Pozitif yükümlülükleri sınırlayan bir diğer ilke de özen prensibidir. Özen prensibini aşağıda “Hakların Korunmasına Yönelik Tedbir Almak” konu başlığı altında da inceleyeceğimizden burada ayrıntılı bir açıklama yapmayacağız⁸⁷⁹.

e. İçkin Sınırlamalar Doktrini

İçkin sınırlamalar (inherent limitations) her hakkın bünyesinde mevcut olan sınırlamaları ifade etmektedir⁸⁸⁰. İçkin sınırlamalar doktrinin⁸⁸¹ temeli AİHS metninde açıkça ifade edilmemiş olsa da bu doktrin Komisyon ve Mahkeme içtihatlarıyla geliştirilmiştir⁸⁸². İçkin sınırlamalar doktrinine ilk kez K.H.C. davasında başvurulmuştur⁸⁸³. Bu davada Komisyon mahpusun dışarıya mektup yollamasının engellenmesi suretiyle haberleşme hakkının sınırlandırılmasının mahpusun hapis cezasına içkin ve özgürlüğünden yoksun olmasının gerekli bir parçası olduğunu belirterek 8. maddenin ilk fıkrasının ihlal edilmediğine karar vermiştir⁸⁸⁴. Buna karşın AİHM, De Wilde, Ooms ve Versyp⁸⁸⁵ ve Golder davasında⁸⁸⁶ 8. maddenin ikinci fıkrası bağlamında içkin sınırlamalar doktrini

⁸⁷⁶ Ergül, Ergin; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Yolunun Anatomisi, 2015, <https://books.google.com.tr/books?id=, E. T. 15.10.16, s. 84.>

⁸⁷⁷ Akıllıoğlu, s. 289.

⁸⁷⁸ Demir, Fevzi; Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir, 2009, s. 323.

⁸⁷⁹ Bkz. I. Bölüm, III., D., 7., c., (2), i., (2), (ii) başlığı.

⁸⁸⁰ Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması, s. 33.

⁸⁸¹ İçkin sınırlamalar (inherent limitations) ve zımni sınırlamalar (implied limitations) kavramları doktrinde ve bazı içtihatlarda birbirlerin yerine kullanılmaktadır. Arslan Öncü'nün de ifade ettiği üzere bu iki kavram arasında kapsam ve işlev açısından önemli farklılık olduğundan bunların arasındaki ayrımın ortaya konması gerekmektedir. (Arslan Öncü, s. 357).

⁸⁸² Christoffersen, s. 78; Dijk, s. 18; Arslan Öncü, s. 360.

⁸⁸³ Arslan Öncü, s. 361.

⁸⁸⁴ K.H.C/United Kingdom, App. No. 2749/66, 11 July 1967.

⁸⁸⁵ De Wilde, Ooms and Versyp/Belgium, App. No. 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18 June 1971.

⁸⁸⁶ Golder/United Kingdom, App. No. 4451/70, 21 February 1975, par. 37 vd.

reddetse de⁸⁸⁷ daha sonraki kararlarında içkin sınırlamalar doktrini kullanmaya devam etmiştir⁸⁸⁸.

İçkin sınırlamaların bir varyasyonu Strasbourg organlarının 8. madde çerçevesinde pozitif yükümlülüklerin kapsamını değerlendirmesine yönelik yaklaşımında görülür⁸⁸⁹. Arai'ye göre pozitif yükümlülüklerin açık şekilde tanımlanmaması hakların “içkin sınırlara” tabi olduğunu ortaya koymaktadır⁸⁹⁰. Nitekim Sözleşme’de düzenlenen haklardan bazılarına yönelik olarak iç hukukta alınan önlemler o haklara bir müdahale teşkil etmez aksine bu önlemler yoluyla getirilen sınırlamalar o hakların kapsamına içkindir⁸⁹¹. İçkin sınırlamalar Sözleşmesel hakları tâbi oldukları özel hukuki statüleri ya da rejimleri sebebiyle sınırlanan “mahpus”, “asker” gibi belirli bir kategorideki kişilere özgü olarak geliştirilmiştir⁸⁹². Hakkın kapsamına içkin sınırlamalar da doktrinde “zımni sınırlamalar” (implied limitations) olarak nitelendirilse de⁸⁹³ bu iki sınırlama türü arasında ciddi bir fark bulunmaktadır⁸⁹⁴. Hakkın kapsamına ilişkin zımni sınırlar herkes için geçerliyen, içkin sınırlamalar belli statüdeki kişiler için geçerlidir⁸⁹⁵.

Konuyu pozitif yükümlülük doktrini ve 8. madde kapsamında değerlendirecek olursak; bu yükümlülükler teoride herkese yönelik hakkın etkin korunmasını sağlamaya yönelik olmakla birlikte mahpus, transseksüel, homoseksüel çocuk, kadın gibi belli kategorilerdeki kimseler söz konusu olduğunda AİHM’in pozitif yükümlülük tespiti ve vurgusu ön plana çıkmaktadır. Hakkın herkes için geçerli zımni sınırlamaları söz konusu olduğunda ise Mahkeme’nin pozitif yükümlülük tespiti söz konusu olmamaktadır. Zira Mahkeme 8. madde’nin ilk fıkrasında korunan haklardan yararlanılmasına taraf devletin bir müdahalesi olmadığı sonucuna vardığında, bu defa haktan etkin yararlanılmasını sağlayacak tedbirleri alma konusunda pozitif yükümlülüğünün olup olmadığını irdelemektedir. Pozitif yükümlülük doktrini söz konusu olduğunda Mahkeme’nin ikinci fıkradaki

⁸⁸⁷ Christoffersen, s. 78.

⁸⁸⁸ Klamecki/Poland, App. No. 31583/96, 3 April 2003.

⁸⁸⁹ Arai, Restrictions, s. 348.

⁸⁹⁰ Arai, Restrictions, s. 349.

⁸⁹¹ Arai, Restrictions, s. 343.

⁸⁹² Arai, Restrictions, s. 345; Arslan Öncü, s. 361.

⁸⁹³ Christoffersen, s. 78; Arai, Restrictions, s. 343.

⁸⁹⁴ Arslan Öncü, s. 357.

⁸⁹⁵ Arslan Öncü, s. 361.

meşru gerekçeler bakımından bile inceleme yapma zorunluluğu söz konusu değilken 8. madde bakımından zımni sınırlamaların da pozitif yükümlülükler açısından değerlendirilme ihtiyacı doğmamaktadır. Nitekim AİHM de 8. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen sınırlı formülasyonun, zımni sınırlamalara yer bırakmayacağını açıkça belirtmiştir⁸⁹⁶.

Bu bağlamda 8. madde'nin temel amacı “bireyi kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak” olmasına rağmen, Mahkeme, bu maddede korunan hukuki değerlere etkili bir biçimde saygı gösterilmesine ilişkin içkin pozitif yükümlülüklerin de olduğunu belirtmiştir⁸⁹⁷. Dolayısıyla AİHM kararlarıyla yerleşik hale gelen pozitif yükümlülükleri AİHM Sözleşme'nin doğasında var olacak nitelikte yani “içkin” şekilde yorumlamıştır⁸⁹⁸.

f. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Konuya Yaklaşımı

AİHM pozitif yükümlülüğün içeriğini içtihatlarıyla doldururken nasıl yorumlanmaması gerektiğinin de altını çizmiştir. Mahkeme'ye göre pozitif yükümlülük, modern toplumlarda güvenliği sağlamadaki güçlükler, insan davranışlarının önceden öngörülemezliği ve operasyonel tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılmak zorunda oluşu da göz önünde bulundurularak, yetkili makamlara imkansız veya orantısız bir külfet yüklemeyecek içerikte yorumlanmalıdır⁸⁹⁹.

Pozitif yükümlülüklerle ilişkin yargılamalara bakıldığında, pozitif yükümlülüklerin normatif kategori olarak henüz sistematik ve dogmatik analizini yapılmadığı görülmektedir⁹⁰⁰. Plattform “Ärzte Für das Leben”/Avusturya kararı⁹⁰¹ Mahkeme, Sözleşme'den pozitif yükümlülük konusunda genel bir teori

⁸⁹⁶ Golder/United Kingdom, App. No. 4451/70, 21 February 1975, par. 44.

⁸⁹⁷ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 23; Johnston and Others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986, par. 55; Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 31; Keegan/Ireland, App. No. 16969/90, 26 May 1994, par. 49; Gül/Switzerland, App. No. 23218/94, 19 February 1996, par. 38.

⁸⁹⁸ Campbell, s. 399; Arai, Restrictions, s. 348-349; Dijk, s. 18.

⁸⁹⁹ Akkoç/Turkey, App. No. 22947/93, 10.10.2000, par. 78; Hrant Dink/Turkey, App. No. 2668/07, 14 September 2010, par. 65.

⁹⁰⁰ Dröge, s. 379.

⁹⁰¹ Plattform “Ärzte Für das Leben”/Austria, App. No. 10126/82, 21 June 1988, par. 31.

geliştirmek zorunda olmadığını belirtmiştir⁹⁰². Nitekim pozitif yükümlülükler konusunda genel bir teorenin benimsenmemiş olması doğaldır. Çünkü yine Mahkeme içtihatları uyarınca AİHS yaşayan bir metindir⁹⁰³. Sözleşme'nin amaçsal yönü ve çağın koşullarına göre bir devinime sahip olduğu göz önünde bulundurulursa, daha çağdaş ve hakları korumacı yaklaşım sergilemek amacıyla bu konuda genel bir teori benisememesi⁹⁰⁴ ve kendini sınırlamaması yerindedir. Fakat bu noktada içtihatlar yoluyla haklar bazında devletin pozitif yükümlülükleri ortaya konulsa da, hakların öngörülebilirliği açısından sıkıntı doğmaktadır⁹⁰⁵. Öngörülebilirliğin yanı sıra bu sonuç, istikrar yoksunluğuna da sebep olur. Çünkü belirli bir süreklilik arzeden sistem içtihatların öngörülebilir hale gelmesine yardımcı olur. Hukukun üstünlüğüne ve Avrupa insan hakları sistemine güven bu sürekliliğe dayanır. Bu süreklilik taraf devletler ve ulusal mahkemeler tarafından içtihatlarını kabulünün esas koşuludur. Bu sebeple de pozitif yükümlülüklerin normatif olarak analizinin yapılması gereklidir⁹⁰⁶.

İçtihat hukukunun içeriğinde belirtilen pozitif yükümlülüklerle bakıldığında taraf devletlerin bireyleri insan hakları ihlallerinden koruma yükümlülüğü devlet yetkilileri ve özel kişiler tarafından gerçekleştirilen eylemler yahut sığınmacı, tutuklu, özürlü gibi sosyal açıdan hassas durumda olan kimselerle ilgili olarak çok çeşitli şekillerde doğduğu görülmektedir⁹⁰⁷.

4. Pozitif Yükümlülüklerin Hukuki Dayanağı

Pozitif yükümlülüklerin bazıları Sözleşme'deki ifadelerden açıkça anlaşılrsa da (AİHS m. 2., 3., 6., 1. Ek Protokol m. 3), birçoğunun hukuki dayanağını bu ilkelerin birleşimi oluşturmaktadır. Bunlar; 1. madde uyarınca taraf devletlerin

⁹⁰² Dröge, s. 379; Starmer, Positive Obligations, s. 139; Mowbray, Positive Obligations, s. 221, Lavrysen, Scope of Obligations, s. 163; Pekel, s. 42.

⁹⁰³ Tyrer/United Kingdom, App. No. 5856/72, 25 April 1978, par. 31; Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 26; Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 47; Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13. June 1979, par. 41; Cossey/United Kingdom, App. No. 10843/84, 27 September 1990, par. 35.

⁹⁰⁴ Mowbray, Positive Obligations, s. 221.

⁹⁰⁵ Boyar, s. 55; Dröge, s. 379.

⁹⁰⁶ Dröge, s. 379.

⁹⁰⁷ Beijer, s. 130.

kendi yargı yetkisi içinde herkesin Sözleşme'deki haklarını koruması, 13. madde uyarınca Sözleşmede korunan hakların ihlaline karşı etkili kanun yollarının oluşturulması⁹⁰⁸ ve hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulanmasıdır⁹⁰⁹. Özel hayatın ve aile hayatının korunması bağlamında pozitif yükümlülüklerin kaynağı 8. maddenin ilk fıkrasıdır⁹¹⁰.

AİHM'in devlete pozitif yükümlülükler atfetmesinin altında yatan önemli bir diğer neden de, devletin en üstün tüzel kişi ve otorite olarak gerek düzenleyici işlemler gerekse uygulama yolu ile kişiler arasındaki ihtilafları çözebilme yeteneğidir. Bu amaçla gerekli yasal düzenlemeleri yapabileceği dikkate alındığında⁹¹¹, devletin kişilerin özel ve aile hayatının en etkili şekilde korunmasını sağlama amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu sonucuna varmak mümkündür.

a. İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü (AİHS. m. 1)

Sözleşme'nin insan haklarına saygı yükümlülüğü getiren 1. maddesi Sözleşme'nin uygulama kapsamını ve devletin genel yükümlülüklerini ifade etmektedir⁹¹². Devletin genel yükümlülüklerin içeriğini hem negatif hem de pozitif yükümlülükler oluşturmaktadır⁹¹³. Sözleşme'nin 1. maddesi ilk bölümde deklare edilen hak ve özgürlüklerin korunmasını taraf devletler için yerine getirilmesi zorunlu olan bir yükümlülük olarak ilan etmektedir⁹¹⁴. Bir başka ifadeyle Sözleşme'nin 1. maddesinin kendisi ihlal edilemez bir çerçeve hüküm olduğundan⁹¹⁵ bağımsız bir önemi haiz değildir⁹¹⁶. Nitekim bu maddede Sözleşme'nin I. Bölüm'ünde düzenlenen hak ve özgürlüklere atıfta bulunulmuştur.

⁹⁰⁸ Khrystova, s. 111.

⁹⁰⁹ Akandji Kombe, s. Şimşek, S., s. 7.

⁹¹⁰ Gomez-Arostequi, s. 4.

⁹¹¹ Şimşek, S., s. 7.

⁹¹² Fernández Sánchez, s. 27; Lawsen/Schermes, s. 19; Greer, The ECHR, s. 215.

⁹¹³ Jacobs/White/Obey, s. 86; Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 18.

⁹¹⁴ Jacobs/White/Obey, s. 84; Jacobs/White, s. 15; Aynı yönde Arslan, Zühtü; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVII, 2000, s. 275.

⁹¹⁵ Gomien, s. 15.

⁹¹⁶ Campbell, s. 408.

AİHS'ten yola çıkılarak yorum yoluyla pozitif yükümlülüklerin kaynağının neler olduğu tespit edilirken ise dört farklı gerekçeye dayanılabilir. İlk görüş, pozitif yükümlülükleri özgürlüklerin korunmasının nihai amacı olan insan onuruna dayandırmaktadır⁹¹⁷. İkinci görüş, pozitif yükümlülüklerin Sözleşme'deki hakların mahiyetinde bulunan ve bu hak ve özgürlüklerin yapısına mündemiç olduğunu savunmakta ve bu yükümlülüklerin Sözleşme'nin dinamik yorumu yöntemiyle ortaya çıkartıldığını vurgulamaktadır⁹¹⁸. Üçüncü görüş ise, Sözleşme'nin 1. maddesiyle diğer maddeler arasında bağlantı kurmak suretiyle pozitif yükümlülükleri türetmektedir⁹¹⁹. Dördüncü görüş ise Sözleşme'nin 2. ve 13. madde gibi bazı hükümlerinin pozitif yükümlülüklerin doğmasına doğrudan kaynaklık ettiğini savunmaktadır⁹²⁰.

AİHM'in güncel içtihatları göstermektedir ki pozitif yükümlülükler Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan tanıma (güvence altına alma) yükümlülüğünün bir sonucu olarak⁹²¹, Sözleşme'nin diğer maddelerinde düzenlenen maddi hakların birleşiminden doğmaktadır⁹²². Örneğin, özel hayatın ve aile hayatının korunması yükümlülüğü hem 1. maddeden hem de 8. maddeden doğmaktadır⁹²³. Bu sebeple de belli bir haktan kaynaklanan pozitif yükümlülüğün hukuki dayanağına değinilirken hem ilgili hakka hem de 1. maddede düzenlenen tanıma yükümlülüğüne atıf yapılmaktadır⁹²⁴. Bu yönde AİHM'in Türkoğlu/Türkiye kararında⁹²⁵ pozitif yükümlülüklerin hukuki dayanağına 1. madde ve başvuru

⁹¹⁷ Christine Goodwin/United Kingdom, App. No. 28957/95, 11 July 2002, par. 90.

⁹¹⁸ Campbell, s. 411.

⁹¹⁹ Bates, s. 357; Ost, s. 3111.

⁹²⁰ Blau, Kerstin; "Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR am Beispiel des Falles "Vo/Frankreich", ZEuS, Heft 3, 2005. Akt. Metin, s. 118.

⁹²¹ Greer, The ECHR, s. 215.

⁹²² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 50; Arslan Öncü, s. 48; Pekel, s. 43.

⁹²³ Akandji Kombe, s. 8; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 73; Şimşek, S., s. 5.

⁹²⁴ Velu, s. 18.

⁹²⁵ Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 73.

⁹²⁵ "AİHM, içtihadına göre, 2. madde kapsamındaki yaşam hakkının korunması yükümlülüğü, Devlet'in 1. madde kapsamında genel görevi olan "kendi sınırları kapsamındaki herkese AİHS'de tanımlanan hak ve özgürlükleri tanınması" 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 merciye ölümle ilgili resmi bir başvuru yapıp yapmadığı da kesin değildir. Makamlara başvuranın kocasının ölümünün bildirilmesi gerçeği, AİHS'in 2. maddesi kapsamında, ölüm şartlarına yönelik etkin bir soruşturma yapılması yükümlülüğünü ipso facto olarak doğurur..." (Türkoğlu/Turkey, App. No. 34506/97, 17 March 2005, par. 119; Aynı yönde Tanrıkulu/Turkey, App. No. 23763/94, 8 July 1999, par. 101 ve 103).

konusu ilgili hak ile birlikte yorumlanarak ulaşılmıştır. Ayrıca 8. maddede özel bir dil ve vurgu kullanılarak sadece hak değil hakka *saygı* koruma altına alınmıştır. Bu vurgu da 8. madde anlamında pozitif yükümlülüklerin kaynağı olarak değerlendirilebilir⁹²⁶.

Taraf devletlerin hakları ve özgürlükleri korumak üzere bilinçli şekilde Sözleşme'ye bağlanması⁹²⁷ ve pozitif yükümlülüklerin 1. madde çerçevesinde Sözleşme içeriğine dahil edilmesi sonucu taraf devletlere belirli ölçüde örgütsel ve finansal anlamda külfetli yükümlülükler dayatılmıştır⁹²⁸. Bu bağlamda Sözleşme'nin tümüne egemen olan dayanışma (solidarity) ve Sözleşme'nin uygulanmasında temel olan yerindenlik (subsidiarity) ilkesi⁹²⁹ gündeme gelmektedir. Dayanışma ilkesi ile Sözleşme'ye taraf tüm devletlerin iç hukuklarında hakların etkili korunmasını taahhüt etmelerini, yerindenlik ilkesi ile Sözleşme'de korunan haklar ihlal edildiğinde Strasbourg Organlarının rolünün ulusal makamlara nazaran ikincil olduğu belirtilmektedir⁹³⁰. Yerindenlik ilkesi, Mahkeme'nin bakış açısıyla taraf devletlerin AİHS kapsamında hakların ve özgürlüklerin korunmasında yükümlülükler uymasını ifade etmektedir⁹³¹. Hatta bu ilke hak ve özgürlüklerin korunmasında devletlerin pozitif eylemde bulunmasıyla da bağlantılıdır⁹³². Devletin 1. maddeden doğan sorumluluğu ise bu çerçevede değerlendirilmektedir.

Taraf devletlerin insan haklarına saygı yükümlülüğünde sorumluluk sınırlarını çizen Sözleşme'nin 1. maddesi hak ve özgürlüklere atıf yaparken bunların negatif ya da pozitif niteliğine ilişkin herhangi bir açıklamada bulunmamıştır⁹³³. Sözleşme'nin 1. maddesiyle I. Bölüm'de belirtilen hak ve özgürlüklerin korunmasında hangi koşulların arandığı ve 1. madde ile esasında hangi sonucun amaçlandığı açık değildir⁹³⁴. Sözleşme'yi yazarlar tarafından bu bölümde düzenlenen hakların öncelikle negatif yükümlülükler içerdiği düşünülmüştür.

⁹²⁶ Qc Singh, s. 95.

⁹²⁷ Dijk/Hoof, s. 3.

⁹²⁸ Beijer, s. 130.

⁹²⁹ Glas, s. 24; Petzold, Herbert; "The Convention and the Principle of Subsidiarity", The European System for the Protection of Human Rights, (Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 59.

⁹³⁰ Jacobs/White/Obey, s. 84; Petzold, s. 61.

⁹³¹ Christoffersen, s. 360; Glas, s. 24; Greer, The ECHR, s. 216.

⁹³² Petzold, s. 55.

⁹³³ Campbell, s. 408.

⁹³⁴ Harris/O'Boyle/Wabrick, s. 18 vd; Dijk, s. 18.

Dolayısıyla Sözleşme’yi yazanlar tarafından negatif yükümlülük içeren hükümlerin pozitif yükümlülükler de içerebileceği tahmin edilmemiştir⁹³⁵. Aynı doğrultuda Sözleşme’yi yazanlar 1. maddenin taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerine de işaret edebileceği ihtimalini gözetmemişlerdir. Nitekim hükümde buna ilişkin herhangi bir ifade de mevcut değildir⁹³⁶. Bu sebeple de pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkması 1. maddenin düzenlenmesini hemen takip etmemiştir⁹³⁷. Pozitif yükümlülükler ihlal edilen hakkın niteliğine göre bu hakkın bireyler tarafından etkin şekilde kullanılabilmesi doğrultusunda taraf devletlerin ne gibi sorumlulukları olduğu göz önünde bulundurularak Mahkeme tarafından her somut olayda günün şartları uyarınca yorumlanarak ortaya çıkmıştır⁹³⁸. Bu bağlamda 1. maddenin yorumlanmasının sonucu olarak Strasbourg organları içtihatlarıyla pozitif yükümlülüklerle ulaşılmıştır⁹³⁹.

Pozitif yükümlülükler en temel hukuki dayanağını AİHS’in 1. maddesindeki *“Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar”* ifadesinde bulmaktadır⁹⁴⁰. Zira maddenin İngilizce metninde yer alan

⁹³⁵ Campbell, s. 408; Dijk, s. 18.

⁹³⁶ Dijk, s. 18.

⁹³⁷ Campbell, s. 408; Dijk, s. 18.

⁹³⁸ Bakırcı, s. 31; Boyar, s. 55; Pekel, s. 42.

⁹³⁹ Fernández Sánchez, s. 30.

⁹⁴⁰ Akandji Kombe, s. 8; Beijer, s. 130; Lavrysen, Scope of Obligations, s. 162; Viljanen, s. 1; Clapham, s. 354; Fernández Sánchez, s. 36; Metin, s. 116; Uslu/Güner, s. 313; Bakırcı, s. 31; Arslan Öncü, s. 48; Bahçeci, s. 518; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 72; Soyer Güleç, Sesim; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Etkinliği ve Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi”, DEÜHF Dergisi C. XV, Y. 2013, Özel S., 2014, s. 1395; Şimşek, S., s. 3; Bölgesel düzeyde insan haklarının korunmasına ilişkin olarak buna paralel şekilde bir düzenleme örneği olarak Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1. maddesi şöyledir: “Bu Sözleşmenin tarafı Devletler, burada tanınan haklara ve özgürlüklere saygı göstermeyi ve kendi yargı yetkilerine tabi tüm kişilerin, söz konusu haklar ve özgürlükleri, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer görüş, ulusal ya da sosyal köken, ekonomik statü, doğum ya da herhangi bir başka sosyal koşul gerekçeleriyle hiçbir ayrımcılık yapılmaksızın, özgürce ve tam olarak kullanabilmelerini temin etmeyi, üstlenirler.” Hüküm, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf devletlerin, Sözleşme’de güvence altına alınan haklara saygı göstermekle birlikte bu hakların özgürce ve tam olarak kullanılmasını temin etmek yükümlülüğünün olduğunu belirtmektedir. (Uslu/Güner, s. 313); Sözleşme’nin denetim organı olan Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf devletlerin, insan haklarına saygı gösterme ve insan haklarının kullanılmasını sağlama yükümlülüklerini “Velasques Rodriguez Honduras” davasında 1988 yılındaki içtihadı ile ortaya koymuştur. (Melish/Aliverti, s. 120). Bu davada Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nde tanınan haklara ve özgürlüklere saygı gösterme yükümlülüğünü, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi “... devletin söz konusu ihlali, gereken özeni göstererek önlemediği ya da Sözleşmenin gerektirdiği şekilde ihlale karşı tavır koymadığı için o devlet sorumlu tutulabilir” şeklinde yorumlamıştır. Taraf devletlerin, hakların ve özgürlüklerin kullanılmasını sağlama yükümlülüğünü ise “Devlet herhangi bir hak ihlalinin engellemek üzere makul önlemler almak ve kendi yargı yetki alanlarında gerçekleşen ihlaller

“secure”⁹⁴¹ (koruma) ifadesiyle taraf devletlerin Sözleşme ve Ek Protokollerinde düzenlenmiş bulunan hak ve özgürlüklere müdahaleden kaçınmanın ötesine geçerek onları koruma yönünde pozitif bir yükümlülük üstlenmeleri olarak yorumlanmaktadır⁹⁴². Yani bu ifade, opsiyonel bir durumu değil kesin bir zorunluluğu ifade etmektedir⁹⁴³. Fakat Sözleşme’nin Fransızca metninde⁹⁴⁴ “secure” ifadesi yerine İngilizce karşılığı “recognise” (tanımak) olan “reconnaissent” ifadesi kullanılmıştır. Bu iki ifade arasında devletin yükümlülükleri açısından önemli bir fark vardır⁹⁴⁵. Çünkü taraf devletlerin kendi yetki alanları içinde bulunan herkese Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri “recognise” (tanır) ifadesi zımnen yapmama yani negatif yükümlülükleri içermekte, “secure” (korur) ifadesi ise zımnen yapma yani pozitif yükümlülükleri içermekte ve üçüncü kişilerin Sözleşme’de korunan haktan yararlanılmasını engellememesi yönünde geniş kapsamlı yükümlülükler içermektedir⁹⁴⁶. Bu nedenle de Sözleşme’nin bazı Türkçe çevirilerinde⁹⁴⁷ ve resmi çevirisinde⁹⁴⁸ karşılaştığımız “tanırlar” ifadesi pozitif yükümlülükleri kapsamadığından bu hususta daha kapsayıcı ve kuşatıcı çeviri olan ve doktrinde daha sık kullanılan “yararlanmalarını sağlarlar” çevirisini daha yerinde buluyoruz.

AİHM ve AİHK kararlarında da Sözleşme’nin 1. maddesindeki devletin haklardan yararlanmayı sağlama ödevinin taraf devletlere yalnızca negatif

hakkında ciddi soruşturma yürütmek, sorumluları tespit etmek, bunlara uygun cezalar vermek, mağdura yeterli tazminat ödemek yasal ödevi altındadır” diyerek belirtmiştir. Böylelikle Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 1. ve 2. madde ile devletlere haklara saygı gösterilmesi yükümlülüğü ve hakların vatandaşları tarafından kullanılmasını sağlama yükümlülüğü yüklemiştir. (Gemalmaz, s. 2134; Melish/Aliverti, s. 120). İnsan haklarını bölgesel düzeyde koruma modeli olarak Inter-Amerikan sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Harris, D.; “Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement”, The Inter-American System of Human Rights, (Eds. Harris, D., Livingstone, S.), Clarendon Press Oxford, New York, 1998.

⁹⁴¹ Sözleşme’nin İngilizce metni madde 1-“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”

⁹⁴² Qc Singh, s. 95; Fernández Sánchez, s. 29.

⁹⁴³ Batum, Süheyl; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Kavram Yayınları, 1996, s.22. Arslan, Uyum Sorunu, s. 275.

⁹⁴⁴ Sözleşme’nin Fransızca metni madde 1 “Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention.”

⁹⁴⁵ Fernández Sánchez, s. 29.

⁹⁴⁶ Fernández Sánchez, s. 29-30.

⁹⁴⁷ “Sözleşme’nin Türkçe çevirisi madde 1-“Yüksek Sözleşmeci Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar.”

⁹⁴⁸ Sözleşme’nin resmi çevirisi madde 1-“ “Yüksek Âkîd Taraflar kendi kaza haklarına tabi her ferde işbu Sözleşmenin birinci faslında tarif edilen hak ve hürriyetleri tanırlar.” (RG. T. 19.03.1954, S. 8662).

yükümlülükler değil, aynı zamanda pozitif yükümlülükler de yüklediği yerleşik bir içtihat haline gelmiştir⁹⁴⁹. Sözleşme'nin insan haklarına saygı yükümlülüğü getiren ilk maddesi dolayısıyla Sözleşme taraf devletlere sadece bireyin hak ve özgürlük alanına müdahale etmemeyi değil, buna ek olarak bunların fiiliyatta kullanılmasını sağlamaya yönelik tedbirlerin de alınması gerektirmektedir⁹⁵⁰. Dolayısıyla pozitif yükümlülükler Sözleşme'nin 1. maddesinden kaynaklanan devletin egemenliği altında bulunan kişileri koruma görevinin doğal bir sonucudur⁹⁵¹. Bu doğrultuda doktrinde savunulduğu üzere Sözleşme'nin 1. maddesi hakların sadece kamu otoritelerinin müdahalelerine karşı değil, diğer bireylerin müdahalelerine karşı da korunma yükümlülüğüne dayanak gösterilerek⁹⁵² yatay etki doktrinine de temel sağlar⁹⁵³.

b. Etkili Başvuru Hakkı (AİHS. m. 13)

Doktrinde Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında pozitif yükümlülük, devletlerin kendi yetki alanları içindeki herkes için Sözleşme haklarını güvence altına almasını gerektiren etkin koruma ilkesine yani 13. ve 1. madde'ye dayandırılmaktadır⁹⁵⁴. AİHM ise her iki maddeyi pozitif yükümlülüğü güçlendirici bir zemin olarak kullanmıştır⁹⁵⁵. Çünkü Sözleşme'deki hakların teoride korunmasının ötesine geçilip, uygulamada da etkili korunması ilkesi⁹⁵⁶ ve bu amaca yönelik olarak devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin denetlenmesine 13. madde dayanak olmuştur. 13. madde bir ihlal gerçekleştiğinde

⁹⁴⁹ Jacobs/White/Obey, s. 100; Fura, s. 72; Yıldırım, Sosyal Haklar, s. 1153; Bakırcı, s. 31; Çoban, Ali Rıza; “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, AÜHFD, C. LVII, S. 3, 2008, s. 206. Bu içtihatı örnek olarak İlaşçu ve diğerleri kararında AİHM bir taraf devletin Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca verdiği taahhütlerin, garanti edilen hak ve özgürlüklerden yararlanmaya müdahale etmekten kaçınma yükümlülüğüne ek olarak, bu hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesini sağlayacak uygun adımları da içerdiğini belirtmiştir. (İlaşçu and others/Moldova and Russia, App. No. 4887/98, 8 July 2004, par. 313).

⁹⁵⁰ Jacobs/White/Obey, s. 86; Gölcüklü, Pozitif Yüküm, s. 3.

⁹⁵¹ Akandji/Kombe, s. 8; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 72.

⁹⁵² Janis/Kay/Bradley, s. 398; Lawsen/Schermer, s. 19.

⁹⁵³ Dijk/Hoof, s. 23; Clapham, s. 350.

⁹⁵⁴ Greer, The ECHR, s. 216; Viljanen, s. 2; Beijer, s. 130; Khrystova, s. 111; Dijk/Hoof, s. 25; Greer, The ECHR, s. 215; Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 342.

⁹⁵⁵ Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 194.

⁹⁵⁶ Glas, s. 28 ve 30; Doğru, s. 194; Metin, s. 118; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 71; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 69.

sadece tazminat ödemekle kalmayıp aynı zamanda cezai kovuşturmalara yol açacak etkili bir soruşturmayı da içermektedir⁹⁵⁷.

Sözleşme hükümlerinin uygulanması öncelikle ulusal otoritelere ve mahkemelere dayansa da ulusal prosedürün elverişsiz, kanun yolunun yetersiz yahut mağdur tarafından sonucun tatmin edici olmadığı durumlarda Sözleşme'nin denetim sistemi devreye girmektedir⁹⁵⁸. Bu minvalde de denetim Sözleşme'nin 13. maddesine dayanılarak yapılmaktadır⁹⁵⁹. Dolayısıyla esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerin hayata geçmesini sağlayan lokomotif etkili başvuru hakkının doğrudan kendisidir. Ayrıca etkili başvuru hakkı Sözleşme'de doğrudan korunmasının ötesinde diğer hak ve özgürlüklere ilişkin pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini denetim ve kontrolde başvuru hukümlerinden biridir. Nitekim *Dröge* de 13. maddenin devlet müdahalesine karşı koruyucu garanti ve pozitif yükümlülükler için uygulama garantisi olduğunu belirtmiştir⁹⁶⁰.

c. Hakların Etkili Korunması İlkesi

AİHM pozitif yükümlülükler konusunda açıkça herhangi bir normatif standart geliştirmeyi reddetse de⁹⁶¹, 8. madde'nin esas amacının "*bireyi kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak*" olduğunu fakat bu maddenin içindeki değerlere etkili bir biçimde saygı gösterilmesinin doğasında yatan pozitif yükümlülüklerin de olabileceğini belirtmiştir⁹⁶². Mahkeme yargılamasında pozitif yükümlülüklerin geliştirilmesinde güvence altına alınan hakların etkili korunması ilkesini sağlamayı aramaktadır⁹⁶³. Dolayısıyla ilke AİHM içtihatlarıyla oluşmuş olup, doktrinde de benimsenmiştir. 8. madde kapsamında hakların etkili korunması, devlet tarafından hakların hem pratik hem de etkili olduğunu garanti altına alacak faaliyetleri gerektirir⁹⁶⁴.

⁹⁵⁷ Starmer, Positive Obligations, s. 156; Russell, s. 284.

⁹⁵⁸ Dijk/Hoof, s. 5.

⁹⁵⁹ Dijk/Hoof, s. 5-6.

⁹⁶⁰ Dröge, s. 383.

⁹⁶¹ Russell, s. 283.

⁹⁶² Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 31.

⁹⁶³ Mowbray, Positive Obligations, s. 186; Russell, s. 283.

⁹⁶⁴ Russell, s. 283.

Mowbray tarafından vurgulandığı üzere de pozitif yükümlülüklerin yargı kararlarıyla tanınmasının genel gerekçesi Sözleşme’deki hakların “pratik ve etkili” olmasının sağlanmasıdır⁹⁶⁵. 8. maddeye ilk bakışta hakların korunması amacıyla devlet tarafından pozitif tedbirlerin alınması yönünde bir sonuç çıkmasa da devletin bir bireyin aile ve özel hayatına keyfi olarak negatif müdahale etmemesi yükümlülüğünün yanı sıra, 8. maddede belirtilen hakları korumak üzere pozitif yükümlülükleri de söz konusudur⁹⁶⁶ ve buna ilgili hakların etkili korunmasına ilişkin bir sistemin oluşturulması da eklenebilir⁹⁶⁷. Mahkeme de 8. madde kapsamında korunan haklara ulusal otoritelerin etkili şekilde saygı göstermeleri amacıyla pozitif yükümlülük doktrinini kullanmaktadır.⁹⁶⁸ Hakların etkili korunması, haklara yönelik alınan tedbirlerin mantıklı ve belirli amaçlarının olmasını ve alınan tedbirlerin nedeni ile kullanılan araç arasında nedensel ilişkinin mevcut olmasını gerekli kılar⁹⁶⁹. Söz konusu pozitif yükümlülükler ayrıca, haklara getirilen olası kısıtlamaların oranlılığını etkin şekilde değerlendirmeye imkân veren bir adli ve icra mekanizması⁹⁷⁰ kuran mevzuat çerçevesinin oluşturulmasının yanı sıra gerektiği takdirde özel tedbirlerin alınmasını da içermektedir⁹⁷¹.

d. Hukukun Üstünlüğü İlkesi

AİHM’in hukukun üstünlüğüne saygının ve idarenin keyfi eylemlerine karşı hukukun üstünlüğü korumasının sağlanması Sözleşme’nin genel işleyişini ortaya koymaktadır⁹⁷². Bu çok temel husus Mahkeme’nin standart değerlendirmelerinin tamamındaki görüşünü belirtmektedir⁹⁷³.

⁹⁶⁵ *Mowbray*, s. 221; *Klatt*, s. 693.

⁹⁶⁶ *Jonathan*, s. 405; *Kilkelly*, s. 35; *Heringa/Zwaak*, s. 739; *Marshall*, *Personal Identity*, s. 39.

⁹⁶⁷ *Taliadorou and Stylianou/Cyprus*, App. No.39627/05 ve 39631/05, 16 October 2008, par. 49,

⁹⁶⁸ *Heringa/Zwaak*, s. 739.

⁹⁶⁹ *Gerards, Janneke*; “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights”, *International Journal Of Constitutional Law International Journal Of Constitutional Law*, Oxford University Press, *ICON*, Vol. 11 No. 2, 2013, s. 478.

⁹⁷⁰ *Taliadorou and Stylianou/Cyprus*, App. No.39627/05 ve 39631/05, 16 October 2008, par. 55

⁹⁷¹ *X and Y/Netherlands*, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 23; *Tysiac/Poland*, App. No. 5410/03, 20 March 2007, par. 110; *Gözüm/Türkiye*, App. No. 4789/10, 20 January, 2015, par. 44.

⁹⁷² *Korff*, s. 1.

⁹⁷³ *Korff*, s. 1.

Pozitif yükümlülüklerin bir diğer dayanağı; Sözleşme'nin tamamına hakim olan⁹⁷⁴, Mahkeme'nin demokratik bir toplumun en temel ilkelerinden biri olarak gördüğü⁹⁷⁵ ve Sözleşme'nin tüm maddelerinin özünde yer aldığını kabul ettiği hukukun üstünlüğü ilkesidir⁹⁷⁶. AİHM, Sözleşme'nin başlangıç kısmında belirtilen hukukun üstünlüğü ilkesi⁹⁷⁷ anahtar bir ilke olarak⁹⁷⁸ pozitif yükümlülük doktriniyi açıklarken kullanmaktadır⁹⁷⁹.

Özel hayatın korunması kapsamında polis tarafından telefon konuşmalarının kaydedilmesine ilişkin Malone/United Kingdom kararında⁹⁸⁰ Mahkeme hukuka uygunluğun sadece ulusal ve uluslararası hukuka uygunluğu değil aynı zamanda hukukun üstünlüğü ilkesine uygun şekilde yasanın kalitesini de içerdiğini belirtmiştir⁹⁸¹. Taraf devletin pozitif yükümlülüklerin değerlendirildiği bu kararda Mahkeme hukukilik değerlendirmesini hukukun üstünlüğü ilkesi bağlamında yapmıştır.

5. Pozitif Yükümlülüklerin Kaynağı

Hukuki dayanaklarını Sözleşme'nin 1. ve 13. maddesinde bulan pozitif yükümlülüklerin kaynağı normatif ya da içtihadi olabilir. Sözleşme'deki bazı hakların niteliği gereği negatif yükümlülük baskın iken bazı hakların içeriğinde doğrudan pozitif yükümlülük söz konusudur.

Normatif kaynakta yani Sözleşme'deki herhangi bir hükümde doğrudan negatif yükümlülükler düzenlenmişse, bu hakka ilişkin pozitif yükümlülüklerin kaynağı içtihadi olmaktadır. Bu bağlamda AİHM her hak bakımından somut olayı göz önünde bulundurarak devletin hakkın tanınması, korunması ve sağlanması konusundaki yükümlülüklerini içtihatlarla belirginleştirmektedir.

⁹⁷⁴ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 129.

⁹⁷⁵ Golder/United Kingdom, App. No. 4451/70, 21 February 1975.

⁹⁷⁶ Akandji Kombe, s. 9.

⁹⁷⁷ García Roca, s. 22.

⁹⁷⁸ Reid, s. 63.

⁹⁷⁹ Şirin, s. 382; Bu yönde Matheus/France, App. No. 62740/00, 31 March 2005, par. 69.

⁹⁸⁰ Malone/United Kingdom, App. No. 8691/79, 2 August 1984.

⁹⁸¹ García Roca, s. 20.

a. Normatif Kaynak

Pozitif yükümlülüklerin normatif kaynağı AİHS’te düzenlenen hak ve özgürlüklerdir. Çünkü pozitif yükümlülüklerin birçoğu açık ya da zımni olarak Sözleşme ya da Ek protokollerden doğmaktadır⁹⁸². Mahkeme pozitif yükümlülükleri normatif olarak 2(1)., 3., 6. ve Ek 1. Protokolün 3. maddelerindeki düzenlemelerden çıkarmaktadır⁹⁸³.

AİHS’in 8. maddesi pozitif yükümlülüğe ilişkin açık bir normatif kaynak içermemektedir. Fakat 8. maddenin ikinci fıkrasındaki “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” ifadesinden zımni şekilde devletin özel hayatı ve aile hayatını kanunla koruma yükümlülüğü olduğu sonucuna ulaşılabilir. Özel hayatın ve aile hayatının korunması devletin usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesini de gerektirdiğinden bu durumda AİHM 6. maddesinin amacını etkin kılabilme gerekmektedir. AİHS’in 6. maddesinin üçüncü fıkrasında⁹⁸⁴ düzenlenen adli yardım hakkı ise pozitif yükümlülüğün normatif kaynağına açık bir örnek teşkil etmektedir⁹⁸⁵. Nitekim hükümde sanığa karşı devletin pozitif yükümlülükleri açıkça belirtilmiştir⁹⁸⁶. Bu bağlamda suçlamadan anladığı dilde ve ayrıntılı şekilde haberar edilmek, savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak, tercümanın yardımından ve avukat yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek hususunda devletin normatif kaynaklı pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır.

⁹⁸² Örneğin; yaşamı kanunla koruma yükümlülüğü, cezaevlerinde insani koşulların sağlanması, mahmeye başvuru hakkı, adli yardım, tercüman yardımı, serbest seçimlerin düzenlenmesi. (Starmer, *Positive Obligations*, s. 139; Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 19; Boyar, s. 54).

⁹⁸³ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 19.

⁹⁸⁴ AİHS madde 6-(3)“a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

⁹⁸⁵ Arslan Öncü, s. 48.

⁹⁸⁶ Arslan Öncü, s. 48.

b. İctihadi Kaynak

Bireyin korunmasını etkin kılma kaygısı AİHM'i pozitif yükümlölükler kavramına yönlendirmiştir⁹⁸⁷. AİHS'in 2., 3., 8., 10. ve 11. maddesi gibi niteliği gereğince negatif yükümlölüğün ağır bastığı haklar çerçevesinde pozitif yükümlölükler AİHM'in içtihatlarıyla oluşmuştur⁹⁸⁸. Bu bağlamda hakları teorik ve göstermelik olarak değil de uygulanabilir ve etkili bir şekilde korumak adına AİHM tarafından bazı yapısal unsurlar geliştirilmiştir⁹⁸⁹. Örneğin, Marckx kararında⁹⁹⁰ özel ve aile hayatına saygının düzenlendiği 8. maddenin aile ile çocuklar arasındaki ilişkilerin normal bir şekilde gelişmesine olanak sağlayacak tedbirlerin de alınmasını da kapsayacak şekilde taraf devletlere pozitif yükümlölükler yüklediğini belirtmiştir⁹⁹¹.

Normatif kaynaklara dayanan pozitif yükümlölüklerin kapsamı belirli iken içtihadi kaynaklara dayanan pozitif yükümlölüklerin kapsamı belirli olmamakla birlikte tartışmalıdır⁹⁹². Sözleşme'nin dinamik yapısı ve çağın gerekleri dolayısıyla hak ve özgürlük temelinde pozitif yükümlölük doktrini de gelişmekte ve değişmektedir. Bu bağlamda içtihatlar yoluyla haklar bazında devletin pozitif yükümlölükleri ortaya konulsa da, hakların öngörülebilirliği⁹⁹³ ve yükümlölüklerin belirliliği açısından sıkıntı doğmaktadır. Fakat AİHM, Sözleşme'den kaynaklanan pozitif yükümlölüklere ilişkin ayrı sınırlamalar uygulayarak ve pozitif yükümlölükleri geliştiren metodolojik seçimleri açıklığa kavuşturarak pozitif yükümlölüklere ilişkin net göstergeleri giderek daha çok sağlamaktadır⁹⁹⁴.

Starmer, AİHM içtihatlarını kaynak olarak devletin pozitif yükümlölüklerini beş kategoride incelemiştir⁹⁹⁵. Bunlar; "Sözleşme haklarını etkili korumak üzere

⁹⁸⁷ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 69.

⁹⁸⁸ Arslan Öncü, s. 48.

⁹⁸⁹ Örneğin; mahkemeye erişim (Golder/United Kingdom, App. No. 4451/70, 21 February 1975); mahkeme kararlarının kesinliği (Brumărescu/Romania, App. No. 28342/95, 23 January 2001); kesinleşmiş kararların süresi içinde icrası (Hornsby/Greece, App. No. 18357/91, 19 March 1997). Bkz. Vitkauskas, Dovydas/Dikov, Grigoriy; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, (Çev. Serkan Cengiz), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Strasbourg, 2012, s. 25.

⁹⁹⁰ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979.

⁹⁹¹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 69.

⁹⁹² Starmer, Positive Obligations, s. 139.

⁹⁹³ Boyar, s. 55.

⁹⁹⁴ Beijer, s. 131.

⁹⁹⁵ Starmer, Positive Obligations, s. 146-147; Aynı yönde Khrystova, s. 111.

ulusal yasal çerçeve oluşturma yükümlülüğü⁹⁹⁶, Sözleşme’deki hakların ihlaline ilişkin devletin bilgi ve öneri sağlama yükümlülüğü⁹⁹⁷, Sözleşme’deki hakların ihlalini etkili soruşturma, kovuşturma, yaptırıma bağlama yükümlülüğü⁹⁹⁸, Sözleşme’deki hakların ihlal edilmesini önlemek için kaynak sağlama yükümlülüğü (örn. hukuki yardımda bulunma)⁹⁹⁹, Sözleşmede’ki hakların diğer bireyler tarafından ihlal edilmesini önleme yükümlülüğü¹⁰⁰⁰”.

6. Pozitif Yükümlülüklerin Amacı

Pozitif yükümlülükler hakların ve özgürlüklerin sadece hukuki bir düzenleme olmasının ötesinde onların etkinliğinin sağlanarak somut ve etkili olmaları amacıyla oluşturulmuştur¹⁰⁰¹.

Pozitif yükümlülük doktrini ile hak ve özgürlüklerin tasnif ölçütü değişmiş ve yatay ilişkilere de Sözleşme’nin uygulanma imkanı doğmuştur¹⁰⁰². Bu bağlamda devletin pozitif yükümlülüklerinin temelinde, kamu makamları gibi özel şahısların eylemlerinin de insan haklarına karşı tehdit oluşturabileceği tespiti yer almaktadır. Zira Sözleşme sadece negatif yükümlülükler içerseydi bireyler arası ilişkilerde devletin hakkı koruması ve buna bağlı olarak sorumluluğunun doğması söz konusu olamazdı¹⁰⁰³. Bu sebeple devletin eylemlerinden kaynaklanmayan insan hakları ihlalleri için de pozitif yükümlülük, hakların sağlanması ve korunması için tek yol olmuştur¹⁰⁰⁴. AİHS, özel kişilere sorumluluk yükleyemeyeceği için, Strasbourg

⁹⁹⁶ Bărbulescu/Romania, App. No. 61496/08, 5 September 2017, par. 115; X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985.

⁹⁹⁷ Guerra and Others/Italy, App. No. 14967/89, 19.02.1998.

⁹⁹⁸ McCann and the Others/United Kingdom, App. No. 18984/91, 27 September 1995; Aksoy/Turkey, App. No. 21987/93, 18 December 1996

⁹⁹⁹ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979.

¹⁰⁰⁰ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979; Plattform “Ärzte Für Das Leben”/Austria, App. No. 10126/82, 21 June 1988; Osman/United Kingdom, App. No. 87/1997/871/1083, 28 October 1998.

¹⁰⁰¹ Olinga, s. 118.

¹⁰⁰² Kaboğlu, İbrahim Ö.; “AİHM’in Yorum Yöntemleri”, İnsan Hakları Konferansları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, s. 326.

¹⁰⁰³ Loucaides, s. 90.

¹⁰⁰⁴ Dröge, s. 390.

organları bireylerin haklarını diğer bireylere karşı korumak amacıyla taraf devletlere pozitif yükümlülük yüklemeyi seçmişlerdir¹⁰⁰⁵.

Belirtmek gerekir ki pozitif yükümlülüklerin temelini, bireylerin haklarını sadece üçüncü kişilerin eylemlerine karşı koruma anlayışına¹⁰⁰⁶ dayandırmak doğru değildir. Zira pozitif yükümlülükler Sözleşme'deki hakları pratik ve etkili bir şekilde koruma¹⁰⁰⁷ ve bu hakları uygulama anlayışına da dayanmaktadır¹⁰⁰⁸.

Pozitif yükümlülükler AİHS'in ilk maddesinin doğal bir sonucu olsa da¹⁰⁰⁹ “olanak yükümü” şeklinde nitelendirilmektedir¹⁰¹⁰. Çünkü hak ve özgürlükler alanında pozitif yükümlülükler bir sonuç alma yükümlülüğü değildir¹⁰¹¹. Yani devlet elinden geleni yapsa dahi sonuç alamayabilir¹⁰¹².

Pozitif yükümlülüklerin dayanağı özel bir standart koyucu madde, Sözleşme'nin 1. maddesi ya da Avrupa hukukunun genel ilkeleri ile birleşimi olsun sonuçta bu yükümlülükler aynı amaca hizmet etmektedirler. Nitekim bu amaç AİHS'in etkili bir şekilde uygulanması ve güvence altına aldığı insan haklarına etkililik kazandırılmasıdır¹⁰¹³. AİHM pozitif yükümlülükleri genelde 2(1)., 3., 6., 8. ve 14. maddeler ile Ek. 1. Protokol 1. madde kapsamında denetim yapmaktadır¹⁰¹⁴. Bu anlamda devleti insan hakları sözleşmeleriyle yükümlü kılan sadece insan haklarını ihlal etmeme değil, hakların etkili şekilde uygulanması için ivedi şekilde olumlu edimde bulunmaktır¹⁰¹⁵.

Sonuç olarak pozitif yükümlülük doktrini Sözleşme'de korunan her hak için uygulamamaya yönelik bir sebep bulunmamakla birlikte ve bu doktrin AİHS'i “dönüştürme” özelliğine sahiptir¹⁰¹⁶. Nitekim Sözleşme'de korunan tüm haklar bir takım pozitif yükümlülükler içermektedir¹⁰¹⁷.

¹⁰⁰⁵ Koering Joulin, s. 92.

¹⁰⁰⁶ Pozitif yükümlülüğün sadece özel kişilerle ilgili olabileceği iddiası için bkz. Leach, ECHR, s. 165; Kaboğlu, Yorum Yöntemleri, s. 326.

¹⁰⁰⁷ Mowbray, Positive Obligations, s. 221; Qc Singh, s. 100; Senden, s. 76; Russell, s. 282.

¹⁰⁰⁸ Doğru, s. 194; Metin, s. 118; Olinga, s. 118.

¹⁰⁰⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 50.

¹⁰¹⁰ Gölcüklü, Pozitif Yüküm, s. 3; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 50; Çiftçioğlu, s. 147.

¹⁰¹¹ Gölcüklü, Pozitif Yüküm, s. 3.

¹⁰¹² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 50.

¹⁰¹³ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 19; Akandji Kombe, s. 9.

¹⁰¹⁴ Yıldırım, Sosyal Haklar, s. 1153.

¹⁰¹⁵ Olinga, s. 118.

¹⁰¹⁶ Campbell, s. 412.

¹⁰¹⁷ Mowbray, Positive Obligations, s. 224.

7. Pozitif Yükümlülüklerin Yapısı

Pratik açıdan bakıldığında, pozitif yükümlülüklerin yapısı Sözleşme'nin pozitif yükümlülük yükleyen hükümlerini uygulayan Mahkeme için en önde gelen sorundur¹⁰¹⁸. Pozitif yükümlülüklerin yapısı esasında hem niteliklerini hem de ortaya konuluş biçimlerini ifade etmektedir. Bu bakımdan pozitif yükümlülüklerin yapısını ortaya koymak için özelliklerinden yola çıkılarak boyutları incelenecektir. Ayrıca pozitif yükümlülüğün türleri de ayrıntılı olarak ele alınarak Mahkeme'nin Sözleşme hükümlerinden yorum yoluyla çıkardığı yükümlülükler kategorize edilecektir. Bu yolla pozitif yükümlülüklerin alternatif ve münferit yapısı¹⁰¹⁹ ortaya konulacaktır.

a. Pozitif Yükümlülüklerin Özellikleri

Devletin pozitif yükümlülüklerin en belirgin özelliği Sözleşme'de tahdîdî surette ve açıkça sayılmamış olmalarıdır. Her hak ve özgürlük bakımından değişiklik gösteren bu yükümlülükler Mahkeme'nin içtihatlarıyla şekillenmiş ve yerleşik hukuka geçmiştir¹⁰²⁰. Devletin pozitif yükümlülükleri özellikle yaşam hakkı, işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı¹⁰²¹, özel hayatın ve aile hayatının korunması, düşünce, vicdan, din özgürlüğü, dernek kurma ve toplantı özgürlüğü hükümlerinin uygulanmasında önem kazanmaktadır¹⁰²².

Sözleşme'nin 8. maddesiyle ilgili olarak pozitif yükümlülükler türetebilen Mahkeme'nin amacı Sözleşme'de güvence altına alınan hakların kullanılabilmesi için maddi ve hukuki şartların sağlanmasıdır¹⁰²³. Mahkeme'nin konu ile ilgili içtihatlarına bakıldığında, devletin olumlu bir edimde bulunmasına veya Sözleşme'de yer alan bir hakkın doğrudan devletin eylemiyle ihlali söz konusu olmasa bile, o hakkın norm alanıyla ilişkili durumlara yönelik her türlü talebi pozitif

¹⁰¹⁸ Klatt, s. 693.

¹⁰¹⁹ Klatt, s. 695.

¹⁰²⁰ Akandji/Kombe, s. 7; Bakırcı, s. 31; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 72.

¹⁰²¹ AİHS'in 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında pozitif yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Campbell, A. I. L.; "Positive Obligations under the ECHR: Deprivation of Liberty by Private Actors", The Edinburgh Law Review, Vol. 10, 2006, s. 401. vd.

¹⁰²² Gölcüklü, Pozitif Yüküm, s. 3.

¹⁰²³ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 19.

yükümlülük olarak değerlendirmektedir¹⁰²⁴. Pozitif yükümlülüklerin en büyük etkisi, kendi kullanımı sonucunda insan hakları denetleme organlarının insan hakları yükümlülüklerinin yorumunu giderek genişletmesi olmuştur¹⁰²⁵. Bu bağlamda pozitif yükümlülük teriminin negatif yükümlülük içeren hükümleri de kapsadığı kabul edilmiştir¹⁰²⁶. Bu minvalde Mahkeme'nin, pozitif yükümlülüklerin taraf devletler için doğurduğu ödevleri giderek daha ayrıntılı olarak belirlediği gözlemlenmektedir. Deyim yerindeyse, Mahkeme'nin pozitif yükümlülükler konusundaki takdir yelpazesi hem çeşitli hem zengindir. Mahkeme'nin hakları etkili bir şekilde koruma ve kullanılmalarını sağlama çabası açıktır. Devletlerin Sözleşme ihlallerinden doğan yükümlülüklerine karar gerekçelerinde daha ayrıntılı bir şekilde işaret edilmesinin, Sözleşme'nin 46. maddesi gereğince¹⁰²⁷ Mahkeme kararlarının icrasını da kolaylaştıracağı ortadadır¹⁰²⁸.

b. Pozitif Yükümlülüklerin Boyutları

Devletin ihmali ve müdahalesi arasındaki farkı ortaya koyarak pozitif ve negatif yükümlülüklerinin arasındaki ayrımı tanımlayamayız¹⁰²⁹. Bu konuda doktrinde tespit edilen bir diğer sorun ise klasik hakların pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi ile sosyal hakların karakteristiğini almasıdır¹⁰³⁰. Pozitif yükümlülüğün boyutları incelenerek bu tartışmaya ışık tutulmaya çalışılacaktır.

¹⁰²⁴ Dröge, s. 4-5.

¹⁰²⁵ Borelli, s. 102.

¹⁰²⁶ Borelli, s. 102.

¹⁰²⁷ AİHS kararlarının bağlayıcılığı ve icrasını düzenleyen 46. maddesi şöyledir: “(1)Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler. (2) Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir. (3) Bakanlar Komitesi, kesinleşen bir kararın infazının denetlenmesinin, söz konusu kararın yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle engellendiği kanaatinde ise, bu yorum konusunda karar vermesi için Mahkeme'ye başvurabilir. Mahkeme'ye başvurma kararı, Komite toplantılarına katılma hakkına sahip temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınır. (4) Bakanlar Komitesi, bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın, taraf olduğu bir davada verilen kesin karara uygun davranmayı reddettiği görüşünde ise, ilgili Taraf'a iltarda bulunduktan sonra, Komite toplantılarına katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınacak bir kararla, ilgili Taraf'ın 1. fıkarda öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmedeği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir. (5) Mahkeme 1. fıkranın ihlal edildiğini tespit ederse, alınacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Mahkeme, eğer 1. fıkranın ihlal edilmediğini saptarsa, davayı, incelemesine son verecek kararı alması için Bakanlar Komitesi'ne iletir.”

¹⁰²⁸ Doğru, s. 208.

¹⁰²⁹ Alves/Gawronski/Stupak, s. 4.

¹⁰³⁰ Alves/Gawronski/Stupak, s. 4.

Pozitif yükümlülüklerin sosyal ve yatay boyutu Sözleşme'nin neredeyse her hükmünde ve devletin tüm güçlerine (yasama, yütüme, yargı) bağılı olarak görülebılır¹⁰³¹.

(1) Sosyal Boyut (Social Dimension)

Klasik haklara ilişkin pozitif yükümlülüklerin kaynağı sosyal haklara ilişkin pozitif yükümlülüklerde bulunur. Çünkü pozitif yükümlülükler genel olarak devletin hakların toplumda gerçek etkiye sahip olması ve vatandaşların insan haklarından özgürce yararlanması için belirli tedbirleri almasını ve eylemlerde bulunmasını gözetir¹⁰³².

Sosyal boyutlu pozitif yükümlülükler uyarınca devlet, bireylerin Sözleşme'deki haklarını kullanabilmelerini sağlayacak faaliyette bulunmak zorundadır¹⁰³³. AİHM'nin Belçika'da Eğitim Dili davasında vermiş olduğu karar¹⁰³⁴, sosyal boyutlu pozitif yükümlülüklerin dayanağını ve çıkış noktasını oluşturmaktadır¹⁰³⁵. Söz konusu davanın taşıdığı sosyal boyutlu pozitif yükümlülük kişilerin konuştukları dilde eğitim alma imkanının sağlanması talebine karşılık olarak devletin harekete geçip, bu imkanı sağlayacak faaliyette bulunmasıdır.

Sosyal boyutlu pozitif yükümlülükler daha geniş kapsamlı ve çeşitlidir. Çünkü bu yükümlülükler ne yalnız devletin olumlu edimi ne de yalnız özel kişilerin davranışları nedeniyle söz konusu olan ihlalleri değil tüm insan hakları ihlallerini kapsar¹⁰³⁶. Devletin tüm bu yükümlülükleri bireylerin sosyal realitede insan haklarından etkin yararlanmalarını gerçekleştirmek üzerinedir¹⁰³⁷. Dröge'ye göre sosyal boyutlu yükümlülükler, bireylerin devlete özerklik ve özgürlüklerinin tam olarak sağlanması için yönelttiği yardım ve destek talebidir¹⁰³⁸. Fakat bu yükümlülükler sadece ekonomik ve sosyal hakları kapsamaz. Örneğin, ulusal

¹⁰³¹ Dröge, s. 382.

¹⁰³² Alves/Gawronski/Stupak, s. 5.

¹⁰³³ Metin, s. 114.

¹⁰³⁴ Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of Languages in Education in Belgium", App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 July 1968.

¹⁰³⁵ Metin, s. 114.

¹⁰³⁶ Dröge, s. 382.

¹⁰³⁷ Dröge, s. 382.

¹⁰³⁸ Dröge, s. 382.

sistemlerde bir haktan yararlanmak için yasa çıkarılması gereken durumlarda bu yükümlülükler yasama eylemini de içerir¹⁰³⁹.

Kanımızca AIHS'in 8. maddesi kapsamında da sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını sağlamaya, eşler arasında eşitliği sağlamaya ve aile içi şiddetten korunmaya yönelik talepler kişilerin devletten hem yasal hem de idari çerçevede faaliyette bulunmasını beklediği sosyal boyutlu pozitif yükümlülüklerle örnek teşkil edecek niteliktedir.

(2) Yatay Boyut (Horizontal Dimension)

Pozitif yükümlülüklerin yatay boyutu insan haklarının yatay etkisi ile karıştırılmamalıdır. Lakin her ikisi arasında teğet bir düzlem mevcuttur¹⁰⁴⁰. Çünkü hem yatay boyut da hem de yatay etkide üçüncü taraf etkisi söz konusudur. Yatay boyut insan hakları faaliyetlerinin ihlal tehlikesi içinde bulunduğu alanı açıklar. İnsan haklarına müdahale tehlikesi devletten geliyorsa dikey boyut (vertical dimension), özel kişilerden ya da tehlikeli faaliyetlerde bulunan işletmelerden geliyorsa yatay boyut gündeme gelir¹⁰⁴¹.

Dröge, pozitif yükümlülüklerin yatay boyutunu, hak sahiibi ile devlet arasındaki ilişkiyi kapsayan dikey boyutun tersi olarak ifade etmiştir¹⁰⁴². Ayrıca bu boyutu insan haklarının özel kişiler arasındaki ilişkilerde korunması olarak açıklamıştır. Bu bağlamda devletin kişinin insan hakkını diğer kişilerin müdahalelerine karşı koruma yükümlülüğü vardır¹⁰⁴³. Çünkü bu durumda devlet, özel kişiler arasındaki ilişkiye dolaylı da olsa etkide bulunarak üçüncü bir kişinin davranışına engel olmak için faaliyete geçmektedir¹⁰⁴⁴.

Pozitif yükümlülüklerinin yatay boyutu kapsamında devlet, özel kişilerden gelebilecek (hem birey hem de özel kuruluş) risk faktörlerine karşı insan haklarının etkinliğinin belirli seviyede korunmasını sağlamak zorundadır¹⁰⁴⁵. Dolayısıyla 8.

¹⁰³⁹ Dröge, s. 382. Bu kategoride kabul edilen davalara örnek olarak bkz. Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979.

¹⁰⁴⁰ Alves/Gawronski/Stupak, s. 5.

¹⁰⁴¹ Alves/Gawronski/Stupak, s. 5.

¹⁰⁴² Dröge, s. 381.

¹⁰⁴³ Dröge, s. 381; Fernández Sánchez, s. 39.

¹⁰⁴⁴ Metin, s. 115.

¹⁰⁴⁵ Alves/Gawronski/Stupak, s. 5.

madde kapsamında devletin özel hayatın ve aile hayatının üçüncü kişiler tarafından ihlaline ve ihlal tehlikesine karşı pozitif yükümlülükleri söz konusudur.

c. Pozitif Yükümlülük Türleri

(1) Genel Olarak

İnsan haklarına ilişkin devletlerin yükümlülüklerini analiz etmek için *Shue* tarafından ortaya atılan yaygın bir modele göre yükümlülük türleri, saygı göstermek, korumak, geliştirmek ve yerine getirmek şeklinde gruplandırılabilir¹⁰⁴⁶. Bu model insan haklarının devlete pozitif ve negatif yükümlülükler yükleyen bir kombinasyon olduğunu gösterir.¹⁰⁴⁷ Aynı yönde *Lavrysen* de yükümlülüklerin saygı gösterme, koruma ve uygulama şeklinde üç grupta kategorize edilmesinin, pozitif ve negatif yükümlülüklerle ilişkin analitik çerçevenin oluşmasına yardımcı olacağını belirtmiştir¹⁰⁴⁸. *Metin*' e göre devletin pozitif yükümlülükleri dört kategoriye ayrılmaktadır: Koruma yükümlülüğü, usule ve organizasyona ilişkin yükümlülükler, hukuki düzenleme yapma yükümlülüğü ve sosyal haklardan doğan yükümlülükler¹⁰⁴⁹. *Doğru* ise, Mahkeme'nin yaklaşımına daha uygun ve çözümlemeye daha elverişli gördüğü yükümlülükleri ikili bir ayrımla hukuki tedbirler alma, pratik veya operasyonel tedbirler alma şeklinde incelemiştir¹⁰⁵⁰. *Dröge* ise, pozitif yükümlülükleri üç kategoride gruplandırmıştır. Bunlar; sosyal boyutlu pozitif yükümlülükler, yatay koruma yükümlülüğü, prosedürel koruma yükümlülüğüdür. *Arslan Öncü*, AİHS sisteminde yükümlülükleri önlem alma yükümlülüğü ve sonuç yükümlülüğü olarak ikiye ayırarak incelemiştir. *Akandji Kombe* ise, Avrupa İnsan Hakları içtihatları doğrultusunda pozitif yükümlülükleri maddi yükümlülükler ve usulî yükümlülükler olarak iki temel kategoride sistematize etmiştir¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁶ Shue, Basic Rights, 159; Lienberg, s. 109.

¹⁰⁴⁷ Lienberg, s. 109.

¹⁰⁴⁸ Lavrysen, s. 76.

¹⁰⁴⁹ Metin, s. 113.

¹⁰⁵⁰ Doğru, s. 208.

¹⁰⁵¹ Akandji Kombe, s. 16; Aynı yönde Khrystova, s. 111.

AİHM'in kararlarında taraf devletlerin yükümlülükleri beş başlık altında incelenmiştir. Bunlar; hukuki bir mevzuatı yürürlüğe koyma, hakların ihlaliyi önleme, hakların ihlaliyle ilgili bilgi sağlama, hakların ihlaliye karşılık verme ve son olarak hakların ihlaliyi önlemek için bireylere kaynak sağlamadır. Mahkeme tarafından yapılan temel ayırım ise esasa ve usule ilişkin yükümlülükler şeklindedir¹⁰⁵².

Kanımızca AİHM'in devletin pozitif yükümlülüklerini temel olarak esasa ve usule ilişkin olarak iki gruba ayırarak değerlendirmesi yerindedir. Zira doktrinde farklı şekillerde gruplandırılan bu yükümlülükler temelde iki gruba ayrılarak irdelenebilir. Bu yükümlülükler genellikle birbirini tamamlayıcı nitelikte olup, birinin ihlali diğerrinin de ihlali sonucunu doğurabilmektedir¹⁰⁵³.

(2) Esasa ve Usule İlişkin Pozitif Yükümlülük Ayırımı

AİHM tarafından yapılan temel ayırım “esasa ilişkin yükümlülükler” ile “usule ilişkin yükümlülükler” arasındadır. Esas ve usul yönünden pozitif yükümlülük ayırımını sağlayan ölçüt, devletten beklenen eylemin temelinde yatmaktadır¹⁰⁵⁴. AİHM'in güncel içtihatları göstermektedir ki Mahkeme, esasa ve usule ilişkin pozitif yükümlülükleri sistematik bir şekilde AİHS'in standart koyucu maddeleri ile 1. maddesinin birleşimine dayandırma eğilimindedir¹⁰⁵⁵. Buna göre özel hayatı ve aile hayatını korumak üzere esasa ve usule ilişkin yükümlülükler 8. madde ile 1. maddenin birleşiminden doğmaktadır¹⁰⁵⁶.

Esasa ve usule ilişkin yükümlülük ayırımının temeli, devletin hakkı korumak için alması gereken tedbirlerin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan yasal ve idari çerçevenin oluşturulması söz konusu olduğunda esasa ilişkin yükümlülükler, buna karşın uygulamanın yürürlükteki mevzuata uygun olarak yapılması söz konusu olduğunda ise usule ilişkin yükümlülükler göz önünde

¹⁰⁵² Akandji Kombe, s. 16; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 74. Bu yönde Önerıldız/Turkey, App. No. 48939/99, 30 November 2004, par. 89 vd.

¹⁰⁵³ Kocabaş, s. 24-25; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 74.

¹⁰⁵⁴ Akandji Kombe, s. 16; Lazăr, s. 133.

¹⁰⁵⁵ Akandji Kombe, s. 8-9; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s.73.

¹⁰⁵⁶ Broniowski/Poland, App. No. 31443/96, 22 June 2004.

tutulmalıdır¹⁰⁵⁷.

Esas ve usul yönünden pozitif yükümlülüklerin karşılıklı etkileşimi söz konusudur. Devletten yerine getirmesi gereken usuli eylemlerdeki bir eksiklik devleti hem esasî hakkın ihlal edilmesinden dolayı hem de usuli yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olduğundan dolayı sorumlu tutmasına yol açabilir¹⁰⁵⁸. Usul yönünden gereklerin yerine getirilmeleri veya getirilmemeleri ayrıca ileri sürülen ihlalin değerlendirilmesinde esasî hakka müdahalede bir rol oynayabilir¹⁰⁵⁹.

(i) Devletin Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükleri

Sözleşme'ye taraf devletlerin esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerinin kapsamı, söz konusu hakkın niteliğine göre farklılık göstermektedir. Fakat genel olarak devletin bu yöndeki pozitif yükümlülükleri; hakların fiilen kullanılabilmesi için etkin bir hukuk düzeni kurmak ve hakkın korunmasına yönelik gerekli tedbirleri almak ve hak sahiplerini üçüncü kişilerin müdahalelerinden korumaktır¹⁰⁶⁰.

Sudre'ye göre esasa ilişkin pozitif yükümlülükler hakların etkili şekilde uygulanmasını sağlamak üzere tasarlanmış tedbirleri kapsamaktadır¹⁰⁶¹. Bu bağlamda devletin esasa ilişkin yükümlülükleri temelde koruma yükümlüğünü ifade etmektedir. Devletin koruma yükümü ise, insan haklarına yönelik hem devletten gelen hem de devlet dışı tehdit ve ihlalin devlet tarafından önlenmesi gerektiğine işaret etmektedir. Nitekim devletler kendi yetkili organ ya da kişilerin eylemlerinin

¹⁰⁵⁷ Şimşek, Suat; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri", *Sayıştay Dergisi*, S. 84, 2003, s. 8.

¹⁰⁵⁸ Bu durum Kurt/Türkiye kararından (Kurt/Turkey, App. No. 15/1997/799/1002, 25 May 1998) bu yana 3. madde kapsamında yapılan başvurularda karşılaşılan özel bir hipotezdir. Burada etkili bir soruşturmanın bulunmaması kendiliğinden bir yerine getirmeme anlamına gelmektedir. Fakat bu durumun kaybolan kişinin ailesini etkilediği durumda, buna ek olarak insanlık dışı ve/veya onur kırıcı muamele anlamına gelebilir. (Akandji Kombe, s. 17).

¹⁰⁵⁹ Tanış ve diğerleri/Türkiye kararı (Tanış and the others/Turkey, App. No. 65899/01, 2 August 2005) buna bir örnektir; burada Mahkeme iç hukuk prosedürlerindeki eksikliklerin ve soruşturma makamlarının üzerlerine düşen özen görevini yerine getirmemiş olmaları nedeniyle kaybolan bir kişinin yaşam hakkına müdahale edildiği sonucuna varmıştır. (Akandji Kombe, s. 17).

¹⁰⁶⁰ Akandji Kombe, s. 16; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 75.

¹⁰⁶¹ *Sudre*, F.; *Droit Européen et International des Droits de l'homme*, 6th Edition, Paris, 2003, s. 23. Akt. Olinga, s. 118.

neden olduğu ihlaller kadar, bireyler arasında meydana gelebilecek hak ihlallerine karşı da koruma yükümlülüğü altındadır¹⁰⁶².

8. madde bağlamında esasa ilişkin yükümlülükler örnek olarak transseksüellerin yasal statüsünü tanıma, Sözleşme kurallarını evlat edinme prosedürlerine dahil etmek¹⁰⁶³ haberleşmeye saygı hakkı kapsamında hapisanelerde mektup göndermek için gerekli araçların sağlanması¹⁰⁶⁴ örnek verilebilir.

Devlet-birey ekseninde esasa ilişkin yükümlülükler, güvence altına alınan hakların tam olarak kullanılabilmesi için gerekli hukuki düzenlemelerin devlet tarafından yapılması yoluyla bireylerin haklarının korunmasına yöneliktir. Birey-birey ekseninde ise, devlet hak sahiplerini üçüncü kişilerin müdahalelerinden korumakla yükümlüdür.

(I) Etkin Hukuk Düzeni Kurmak

Sözleşme'deki hakların iç hukukta korunmaları, bu hakların Anayasa ya da kanunlarda tanınmalarına ve hakların ihlaline karşı iç hukuk yollarının bulunmasına bağlıdır¹⁰⁶⁵. Örneğin, transseksüellerin hukukî statüsünü resmen tanımak, Sözleşme kurallarını evlat edinme prosedürüne veya daha geniş bir şekilde aile hukukuna vb. dahil etmek, alınması gereken esasa yönelik yükümlülüklerdir¹⁰⁶⁶.

Esasa ve usule ilişkin hukuken korunma ihtiyacı etkililik ilkesi¹⁰⁶⁷ ile oldukça ilgilidir¹⁰⁶⁸. Etkililik ilkesi uyarınca Mahkeme hakların korunmasında AİHS'e taraf devletlerin yükümlülüklerini belirlemektedir¹⁰⁶⁹. Bu bağlamda Mahkeme tarafından Sözleşme'den pozitif yükümlülükler ulaşılması Sözleşme

¹⁰⁶² Gemalmaz, Burak, s. 100; Akandji-Kombe, s. 5; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 75; Metin, s. 112.

¹⁰⁶³ Akandji Komba, s. 16.

¹⁰⁶⁴ Lazâr, s. 133.

¹⁰⁶⁵ Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 208.

¹⁰⁶⁶ Akandji Komba, s. 16-17.

¹⁰⁶⁷ Etkililik ilkesi (principle of effectiveness) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Glas, Liza R.; The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System, Intersentia Publishing, Cambridge, 2016, s. 28-32.

¹⁰⁶⁸ Lavrysen, s. 86.

¹⁰⁶⁹ Glas, s. 28 ve 30; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 130.

hükümlerinin etkililiğini sağlamak içindir¹⁰⁷⁰. Bu doğrultuda Sözleşme’de korunan bir hakkın ihlali sadece devletin müdahalesinden değil, devletin yasal hak güvencelerini tanımamasından¹⁰⁷¹ ya da etkili şekilde tanımamasından da ileri gelebilir. Nitekim hakların etkin şekilde kullanılabilmesi için devlete düşen en önemli ve öncül görev yasa ile düzenleme yapmaktır¹⁰⁷². Bu yolla da etkin bir hukuk düzeni inşasının temelini sağlam oturtmaktır.

Sözleşme’deki bir hakkın belirli bir müdahaleye karşı ulusal mevzuatta güvence altına alınmamış olması halinde, Sözleşme, bu eksikliğin iç hukukta kanun veya içtihat yoluyla tamamlanmasını gerektirir¹⁰⁷³. Pozitif yükümlülükler konusunda AİHM içtihatlarında sıklıkla tekrar eden konu uygun ve etkili mevzuatın yokluğu ve ayrıca kanun boşlukların kamu otoriteleri tarafından doldurulması konusundaki eksiklikler¹⁰⁷⁴. Bu bağlamda özel hayatın ve aile hayatının korunmasını tehdit eden durumlara karşı etkin bir caydırma mekanizması oluşturacak yasal ve idari çerçeve oluşturmak devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerindendir. Hukuki çerçeve oluşturma yükümlülüğü olarak da nitelendirebileceğimiz bu işlev öncelikle AİHS’te korunan hakların iç hukukta tanınmasını gerektirirken, öte yandan bu hakların korunması için uygulamaya da kaynak teşkil etmektedir¹⁰⁷⁵.

Devletin özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin yasal ve idari çerçeveyi oluşturması yeterli olmayıp bu düzenlemelerin niteliği de önem arz etmektedir. Bu bağlamda devletin insan haklarını korumaya yönelik yükümlülüklerinden biri, insan haklarına ilişkin tüm mevzuatın eşitlik ve ayrımcılık yapmama ilkelerine uymasını sağlamaktır¹⁰⁷⁶. Ayrıca bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyecek mevzuatın amacı güçsüzü korumak, güçlü tarafın gücünü frenlemek ve onları haksızlık yapmaktan caydırmaktır¹⁰⁷⁷. Bu da mevzuatın nitelikli olmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla mevzuatın getirdiği mekanizma ve usullerin de işlerliği olmalıdır¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁰ Dijk, s. 22.

¹⁰⁷¹ Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 229; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 130.

¹⁰⁷² Dündar Sezer, AİHS, s. 243.

¹⁰⁷³ Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 208.

¹⁰⁷⁴ Leach, s. 124.

¹⁰⁷⁵ Şimşek, S., s. 9..

¹⁰⁷⁶ Marshall, s. 147.

¹⁰⁷⁷ Gemalmaz, s. 1499.

¹⁰⁷⁸ Gemalmaz, s. 1499.

Mowbray'a göre pozitif yükümlülüklerin en temel seviyesini, taraf devletin kişilerin Sözleşme haklarını tehdit eden diğer kişileri cezalandıran yeterli iç hukuk hükümlerine sahip olması oluşturmaktadır¹⁰⁷⁹. Aynı yönde *Starmer* de birçok açıdan Sözleşme haklarına etkin koruma sağlayan yasal çerçeve koyma yükümlülüğünün taraf devletlerin asgari yükümlülüğünü temsil ettiğini belirtmiştir¹⁰⁸⁰. *Lavrysen*'e göre, hakların hukuken korunması; devletin saygı, koruma ve uygulama yükümlülüklerini ihlalinin önlenmesi ve düzeltilmesi yönünde mevzuatın geliştirilmesini gerektirir¹⁰⁸¹. *Xenos*, çoğu durumda, bir düzenleyici çerçevenin AİHS'in 1. maddesi uyarınca Sözleşme haklarının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerin çekirdek içeriğini oluşturabileceğini belirtmektedir¹⁰⁸². Ayrıca *Xenos*, özel kişilerin davranışlarını eğitmek ya da onların eylemlerini şarta bağlamak üzere insan hakları standartlarının düzenlenmesinin de pozitif yükümlülüklerin ilk ve en temel içeriği olduğunun altını çizmektedir¹⁰⁸³.

Özel hayatın ve aile hayatının korunmasına yönelik etkin bir hukuk düzeni kurmak için öncelikle hakka yönelen müdahale yasayla öngörülmelidir. Bu bağlamda erişilebilirlik, öngörülebilirlik, kesinlik, hukukun üstünlüğü ilkesine uygunluk kriterleri çerçevesinde değerlendirilebilecek yasanın maddi niteliği¹⁰⁸⁴ etkin bir hukuk düzeninin kurulması açısından ilk planda önem arz etmektedir. Ayrıca koruma yükümlülüğünün yerine getirilmesi üzere yasal çerçeve oluşturulması buna ek olarak özel kişilerin insan hakları ihlallerinin etkili şekilde önlenmesi için de önemlidir¹⁰⁸⁵.

Esasa ilişkin pozitif yükümlülükler, etkin bir hukuk düzeni kurma amacı perspektifinde sadece nitelikli yasal ve idari çerçeveyi oluşturmakla sınırlanamaz. Etkin bir hukuk düzeni sağlayabilmek için Sözleşme'ye aykırı mevzuatın değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması da gereklidir¹⁰⁸⁶. Bu hususlarda Mahkeme'nin genel kabulü etkin hukuk düzeni gereklerini en iyi yerel otoritelerin

¹⁰⁷⁹ Mowbray, Positive Obligation, s. 225.

¹⁰⁸⁰ Starmer, Positive Obligations, s. 147.

¹⁰⁸¹ Lavrysen, s. 85.

¹⁰⁸² Xenos, s. 107.

¹⁰⁸³ Xenos, s. 107.

¹⁰⁸⁴ Konu ile ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. II. Bölüm, III., A., 1., b. başlığı.

¹⁰⁸⁵ Lavrysen, s. 86.

¹⁰⁸⁶ Şimşek, S., s. 11.

tespit edebileceği yönündedir¹⁰⁸⁷.

Reid'in belirttiği üzere devlet hakkı yüzeysel, körü körüne ya da kendine ket vuran şekilde koruyarak sorumluluğundan kurtulamaz¹⁰⁸⁸. Kanımızca hakkın yasal güvenceye bağlanması bireylerin bu haktan yararlanabilmesinin ilk aşamasını oluşturmakta ise de uygulamada etkili korunmayan hak salt sözde ve göstermelik korunmuş olmaktadır. Çünkü haklar yasal düzenleme ile şeklen vücut bulsa da korunması ancak etkin hukuk düzeninde mümkün olacaktır.

(2) Hakların Korunmasına Yönelik Tedbir Almak

(i) Genel Olarak

Devletin en geniş yükümlülüğü hakların korunmasına yönelik tedbir almaktır. Hakların korunmasına yönelik tedbir almak, hakların ihlalini önleme amaçlıdır. Bu bağlamda kanuni ve yargısal önlemlerin dışında idari, ekonomik, eğitsel konularda da önlem alınması söz konusu olabilir¹⁰⁸⁹. Dolayısıyla bu geniş yelpaze göz önünde bulundurulduğunda, hakların korunmasına yönelik tedbirlerin neler olabileceği hususunda tahdidi surette bir belirlemede bulunmak pek mümkün görünmemektedir.

Hakların korunmasına yönelik önlemler; yasal çerçevenin hakkın etkin korunmasında yetersiz kaldığı durumlarda daha spesifik adımların atılması ihtiyacından kaynaklanır¹⁰⁹⁰. Mahkeme bu adımları tanımlamamış olsa da 8. madde kapsamında çatışan menfaatler söz konusu olduğunda ihlali önlemeye yönelik adım atılmasını önermektedir¹⁰⁹¹.

Özel hayatın ve aile hayatının etkin şekilde korunması için bazı hallerde hukuki tedbir almak yeterli olmaz; uygulamaya yönelik pratik özel tedbirlerin de alınması gerekebilir¹⁰⁹². Bu bağlamda uygulama yükümlülüğü, hakkın tam olarak

¹⁰⁸⁷ Starmer, Positive Obligations, s. 147.

¹⁰⁸⁸ Reid, s. 62.

¹⁰⁸⁹ Gemalmaz, s. 1499.

¹⁰⁹⁰ Starmer, Positive Obligations, s. 150.

¹⁰⁹¹ Starmer, Positive Obligations, s. 150.

¹⁰⁹² Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 208.

gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir¹⁰⁹³. Örneğin, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını öngören bir mahkeme kararın icrası, bunun engellenmesine karşı pratik tedbirler alınmasını gerektirir¹⁰⁹⁴. Ayrıca bireyi diğer bireylere karşı koruyucu operasyonel tedbirler almak, her hak bakımından gerekli olabilir. Nitekim devletin Sözleşme'deki hakları ihlal riski altında olan bireyi korumak için operasyonel tedbirler alma yükümlülüğü vardır¹⁰⁹⁵.

Mahkeme'ye göre, sosyo-ekonomik ve kültürel bağlamda alınması gereken bazı tedbirlerin gerekliliğini ve oranlılığını esasen en iyi değerlendirebilecek olan taraf devletlerdir¹⁰⁹⁶. Bu sebeple kanaatimizce hakların korunmasına yönelik alınan tedbirlerin çerçevesini takdir marjı ve oranlılık ilkeleri çizmektedir. Öte yandan devletin alması gereken tedbirlerin niteliği de bu hususta önem arz etmektedir. Bu sebeple aşağıda özen prensibi irdelenerek konuya ışık tutulmaya çalışılacaktır.

(ii) Özen Prensibi

Devletin hakların korunmasına yönelik olarak gerekli özeni (due diligence) göstermesi şeklinde ifade edebileceğimiz özen prensibi¹⁰⁹⁷ esasında devletin alması gereken tedbir ve atması gereken adımların devletten beklenecek ölçüde makul ve ciddi olması¹⁰⁹⁸ şeklinde tanımlanabilir. Bu bağlamda özen prensibi, bireylerin insan haklarını koruma ve insan hakları müdahalelerinden korunmasında devletin

¹⁰⁹³ Akandji Kombe, s. 5; Metin, s. 112.

¹⁰⁹⁴ Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 209.

¹⁰⁹⁵ Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 209.

¹⁰⁹⁶ Roagna, s. 45.

¹⁰⁹⁷ Özen prensibinin uluslararası hukukta uzun bir geçmişe sahip olduğu Hugo Grotius ve diğer 17. yüzyıl yazarlarının eserlerine bakılarak anlaşılabılır. Bu prensip 19 yüzyılda uluslararası hukukta bazı tahkim iddialarına yönelik olarak kullanılmıştır. İlk başta 1871 tarihli Alabama Davası (Alabama Claims) olmak üzere, yabancıların mallarına yönelik üçüncü kişilerin saldırılarına karşı, devletin koruma yükümlülüğünü yerine getiremediği gerekçesiyle açılan tahkim davalarında kullanılmıştır. Bu davalarda verilen hükümler, fiillerin özel ya da kamu görevlileri tarafından işlenip işlenmediğine bakılmaksızın devletin tüm saldırıları önlemek, soruşturmak, faillerin cezalandırılmasını sağlamak ve saldırılara karşı kanun yolları belirlemekle yükümlü olduğu kuralının uluslararası hukukya yerleşmesini sağlamıştır. (Ertürk, Yakın; UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences on the Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence against Women, 20 January 2016, s. 7), (<http://www.refworld.org/docid/45377afb0.html>, E. T. 5 Ocak 2016).

¹⁰⁹⁸ Marshall, s. 149.

sorumluluklarını yerine getirmek üzere üstlendiği bir “çaba eşliğini” ifade etmektedir¹⁰⁹⁹.

Pozitif yükümlülükler ile çok sıkı ilişki içinde bulunan özen prensibi¹¹⁰⁰ tüm devlet organlarının eylemlerinin belirli bir noktaya kadar belirginleştirilmiş olmasını gerektirir¹¹⁰¹. Çünkü pozitif yükümlülükler sadece makul ve belirli bir dereceye kadar devlete atfedilmiş sorumluluk olarak doğabilir¹¹⁰².

Özen yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluğuna göre devlet, icrai veya ihmali bir eylem neticesinde, bir suçun işlenebileceği ya da bir hakkın ihlal edilebileceği bilgisine sahipse ve bu öngörülebilir sonucun önlenmesi için gerekli imkanlara sahip olmasına rağmen bunu önlemiyorsa, bundan doğacak zararlardan sanki bu zararlara doğrudan kendisi neden olmuş gibi sorumludur¹¹⁰³.

Devlet dışı aktörlerin eylemleri için devlet sorumluluğuna ilişkin özen prensibi bir yüksek lisans öğrencisinin kaçırılması ve ortadan kaybolması ile ilgili olarak ilk kez Velasquez Rodriguez davasında¹¹⁰⁴ geliştirilmiştir¹¹⁰⁵. Davada İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi özel kişilerin ihlallerinden devletin sorumlu olacağına açıklık getirmiştir¹¹⁰⁶. İçtihatla özen prensibinin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nde tanınan haklardan birinin kamu otoritelerilerinin ya da otoritenin yetkisini kullanan kişilerin eylemi ile ihlalin gerçekleşmesinin devlete isnad edilebileceği belirtilmiştir¹¹⁰⁷. Bu yönüyle içtihat insan hakları hukukunun yatay uygulamasının da bir ifadesidir¹¹⁰⁸.

Nitekim ulusalüstü insan hakları hukukunda benimsenen özen prensibi¹¹⁰⁹ doğrultusunda, devletin özel hayata ve aile hayatına gerek kamu gerekse özel hukuk kişileri tarafından gerçekleştirilebilecek müdahaleleri önleme, gerçekleşen hak

¹⁰⁹⁹ Marshall, s. 148.

¹¹⁰⁰ Dröge, s. 388; Lavrysen, Scope of Obligations, s. 169; Khrystova, s. 119; Goldscheid, Julie/Liebowitz, Debra J; “Due Diligence and Gender Violence: Parsing its Power and its Perils”, Vol. 48 (2), Cornell International Law Journal, 2015, s. 327 vd.

¹¹⁰¹ Dröge, s. 388.

¹¹⁰² Lavrysen, Scope of Obligations, s. 169.

¹¹⁰³ Doğan, Recep; “Kadının Şiddete Karşı Korunmasında Devletin Özen Yükümlülüğü ve Uluslararası Standartlar”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2006, s. 92.

¹¹⁰⁴ Int-Ame. C. H. R. Velasquez Rodriguez/Honduras, 29 July 1988. Karar için bkz. http://hrlibrary.umn.edu/iachr/b_11_12d.htm, E. T. 15.07.2017.

¹¹⁰⁵ Farrior, s. 150; Hasselbacher, s. 193; Ertürk, s. 7; Doğan, Özen Yükümlülüğü, s. 101.

¹¹⁰⁶ Marshall, s. 148; Merish/Aliverti, s. 120; Hasselbacher, s. 194; Hofstötter, s. 530.

¹¹⁰⁷ Int-Ame. C. H. R. Velasquez Rodriguez/Honduras, 29 July 1988, par. 172.

¹¹⁰⁸ Arslan Öncü, s. 50.

¹¹⁰⁹ Goldscheid/Liebowitz, s. 302; Farrior, s. 150; Ertürk, s. 7.

ihlallerini soruşturma ve yaptırıma bağlama konusunda özenli bir şekilde hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır¹¹¹⁰. Bu bağlamda bir hukuk sisteminin varlığı yeterli değildir; ayrıca hükümet özen prensibini haklardan etkili bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak şekilde kullanarak kendisini yürütmelidir¹¹¹¹.

Sözleşme'nin 1. 13. ve 35. maddeleri birlikte okunduğunda, insan haklarını koruma yükümlülüğünün asıl muhatabının ulusal makamlar olduğu göze çarpmaktadır¹¹¹². Özen yükümlülüğü de devletin hakları koruma konusunda yüklendiği pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacına hizmet etmektedir¹¹¹³. Bu bağlamda pozitif yükümlülüğün bir ögesi olarak özen prensibi insan hakları hukukunda onaylanan kişisel negatif hak vurgusunu, kişisel hakkın daha pozitif versiyonuyla değiştirmektedir¹¹¹⁴. Örneğin, özel hayatın gizliliğinin negatif boyutu ön plandayken, korunması söz konusu olduğunda pozitif boyutu ortaya çıkmaktadır. Çünkü devletin insan haklarına müdahale etmeme misyonunun ötesinde bu hakların korunmasına yönelik tedbir alma yönünde pozitif yükümlülükleri olduğuna işaret edilmektedir¹¹¹⁵. Hem AİHM¹¹¹⁶ hem de İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'nin görüşüne göre pozitif yükümlülüğün gerekleri yargısal, yasal ve idari olumlu tedbirler almayı gerektirmektedir¹¹¹⁷.

(3) Hak Sahiplerini Üçüncü Kişilerin Müdahalelerinden Korumak

Devletin pozitif yükümlülüğü bireyler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde de rol oynamaktadır¹¹¹⁸. Çünkü pozitif yükümlülükler açısından devletin sorumluluğu temel hakları ihlal etmesinden öte temel hakların garantörü olmasından kaynaklanır¹¹¹⁹. Bu bağlamda doktrinde AİHS'in ilk maddesinin

¹¹¹⁰ Arslan Öncü, s. 50; Doğan, Özen Yükümlülüğü, s. 92.

¹¹¹¹ Hasselbacher, s. 194.

¹¹¹² Doğan, İnsan Hakları, s. 397.

¹¹¹³ Goldscheid/Liebowitz, s. 327 vd.

¹¹¹⁴ Marshall, s. 149.

¹¹¹⁵ Oppromolla, s. 46.

¹¹¹⁶ Oppromolla, s. 46.

¹¹¹⁷ Merish/Aliverti, s. 120.

¹¹¹⁸ Olinga, s. 119.

¹¹¹⁹ Dröge, s.380; Hofstötter, s. 527; Campbell, s. 400.

hakların üçüncü kişiler arasında korunması için devlete genel bir yükümlülük verdiği ve devletin temel hakları koruma yükümlülüğünün özel hukuk ilişkilerini de kapsadığı savunulmaktadır¹¹²⁰.

Pozitif yükümlülükler devletin insan haklarını koruyucu işlevine işaret etmektedir¹¹²¹. Nitekim “devletin koruma yükümlülüğü” doktrininin odak noktası devletin kişilerin güvence altına alınmış haklarını diğer bireylerin müdahalelerine karşı koruma yükümlülüğüdür.

AIHM’in 1968 yılında verdiği karardan sonra¹¹²² Alman Federal Anayasa Mahkemesi de devletin koruma yükümlülüğüne ilişkin içtihatlarını geliştirmiştir. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1975 yılında verdiği kararda benimsediği¹¹²³ “devletin koruma yükümlülüğü”¹¹²⁴ anlayışına içtihatlarında istikrarlı şekilde yer vermiştir¹¹²⁵. Bu yaklaşıma göre devletin koruma görevi, temel haklara doğrudan doğruya bir saldırıda bulunulmasını önlemek yanında temel hakların üçüncü kişilerden gelecek saldırılar karşısında korunmasını da içermektedir¹¹²⁶. Yani devlet, hakları ihlal etmekten imtina edeceği gibi kişilerin birbirlerinin haklarını ihlallerini de koruma yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda devletin koruma yükümlülüğü iki yönlüdür. Bir yönü devletin kendi iş ve eylemlerine karşı, öteki yönü ise diğer kişilere karşı bir koruma mekanizması geliştirmektir.

Devletin koruma yükümlülüğü, devletin insan haklarına ilişkin her türlü devlet dışı tehdidin ve ihlalin önlenmesi gerektiğine işaret eder¹¹²⁷. Bu bağlamda devlet koruma yükümlülüğünü, Sözleşme’nin bireyler arasındaki ilişkilerde

¹¹²⁰ Dijk/Hoof, s. 25; Marshall, s. 149; Khrystova, s. 112; Fernández Sánchez, s. 29 ve 39.

¹¹²¹ Boyar, s. 54.

¹¹²² Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of Languages in Education in Belgium”, App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 July 1968.

¹¹²³ Ergül, s. 454. Evlilik dışı doğan çocuğun velayet hakkına ilişkin bir davada ve kürtaja ilişkin 1975 yılında verdiği bir kararında temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisini incelemiş ve bireyin temel haklarının sadece devlet organlarının saldırısına karşı değil; üçüncü kişilerin saldırılarına karşı da devlet tarafından korunmak zorunda olduğunu belirtmiştir. (Belling/İnce, s. 13 vd).

¹¹²⁴ Devletin pozitif yükümlülüğü Alman anayasa doktrinindeki devletin koruma yükümlülüğü ile çakışır. Bkz. Grabenwarter, Christoph/Papel, Katharina; Europäische Menschenrechtskonvention, München; Verlag C. H. Beck/Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag/Wien: Manz’sche Verlags- und Universitätsuchhandlung, 2012, s. 140-141. Akt. Şirin, s. 380, dp. 519.

¹¹²⁵ Şirin, s. 380.

¹¹²⁶ Öktem Songu, s. 50.

¹¹²⁷ Metin, s. 112.

uygulanmasını güvence altına alarak yerine getirecektir¹¹²⁸. Fakat devletin bireyleri diğer bireylerin hak ihlallerinden koruma sorumluluğu elbette sınırsız değildir. Bu sınır, devletin tehlikeyi bilmesi yahut bilebilecek durumda olmasıdır. Bu sebeple devletin koruma yükümlülüğü çok geniş şekilde yorumlanamamaktadır. Koruma yükümlülüğü çerçevesinde devletler alabileceği her önlemi almamaktan değil, alması gereken makul önlemleri almaması dolayısıyla sorumlu tutulabilir¹¹²⁹.

(ii) Devletin Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükleri¹¹³⁰

(1) Doktrinsel Temel

Devletin usule ilişkin yükümlülükleri, kamu makamlarının, kişilerin haklarını kullanma koşulları yaratmak amacıyla devletin bu süreci uygulamakla yükümlü olduğu koşullara atıfta bulunmaktadır¹¹³¹.

Usule ilişkin yükümlülükler, pozitif yükümlülüklerin uzantısı olarak nitelendirilebilir¹¹³². Bu bağlamda devletin usule ilişkin pozitif yükümlülükleri hakların korunmasına yönelik yasal ve idari çerçevenin doğru bir şekilde uygulanmasını ve hakka yönelik ihlallerin durdurulup, sorumluların cezalandırılmasını sağlayacak yeterli adli veya diğer tepkileri verme görevi yüklemektedir¹¹³³. Yani usul yönünden pozitif yükümlülükler hakların ihlaline yönelik olarak etkili soruşturma ve kovuşturma yolu sağlamaya ilişkin yükümlülükleri (procedural obligations) içermektedir¹¹³⁴. Devletin usule ilişkin

¹¹²⁸ Akandji Kombe, s. 15.

¹¹²⁹ Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 75, dp. 54; Mahkeme koruma yükümlülüğüne ilk olarak L.C.B/Birleşik Krallık (L. C. B./United Kingdom, App. No. 14/1997/798/1001, 9 June 1998, par. 36) ve sonrasında Osman/Birleşik Krallık (Osman/United Kingdom, App. No. 87/1997/871/1083, 28 October 1998, par. 115-116) kararlarında değinmiştir. (Dutertre, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007, s. 31).

¹¹³⁰ Metin, usuli pozitif yükümlülükleri, prosedürel koruma yükümlülüğü olarak ifade etmiş iken, Doğru ise, operasyonel koruma yükümlülüğü olarak ifade etmiştir. (Metin, s. 115; Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 209).

¹¹³¹ Russell, s. 290.

¹¹³² Soyer Güleç, s. 1396.

¹¹³³ Öneriyıldız/Turkey, App. No. 48939/99, 30 November 2004, par. 148.

¹¹³⁴ Borelli, s. 102; Heringa/Zwaak, s. 746; Akandji Kombe, s. 16.

pozitif yükümlülükleri esasında devletin uygulama yükümlülüğünden¹¹³⁵ doğmaktadır¹¹³⁶. Bir başka ifadeyle usul yönünden pozitif yükümlülüklerin esas yönünden yükümlülüklerin uygulamasından ibaret olduğu ileri sürülebilir¹¹³⁷. Çünkü usule ilişkin yükümlülük getirmenin amacı hakların daha iyi kullanılmasını sağlamaktır¹¹³⁸.

Doktrinde usule ilişkin pozitif yükümlülükleri ikincil koruma yükümlülüğü olarak ya da maddi hukuktan türetilen prosedürel unsurlar olarak niteleyenlerin¹¹³⁹ yanında, pozitif yükümlülük kapsamında görmeyenler de mevcuttur¹¹⁴⁰. *Murswiek* de bu yönde; yatay koruma yükümlülüğünü birincil koruma yükümlülüğü olarak, prosedürel koruma yükümlülüğünü ise ikincil koruma yükümlülüğü olarak görmektedir¹¹⁴¹.

(2) Hukuki Dayanak

Usule ilişkin yükümlülükler, Sözleşme’de öngörülmesinin yanı sıra AİHM içtihatları tarafından daha da geliştirilmiştir¹¹⁴². Bu bağlamda usule ilişkin pozitif yükümlülüklerle bazı durumlarda düzenlemenin doğrudan kendisi dayanak olurken çoğu kez bu yükümlülüklerin dayanağını AİHM içtihatları oluşturmaktadır.

Streuer, usule ilişkin yükümlülükler çerçevesinde Sözleşme’nin 5. maddesinin 3. ve 4. paragrafları, 6. maddesi ve 13. maddesi gibi gerçek usuli haklar ile diğer maddi hukuka ilişkin güvencelerden türetilen usule ilişkin unsurlar arasında ayrıma gidilmesi gerektiğini vurgulamaktadır¹¹⁴³. *Dröge* de 5., 6. ve 13. maddede

¹¹³⁵ Akandji Kombe tarafından “obligation to implement” şeklinde ifade edilen bu deyim Türkçe’ye birbirine yakın anlamları taşıyan “sağlama”, “gereğini yerine getirme”, “gerçekleştirme” gibi farklı deyimlerle ifade edilmiş olsa da temelde hepsi aynı amaca hizmet etmektedir.

¹¹³⁶ Dröge, s. 383.

¹¹³⁷ Şimşek, S., s. 11.

¹¹³⁸ Russell, s. 291.

¹¹³⁹ Borelli, s. 102.

¹¹⁴⁰ Dröge, s. 383.

¹¹⁴¹ Murswiek, Dietrich; “Die Pflicht des Staates zum Schutz vor Eingriffen Dritter nach der EMRK”, von Hans- Joachim Konrad (der.), Grundrechtsschutz und Verwaltungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Asylrechts-Internationaler Menschenrechtsschutz, Berlin, Duncker&Humblot Verlag, 1985, s. 213 vd; Akt. Metin, s. 116.

¹¹⁴² Russell, s. 290.

¹¹⁴³ Streuer, Wibke; Die positiven Verpflichtungen des Staates: Eine Untersuchung der positiven Verpflichtungen des Staates aus den Grund- und Menschenrechten des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003, s. 402; Akt. Metin, s. 116

belirtilen usule ilişkin garantileri pozitif yükümlülükler kapsamında görmemektedir¹¹⁴⁴. *Lavrysen* ise usule ilişkin yükümlülükleri Sözleşme haklarına yeterli koruma sağlamak için yasal çerçeve oluşturma pozitif yükümlülüğü kapsamında ele almıştır¹¹⁴⁵. AİHM içtihatlarına göre usule ilişkin güvenceler, Sözleşme'nin tamamına nüfuz etmiştir. Bunlar devlet müdahalesine karşı koruyucu garantiler ve pozitif yükümlülükler için uygulama garantileridir¹¹⁴⁶. Kanımızca usule ilişkin yükümlülüklerin hepsi pozitif yükümlülük değildir. Fakat usule ilişkin yükümlülükler, pozitif yükümlülükler için uygulama garantileridir. Dolayısıyla gerçek usuli hak garantileri pozitif yükümlülük kapsamında değildir. Esasen usule ilişkin pozitif yükümlülükler maddi haktan türetilmektedir.

(3) AİHS'in 8. Maddesi Çerçevesinde Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükler

AİHM, Sözleşme'de korunan her hak için dolaylı olarak prosedürel güvenceler getirmiş olsa da¹¹⁴⁷ özellikle özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı çerçevesinde daha kapsamlı şekilde usule ilişkin yükümlülükler benimsemiştir¹¹⁴⁸. Örneğin, çocukların bakımı¹¹⁴⁹, çocukların koruma altına alınma işlemleri¹¹⁵⁰, kentsel planlama¹¹⁵¹, çevrenin korunması gibi¹¹⁵². McMichael davasında¹¹⁵³ Mahkeme, çocuklarıyla ilgili kararlara etkin katılımlarının ön koşulu olarak ebeveynlerin çocukların korunması ile ilgili idari ve adli işlemlere ilişkin dokümantasyona erişiminin sağlanmasının önemini kabul etmiştir¹¹⁵⁴. Kanımızca Mahkeme'nin bu tespiti 8. maddenin içeriğine dahil edilen usule ilişkin pozitif yükümlülüklerden biridir.

¹¹⁴⁴ Dröge, s. 383.

¹¹⁴⁵ Lavrysen, s. 69 vd.

¹¹⁴⁶ Dröge, s. 383.

¹¹⁴⁷ Lavrysen, s. 111.

¹¹⁴⁸ Lavrysen, s. 113.

¹¹⁴⁹ W./United Kingdom. App. No. 9749/82, 8 July 1987, par. 61.

¹¹⁵⁰ Görgülü/Germany. App. No. 74969/01, 26 February 2004, par. 35.

¹¹⁵¹ Buckley/United Kingdom, App. No. 20348/92, 25 September 1996, par. 79.

¹¹⁵² Hatton and Others/United Kingdom, App. No. 36022/97, 8 July 2003, par. 104.

¹¹⁵³ McMichael/United Kingdom, App. No. 16424/90, 24 February 1995.

¹¹⁵⁴ McMichael/United Kingdom, App. No. 16424/90, 24 February 1995, par. 92.

Belirtmek gerekir ki Mahkeme, aile hayatını yasaya aykırı ve keyfi müdahalelerden korumak için 8. maddenin amacına uygun olarak, belirli usul güvenceleri getirmiştir¹¹⁵⁵. Bu tespite en iyi örnek uluslararası çocuk kaçırma vakalarıdır¹¹⁵⁶. Zira uluslararası çocuk kaçırma vakalarında yargı işlemlerinin ivedi ve etkin şekilde işlememesini Mahkeme 6. madde değil, 8. madde kapsamında usule ilişkin pozitif yükümlülükler bağlamında değerlendirmektedir¹¹⁵⁷. 8. madde açıkça usul gereklilikleri içermese de¹¹⁵⁸, müdahale önlemlerine yol açan tüm karar verme süreci (idari ve adli işlemler), 8. maddede korunan menfaatlere göre adil ve dürüst olmalıdır. Bireylerin 8. madde kapsamındaki menfaatlerini prosedürel korumanın yasal çerçevesinin düzenlenmesi de devletin takdir marjı kapsamında sorumluluğundadır¹¹⁵⁹. Örneğin, 8. madde, ebeveynlerin, çocukların koruma altına alınmasına ilişkin karar alma sürecine yeterli derecede dahil oldukları bir prosedür gerektirmektedir¹¹⁶⁰. Karar alma sürecinde ebeveynlerin katılımı şartı, 8. madde uyarınca mutlak değildir ve yetkililer ebeveynlerin karar alma sürecine veya belirli bir aşamasına katılımlarının anlamlı ya da mümkün olup olmadığı konusunda belli ölçüde takdir marjına sahiptir¹¹⁶¹. Ayrıca sosyal hizmet uzmanları ile ebeveynler arasındaki düzenli temas ebeveynlerin görüşlerinin iletilmesi için uygun bir kanal sağlamak ve bu seviyedeki ebeveyn katılımı 8. madde kapsamındaki usul şartlarını yerine getirmek için yeterli olabilecektir¹¹⁶².

8. madde kapsamında usule ilişkin yükümlülüklerden bir diğeri, ebeveynlerin kendi ailelerini etkileyecek prosedürlerde (örneğin, evlat edinme prosedürü) yer alma şartıdır¹¹⁶³.

¹¹⁵⁵ Kil Kelly, Children, s. 76.

¹¹⁵⁶ Konu ile ilgili AİHM kararları için bkz. II. Bölüm, 3., C. 4., (2) başlığı.

¹¹⁵⁷ İlker Ensar/Turkey, App. No. 6032809, 3 May 2012, par. 33; Aynı yönde yaklaşım için bkz. Amanalachioai/Romania, 4023/04, 26 May, 2009, par.63; Raban/Romania, App. No. 25437/08, 26 October 2010, par. 23; Bergmann/Czech Republic, App. No. 8857/08, 27 October 2011, par. 39.

¹¹⁵⁸ Görgülü/Germany. App. No. 74969/01, 26 February 2004, par.

¹¹⁵⁹ Reid, s. 61.

¹¹⁶⁰ McMichael/United Kingdom, App. No. 16424/90, 24 February 1995, par. 87; Görgülü/Germany. App. No. 74969/01, 26 February 2004, par. 52.

¹¹⁶¹ Kil Kelly, Children, s. 77.

¹¹⁶² Kil Kelly, Children, s. 77.

¹¹⁶³ Akandji Kombe, s. 17.

(i) Etkili Soruşturma Yükümlülüğü¹¹⁶⁴

Usule ilişkin yükümlülükler erişilebilir olmasının yanı sıra etkili de olmalıdır¹¹⁶⁵. Nitekim suçu tanımlayan ve yaptırım sağlayan bir hukuk sistemi tek başına yeterli değildir. Devletin esasında olaylara etkili soruşturma ve cezalandırma sağlaması gerekmektedir¹¹⁶⁶. Dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini ileri süren kişiler için etkili soruşturma hakkı, devletin hem etkili hem de caydırıcı cezai mevzuat çıkarma yükümlülüğüne karşı bir arka plan sağlamaktadır¹¹⁶⁷.

Etkili soruşturma yükümlülüğünün amacı, AİHS kapsamında olan haklardan birinin ihlali halinde, devletin yetkili organları eliyle gerekli soruşturmayı yaparak sorumluları tespit etmesidir. Etkili soruşturma yükümlülüğü ile taraf devletlere ihlal edilen hakka ilişkin soruşturmanın nasıl, hangi şartlarda ve kimler tarafından yapılacağı gibi konularda yükümlülükler yüklenmektedir¹¹⁶⁸.

Etkili soruşturma yükümlülüğü, AİHM içtihatlarında taraf devletlerin pozitif bir yükümlülüğü olarak benimsenmiştir¹¹⁶⁹. Bu bağlamda usule ilişkin pozitif yükümlülüklerin bir ayağını da etkili soruşturma yükümlülüğü oluşturmaktadır¹¹⁷⁰. Nitekim Mahkeme ilk olarak Mc Cann ve diğerleri kararında¹¹⁷¹ taraf devletlerin etkili soruşturma yükümlülüğü altında olduklarını ifade etmiştir¹¹⁷². Mahkeme bu yöndeki ilk mahkûmiyet kararını ise Aksoy/Türkiye davasında¹¹⁷³ vermiştir¹¹⁷⁴.

¹¹⁶⁴ Etkili soruşturma yükümlülüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 2. ve 3. madde kapsamında devletin pozitif bir yükümlülüğü olarak incelendiğinden konu ile ilgili kararlara ayrıntılı olarak IV. Bölümde yer verilecektir.

¹¹⁶⁵ Lavrysen, s. 121.

¹¹⁶⁶ Marshall, s. 148.

¹¹⁶⁷ Akandji Kombe, s. 16.

¹¹⁶⁸ Bilge, Burak; “Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. V, S. 2, 2014, s. 369.

¹¹⁶⁹ Etkili soruşturma yükümlülüğü temelde Mahkeme'nin içtihatları ile belirlenmiş olsa da bazı uluslararası sözleşme ve protokollerde de soruşturma yükümlülüğünden bahsedilmiştir. İşkence ve kötü muamelenin soruşturması ve dokümantasyonu amacıyla oluşturulmuş ilk uluslararası tüzük veya kılavuz olma niteliğine haiz olan İstanbul Protokolü'nde işkenceye yönelik olaylarda soruşturma yükümlülüğüne dair hükümler düzenlenmiştir. (Doğru/Nalbant, s. 173; Şenol, s.61-62; Bilge, s. 372).

¹¹⁷⁰ Arslan Öncü, s. 51; Hepple, s. 114.

¹¹⁷¹ McCann and the Others/United Kingdom, App. No. 18984/91, 27 September 1995. Karar için bkz. Doğru, Osman/Nalbant Atilla; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. I, s. 101- 114.

¹¹⁷² Şenol, s. 62; Bilge, s. 372.

¹¹⁷³ Aksoy/Turkey, App. No. 21987/93, 18 December 1996.

¹¹⁷⁴ Bilge, s. 372.

Etkili soruşturma yükümlülüğü Mahkeme'nin bazı kararlarında 13. maddede düzenlenen etkili başvuru hakkı temelinde değerlendirilmiştir¹¹⁷⁵. Ancak bazı kararlarda da Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinden kaynaklanan usule ilişkin pozitif bir yükümlülük olarak izah edilmiştir¹¹⁷⁶. AİHM özellikle devletin Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı¹¹⁷⁷ ve 3. maddede düzenlenen işkence yasağına yönelik ihlali durumunda etkili soruşturma yükümlülüğünden bahsetmiş olsa da¹¹⁷⁸ Sözleşme'nin diğer bazı maddeleri açısından da etkili soruşturma yükümlülüğü söz konusu olabilir¹¹⁷⁹. Çünkü AİHM, soruşturmaya geç başlanması veya soruşturmanın, suç faillerinin belirlenip cezalandırılması konusunda sonuca götürecek nitelikte yapılmamış olmasını AİHS'in, ihlal edilen hakkı koruyan

¹¹⁷⁵ Mahkeme Aksoy/Türkiye davasında soruşturma yükümlülüğünü 13. maddede düzenlenen etkili başvuru hakkına dayandırmıştır. Aynı şekilde, Salman/Türkiye davasında Sözleşmenin 13. maddesinin tam ve etkili bir soruşturma yapılabilmesini gerektirdiğini vurgulamıştır. (Salman/Turkey, App. No. 21986/93, 27 June 2000).

¹¹⁷⁶ Harris/O'Boyle/Wabrick, 109 ve 573; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 2; Soyer Güleç, s. 1396; "2. madde bağlamındaki "yaşam hakkı"nın korunması yükümlülüğü, dolaylı olarak, kişilerin güç kullanımı sonucu öldürülmeleri halinde etkin bir resmi soruşturma yapılmasını gerektirmektedir... Bu yükümlülük, adam öldürmeye bir Devlet yetkilisinin yol açtığının tespit edildiği davalarla sınırlı değildir. Ölen kişinin aile mensuplarının veya diğerlerinin, ilgili soruşturma makamına adam öldürmeye ilişkin resmi şikayette bulunmaları da belirleyici değildir. Değerlendirme altındaki davada, yetkili makamların adam öldürme hususunda sahip oldukları yegane bilgi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi bağlamında "ipso facto" (kendiliğinden) adam öldürmenin gerçekleştiği koşullara ilişkin resen etkili bir soruşturma gerçekleştirme yükümlülüğünü doğurmaktadır." (Ergi/Turkey, App. No. 23818/94, 28 July 1998 par. 82) "İki polis memurunun ellerinde, barut kalıntısı olup olmadığının kontrol edilmemesi, olayın canlandırılmaması, silahlarının ...ya da mühimmatlarının incelenmemesi ve merminin, Moravia Ramsahai'nin vücudunda yol açtığı travmanın görsel olarak kaydedilmemesi hususları açıklanmamıştır. Ayrıca, memurlardan Brons ve Bultstra olaydan sonra ayrı yerlerde tutulmamış ve üç gün sonrasına kadar sorgulanmamıştır... Daha önce kaydedildiği gibi, birbirleri veya meslektaşları ile Amsterdam / Amstelland polis gücüyle ilgili olarak anlaştıklarına ilişkin delil bulunmamasına rağmen, bu tür bir anlaşma riskini azaltacak uygun adımların atılmaması, soruşturmanın yeterliliğinin kayda değer şekilde ihmal edildiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, Moravia Ramsahai'nin ölümüne ilişkin koşullar hususunda yeterli soruşturma yapılmaması nedeniyle AİHS'in 2. maddesi ihlal edilmiştir." (Ramsahai and the others/Netherlands, App. No. 53291/99, 15 May 2007 par. 329-332.) Kararların türkçe çevirisi için bkz. Cengiz/ Demirağ/Ergül/Mcbride/Tezcan, s.11.

¹¹⁷⁷ AİHM, AİHS'in 2. maddesinde şart koşulan yaşam hakkının korunması yükümlülüğünün, 1. madde ile birlikte düşünüldüğünde etkili bir soruşturma yürütülmesini öngördüğünü ve bunu zorunlu kıldığını belirtmiştir. (Bkz. McCann and the Others/United Kingdom, App. No. 18984/91, 27 September 1995, par. 161; Kaya/Turkey, App. No. 158/1996/777/978, 19 February 1998, par. 105; Tanrıkulu/Turkey, App. No. 23763/94, 8 July 1999, par. 101; Tanrıbilir/Turkey, App. No. 21422/93, 16 November 2000, par. 83; Akdoğan/Turkey, App. No. 46747/99, 18 October 2005). AİHM bu yönde Uçar/Türkiye davasında Sözleşme'nin 2. maddesinin, gerektiği hallerde yetkili makamlara, yaşamı başkasının suç teşkil eden fiilinden veya bizzat kendisinden kaynaklanan bir risk altında olan bir bireyi korumak için önleyici operasyonel tedbirler alma şeklinde pozitif bir yükümlülük yüklediğine açıkça işaret etmiştir. (Uçar/Turkey, App. No. 52392/99, 11 April 2006, par 83).

¹¹⁷⁸ Metin, s. 120; Şenol, s. ; Bilge, s. 369; Özdek, s. 148; Soyer Güleç, s. 1395.

¹¹⁷⁹ Bilge, s. 367.

hükümleriyle bağlantılı olarak değerlendirmektedir¹¹⁸⁰. Örneğin, 6. maddenin amacı doğrultusunda, 13. madde uyarınca devletin sürüncemede kalan yargılamanın hızlandırılmasına imkan sağlayacak bir iç hukuk yolu yaratma pozitif yükümlülüğü olduğunu da belirtmiştir¹¹⁸¹.

AİHS'in 8. maddesi kapsamında devletin pozitif yükümlülüğü ulusal düzeyde etkili soruşturmaya ilişkin sorunları ve buna bağlı olarak da usuli yükümlülükleri de kapsamaktadır¹¹⁸². Örneğin, devletin özel hayatı ve aile hayatını güvence altına almış olsa da, bu haklara yönelen tehditlere karşı önlem alma, hakları ihlal edenleri etkili soruşturma ve adil yargılama yönünde usule ilişkin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır¹¹⁸³.

M.C./Bulgaristan kararında¹¹⁸⁴ Mahkeme hem 3. hem de 8. madde kapsamında tecavüz iddialarının etkin şekilde soruşturma ve kovuşturma pozitif yükümlülüklerini tanımıştır. Craxi kararında da¹¹⁸⁵ eski İtalyan başbakanının telefon görüşmelerinin sızdırılmış içeriğinin basın tarafından yayınlanmasına ilişkin olarak Mahkeme konunun düzeltilmesi için etkili soruşturma yürütme pozitif yükümlülüğünü tanımıştır¹¹⁸⁶.

Soruşturmanın etkili olması için dört şart gereklidir. İlk şart; soruşturmadan sorumlu olan ve soruşturmayı yürüten kişilerin olaylara karışanlardan bağımsız ve tarafsız olmalarıdır. Bu durum sadece hiyerarşik veya kurumsal bir bağın değil uygulamada da bağımsız olmayı gerektirmektedir¹¹⁸⁷. İkinci şart; soruşturma özenli ve ivedi şekilde yürütülmeli ayrıca kapsamlı olmalıdır¹¹⁸⁸. Üçüncü; soruşturmanın sorumlu kişilerin tespit edilmesi ve cezalandırılmasına yol açmasıdır¹¹⁸⁹. Son şart

¹¹⁸⁰ Cengiz/ Demirağ/Ergül/Mcbride/Tezcan, s. 10. Örneğin, AİHM, gözaltı başlangıcında tıbbi müdahaleyle bekaret kontrolünden geçirilmesi sonucu başvuruların 3. madde kapsamında kötü muameleye uğradıkları iddialarının, ulusal makamlar tarafından 3. maddenin gerektirdiği biçimde etkili biçimde soruşturulmadığı sonucuna varmıştır. Buna göre AİHM kararında taraf devletin pozitif yükümlülüğüne işaret etmese de 3. maddenin usul yönünden ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. (Salmanoğlu and Polattaş/Turkey, App. No. 15828/03, 17 Mart 2009).

¹¹⁸¹ Vitkauskas/Dikov, s. 83.

¹¹⁸² Doğru/Nalbant, C. II, s. 1; Aynı yönde H. M./Turkey, App. No. 34494/97, 8 August 2006.

¹¹⁸³ Şirin, s. 382.

¹¹⁸⁴ M. C./Bulgaria, App. No. 39272/98, 4 December 2003, par. 153.

¹¹⁸⁵ Craxi/Italy (No. 2), App. No. 25337/94, 17 July 2003, par. 74.

¹¹⁸⁶ Lavrysen, s. 112, dp. 204.

¹¹⁸⁷ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 147; Soyer Güleç, Sesim; "Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Etkinliği ve Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi", DEÜHF Dergisi C. XV, Özel S., 2014, s.1421.

¹¹⁸⁸ Cengiz/ Demirağ/Ergül/Mcbride/Tezcan, s. 10.

¹¹⁸⁹ Akandji Kombe, s. 34-35.

ise, soruşturma kamunun incelemesine tabi olmalı ve soruşturmaya ilişkin tüm belge ve delilleri emniyet altına almak için makul çaba sarfedilmelidir¹¹⁹⁰.

(ii) Yargılama ve Cezalandırma Yükümlülüğü

Özel hayata ve aile hayatına yönelen müdahale söz konusu olduğunda kamusal makamlar hem mağdurun şikayeti üzerine hem de resen harekete geçebilmelidir. Ayrıca devlet bireyler arası ilişkilerde hak ihlali üzerine soruşturma, kovuşturma ve yargılama yapma ve suçluluğu şüphe götürmeyen kişiler hakkında yaptırım kararı verme yükümlülüğü altındadır. Tüm bu işlem ve eylemleri de makul sürede ve etkin şekilde gerçekleştirmelidir¹¹⁹¹.

AİHS'in 1. maddesi, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin tanınmasının yanı sıra insan hakları ihlallerini önleme ve ihlale yol açan olay failleri cezalandırma yükümlülüğünü de kapsar¹¹⁹². Cezalandırma şeklindeki pozitif yükümlülük, hakkı ihlal edenler bakımından caydırıcı ve önleyici bir etkiye sahip olmalıdır¹¹⁹³. Sözleşme hükümleri gereği insan hakkı ihlallerinden sorumlu olan devletin, bu ihlalleri önleme, soruşturma ve cezalandırma konusunda makul ve uygun tedbirleri almakla ilgili olarak özen yükümlülüğü söz konusudur¹¹⁹⁴. Yargısal yollar ile ilgili olarak devlet ayrıca kapsamlılık ve etkililik yükümlülüklerini de yerine getirmelidir¹¹⁹⁵.

Örneğin, AİHM, tecavüz ve cinsel istismarın her türlü formuna etkin cezai yaptırımlar gerektiği görüşündedir¹¹⁹⁶. M.C./Bulgaristan davasında, başvuran Bulgar hukuku ve uygulamasında tecavüz ve cinsel istismara karşı etkili bir koruma sağlanamadığından şikayetçi olmuştur¹¹⁹⁷. AİHM, bu kararda etkili bir şekilde cezalandırma sistemi kurma ve sorumluları cezalandırmanın, Devlet'in 8. madde kapsamında kişinin fiziksel bütünlüğünü koruma yönündeki pozitif yükümlülüğü

¹¹⁹⁰ Beganovic/Croatia, App. No. 46423/06, 25 June 2009, par. 9; Arslan Öncü, s. 51; Cengiz/ Demirağ/Ergül/Mcbride/Tezcan, s. 10; Bilge, s. 373.

¹¹⁹¹ Gemalmaz, s. 1499.

¹¹⁹² Cengiz/ Demirağ/Ergül/Mcbride/Tezcan, s. 9.

¹¹⁹³ Arslan Öncü, s. 51.

¹¹⁹⁴ Cengiz/ Demirağ/Ergül/Mcbride/Tezcan, s. 10.

¹¹⁹⁵ Akandji Kombe, s. 36.

¹¹⁹⁶ Leach, s. 125.

¹¹⁹⁷ M.C/Bulgaria, App. No. 39272/98, 4 December 2003, par. 109.

olduğunu belirtmiştir¹¹⁹⁸. Bu temelde AİHS'in 3. ve 8. maddesi çerçevesinde ihlal tespit etmiştir.

Yargısal yolları kullanma bakımından devletin yükümlülüğü öncelikle ihlalleri önlemek ve insan haklarını ihlalden korumaktır. Şayet korumak mümkün olmamış ise, aktif bir şekilde suçluyu arama, en uygun yolla suçluyu cezalandırmak ve cezayı insan haysiyetine uygun şekilde uygulamaktır.

D. Devletin Pozitif ve Negatif Yükümlülüklerinin Ayrımı

1. Ayrımın Teorik Temeli

İnsan hakları literatüründe devletin yükümlülük tipolojilerine ilişkin olarak yapılan zor ayrımlardan biri de negatif ve pozitif yükümlülük ayrımıdır¹¹⁹⁹. Bu bağlamda pozitif ve negatif yükümlülüklerin normatif kategorisinin daha yeknesak ve şeffaf olması amacıyla dogmatik yapılarının harmonize edilmesi ve prosedürlerinin değerlendirilmesi için bunlar arasındaki ilişki, benzerlik ve farklılıklar ortaya konulmalıdır¹²⁰⁰.

Klasik yaklaşıma göre devlet temel haklara müdahale etmeme yükümlülüğü altındadır¹²⁰¹. Dolayısıyla ilk bakışta Sözleşme teorik olarak, devletin bireylerin özgür tercihlerine müdahale etmemenin garantörü olarak hareket etmesini gerektirir¹²⁰². Bir başka ifadeyle Sözleşme'nin devlete karşı bireylerin negatif haklarının güvence altına alındığı bir çerçeve oluşturduğu görülmektedir¹²⁰³. Ancak Sözleşme'nin üslubundan devlete pozitif (olumlu) yükümlülüklerin getirildiği hakların da bulunduğu anlaşılmaktadır¹²⁰⁴. Öte yandan Sözleşme'nin AİHM içtihatlarıyla birlikte okunması, Sözleşme'nin olumsuz bir özgürlük savunusundan

¹¹⁹⁸ M.C./Bulgaria, No. 39272/98, 4 December 2003, par. 152-153.

¹¹⁹⁹ Melish/Aliverti, s. 120; Lavrysen, s. 75-76; Arslan Öncü, s. 47; Pozitif ve negatif yükümlülükler ayrımı ve eleştirisi için bkz. Koch, Ida Elisabeth; "Dichotomies, Trichotomies or Waves or Duties", Human Rights Law Review, Vol. 5/1, 2005, s. 81-103.

¹²⁰⁰ Dröge, s. 380.

¹²⁰¹ Harris/OBoyle/Warbrick, s. 342.

¹²⁰² Russell, David; "Supplementing the European Convention on Human Rights: Legislating for Positive Obligations", Northern Ireland Legal Quarterly 61 (3), 2010, s. 281.

¹²⁰³ Russell, s. 281.

¹²⁰⁴ Frowein, s. 112; Russell, s. 281.

çok daha fazlasını sunduğunun ikna edici bir argüman haline gelmesine sebep olmuştur¹²⁰⁵. Dolayısıyla 18 ve 19. yüzyıllarda süregelen tartışmalar insan haklarının niteliğine yönelik savunma hakkı yaklaşımını farklılaştırmıştır¹²⁰⁶. 1960'lı yılların sonunda insan hakları sadece dokunulmaması gereken negatif haklar değil, aynı zamanda devletin her durumda koruması gereken pozitif haklar olarak görülmeye başlanmıştır¹²⁰⁷. Bu bağlamda temel hakların, sadece devlete karşı ileri sürülen savunma hakkı niteliğinde olmayıp pozitif özellik de taşıdığı anlaşılmıştır¹²⁰⁸. Nitekim günümüzde devletin pozitif yükümlülüklerinin sadece sosyal ve ekonomik haklar için söz konusu olduğu düşüncesi değişmiştir¹²⁰⁹. Artık devletin klasik haklar bakımından da pozitif yükümlülüklerinin olduğu savunulmaktadır¹²¹⁰. Günümüzde Sözleşme, insan haklarını sağlamakla yükümlü devletler tarafından özgürlüklerimizi desteklemek için bazı faaliyetlerde bulunmalarını gerektiren pozitif yükümlülükler ışığında okunmaktadır¹²¹¹. Bu bağlamda *Koch* pozitif ve negatif dikotomisi (ikili ayrım) konusunda negatif statü haklarının bazı pozitif ve maliyetli yönleri olabileceği gibi pozitif statü haklarının da bazı negatif, maliyetsiz ve derhal uygulanabilecek yönleri olabileceğini savunmuştur¹²¹². Devletler, her hak bakımından, hakkın işlevine uygun olarak kullanımını sağlamak bağlamında gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür¹²¹³. Ulusal ve uluslararası düzeyde mahkemelerin konuya ilişkin kararları incelendiğinde devletin yükümlülüklerinin pozitif yükümlülükler kuramının uygulanması suretiyle kişi hak ve özgürlüklerini de kapsayacak şekilde ilerlediği gözlemlenmektedir. Nitekim *Donnelly*' e göre de tüm insan hakları devletin pozitif faaliyetini ve sınırlandırılmasını gerektirmektedir¹²¹⁴. Bu sebeple tüm haklar için devletin koruma ve uygulama yükümlülüklerinin yani pozitif yükümlülüklerinin mevcut olduğunu

¹²⁰⁵ Russell, s. 281.

¹²⁰⁶ Dündar Sezer, s. 766-767.

¹²⁰⁷ Şirin, s. 380.

¹²⁰⁸ Nipperdey, s. 14; Belling/İnce, s. 9.

¹²⁰⁹ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 130; Dündar Sezer, s. 767.

¹²¹⁰ Lavrysen, Scope of Obligations, s. 162; Starmer, Positive Obligations, s. 139; Russell, s. 281; Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması, Eren, s. 142; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 130; Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 27; Dündar Sezer, s. 767; Şirin, s. 380; Donnelly, s. 43; Şimşek, S., s. 1.

¹²¹¹ Russell, s. 281.

¹²¹² Koch, s. 84.

¹²¹³ Anayurt, s. 52.

¹²¹⁴ Donnelly, s. 43.

söylemek mümkündür.

2. Hakların Tipolojisine Göre Ayrım

Christoffersen'e göre haklar ve yükümlülükler bir madalyonun iki yüzü gibidir¹²¹⁵ fakat yaygın görüş hakların devletin yükümlülüklerinden kaynaklandığını iddia etmektedir¹²¹⁶. Yani devlet yükümlülüklerini ihlal ettiğinde birey hak sahibi olmaktadır¹²¹⁷. Bu bağlamda insan hakları söz konusu olduğunda devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri söz konusudur¹²¹⁸. Devlet, toplumu oluşturan bireyin doğuştan sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri güvenceye almak amacıyla kurulan bir siyasal örgütlenmedir. Bu bağlamda negatif ve pozitif yükümlülükler insan hakları alanında devletin sorumluluğunu açıklamada kullanılan ayrımlardan biridir. Bu ayrımın temeli hakların niteliğine bağlı olarak yapılmıştır¹²¹⁹. Kimi haklar için devletin müdahale etmeme, dokunmama gibi negatif bir tutum sergilememesi beklenirken, kimi haklar için ise devletin pozitif bir tutum sergilmesi gerekir¹²²⁰.

Klasik yaklaşıma göre devletin negatif statü hakları konusunda negatif yükümlülükleri, pozitif statü hakları konusunda ise pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır¹²²¹. Nitekim devletin yükümlülüğünün pozitif ya da negatif olması, ilgili hakkın negatif statü hakkı ya da pozitif statü hakkı olarak nitelendirilmesinde kullanılmaktadır¹²²². Fakat AİHM uzun süreden beri AİHS'te düzenlenen ve negatif statü hakkı olduğu kabul edilen hakların devletin pozitif yükümlülüklerini de içerdiğini benimsemektedir¹²²³. Bu yönündeki içtihatlarıyla AİHM negatif ve pozitif haklar arasındaki kesin ayrımı esnetmiştir¹²²⁴. Dolayısıyla artık devlete yüklenen

¹²¹⁵ Christoffersen, s. 103.

¹²¹⁶ Shue, Basic Rights, s. 51 vd; Mowbray, Positive Obligations, s. 225.

¹²¹⁷ Shue, Basic Rights, s. 51; Mowbray, Positive Obligations, s. 225.

¹²¹⁸ Lienberg, s. 109; Fredman, s. 1 vd; Akandji Kombe, s. 5; Klatt, s. 692.; Shue, Basic Rights, s. 52; Payne, s. 1; Mowbray, Positive Obligations, s. 224.

¹²¹⁹ Fabre, Cécile; "Constitutionalising Social Rights", The Journal of Political Philosophy: Vol. 6, No. 3, 1998, s. 263-264; Erdoğan, s. 180.

¹²²⁰ Eren, s. 142;.

¹²²¹ Fabre, s. 263-264; Şimşek, S., s. 1.

¹²²² Fabre, s. 263-264; Şimşek, S., s. 1.

¹²²³ Koch, s. 96; Harris/OBoyle/Warbrick, s. 342; Qc Singh, s. 94.

¹²²⁴ Şimşek, S., s. 3.

edimin niteliğine göre kesin sınırlar çizilmesi mümkün görünmemektedir¹²²⁵.

Pozitif yükümlülükler aslında ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesinin temel aracı niteliğinde olmakla birlikte¹²²⁶, birinci kuşak hakları oluşturan klasik haklar bakımından da geçerlidir. Bu sebeple birinci kuşak haklardan oluşan klasik hakların hepsinin negatif statü hakkın olduğunu ileri sürmek doğru değildir¹²²⁷. AİHS sisteminde de klasik haklar bağlamında taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri söz konusudur¹²²⁸. Doktrinde negatif haklar olarak ileri sürülen hakların da devletin pozitif eylemini gerektirdiğinden bahisle bu ayrımının tutarlı olmadığı ileri sürülmektedir¹²²⁹. *Shue* ise, temel hak ve özgürlükler konusunda devletin karışmama, gölge etmeme gibi negatif bir tutum sergilemesini teorik düzeyde eleştirmekte ve bu ayrımın ahlaki öneminin olmadığına işaret etmekte¹²³⁰ ve tüm hakların pozitif yükümlülükler içerdiğini belirtmektedir¹²³¹. *Donnelly* de bu yönde negatif statü haklarının da pozitif edimler içerdiğini belirtmiştir¹²³². Aynı doğrultuda *Gemalmaz*, negatif ve pozitif statü hak sınıflandırmasının geçerliliğinin yapaylığına göz yumulduğu ölçüde söz konusu olabileceğini savunmuştur¹²³³. *Kaboğlu* ise, hakların gerçekleşmesinin geleneksel anlayışın ileri sürdüğü isteme ve kaçınma hakları ayrımının terk edilmesi yoluyla mümkün olacağını belirtmiştir. Ayrıca tüm bu hakların güvence altına alınmasına yönelik pozitif önlemler alma gerekliliğine işaret etmiştir¹²³⁴. Zira kamusal otoritelerin müdahale etmemesi kriteriyle belirlenmeye çalışılan negatif haklar listesi içindeki hakların da aslında kurumsallaşıp uygulanabilmesi ve hak sahipleri tarafından bu haklardan yararlanılabilmesi için devletin müdahalesi ve katkısı gerekmektedir¹²³⁵. Bu bağlamda Örneğin; AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasında tanınan hak aramanın etkin bir şekilde gerçekleştirebilmesi için sözleşmeye taraf

¹²²⁵ Algan, s. 38; Pekel, s. 41.

¹²²⁶ Fura, s. 72.; Borelli, s. 101; Lienberg, s. 109.

¹²²⁷ Fabre, s. 268.

¹²²⁸ Qc Singh, s. 94; Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 229; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 130.; Arslan Öncü, s. 47; Uygun, Devlet Teorisi, s. 529.

¹²²⁹ Donnelly, s. 43; Shue, Basic Rights, s. 155; Payne, s. 1 vd; Gemalmaz, M. Semih; Devlet, Birey ve Özgürlük, Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayınevi İstanbul, s. 2012, s. 516.

¹²³⁰ Shue, Basic Rights, s. 155; Payne, s. 6-7.

¹²³¹ Shue, Basic Rights, s. 155; Aynı yönde Mowbray, Positive Obligations, s. 224.

¹²³² Donnelly, s. 43.

¹²³³ Gemalmaz, Devlet, s. 516.

¹²³⁴ Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 229.

¹²³⁵ Şimşek, S., s. 1; Pekel, s. 41.

devletler, bireylerin hak aramasını sağlayacak ve kolaylaştıracak tedbirleri almakla ve bireylerin mahkemeye başvurabilme imkânlarını haksız şekilde tıkayan engelleri de ortadan kaldırmakla yükümlüdürler¹²³⁶. Yine aynı yönde adil yargılanma hakkının varolabilmesi için devletin mahkemeler kurması, yargı mensuplarını ataması, savunma hakkı için devletin yargıya başvuru yolları oluşturması, gerekli araç ve donanımı sağlaması gerekmektedir¹²³⁷. Bu sebeple pozitif yükümlülüklerin ilke olarak bir hakka bağlanamayacağını düşünmek için herhangi bir sebep yoktur¹²³⁸.

3. Yükümlülük Tipolojisine Göre Ayrım

İhmal ve eylem arasındaki ayrım negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki çok temel bir farklılığı ortaya koymaktadır¹²³⁹. Fakat devletin ihmali davranışla da 8. maddenin ihlaline yol açabileceği göz önünde bulundurulduğunda negatif ve pozitif statü hakları arasındaki müdahale etme ya da etmeme şeklinde özetlenebilecek ayrım kriteri belirsizleşmektedir. Çünkü devletin ihmali davranışıyla pozitif bir edimde bulunmayarak yani müdahale etmeyerek dahi negatif statü haklarından birini ihlal etmesi mümkündür. Bu doğrultuda AİHM'in *Mouvement Raëlien Suisse* kararında¹²⁴⁰ yargıç Pinto de Albuquerque muhalif görüşünde; ulusal makamların herhangi bir eylemde bulunmamasının Sözleşme'nin ihlali ile sonuçlanabileceğini belirtmiştir. Bu durumda da dava pozitif yükümlülükler içermektedir¹²⁴¹.

Dröge'ye göre de pozitif ve negatif yükümlülük ayrımı kamu otoritelerinin belirli bir eylemine ya da ihmaline dayanmaz, fakat hak sahibi tarafından tespit edilmiş insan hakkının devletin yardımı ile mi yoksa devlet yardımı olmaksızın mı gerçekleşeceği sorusuna dayanır¹²⁴².

¹²³⁶ Atalay, Esra; "Yargısal Temel Haklar", Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir, 1997, s. 449; Kılınç, Ayşe; "Bir İnsan Hakkı Olarak Adli Yardım", *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, C. III, No 1, 2011, s. 6; Pekel, s. 41.

¹²³⁷ Gemalmaz, s. Devlet, s. 516; Kalabalık, s. 59.

¹²³⁸ Dijk, s. 32; Christoffersen, s. 95.

¹²³⁹ Christoffersen, s. 100.

¹²⁴⁰ *Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland*, App. No. 16354/06, 13 July 2012.

¹²⁴¹ Lavrysen, s. 74.

¹²⁴² *Dröge*, s. 380.

Aksini iddia eden görüŖe göre ise, negatif ve pozitif hak grubunun maddi yapıları birbirinden tamamen farklıdır ve yükümlölük tipolojisine göre yapılan ayırım yerindedir¹²⁴³. Negatif hakların korunması için devlet faaliyeti gerekse de bu faaliyetler hakların varlık şartı değildir. Nitekim bu hakların sadece devletçe korunması yeterlidir. Fakat sosyal hakların çoğunun varlığı kamusal olarak temin edilmesine bağlı olduğu bu sebeple de negatif ve pozitif hakların mahiyetinin farklı olduğu savunulmuştur¹²⁴⁴. Bu anlayışa dayalı sınıflandırma, batı hukuk literatüründe hemen hemen terk edilmiş¹²⁴⁵ AİHM tarafından da reddedilmiştir¹²⁴⁶. Çünkü ayırımda kullanılan kriterin insan haklarının bütünlüğü¹²⁴⁷ ve karşılıklı bağımlılığı ilkesini göz ardı etmesidir¹²⁴⁸. Hakların bütünlüğü ilkesi çerçevesinde insan hakları birbirini tamamlar ve bu konuda siyasal iktidara düşen görev, bir bütün olarak hak ve özgürlüklerin işlerliğini sağlayacak ortamı hazırlamaktır. Çünkü insan hakları arasından bir grubu çıkarmak bu bütünlüğü bozar ve diğerk hakları anlamsız hale getirir¹²⁴⁹. Klasik hakların güvence altında olmadığı bir yerde sosyal haklar da hak niteliğini kaybedip, ödev niteliğinde kalırlar¹²⁵⁰. Her biri zincirin bir halkasını oluşturan haklar ancak sıkı bir şekilde kenetlendiğinde sağlam kalırlar ve birbirinden kopmazlar.

Yükümlölük tipolojisine göre ayırım yapmanın güç olduğu ortada olsa da pozitif yükümlölüklerin yerine getirilmemesi dolayısıyla Sözleşme'nin ihlali devletin eylemsizliği yahut belirli bir hakkın korunması için olumlu bir eylem eksikliği sonucu gerçekleşmektedir¹²⁵¹.

4. Pozitif ve Negatif Yükümlölük Arasındaki İlişki

Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında devletin pozitif ve negatif yükümlölükleri arasındaki sınır, onların kesin tanımına katkıda

¹²⁴³ Fabre, s. 264.

¹²⁴⁴ Erdoğan, s. 180.

¹²⁴⁵ Şimşek, S., s. 1.

¹²⁴⁶ Christoffersen, s. 100; Şimşek, S., s. 1.

¹²⁴⁷ Kapani, s. 6-7; Anayurt, s.47-59.

¹²⁴⁸ Anayurt, s. 51.

¹²⁴⁹ Bulut, s. 24.

¹²⁵⁰ Erdoğan, s. 181.

¹²⁵¹ Lazăr, s. 133.

bulunmamaktadır¹²⁵². Ayrıca pozitif yükümlülüklerin bulunduğu durumda uygulanabilir ilkelerle negatif yükümlülükler için geçerli ilkeler kıyaslanabilir olup ve büyük ölçüde benzerdir¹²⁵³. Pozitif veya negatif bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığının belirlenmesi için, kamu yararı ile bireyin menfaatleri arasında doğru bir denge kurulmasının dikkate alınması gerekmektedir. Her iki yükümlülük açısından da “saygı” bireyin ve bir bütün olarak toplumun çatışan çıkarları arasında bulunması gereken adil dengenin varlığına işaret eder. Dolayısıyla da Mahkeme her iki yükümlülük için de uygulanabilir ilkelerden adil denge testini uygular¹²⁵⁴ ve taraf devletlere belirli ölçüde takdir marjı tanır¹²⁵⁵. Belirli bir takdir marjına sahip olan devlet karşısında AİHM temyiz merci gibi hareket etmez. Dolayısıyla AİHM’in rolü davayı bir bütün olarak ele alarak kamu yetkililerinin davaya neden olan önlemleri almak için “ilgili ve yeterli nedenlere” sahip olup olmadığını değerlendirmektedir¹²⁵⁶.

Negatif haklar bakımından da devletin pozitif yükümlülükleri söz konusudur¹²⁵⁷. Bu sebeple her iki yükümlülüğün arasında girift bir ilişki mevcuttur. Örneğin, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış mercein

¹²⁵² Starmer, Positive Obligations, s. 158; Heringa/Zwaak, s. 740. Aynı yönde Vilenchik/Ukraine, App. No. 21267/14, 3 October 2017, par. 46; Dickson/United Kingdom, App. No. 44362/04, 4 December 2007, par. 70; S.H. and others/Austria, App. No. 57813/00, 30 November 2011, par. 87; Y. Y./Turkey, App. No. 14793/08, 10 March 2015, par. 59.

¹²⁵³ Heringa/Zwaak, s. 40; Lavrysen, Scope of Obligations, s. 166; Arai, Restrictions, s. 349; Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 382. Bu yönde Vilenchik/Ukraine, App. No. 21267/14, 3 October 2017, par. 46; Von Hannover/Germany (No. 2), App. No. 40660/08 and 60641/08, 7 February 2012, par. 99; Dickson/United Kingdom, App. No. 44362/04, 4 December 2007, par. 70-71.

¹²⁵⁴ Vilenchik/Ukraine, App. No. 21267/14, 3 October 2017, par. 46.

¹²⁵⁵ Lavrysen, Scope of Obligations, s. 166; Heringa/Zwaak, s. 740; Aynı yönde Y. Y./Turkey, App. No. 14793/08, 10 March 2015, par. 59; B./France, App. No. 13343/87, 25 March 1992, par. 44; Hämäläinen/Finland, App. No. 37359/09, 16 July 2014, par. 67 ; Johnston and Others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986, par. 55; Powell and Rayner/United Kingdom, App. No. 9310/81, 21 February 1990, par. 41; Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 31; Keegan/Ireland, App. No. 16969/90, 26 May 1994, par. 49; Gül/Switzerland, s. App. No. 23218/94, 19 February 1996, par. 38; Tysiac/ Poland, App. No. 5410/03, 20 March 2007, par. 111.

¹²⁵⁶ Kilkelly, s. 55; Aynı yönde Olsson/Sweden, App. No. 10465/83, 24 March 1988.

¹²⁵⁷ Shue, Basic Rights, s. 52-53; Mowbray, Positive Obligations, s. 224-225. Örneğin, Negatif statü hakları arasında sayılan adil yargılanma hakkı çerçevesinde devletin negatif yükümlülüğü, yargının bağımsız ve tarafsız kararlar vermesini etkileyebilecek kapsamdaki müdahalelerden sakınmaktan ibaret olduğunu düşünülse de bu hakkın vücut bulabilmesi için, devletin mahkemeler kurması, hâkim ve savcılarını ataması, makul sürede yargılama yapabilmesi ve savunma hakkı için koşullar oluşturmaması, yargıya başvuru imkânlarını sağlaması, gerekli araç ve donanımı tesis etmesi vb. gibi birçok edimi yerine getirmesi yükümlülüğü vardır. (Gemalmaz, M. Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2005, s. 91).

yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranmaması ve bunlara el konulmaması yani özel hayatın gizliliğinin korunması ancak polisin eğitimi ve denetimiyle mümkün olur¹²⁵⁸. Bu sebeple de insanların özel hayatını ve aile hayatını ihlale karşı korumak devletin pozitif çabasını gerektirmektedir¹²⁵⁹. Ayrıca negatif statü haklarından olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının da arama koruma tedbiri vasıtasıyla ihlale uğramaması için bu hakka müdahaleye imkan veren hükümlerde somut kriterlerin belirlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bir hak kapsamında devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülüklerle sahip olması mümkündür¹²⁶⁰. Sonuç olarak ilgili hak temelinde pozitif ve negatif yükümlülük hakkın korunması ve gerçekleşmesi zincirinin iki halkasını oluşturur.

Lavrysen'e göre de negatif ve pozitif yükümlülükler birbirine simetriktir¹²⁶¹. Ancak mağdur her iki yükümlülüğe ilişkin davada da aynı ölçüde kesin korunur. Kesin korumanın kapsamı yani koruma ve uygulama yönünde pozitif yükümlülüğün olup olmadığı, yasallık ve meşruluk değerlendirmesine bağlıdır ve hem negatif hem de pozitif yükümlülüğe ilişkin davalarda çatışan menfaatlerin değerlendirilmesi söz konusudur¹²⁶². Ayrıca Mahkeme'ye başvuru kriterleri¹²⁶³ ve adil denge testi uygulaması negatif ve pozitif yükümlülükler için aynıdır¹²⁶⁴.

5. Pozitif ve Negatif Yükümlülük Arasındaki Farklar

Pozitif yükümlülüklerin negatif yükümlülüklerden farklılığı pozitif yükümlülükler hakların korunmasında taraf devletlerin aktif olmasını¹²⁶⁵, olumlu adımlar atmasını ve meydana gelebilecek ihlal risklerini öngörüp önlemler almasını gerektirirken¹²⁶⁶, negatif yükümlülükler devletlerin hakka müdahaleden imtina

¹²⁵⁸ Aynı yönde negatif hak olarak sınıflandırılan işkence yasağına riayet edimesinin yolu polisin eğitimi ve denetimini gerektirmektedir. (Donnelly, s. 43).

¹²⁵⁹ Donnelly, s. 43.

¹²⁶⁰ Arslan Öncü, s. 48.

¹²⁶¹ Lavrysen, Scope of Obligations, s. 169.

¹²⁶² Lavrysen, Scope of Obligations, s. 169.

¹²⁶³ Dickson/United Kingdom, App. No. 44362/04, 4 December 2007, par. 70.

¹²⁶⁴ Arai, Restrictions, s. 349.

¹²⁶⁵ Mowbray, Positive Obligations, s. 221.

¹²⁶⁶ Russell, s. 282.

etmesini gerektirmektedir¹²⁶⁷. Sözleşme'nin ihlali ilk durumda eylemsizlikten kaynaklanacaktır, örneğin ulusal makamların gösterdiği edilgenlik ve pasiflik. Negatif yükümlülükte ise ihlal etken eylemler yoluyla bir hakkın kullanımının kısıtlanması ve engellenmesinden kaynaklanacaktır¹²⁶⁸. Yani negatif yükümlülükler devletin müdahaleden kaçınma yükümlülüğüne, pozitif yükümlülükler ise devletin kanuna aykırı ihmallerine işaret etmektedir¹²⁶⁹.

Pozitif yükümlülükler negatif yükümlülüklerin aksine, Sözleşme'de açıkça düzenlenmemiş olup, uygulama sürecinde AİHM ve AİHK kararlarıyla ortaya çıkmış yükümlülüklerdir¹²⁷⁰. Pozitif yükümlülüklerin negatif yükümlülüklerle kıyasla kapsamı daha geniştir¹²⁷¹. Ancak az sayıda da olsa pozitif yükümlülüklerin bazıları Sözleşme metninden de kaynaklanmaktadır¹²⁷². Bu bağlamda AİHS'in 8. maddesinin özel hayata ve aile hayatına "saygı gösterilmesi hakkına sahip" olunması düzenlemesi ile açık şekilde esasa ilişkin yükümlülük getirildiği ileri sürülebilir¹²⁷³. Ayrıca devletlerin, hakların kullanılmasına müdahale etmemesini gerektiren negatif yükümlülüklerin Sözleşme'nin özünden kaynaklandığı kabul edilirken aynı durum pozitif yükümlülükler için geçerli değildir¹²⁷⁴.

6. Pozitif ve Negatif Yükümlülüğün Hukuki Sonuçları

AİHM'in içtihatları doğrultusunda negatif ve pozitif yükümlülüklerin nitelik olarak birbirinden farklı olduğu fakat bazen aynı hukuki sonuçları doğurduğu görülmektedir¹²⁷⁵. Bu sonuçlardan biri her ikisinin de yerine getirilmemesinin devletin sorumluluğuna yol açmasıdır. Sözleşme'nin çeşitli maddeleri çerçevesinde

¹²⁶⁷ Dröge, s. 380; Fura, s. 72; Klatt, s. 694-695; Reid, s. 68; Lazăr, s. 132; Bakırcı, s. 32; Şenol; Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 70; Şimşek, S., s. 2.

¹²⁶⁸ Akandji Kombe, s. 11.

¹²⁶⁹ Dröge, s. 380.

¹²⁷⁰ Akandji Kombe, s. 6; Gemalmaz, Burak; Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 93; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s.71.

¹²⁷¹ Russell, s. 282.

¹²⁷² Gemalmaz, s 101; Akandji Kombe, s. 5; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s.71.

¹²⁷³ Akandji Kombe, s. 21.

¹²⁷⁴ Akandji Kombe, s. 5.

¹²⁷⁵ Akandji Kombe, s. 11.

pozitif yükümlülük kavramının uygulanması ve içtihadî birikimin son yıllarda kayda değer şekilde gelişmesi¹²⁷⁶ devletin sorumluluk alanını da genişletmiştir¹²⁷⁷.

Devletin negatif yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle hakkında AİHM tarafından verilen hüküm ile pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle hakkında verilen hükmün sonuçları farklıdır¹²⁷⁸. Devletin pozitif yükümlülükler uymaması negatif yükümlülükler uymamasından daha çok sonuç doğurur¹²⁷⁹. Devletin negatif yükümlülüğüne uymamasının sonucu Sözleşme’yi ihlal eden mevzuatı yürürlükten kaldırmak veya yasadışı uygulamayı sona erdirmek iken pozitif yükümlülüğüne uymamasının sonucu harekete geçme örneğin yaşanabilecek tüm hukukî zorluklarla ilgili mevzuat çıkarma¹²⁸⁰ yahut mevzuatı tadil etme yükümlülüğüdür. Her iki tip yükümlülük arasında katı bir ayırım bulunmamakla birlikte¹²⁸¹ negatif yükümlülüklerin kapsamı daha net iken, pozitif yükümlülüklerin kapsamı daha geniş ve muğlaktır.

7. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Konuya Yaklaşımı

AİHS özellikle kişisel ve siyasî haklar getirirken bu hakların birçoğunun sosyal ve ekonomik niteliğe de sahip olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle de ekonomik ve sosyal hakları Sözleşme’nin kapsadığı alandan net bir şekilde ayıran bir bölümün söz konusu olmadığı sonucuna ulaşmıştır¹²⁸².

AİHM, Plattform “Ärzte Für Das Leben” kararında, toplanma özgürlüğünün devlete iki tür yükümlülük getirdiğini; bunlardan negatif yükümlülüğün, geçerli bir sebep olmaksızın toplanma hürriyetini ihlal etmekten kaçınma yükümlülüğü, pozitif yükümlülüğün ise bu hakkın kullanılmasını ihlal etmek isteyenlere karşı korunmasını sağlayıcı tedbirleri alma yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir¹²⁸³. Böylece Mahkeme, devletin negatif hak olan toplanma özgürlüğü konusunda sadece

¹²⁷⁶ Boyar, s. 54; Bakırcı, s. 38.

¹²⁷⁷ Özdek, s. 150.

¹²⁷⁸ Koering Joulin, s. 92.

¹²⁷⁹ Keoring Joulin, s. 92.

¹²⁸⁰ Koering Joulin, s. 92.

¹²⁸¹ Yıldırım, Özel Hayat, s. 388.

¹²⁸² Akandji Kombe, s. 10

¹²⁸³ Plattform “Ärzte Für Das Leben”/Austria, App. No. 10126/82, 21 June 1988.

karişmama yükümlülüğü olmadığını, toplantıların barışşıl bir biçimde kullanımını sağlamak için makul pozitif nemler alma yükümlülüğünün de olduğunu vurgulamıřtır¹²⁸⁴.

AİHM klasik hakların sağlanması için sosyal ve ekonomik hakların da sağlanması gerektiğine Airey kararında işaret etmiřtir¹²⁸⁵. Kararda boşanmak isteyen başvurucu yasal prosedürün karmaşıklığını göz önünde bulundurarak İrlanda’da adl yardım sisteminin de olmaması nedeniyle, kendini bir avukatın yardımı olmadan savunamayacağına inandığından başvurusunu geri çekmiştir. Başvurucu AİHM önünde özellikle devletin kendisine etkili bir hukuk yolu sağlamaması nedeniyle 6. maddenin 1. paragrafını ihlal ettiğini ileri srmştir. Mahkeme başvurucunun şikayetlerini kabul etmiş ve şunları belirtmiştir: “*Sözleşme teorik veya göz boyayıcı hakları değil uygulanabilir ve etkili hakları güvence altına almaktadır.*”¹²⁸⁶. Yani hukuki yolların mevcut olması tek başına yeterli olmayıp, bu yolların etkili ve etkin bir şekilde kullanılabilmelerinin de mümkün olması gerekmektedir. Mahkeme’nin görüşüne göre, bu durumun böylesi bir bireye ekonomik ve sosyal bir hak tanınmasını gerektirebilmektedir, bu davada da başvurucuya adli yardım saęlanmalıdır¹²⁸⁷.

AİHM pozitif edim yükümlülüğünü değerlendirirken negatif edimlere uyguladığı ölçütlerle bir paralellik kurmaktadır¹²⁸⁸. Örneğin Mahkeme’nin birçok kararında 8. maddenin esas amacının kişiye kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerinden korumak olduğunun altı izilse de¹²⁸⁹ devletin özel hayata saygı için etkili korumayı sağlayıcı bazı tedbirler alması için pozitif yükümlülükleri olduğunu belirtmiřtir¹²⁹⁰. Yani devletin bireyin özel ya da aile hayatına keyfi olarak müdahale etmemesi konusundaki yükümlülüğünün yanı sıra 8. maddede korunan

¹²⁸⁴ Anayurt, s. 52.

¹²⁸⁵ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 25.

¹²⁸⁶ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 24.

¹²⁸⁷ Akandji Kombe, s. 10.

¹²⁸⁸ Bağceci, s. 520.

¹²⁸⁹ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 23; Johnston and Others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986, par. 55; Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 31; Keegan/Ireland, App. No. 16969/90, 26 May 1994, par. 49; Gl/Switzerland, App. No.23218/94, 19 February 1996, par. 38.

¹²⁹⁰ Doğru/Nalbant, s. 1.

değerlere saygı göstermek için pozitif eylemde bulunma zorunluluğu da mevcuttur¹²⁹¹.



¹²⁹¹ Kil Kelly, s. 35.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NİN YORUMU ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İnsan hakları ortak anlayışı hukukun genel ilkeleri ve yorum yöntemleri ile yaratılmaktadır¹²⁹². Bu bağlamda AİHM ortak bir hukuk arayışı çerçevesinde belli bir dönemle bağlı kalmamıştır. Yani AİHM’in tüm taraf ülkelerde karşılaştırdığı insan hakları anlayışı ve yorumları da zamana göre değişmektedir¹²⁹³. Sözleşme normlarının çağdaş standartlara uygun yorumlanması sonucu¹²⁹⁴, bu normlar statik olmaktan kurtulup zamanla ilerlemeye ve geliştirmeye açık hale gelmiştir¹²⁹⁵. Bu bağlamda çalışmamızda AİHS’in yorumuna ilişkin genel bilgiler verilerek, zamanla kapsamı genişleyen 8. maddenin yorumunda Mahkeme’nin ağırlıklı başvurduğu dinamik yorum metodu¹²⁹⁶ ve bu yorum yoluyla ortaya konulan pozitif yükümlülükler irdelenecektir.

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yorumu

Sözleşme’nin tümünün amacı ve anlamına ulaşma sebebiyle genel ve soyut dilinin yorumlanması ihtiyacı doğmaktadır¹²⁹⁷. Çünkü soyut normların somut olaya uygulanması normların kapsam ve içeriğinin belirlenmesini yani yorumunu

¹²⁹² Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 228.

¹²⁹³ Batum, Sühely; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul, 1993, s. 221.

¹²⁹⁴ Senden, s. 72.

¹²⁹⁵ Bıçak, s. 107.

¹²⁹⁶ Matscher, F.; “Methods of Interpretation of the Convention”, The European System for The Protection of Human Rights, (Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 69.

¹²⁹⁷ Greer, Steven; “The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights”, Human Rights Files No. 17, Council of Europe Publishing, 2000, s. 14.

gerektirmektedir¹²⁹⁸. Bir uluslararası belge sıfatıyla AİHS de uluslararası hukukun yorum konusundaki yerleşik kurallara uygun şekilde bir milletlerarası antlaşma olarak yorumlanır¹²⁹⁹. Bu bağlamda Sözleşme hükümlerini resmi olarak yorumlama, uygulama¹³⁰⁰ ve taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine karar verme yetkisi Sözleşme'nin denetim organı olan AİHM'in tekelindedir¹³⁰¹. Sözleşme'de yer alan hükümleri anlamak ve uygulamaya geçirmek açısından Sözleşme'nin, Mahkeme tarafından yorumu çok önemli bir ihtiyaçtır¹³⁰². Mahkeme'nin bu konuda yetkisini kullanırken başvurduğu yol gösterici kurallar Antlaşmalar Hukuku'na dair Viyana Sözleşmesi'nin 31-33. maddelerinde¹³⁰³ bulunmaktadır¹³⁰⁴. Mahkeme de birçok kararında AİHS'in yorumunda Viyana

¹²⁹⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 149.

¹²⁹⁹ Gözlügül, Said Vakkas; Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 365.

¹³⁰⁰ Jacobs/White/Obey, s. 64.

¹³⁰¹ Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 216; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 27

¹³⁰² Jacobs/White/Obey, s. 64; Bıçak, s. 107.

¹³⁰³ Pitea, s. 2; Andlaşmaların yorumu Sözleşme'nin 3. Bölümünde 31., 32. ve 33. maddelerinde düzenlenmiştir. Genel yorum kuralı Sözleşme'nin 31. maddesinde düzenlenmiştir. "1. Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır. 2. Bir andlaşmanın yorumu bakımından, (andlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar: a- andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma; b- andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge. 3. Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır: a- Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihi) herhangi bir anlaşma, b- Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması. c- Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı. 4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir." Tamamlayıcı yorum araçları Sözleşme'nin 32. maddesinde düzenlenmiştir: "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 yapıma şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir." İki veya daha fazla dilde tevsik edilmiş olan andlaşmaların yorumu 33. maddede düzenlenmiştir "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, herbir dildeki metin aynı şekilde geçerlidir. 2. Metnin tevsik edildiği dillerden gayri bir dildeki bir andlaşma sureti, ancak andlaşmanın öngörmesi veya tarafların kabul etmesi halinde geçerli bir metin telakki edilir. 3. Andlaşma hükümlerinin herbir geçerli metinde aynı manayı taşıdığı farz edilir. 4. Birinci paragrafta 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 gözönünde tutulduğunda metni en iyi uzlaştıran mana benimsenecektir."

¹³⁰⁴ García Roca, s. 2; Ost, François; "The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights", The European Convention for The Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions, Eds. Mireille Delmas Marty, Christine Chodkiewicz, Kluwer Academic Publishers, 1992, s. 288; Matscher, s. 65; Jacobs/White/Obey, s. 65; Senden, s. 50; Golsong, Heribert; "Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?", The European System for The

Sözleşmesi'nin hükümlerinin göz önünde tutulacağına atıf yapılmıştır¹³⁰⁵. AİHM, Viyana Sözleşmesi öncesi dönemde ise uluslararası sözleşmelerin yorumunda genel kabul gören ilkeleri esas almıştır¹³⁰⁶. Aynı zamanda Sözleşme'nin, mümkün olduğunca, parçası olduğu uluslararası hukukun diğer ilkeleriyle uyum içinde yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹³⁰⁷. Bu sebeple AİHS'in temel hükümlerinin taraf devletlere dayattığı yükümlülükler, öncelikle ilgili hükme uygulanabilir uluslararası anlaşmaların ışığında yorumlanabilir¹³⁰⁸. Örneğin, AİHM, AİHS'in 8. maddesini, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocukların Evlat Edinilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ışığında yorumlamıştır¹³⁰⁹. Fakat Sözleşme'nin amacı, konusu ve çok taraflı olması sebebiyle yorumunda uluslararası hukuk kurallarıyla yetinilmemiş ve Sözleşme'ye özgü yorum teknikleri geliştirilmiştir¹³¹⁰.

Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinin ilk fıkrasına göre “*Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.*” Bu hüküm her ne kadar açık

Protection of Human Rights, Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 148 vd; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 149; Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31, 32 ve 33 maddeleri Sözleşme yorumunda rehber kurallar olarak kabul edilmekte; Sözleşme hükümlerinin Sözleşme'nin bütünü içinde konu ve amaca uygun yorumu yerleşiklik kazanmaktadır. (Çavuşoğlu, Yaşayan Belge, s. 133).

¹³⁰⁵ Marguénaud, s. 46; Lugato, s. 59; Reid, s. 57; Pitea, s. 2; Çavuşoğlu, Yaşayan Belge, s. 133. Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 92; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 27. Golder/United Kingdom, App. No. 4451/70, 21 February 1975, par. 29; Ludiche, Belkacem ve Koç/Almanya, 28.11.1978, par. 39; AİHS'in nasıl yorumlanacağı hususunda en sistematik yaklaşım Golder/Birleşik Krallık davasında Komisyon tarafından ortaya konmuş ve Mahkeme, 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana sözleşmesinin 31. ve 33. maddelerinde tanımlanan genel yorumlama kurallarına uygun olarak yerine getireceğini beyan etmiştir. (Golder/United Kingdom, App. No. 4451/70, 21 February 1975, par. 29)

¹³⁰⁶ Metin, Yüksel; Anayasanın Yorumlanması, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara, 2008, s. 92.

¹³⁰⁷ Marguénaud, s. 46; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 27.

¹³⁰⁸ Demir and Baykara/Turkey, App. No. 34503/97, 12 November 2008, par. 69.

¹³⁰⁹ Pini and the others/Romania, App. No. 78028/01 ve 78030/01; Emonet and the others/Switzerland, App. No. 39051/03; Glass/İngiltere kararında, AİHM, AİHS'in 8. maddesini yorumlayarak, AİHS'ye taraf devletlerin tümü tarafından onaylanmadığı halde, Oviedo İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde (4 Nisan 1997 tarihli) yer alan standartları dikkate almıştır. Glass/United Kingdom, App. No. 61827/00, 9 March 2004, par. 75. Bu bağlamda, savunmacı devletin ilgili davanın konusuna ilişkin olarak uygulanabilir olan belgelerin tümünü onaylamış olması gerekmektedir. AİHM için, ilgili uluslararası belgelerin, uluslararası hukukta veya Avrupa Konseyi üye devletlerinin çoğunun iç hukukunda uygulanan norm ve ilkelerde devam etmekte olan bir gelişimi ifade etmesi ve belirli bir alanda modern toplumlarda ortak bir zemin olduğunu göstermesi yeterli olacaktır. (Demir and Baykara/Turkey, App. No. 34503/97, 12 November 2008, par. 86).

¹³¹⁰ Stieglitz, Edgar; Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002, s. 179; Akt. Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 93.

ve belirgin gibi görünse ve insan haklarını koruma konusunda Avrupa standartlarını yaratma iddiası taşısa da AİHS'in somutlaştırılması sorununu çözmekten uzaktır. Bu sebeple Mahkeme Sözleşme'yi yorumlarken çeşitli yorum yollarına başvurmuştur¹³¹¹. Tarihi, dinamik (evolütif), karşılaştırmalı, sistematik, amaçsal, yaratıcı gibi birçok farklı yorum tekniğini kullanmıştır¹³¹². Hangi yorum tekniğini kullanırsa kullansın, Mahkeme'ye göre Sözleşme günün koşullarına uygun şekilde yorumlanması gereken "yaşayan bir enstrüman"dır¹³¹³. Günün koşulları (present-day conditions) ile kastedilen ise güncel gelişmeler ve genel kabul görmüş standartlardan etkilenmiş olmasıdır¹³¹⁴. Bu bağlamda Mahkeme Sözleşme'nin bir hükmünü yorumlarken somut olayın koşulları çerçevesinde sonuca varma eğilimindedir¹³¹⁵. Ayrıca hukuklarında ve taraf devletlerin uygulamalarında uyuşma temeli olmadığı takdirde Mahkeme tarafından dayanak alınan 'Sözleşme'ye taraf devletlerde izlenen uygulamaların ve karşılaşılan durumların çeşitliliği' göstermektedir ki Mahkeme Sözleşme'den anlaşılan pozitif yükümlülükleri tanımada çok dinamik olmamak üzere tedbirlidir¹³¹⁶.

AİHS'ni diğer sözleşmelerden farklılaştıran özelliklerinin başında, geçmişten günümüze Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin içeriğinin AİHK ve AİHM kararlarıyla geliştirilmesidir¹³¹⁷. Bundan dolayı

¹³¹¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 149; Marguénaud, s. 47 vd; AİHM'in yorum yöntemleri, çok daha çeşitli ve daha karmaşıktır. Bu yöntemler, klasik uluslararası yargı yerlerinin yorumlama yöntemlerinden ziyade, anayasa mahkemelerinin kullandığı yöntemlere yakındır. AİHM önceliği amaçsal (teleolojik), dinamik (evolütif) ve otonom yorumlara vermektedir. Andriantsimbazovina, s. 26. Bates, s. 321-323; Arai-Takahashi, s. 15; Ost, s. 284; Mahkeme bir maddenin yorumunda tereddüt halinde ve gerektiğinde farklı yorum metodlarına da başvurmuştur. Hatta bazı durumlarda Mahkeme'nin lafza aykırı fakat amaca uygun yoruma da başvurduğu görülmektedir. Bu yolla Sözleşme'nin etkili ve gerçek olması sağlanmıştır. (Gözübüyük/Gölcüklü, s. 151-152).

¹³¹² Senden, s. 50 vd.

¹³¹³ Andriantsimbazovina, s. 26 ve 30; Frowein, s. 113; Dijk, s. 18; Leach, ECHR, s. 162; Campbell, s. 402; Jacobs/White, s. 210; Lugato, s. 63; Pitea, s. 2; Burbergs, s. 319; García Roca, s. 22; Lawsen/Scherms, s. 26; Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 227; Çavuşoğlu, Yaşayan Belge, s. 143; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 27; Kaboğlu ve Marguénaud yorum yöntemlerini temel olarak iki kategoride incelemiştir. Bunlar genişletici kavramlar ve ılımlaştırıcı kavramlardır. Genişletici kavramlar kendi içinde ilerici ve evrimci olarak ayrılmıştır. ılımlaştırıcı kavramlar olarak ise ulusal takdir marjı ve ölçülülük ilkesini incelemiştir. (Kaboğlu, Yorum Yöntemleri, s. 309; Marguénaud, s. 47 vd).

¹³¹⁴ Burbergs, s. 319.

¹³¹⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 139. Bu yönde De Becker/Begium, App. No. 214/56, 7 March 1962.

¹³¹⁶ Bu husus transseksüellerle ilgili birçok davada açıkça görülmüştür. (Dijk, s. 20).

¹³¹⁷ Drzemczewski, A. Z.; "European Human Rights Convention in Domestic Law", Domestic Law-A Comparative Study, Clarendon Press, Oxford, 1983, s. 26. Akt. Çavuşoğlu, Naz; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara,

Sözleşme'nin sağladığı korumanın güncel durumunu kavrayabilmek için, Sözleşme'de yer alan temel haklara ilişkin kararların bilinmesi gerekmektedir¹³¹⁸. Bu noktada Sözleşme'deki hak ve hürriyet rejimi ve içeriği içtihatlar yoluyla okunabildiğinden kullanılan yorum teknikleri de önem arz etmektedir¹³¹⁹. Mahkeme kullandığı yorum yöntemleriyle güvence ölçütlerini ortaya çıkarma zeminini hazırlamıştır¹³²⁰.

AİHS hak ve özgürlükleri sadece tanımakla ve ilan etmekle yetinmemekte ayrıca bu hakların etkin bir şekilde uygulanmasını amaçlamaktadır. Bu amaçla, Sözleşme'nin kurduğu denetim organının taraf devletlerin bu Sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükleri ne şekilde yerine getirdiklerini denetleyebilmesi bir başka deyimle bu Sözleşme'nin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayabilmesi, bu organa Sözleşme'yi yorumlama yetkisinin tanınması ile mümkündür¹³²¹. Bu bağlamda AİHS'in 32. maddesi de¹³²², Mahkeme'nin yargı yetkisinin Sözleşme'nin uygulanmasını ve yorumunu kapsadığını açıkça hükme bağlamaktadır. Özetle Mahkeme, AİHS'in 32. maddesi ve 46. maddesi gereğince, Sözleşme'nin asli yorumcusudur¹³²³.

AİHM'in yorumlamada başvurduğu merkez öge olarak 'pratik ve etkili' ifadesi, devletin yükümlülüklerini pasif kalarak yerine getiremeyeceği anlayışına dayanmaktadır¹³²⁴. Mahkeme'nin Sözleşme hükümlerini yorumlarken göz önünde bulundurduğu temel kriter Sözleşme'nin konusu, amacı ve sui generis yani kendine özgü olmasıdır¹³²⁵. AİHS'in hazırlandığı dönemde genel kabul gören şartlar ve fikirler bugün hemen hemen geçerliliklerini yitirdiğinden AİHS'in günün

AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1994, s. 74; Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 93; Metin, s. 118.

¹³¹⁸ Metin, s. 118.

¹³¹⁹ Çavuşoğlu, Yaşayan Belge, s. 132.

¹³²⁰ Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 228.

¹³²¹ Göçer, M.; Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 113.

¹³²² AİHS madde 32-(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."

¹³²³ Andriantsimbazovina, s. 27; Jacobs/White/Obey, s. 64.

¹³²⁴ Mowbray, The Creativity, s. 78; García Roca, s. 8.

¹³²⁵ Tunç, Hasan; "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVII, 2000, s. 184; Loizidou/Turkey, App. No. 23 March 1995, par. 27, 89.

koşullarına ve sosyal gelişmelere uygun şekilde dinamik yorumlanması gerekmektedir¹³²⁶.

Sözleşme organları genel olarak Sözleşme’de yer verilen kavramları hakların korunması ve güvence altına alınması yönünde genişletici yoruma tabi tutmaktadır¹³²⁷. Bu yolla da Sözleşme’nin uygulama alanı birey lehine genişlemekte ve hakların korunmasına ağırlık verilerek Sözleşme yorumlanmaktadır¹³²⁸. 8. madde de Sözleşme’nin en kapsamlı şekilde yorumlanan hükmüdür¹³²⁹. Bu bağlamda 8. maddenin ve bununla bağlantılı pozitif yükümlülüklerin kapsamı da genişlerken en çok kullanılan yöntem aşağıda detaylı şekilde ortaya konulacağı üzere dinamik yorum olmuştur¹³³⁰.

B. Dinamik (Evolütif) Yorum Yöntemi

AİHS’te ifade edilen kavramların çoğu, demokratik toplumun hukuki ve sosyal yapısıyla doğrudan bağlantılıdır. Bu bağlamda toplumun değişen ve gelişen sosyal ihtiyaçlarına göre Sözleşme güvencelerinin uyarlanması ihtiyacından

¹³²⁶ Mowbray, The Creativity, s. 64; Gözlügöl, s. 368; AİHM, kararlarının birçoğunda kalıplaşmış bir ifade olarak, “Sözleşme’nin yaşayan bir belge olduğunu ve günün şartlarına göre yorumlanması gerektiğini” belirtmiştir. Bu yönde kararlar: Tyrer/United Kingdom, App. No. 5856/72, 25 April 1978, par. 31; Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 41; Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 26; Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 47; Soering/United Kingdom, App. No. 14038/88, 7 July 1989; Cossey/Birleşik Krallık, 27. 09. 1990, Başvuru no: 10843/84, par. 35; Demir and Baykara/Turkey, App. No. 34503/97, 12 November 2008, par. 146; Vallianathos and others/Greece, App. No. 9381/09 and 32684/09, 7 November 2013, par. 84.

¹³²⁷ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 70. Prensip olarak, Mahkeme’in yetkisi AİHS’in yorumuyla sınırlıdır. Mahkeme ulusal mahkemelerin inisiyatifinde kalan iç hukukun yorumlanmasında ve uygulanmasında bizzat yetkili değildir. Fakat bu durum Sözleşme’nin ulusal davalarda yorumlanması ve uygulanmasını engellemez. (Thym, Daniel; “Respect for Private an Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?”, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 57, January 2008, s. 105).

¹³²⁸ Batur, AİHS, s. 26.

¹³²⁹ Oromolla, Adriana; “Children’s Rights under Article 3 and 8 of the European Convention: Recent Case Law, European Law Review, Human Rights Survey, 2001, s. 46.

¹³³⁰ Ost, s. 3111; Doktrinde 8. maddenin ve bu madde bazında belirlenen pozitif yükümlülüklerin geniş kapsamının Sözleşme’nin amaçsal (teleological) yorumu yoluyla olduğu da ileri sürülmektedir. (Viljanen, s. 2).

dolayı¹³³¹ AİHM statik ve tarihi değil¹³³², Sözleşme’ye özgü yorum yöntemlerinden biri olan¹³³³ dinamik yorum metodunu¹³³⁴ sıkça kullanmayı tercih etmektedir¹³³⁵.

AİHM belli davalarda yaptığı yorumlarla, AİHS’in insan haklarını kapsamlı şekilde koruma yönündeki temel amacını göz önünde bulundurmıştır. Aynı zamanda hakların kapsamını genişleterek ve insan haklarına yeni boyutlar kazandırarak¹³³⁶ dinamik karakterini ortaya koymuştur¹³³⁷. 1950 yılından bugüne uyarlama ve tadilat AİHS’in önemli özellikleri haline gelmiştir ve AİHM’in Tyrer kararıyla¹³³⁸ dinamik yorum yöntemini teyit etmesiyle¹³³⁹ bazı hususlar çağdaş toplum temelinde değerlendirilmiş ve uygulamada bu yönde öncü kararlar alınmıştır¹³⁴⁰.

Dinamik yorum yöntemi günümüzde hem ulusal hem de uluslararası insan hakları hukuku sözleşmelerinde yaygın olarak kullanılan ve genel kabul gören bir yöntemdir¹³⁴¹. Çünkü temel hak ve özgürlüklerin devinimi bu hak ve özgürlüklerin güncel koşullara bağlı olarak yorumlanmasını zorunlu kılmaktadır¹³⁴². Nitekim dinamik yorum yöntemi ile Sözleşme’de korunan haklar yorum yoluyla somutlaştırılmaktadır. Dolayısıyla AİHS’in dinamik bir biçimde yorumlanması bu Sözleşme’yi anlamanın gerekliliklerinden biridir¹³⁴³.

¹³³¹ Gomez-Arostegui, s. 6; Matscher, s. 68-69; Bıçak, s. 107.

¹³³² Matscher, s. 68.

¹³³³ Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 115; Metin, s. 118.

¹³³⁴ Dinamik yorum yönteminin ortaya çıkışı ve gelişiminde İtalyan hukukundaki “yaşayan hukuk” kavramının ve haklara etkinlik kazandırma düşüncesi etkili olmuştur. Doktrinde “gelişmeci yorum” olarak da adlandırılan bu yöntem, yargıca yazılı olan temel hak ve özgürlükleri günün koşullarına uyarlama ve bunları metnin bütünlüğü ilkesiyle uyumlu hale getirme imkanı sunmaktadır. Grewe, Constance; “Vergleich zwischen den Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte”, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 61, 2001, s. 466 Akt. Metin, s. 119; Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 115.

¹³³⁵ Jacobs/White/Obey, s. 66 ve 72; Gomez-Arostegui, s. 6; Bıçak, s. 110; Şirin, Takdir Marjı, s. 391; Yıldırım, Özel Hayat, s. 390.

¹³³⁶ Dröge, s. 386; Aybay, Rona; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol”, TBB Dergisi, S. 88, 2010, s. 238.

¹³³⁷ Lawsen/Scherms, s. 26.

¹³³⁸ Tyrer/United Kingdom, App. No. 5856/72, 25 April 1978, par. 31. Aynı yönde Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 41; Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 60; Soering/United Kingdom, App. No. 14038/88, 7 July 1989, par. 102.

¹³³⁹ Ost, s. 302; Bates, s. 328; Matscher, s. 58.

¹³⁴⁰ Tulkens, s. 4.

¹³⁴¹ Christoffersen, s. 54.

¹³⁴² Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 115.

¹³⁴³ Cooper, Jonathan; “Özel ve Ailevi Yaşama Saygı Hakkı (İHAS m. 8)”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s. 125.

AIHM'in AIHS'i yorumlama yöntemlerine yoğun olarak başvurduğu alanlardan biri de özel hayata ve aile hayatına saygı hakkıdır¹³⁴⁴. 8. madde kapsamında, son on yılda verilmiş olan kararlara bakıldığında maddenin uygulama alanını yaymak için Mahkeme'nin sınırlayıcı davranmadığı görülmektedir¹³⁴⁵. Örneğin, soy bağı, babalık, gayrimeşru çocuk, ayrımcılık, koruma, velayet, isim hakkı, homoseksüellik, transeksüellik, sınır dışı edilme gibi birçok farklı konuda 8. madde bağlamında değerlendirme yapmıştır.

Hak ve özgürlüklerin etkili şekilde korunması demokrasilerin belirleyici unsurlarındandır. Günümüzde genel kabul gören görüşe göre, demokrasiye ve temel hak ve özgürlüklere dayalı hukuk sistemleri statik olmayıp, sürekli gelişmektedir¹³⁴⁶. AIHS çerçevesinde AIHK ve AIHM'in kullandığı yorum teknikleri hak ve hürriyetlerin korunmasının etkinliğini sağlayan yorum teknikleridir¹³⁴⁷. AIHM tarafından pozitif yükümlülüklerin kapsamının geliştirilmesi taraf devletlerin özel hayatı ve aile hayatını hem kamu otoritelerinin hem de bireylerin müdahalelerine karşı etkin koruma yükümlülüğünün yorumuna bağlı olarak sonuç doğurur¹³⁴⁸. Bu şekilde Sözleşme'nin dinamik yorumuyla¹³⁴⁹ haklara etkili bir koruma sağlanması ve günün koşullarına uyum sağlaması amaçlanmıştır¹³⁵⁰. Dolayısıyla Sözleşme'nin yaşayan belge niteliğini¹³⁵¹ pekiştiren dinamik yorum¹³⁵² Mahkeme'ye de etkililik ilkesini korumak için esneklik sağlamıştır¹³⁵³. AIHS'i düzenleyenlerin öngörmemiş olmasına rağmen, Mahkeme'nin Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin norm alanını genişletip genişletemeyeceği ya da hangi durumlarda genişletebileceği sorunu da dinamik

¹³⁴⁴ Yıldırım, Özel Hayat, s. 390.

¹³⁴⁵ Yıldırım, Özel Hayat, s. 390.

¹³⁴⁶ Grewe, s. 466. Akt. Metin, s. 119.

¹³⁴⁷ Çavuşoğlu, Yaşayan Belge, s. 145.

¹³⁴⁸ Heringa/Zwaak, s. 743.

¹³⁴⁹ Sözleşme'in "dinamik yorumu" kavramı doktrinde gelişmeci yorum şeklinde de ifade edilmektedir. (Çavuşoğlu, Yaşayan Belge, s. 132 vd; Metin, s. 118).

¹³⁵⁰ Dröge, s. 386; Pitea, s. 5; Arai-Takahashi, s. 89; Bates, s. 338; Ost, s. 302; Çavuşoğlu, Yaşayan Belge, s. 132; Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 115; Metin, s. 119.

¹³⁵¹ Leach, s. 123; Mowbray, The Creativity, s. 60; Pitea, s. 2; Tyrer davasında AIHM, Sözleşmenin yaşayan bir enstrüman olduğunu açıkça belirtmiştir. (Tyrer/United Kingdom, App. No. 5856/72, 25 April 1978, par. 31).

¹³⁵² Christoffersen, s. 54; Senden, s. 70; Çoban, s. 189; Doğan, s.393; AIHM tarafından dinamik yorum ve yaşayan enstrüman doktrini birbirleri yerine alternatif olarak kullanılmaktadır. (Senden, s. 71).

¹³⁵³ Glas, s. 32.

yorum ile ilişkilidir¹³⁵⁴. Bu sebeple de dinamik yoruma başvurulurken büyük özen gösterilmelidir¹³⁵⁵.

Dinamik yoruma başvurulması, Mahkeme’yi ve ulusal yargıcı, önemli hakların içeriği ve kapsamı etrafında diyalog kurmaya yöneltmektedir. Örneğin, Avrupa ülkelerinin çoğunda, “tabii” aile ile “meşru” aile arasında fark gözetmek, Sözleşme’nin kaleme alındığı 4 Kasım 1950 tarihinde yasal ve doğal addediliyordu¹³⁵⁶. Bu bakımdan aile hayatına ilişkin olarak AİHS’e taraf devletler “tabii” aile ile “meşru” aile arasında ayırım yapsa da Mahkeme ulusal otoriteleri özellikle de yargı erkini, bu ikiliği aşmaya teşvik etmiştir¹³⁵⁷. Ayrıca günün koşullarını belirlemede rol oynayan dinamik yorum, bazı terimlerin anlamının değişmesine yol açmış ya da bu terimlerin amacının çağdaş gelişmeler ışığında değerlendirilmesine yol açmıştır. Bu bağlamda, bireyin özel hayatının korunması açısından 2010 yılı ile 1960 yılı arasında fark mevcuttur¹³⁵⁸.

AİHM devletlere ve devlet aracılığıyla üçüncü kişilere Sözleşme ile tanınan hakların etkili şekilde korunmasını sağlama yükümlülüğü getirirken Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükleri teorik haklar olmanın ötesine taşıyarak gerçek ve işlevsel haklar haline getirme amacıyla hareket etmektedir¹³⁵⁹. Yani hakların sadece savunulması değil, geliştirilmesi de amaçlanmaktadır¹³⁶⁰. Bu amaç doğrultusunda ise öncelikle AİHS’in yaşayan bir belge olarak yorumlanması gerekmektedir¹³⁶¹. Nitekim AİHM içtihatlarında “Sözleşme’nin yaşayan bir belge olduğunu ve günün

¹³⁵⁴ Stieglitz, s. 185; Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 115.

¹³⁵⁵ Matscher, s. 69-70.

¹³⁵⁶ Andriantsimbazovina, s. 30

¹³⁵⁷ Andriantsimbazovina, s. 30; AİHM, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin büyük çoğunluğunun iç hukukunun, ilgili uluslararası antlaşmalarla bağlantılı olarak, “mater semper certa est” (anne daima bellidir) sözünün en üst düzeyde hukuken tanınmasına doğru gelişim göstermiş olması gerçeğini vurgulamıştır. (Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 41).

¹³⁵⁸ Senden, s. 72.

¹³⁵⁹ Tyrer/United Kingdom, App. No. 5856/72, 25 April 1978, Golder/United Kingdom, App. No. 4451/70, 21 February 1975, par. 35; Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 31; Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 24.

¹³⁶⁰ Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 229.

¹³⁶¹ Cooper, s. 125; Pitea, s. 2; Reid, s. 69; Bates, s. 329; Çavuşoğlu, Yaşayan Belge, s. 142-143; Metin, s. 119; Yıldırım, Özel Hayat, s. 390.

şartlarına göre yorumlanması gerektiğini”¹³⁶² de sıkça vurgulamıştır¹³⁶³. Sözleşme’nin zaman içinde etkisiz kalmasının önlenmesi ve demokratik toplumun değişen değer yargılarının yansıtılması açısından bu yorum tarzının benimsenmesinin çok önemli bir ihtiyaç olduğu gerçeği ortadadır¹³⁶⁴. Bu doğrultuda AİHM de Sözleşme’yi zamanın değişen koşullarına göre yorumlamayı ihmal etmemektedir¹³⁶⁵.

AİHM’in Sözleşme’yi dinamik yorumlama gücü bazı sebepler tarafından güçleşmektedir. Geniş anlamda, Mahkeme’nin taraf devletlere karşı yasallığı sürdürme ihtiyacı dinamik yorumu sınırlandırmaktadır¹³⁶⁶. Mahkeme’nin, Avrupa Konseyi’nden bağımsız bir bütçeye sahip olmaması bir başka ifadeyle ekonomik bağımsızlığını henüz sağlayamamış olması yorum faaliyetini olumsuz etkileyebilecek niteliktedir¹³⁶⁷. Avrupa Konseyi’nin gelirlerini üye ülkelerin katkıları oluşturmakta, AİHM’in giderleri ise, Avrupa Konseyi tarafından üstlenilmektedir. Bu durumda bütçe yoluyla Mahkeme etkilenmeye çalışılmakta ve Mahkeme’nin kararlarından tatmin olmayan ülkeler mali katkıda bulunmakta gönülsüz davranabilmektedirler. Bu durumu iyileştirme çaba ve arayışları devam etmektedir¹³⁶⁸.

AİHM, Sözleşme’yi günün koşulları ışığında yorumlarken yarar etki doktrininden ve otonom kavramlar doktrininden de beslenmektedir. Bu sebeple aşağıda 8. madde kapsamında olmak üzere her iki doktrine de değinilecektir.

¹³⁶² Tyrer/United Kingdom, App. No. 5856/72, 25 April 1978, par. 31; Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 41; Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 26; Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 47; Soering/United Kingdom, App. No. 14038/88, 7 July 1989; Cossey/Birleşik Krallık, 27. 09. 1990, Başvuru no: 10843/84, par. 35; Demir and Baykara/Turkey, App. No. 34503/97, 12 November 2008, par. 146; Vallianathos and others/Greece, App. No. 9381/09 and 32684/09, 7 November 2013, par. 84.

¹³⁶³ AİHM ilk defa Tyrer davasında (Tyrer/United Kingdom, App. No. 5856/72, 25 April 1978) Sözleşme’nin yaşayan bir belge olduğunu ve günün koşulları ışığında yorumlanması gerektiğini belirterek dinamik yorum yöntemini benimsemiştir. (Mowbray, The Creativity, s. 62; Burbergs, s. 319; Jacobs/White/Obey, s. 73; Gözlügöl, s. 368).

¹³⁶⁴ Bıçak, s. 107.

¹³⁶⁵ Kaboğlu, Yorum Yöntemleri, s. 326.

¹³⁶⁶ Pitea, s. 6.

¹³⁶⁷ Bıçak, s. 108-109.

¹³⁶⁸ Bıçak, iyileştirme çalışmalarında Avrupa Birliği’nin bütçe yönteminin esas alınmasını önermektedir (Bıçak, s. 109).

1. Yararlı Etki (Effet Utile) Doktrini

Yararlı etki doktrini, amaçsal (teleolojik) bir yorum türü olarak ifade edilmekte ve bir normun, öngörülen sonuçları en etkili biçimde gerçekleştirecek şekilde yorumlanması gereğine işaret etmektedir¹³⁶⁹. Bu bağlamda özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının etkili korunmasına ilişkin olarak bu hakkın özel kişiler tarafından ihlali durumunda yani yatay etki söz konusu olduğunda da 8. maddenin yorumunda yararlı etki doktrinine başvurulmaktadır¹³⁷⁰.

Literatürde “effet utile” diye adlandırılan Fransızca ibarenin Türkçe karşılığı “yararlı etki” doktrini uluslararası hukukun yorum ilkelerinden biridir. Bu ilkeye göre, bir norm öyle yorumlanmalı ve uygulanmalıdır ki Sözleşme’nin amacına en iyi ve basit şekilde ulaşılsın. Bu ilke Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile genel olarak tanınmıştır¹³⁷¹. Yararlı etki doktrini hükümleri yararsız ve boş kalıp olmaktan kurtarıp gerçek amacı sağlar duruma getirmektedir.

Sözleşme’nin günün koşullarına uygun şekilde yorumlanması gayesiyle geniş ve amaca uygun yorum yapma ve yeni hüküm ekleme arasındaki sınır belirsiz olduğundan kolayca aşılabilecek niteliktedir. Mahkeme bu konuda özenli olsa da, kimi zaman yararlı etki doktrininden hareketle bu sınırın nadiren de olsa aşıldığı görülmektedir¹³⁷².

Yararlı etki doktrinine göre Sözleşme hükümleri öyle yorumlanmalıdır ki etkisini tam anlamıyla göstere. Bu sebeple yararlı etki doktrinine dayanılması hem zorunlu hem de fonksiyoneldir¹³⁷³. Bu doktrin çerçevesinde 8. maddenin ikinci paragrafı sınırlayıcı şekilde yorumlanmalıdır¹³⁷⁴. Aynı zamanda bu fıkra özel hayata ve aile hayatına saygının en etkili biçimde gerçekleşebilmesi için devletin yükümlülüklerini genişletecek biçimde yorumlanmalıdır¹³⁷⁵.

¹³⁶⁹ Oder, Bertil Emrah; “Avrupa Birliği’nde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincillik İlkesi Işığında Türkiye için Karşılaştırmalı Gözlemler”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XXII, 2005, s. 176.

¹³⁷⁰ Matscher, s. 67.

¹³⁷¹ Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 141, dp. 97.

¹³⁷² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 153. Bkz. Droz and Janousek/France-Spain, App. No. 12747/87, 26 June 1992 par. 35; Ekbatani/Sweden, App. No. 10563/83, 26 May 1988, par. 26; Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, par. 23-24.

¹³⁷³ Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 142.

¹³⁷⁴ Matscher, s. 66.

¹³⁷⁵ Matscher, s. 66.

2. Otonom (Özerk) Kavramlar Doktrini

a. Genel Olarak

Sözleşme hukukunun dinamik olması dolayısıyla günün koşulları ışığında sürekli geliştiği bu bağlamda iç hukuklardan bağımsız biçimde yeni kavramlar ve anlamlar üretildiği, iç hukukun Sözleşme'yle ve Sözleşme'nin de iç hukukla arasında bir etkileşimin olduğu bilinmektedir¹³⁷⁶. Bu yönde Sözleşme'nin birçok hükmünde taraf devletlerin iç hukuklarında bulunan kavramlara yer verilmiştir¹³⁷⁷. Sözleşme'nin içerdiği kavramların birçoğunun taraf devletlerin iç hukuklarında karşılığı bulunmasına rağmen her hukuk düzeninde bu kavramlara yüklenen anlam birbirinden farklı olmuştur. Bununla beraber iç hukukun çok sınırlayıcı olması riskini önlemek¹³⁷⁸ ve aynı zamanda hukuki gerçeklikten uzaklaşma endişesiyle¹³⁷⁹ Strasbourg organları otonom kavramlar doktrinini geliştirmiştir. Bu doktrin, Sözleşme'de yer alan kavramların anlamının ve kapsamının iç hukuk metinlerinde kullanılan anlamlarından bağımsız olarak belirlenmesini ifade etmektedir¹³⁸⁰. Yani Sözleşme'de korunan hakları taraf devletler iç hukuktaki resmi tanımlama ve sınıflandırmaları ile sınırlayamayacak ve yeniden tanımlayamayacaktır¹³⁸¹. Sözleşme kavramlarına verilecek olan somut anlam iç hukukun bu kavramlara verdiği anlamla örtüştürülecek olursa, çeşitli taraf devletlerin iç hukukları farklı olduğundan Sözleşme sistemi altında eşit olmayan bir koruma söz konusu olabilirdi. Bu şekilde bir eşitsizlikten kaçınmak ve Sözleşme'de korunan haklar açısından taraf devletler arası tutarlılığı sağlamak amacıyla Mahkeme, Sözleşme'de kullanılan terimlerin iç hukuklardaki anlamlarından bağımsız olduklarını kabul etmiştir. Yani otonom yorum yoluyla kavramların iç hukuk sistemlerindeki farklı anlayışlardan

¹³⁷⁶ Akıllıoğlu, Tekin; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XLIV, S. 3, 1989, s. 161.

¹³⁷⁷ Bıçak s. 107.

¹³⁷⁸ Ost, s. 305.

¹³⁷⁹ Delmas Marty, Mireille; "A 'Reasoned' Conception of the Reason of State", The European Convention for The Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions, (Eds. Mireilleboston Delmas Marty, Christine Chodkiewicz), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1992, s. 281.

¹³⁸⁰ Arai-Takahashi, s. 196; Senden, s. 77; Kaboğlu, Yorum Yöntemleri, s. 315; Reid, s. 61-62; Ost, s. 307; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 359; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 28; Bıçak, s. 107; Akıllıoğlu, AİHS, s. 168.

¹³⁸¹ Reid, s. 62.

bağımsız olarak, Avrupa standardının geliştirilmesine katkıda bulunulmaya çalışılmıştır¹³⁸².

Otonom yorumun kullanımı Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen¹³⁸³ “özel mana” atfina dayanmaktadır¹³⁸⁴. Dolayısıyla bu doktrine göre, Sözleşme'deki kavramların iç hukuktaki sınıflandırma ve nitelendirmesi belirleyici tek ölçüt olmadığından otonom kavramların özerk şekilde yorumlanmaları sağlanmalıdır¹³⁸⁵. AİHM, otonom kavramlar doktrini uluslararası bir organ olması sebebiyle üretmiştir. Sözleşme'de geçen kavramlara farklı ülkelerin farklı anlamlar yüklemesi karşısında AİHM, kavramların özgün anlamını iç hukuktan farklılık arz edecek olsa da bizzat belirleme yoluna gitmiştir. AİHM'in bu yaklaşımı otonom kavramlar doktrini olarak ifade edilir¹³⁸⁶. AİHM, “otonom kavramlar doktrini” uyarınca, Sözleşme'deki terimleri, ulusal mevzuattan bağımsız olarak yorumlasa da¹³⁸⁷ bu doktrin hakkında genel bir teori geliştirmemiştir¹³⁸⁸. Bu bağlamda otonom kavramlar doktrini ilk kez AİHK tarafından Engel ve diğerleri kararında¹³⁸⁹ AİHS'in 6. maddesi çerçevesinde¹³⁹⁰ geliştirilmiştir¹³⁹¹. AİHM medeni hak ve yükümlülük terimi¹³⁹² ile suç isnadı terimlerini¹³⁹³ otonom bir terim olarak kabul etmiştir¹³⁹⁴. Sonrasında ise özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında da korunan hukuki değerler otonom kavramlar doktrini çerçevesinde yorumlanmıştır.

¹³⁸² Metin, s. 120.

¹³⁸³ Viyana Sözleşmesi madde 31-“(4)Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir.”

¹³⁸⁴ Senden, s. 78.

¹³⁸⁵ Arslan Öncü, s. 37; Kaboğlu, Yorum Yöntemleri, s. 325; Metin, s. 120.

¹³⁸⁶ Şirin, Tolga; “Üçüncü Yılda Bir Bilanço; Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/TA_Bildiri.pdf, 30-31 Mayıs 2015, Ankara, E. T. 20.10.2016, s. 130.

¹³⁸⁷ Reid, s. 62; Bates, s. 323.

¹³⁸⁸ Senden, s. 78.

¹³⁸⁹ Engel ve others/Netherlands, App. No. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8 June 1976.

¹³⁹⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 83 vd; Türmen, Rıza; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma Hakkı”, İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 39 vd.

¹³⁹¹ Letsas, George; “The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret The ECHR”, European Journal of International Law, Vol. 15. No. 2, 2004, s. 282; Burbergs, s. 322; Ost, s. 306; Bates, s. 323; Jacobs/White/Obey, s. 69.; Senden, s. 78.

¹³⁹² König/Germany, App. No. 6232/73, 28. 05.1978 par. 89.

¹³⁹³ Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 28; Aynı yönde Engel ve others/Netherlands, App. No. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8 June 1976, par. 81; Twenty One Detained Persons/Germany, App. No. 3188/67, 10 March 1968 par. 4.

¹³⁹⁴ Letsas, Autonomous, s. 282; Reid, s. 62; Jacobs/White/Obey, s. 69.

Otonom kavramlar doktrini dinamik yorumun hem sonucu hem de ürünüdür¹³⁹⁵. Sözleşme'deki kavramlar iç hukuktaki kavramlarla eş sesli olsalar dahi eş anlamlı olmayabileceğinden bu kavramların iç hukuktaki anlamlarıyla bağlı kalınmamaktadır. Sözleşme'nin dinamik yorumu yoluyla amaçlanan gerçek koruma sağlama görevinin yanı sıra bir Avrupa standardının yaratılması amacı kavramların yorumlanmasında özerkliği yani bu kavramların Sözleşme'deki anlamının baz alınmasını gerekli kılmıştır¹³⁹⁶.

AIHM, Sözleşme'nin, hukuk oluşturan bir sözleşme olduğundan yola çıkarak, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin üstlendikleri yükümlülükleri mümkün olduğu ölçüde sınırlayacak bir yorumu değil de Sözleşme'nin amacını gerçekleştirmek ve hedefine varmasını sağlayacak en uygun yorumun gözetilmesi gerektiğini düşünmektedir¹³⁹⁷. Sözleşme'nin öngördüğü hakların kapsamının belirlenmesinde ilgili normlardaki terimlerin iç hukuktaki anlamının hareket noktası olarak kabul edilip Sözleşme organı tarafından yorumlanması ve bu şekilde insan hakları disiplinin ruhuna uygun bir sözleşme dilinin oluşturulması yerinde olacaktır¹³⁹⁸.

Sözleşme'de anlamlandırılmasında güçlük çekilmeyen terimler mevcut olsa da¹³⁹⁹ Sözleşme'nin yorumlanmasında asıl zorluk hukuki ve sosyolojik kavramlarda söz konusu olmaktadır. Örneğin; medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalar, suç isnadı (m. 6)¹⁴⁰⁰, aile hayatı ve özel hayat (m. 8), kanuna/hukuka uygun olarak

¹³⁹⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 153.

¹³⁹⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 153.

¹³⁹⁷ Doğru, Osman; "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları", C. I, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003, s. 49; Kaşıkara, s. 252.

¹³⁹⁸ Arslan Öncü, s. 39.

¹³⁹⁹ İşkence, insanlık dışı muamele, kişi özgürlüğü ve güvenliği, bulaşıcı hastalık, akıl hastalığı uyuşturucu bağımlılığı gibi ifadeler Sözleşme'de olağan anlamlarında ele alınır. (Gözübüyük/Gölcüklü, s. 153).

¹⁴⁰⁰ Komisyon ve Mahkeme'nin "otonom kavramlar" doktrini uyarınca, maddedeki "medeni hak" ve "suç isnadı" deyimleri maddi kriter esas alınmak suretiyle geniş şekilde yorumlanmış; böylece, şeklen kamu hukuku düzeyinde yer alan birçok ihtilaf özü bakımından medeni haklara ilişkin dava olarak kabul edilerek madde kapsamına sokulmuştur. (Gölcüklü, Feyyaz; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılama", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XLIX, S. 1, 1994, s. 200. Marguénaud, s. 48); Ayrıca bkz. König/Germany, App. No. 6232/73, 28 June 1978, par 88; Deweer/Belgium, App No. 6903/75, 27 February 1980, par. 42; De Cubber/Belgium, App. No. 9186/80, 26 October 1984, par. 32; Adolf/Austria, App. No. 8269/78, 26 March 1982, par. 30.

gözüaltına alma (m. 5/1-b)¹⁴⁰¹, örgüt terimi (m.11)¹⁴⁰². Bu kavramlar ulusal nitelerne ve değerlendirmelerden bağımsız otonom kavramlardır ve sadece davalı devletin iç hukuklarına bakılarak yorumlanamaz¹⁴⁰³. Mahkeme bu kavramları yorumlarken karşılaştırmalı hukuktan yani Avrupa Konseyi üyesi devletlerin mevzuat ve hukuklarından esinlenerek ve konunun özüne inerek sonuca varmıştır. Mahkeme bunun yanı sıra uluslararası metinlere de başvurmuş, mevzuat ve uygulamada uzlaşının olmadığı durumlarda da davalı devletin mevzuat ya da uygulamasını esas almıştır. Davalı devletin mevzuat ya da uygulamasının kabul edildiği durumda da anlamlandırılacak kavram uluslara geniş bir takdir marjı tanınmasıyla neticeye bağlanmaktadır¹⁴⁰⁴. Ayrıca Mahkeme kavramları anlamlandırırken tüm ihtimalleri kapsayacak soyut ve genel bir formül vermekten kaçınarak, her somut olayı kendi özel şartları içinde değerlendirerek sonuca varmaktadır¹⁴⁰⁵. Böylelikle Sözleşme'nin otonom terimlerinin genişletici etkisi, bir anlamda, 8. ve 11. maddelerde getirilen hak kısıtlamalarının sınırlı yorumlanması ilkesiyle de pekiştirilmektedir¹⁴⁰⁶.

AIHM kararlarında sıkça tekrarlanan “Ortak Avrupa Standardı” da Mahkeme tarafından tanımlanmamış bir kavram olup, boşluk bulunan yahut konsensüs bulunmayan durumlarda Mahkeme iç hukuklardan bağımsız otonom kavramlar üretmektedir. Bunda amaç hakların korunması ve uygulamasında taraf devletlerde standartların harmonizasyonunu sağlamaktır¹⁴⁰⁷. Aslında pozitif yükümlülüklerle yönelik ortak bir Avrupa normatif teorisi oluşturmak için taraf devletlerin sistemleri oldukça çeşitlidir¹⁴⁰⁸. Fakat Mahkeme, Avrupa konsensüsünün söz konusu olmadığı durumlarda¹⁴⁰⁹ Sözleşme’de kullanılan terimlerin iç hukuklardaki anlamlarından bağımsız olduklarını ve otonom yorumlanacaklarını kabul etmiş olsa da ilgili devletlerin yasalarını tamamen önemsiz görmemekte ve analiz için bu yasaların başlangıç noktalarını

¹⁴⁰¹ Jeznach/Poland, App. No. 25780/95, 10 September 1999 par. 86; Witold Litwa/Poland, App. No. 26629/95, 4 April 2000 par. 76.

¹⁴⁰² Chassagnou and others/France, App. No. 25088/94, 28331/95, 28443/95, 29 April 1999, par. 100; Karakurt/Austria, App. No. 32441/96, 14 September 1999.

¹⁴⁰³ Gölcüklü, Adil Yargılama, s. 203; Doğru/Nalbant, s. 610 ve 615.

¹⁴⁰⁴ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 154; Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17.10.1986, par. 37.

¹⁴⁰⁵ Gölcüklü, Adil Yargılama, s. 203.

¹⁴⁰⁶ Marguénaud, s. 48.

¹⁴⁰⁷ Matscher, s. 73.

¹⁴⁰⁸ Dröge, s. 387.

¹⁴⁰⁹ Ost, s. 305.

oluşturduğunu kabul etmektedir¹⁴¹⁰. Her şeyden önce insan haklarının korunması bir sistem olduğu için Mahkeme, taraf devletlerde değişen koşulları dikkate almalı ve elde edilecek standartlar konusunda ortaya çıkan fikir birliğine yanıt vermelidir¹⁴¹¹.

Pozitif yükümlülük kavramı da otonom kavramlar anlayışı çerçevesinde ele alınır¹⁴¹² ve tüm üye devletler için geçerli bir anlamı vardır. Bu yolla Mahkeme taraf devletlerde insan hakları rejimi uyumlaştırma aracı olma niteliğini göstermekte ve böylece Avrupa koruma standardını yaratmaktadır¹⁴¹³.

b. AİHS'in 8. Maddesi Çerçevesinde Otonom Kavramlar Doktrini

8. maddenin kapsamını etkileyen doktrinlerden biri otonom kavramlar doktrinidir¹⁴¹⁴. Çünkü Sözleşme'in 8. maddesi tamamıyla Mahkeme'nin otonom yorumuyla bağlı olup, etkili koruma prensibi ile de ittifak halindedir¹⁴¹⁵. AİHS'in 8. maddesinde korunan özel hayat¹⁴¹⁶, aile hayatı, konut ve haberleşme¹⁴¹⁷ terimlerine ilişkin herhangi bir tanım Sözleşme metninde yer almamaktadır. Fakat Strasbourg organları bu maddede yer alan terimlerin kapsamını içtihatlarla belirlemiştir¹⁴¹⁸. Bu sebeple de doktrinde AİHS'in 8. maddesinde geçen terimlerin tamamının otonom olduğu ileri sürülmüştür¹⁴¹⁹.

¹⁴¹⁰ Bıçak, s. 107.

¹⁴¹¹ Bayatyan/Armenia, App No. 23459/03, 7 July 2011, par. 102; Scoppola/Italy (No. 2), App. No. 10249/03, 17 Septembar 2009, par. 104.

¹⁴¹² Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 229.

¹⁴¹³ Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 228.

¹⁴¹⁴ Burbergs, s. 322.

¹⁴¹⁵ Greer, The Margin of Appreciation s. 30.

¹⁴¹⁶ Özel hayat terimi için İngilizcede "private life", Fransızcada "vie privée", İspanyolcada "vida privada", Almandaca "privatleben", İtalyancada "vita privata" sözcükleri ile ifade edilmektedir.

¹⁴¹⁷ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 361; Roagna, s. 10.

¹⁴¹⁸ Arslan Öncü, s. 39. Uygulayıcılar için 8. maddenin içeriğini açıkça belirlemek zor olsa da, bu esneklik, sosyal, hukuki ve teknolojik gelişmelerin de nazara alınmasına imkân vermektedir. (Roagna, s. 10).

¹⁴¹⁹ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 361; Burbergs, s. 322.

(1) Özel Hayat Kavramı

Türk Dil Kurumu sözlüğünde özel hayat “*kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışlar*” olarak tanımlanmıştır¹⁴²⁰. Ülkeden ülkeye bazı farklılıklar olmakla birlikte¹⁴²¹ özel hayat kavramı, iç hukuklarda bilinen bir kavramdır. Bununla birlikte, AİHM içtihatları incelendiğinde 8. madde anlamındaki özel hayat kavramının iç hukuklardan farklı olduğu anlaşılmaktadır¹⁴²². Bu sebeple de özel hayat ile ilgili olarak en çok dile getirilen şikâyetlerden biri, bu kavramın tanımlanmasının güçlüğüne ve kapsamının belirsizliğine ilişkindir¹⁴²³. Nitekim Mahkeme özel hayatın ne olduğuna ilişkin ayrıntılı, elverişli ve kapsamlı bir tanım getirme yoluna gitmeyip¹⁴²⁴ açık, kesin ve kapsamlı bir tanımını yapmamıştır¹⁴²⁵.

AİHM, kararlarında her ne kadar özel hayat kavramının otonom bir kavram olduğu açıkça belirtilmemişse de Niemietz kararında özel hayat kavramının geniş kapsamlı tanımını yapmadığını ve diğer davaların bu esnek kavramın geniş çerçevesini sınırlandırmaya yardım edeceğini belirtmiştir¹⁴²⁶. Bu düşüncüyü kararda şu şekilde ifade etmiştir: “*Mahkeme, özel hayat kavramının tam olarak tanımlanmasının mümkün olduğu ya da böyle bir gayretin gerektiği kanaatinde değildir. Bununla birlikte özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını dilediği gibi yaşayabileceği bir ‘giz alanı’ ile sınırlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan bütünüyle ayırmak, onu aşırı sınırlayan bir yaklaşımdır...*”¹⁴²⁷. 8. madde kapsamındaki içtihatlarında¹⁴²⁸ da aynı anlayışı sürdüren Mahkeme, özel hayat kavramının tam olarak tanımlanmaya elverişli olmadığını yinelemiştir¹⁴²⁹. Bu

¹⁴²⁰ Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58a30c424ca ca3.10926025, E. T. 17.02.2017.

¹⁴²¹ Korkmaz, s. 100.

¹⁴²² Yıldırım, Özel Hayat, s. 392.

¹⁴²³ Viljanen, s. 4; Doğan, İnsan Hakları, s. 588; Salihpaşaoğlu, s. 234.

¹⁴²⁴ Burbergs, s. 323; Heringa/Zwaak, s. 664; Jacobs/White/Obey, s. 401.

¹⁴²⁵ Roagna, s. 12; Viljanen, s. 4.

¹⁴²⁶ Mowbray, Cases, s. 347.

¹⁴²⁷ Niemietz/Germany, App. No. 13710/88, 16 December 1992, par. 29.

¹⁴²⁸ Costello-Roberts/United Kingdom, App. No. 13134/87, 25 March 1993, par. 36; Peck/United Kingdom, App. No. 44647/98, 28 January 2013, par. 57.

¹⁴²⁹ Salihpaşaoğlu, s. 235; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 359.

durumda Mahkeme'nin özel hayat kavramını da otonom bir kavram olarak ele aldığı ileri sürülebilir¹⁴³⁰.

Özel hayat kavramına ilişkin olarak oldukça geniş bir kapsamın benimsenmesinin¹⁴³¹ sebebi özel hayatın gittikçe teknolojik ve sosyal gelişmeler sonucu artan kategorisinin pratikte davaları sınıflandırmadaki zorluğundan kaynaklanmaktadır¹⁴³². Nitekim teknolojik gelişmelerin özel hayat kavramının tanımına farklı bir yön verdiği bu dönemde, bu kavramının açık ve kesin sözcüklerle tanımlanmamış olması ve her somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi daha yerindedir¹⁴³³. Bu sayede otonom bir kavram olan özel hayatın kapsamı AİHS içtihatlarında her somut olayda farklı şekilde belirlenmektedir¹⁴³⁴.

Hangi noktadan itibaren bir eylemin özel alandan kamusal alana geçtiğini sarıh bir şekilde belirlemek mümkün olmadığından “özel hayat” kavramının özünde muğlak olduğu anlaşılmaktadır¹⁴³⁵. Neticede özel hayat, bireyin kişiliğini özgürce oluşturup, geliştirebildiği, aynı zamanda da sosyal olarak dış dünya ile ilişkili bir alanı da kapsamına alan¹⁴³⁶, mahremiyetten daha geniş bir kavramdır¹⁴³⁷.

(2) Aile Hayatı Kavramı

Sözleşme organları aile hayatı¹⁴³⁸ kavramının otonom bir kavram olduğunu açıkça belirtmemişlerdir. Ancak doktrinde aile hayatı kavramının otonom bir

¹⁴³⁰ Arslan Öncü, s. 40.

¹⁴³¹ Leach, ECHR, s. 315.

¹⁴³² Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 362; Viljanen, s. 4

¹⁴³³ Salihpaşaoğlu, s. 236.

¹⁴³⁴ Roagna, s. 12.

¹⁴³⁵ Roagna, s. 12; Yıldırım, Özel Hayat, s. 392.

¹⁴³⁶ Niemetz/Almanya kararıyla Mahkeme, özel hayat kavramının, bireyin kişisel hayatını dilediği gibi yaşayabileceği bir ‘iç alan’la sınırlamanın ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmanın çok sınırlayıcı bir yaklaşım olduğuna karar vermiştir. Aynı zamanda özel hayata saygının, aynı zamanda diğer insanlarla belli bir dereceye kadar ilişki kurulması ve bu ilişkileri geliştirme hakkını içermesi gerektiğini belirtmiştir. (Niemetz/Germany, App. No 13710/88, 16 December 1992, par. 29).

¹⁴³⁷ Roagna, s. 12.

¹⁴³⁸ “Aile hayatı” kavramının yeniden kavramsallaştırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Thym, Daniel; “Respect for Private an Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?”, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 57, January 2008, s. 89 vd.

kavram olduğu kabul edilmektedir¹⁴³⁹. AİHS’in 8. maddesi uyarınca aile hayatının tanımı, AİHM’in otonom yorumla getirdiđi¹⁴⁴⁰ esnek yaklaşım nedeniyle oldukça gelişmiştir¹⁴⁴¹.

İç hukuk sistemlerinde aile kurulması için aranan kan bağı, evlat edinme ya da resmi evlilik ilişkisi gibi kıstaslar Sözleşme organları tarafından ölçüt olarak alınmamıştır¹⁴⁴². Yani Mahkeme’ye göre madde 8, aileyi herhangi bir pozitif yasal bağdan arî şekilde korumaktadır¹⁴⁴³. Teorik olarak, aile yaşamının varlığı, taraflar arasındaki gerçek ve yakın kişisel bağların varlığına bađlıdır¹⁴⁴⁴. Mahkeme’ye göre de aile hayatının mevcudiyeti olgusal bir mesele olup, fiiliyatta yakın kişisel bağların bulunmasına bađlıdır¹⁴⁴⁵. Özetle resmi değil, fiili aile hayatı (örneğin aynı evi paylaşma) esas alınmıştır¹⁴⁴⁶. Örneğin, evlilik dışı çocuk ile babası arasındaki ilişki de potansiyel aile ilişkisi olarak görülüp madde 8 kapsamında deđerlendirilmiştir¹⁴⁴⁷. Ayrıca aile hayatı sadece resmi evlilik ilişkisinden ibaret görülmeyip¹⁴⁴⁸ birlikte yaşamak da geniş anlamda aile kavramına dahil edilmiştir¹⁴⁴⁹. Yani Mahkeme 8. madde bağlamında “aile hayatı” kavramının sadece evliliğe dayanmadığını gayri resmi beraberlikleri ve bu beraberlikten olan çocukları da kapsadığını belirtmiştir¹⁴⁵⁰. Bu doğrultuda içtihatlarda aile hayatının otonom şekilde yorumlanması sonucu evlilik dışı yaşam birlikleri de madde 8 kapsamında deđerlendirilmiştir¹⁴⁵¹. Mahkeme resmi statüden daha çok evliliğin esaslı olmasıyla ilgilenmektedir¹⁴⁵². Fakat Mahkeme, hemcins çiftlerin duygusal ve cinsel

¹⁴³⁹ Burbergs, s. 323; Heringa/Zwaak, s. 690; Dijk/Hoof, s. 504; Arslan Öncü, s. 263.

¹⁴⁴⁰ Janis/Kay/Bradley, s. 380.

¹⁴⁴¹ Kilkelly, Children, s. 69; Thym, s. 89.

¹⁴⁴² Dijk/Hoof, s. 506; Jacobs/White, s. 175; Leach, ECHR, s. 317; Santolaya, s. 343; Arslan Öncü, s. 263; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 379 vd.; Doğan, İnsan Hakları, s. 602.

¹⁴⁴³ Janis/Kay/Bradley, s. 380 ; Jonathan, s. 434.

¹⁴⁴⁴ Clements, s. 158; Kilkelly, Children, s. 69; Burbergs, s. 323; Dijk/Hoof, s. 506-507; Sherlock, Ann; “Deportation of Aliens and Article 8 ECHR”, European Law Review, Human Rights Survey 1998, s. 46.

¹⁴⁴⁵ K. and T. /Finland, App. No. 25702/94, 12 July 2001 par. 150.

¹⁴⁴⁶ Heringa/Zwaak, s. 690; Dijk/Hoof, s. 504; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 380.

¹⁴⁴⁷ E. B./France, App. No. 43546/02, 22 January 2008, par. 41.

¹⁴⁴⁸ Santolaya, s. 343.

¹⁴⁴⁹ Ragna, s. 13; Jacobs/White, s. 175; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 380.

¹⁴⁵⁰ Mowbray, Cases, s. 365; Thym, s. 89; Jonathan, s. 434; Jacobs/White, s. 175; Santolaya, s. 343; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 380.

¹⁴⁵¹ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 3; Keegan/Ireland, App. No. 16969/90, 26 May 1994, par. 44; Kroon and others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 30.

¹⁴⁵² Mowbray, Cases, s. 370.

ilişkilerinin özel hayatı oluşturduğunu kabul etse de bunun bir aile hayatı oluşturduğunu kabul etmemiştir¹⁴⁵³.

Sözleşme'nin yapıldığı tarihte geçerli “aile” kavramı ile günümüzde benimsenen “aile” farklı olup, Sözleşme hükümlerinin ve kavramların günün koşulları ışığında yeni değerlendirmelere ve yorumlara açıktır¹⁴⁵⁴. Bu doğrultuda Marckx kararında AİHM, 8. maddenin uygulanması açısından ailenin “meşru” veya “tabii” olmasına bakılarak ayırım yapılmaması gerektiğine dikkat çekilmiştir¹⁴⁵⁵. Mahkeme meşru ya da tabii aile arasında 8. maddenin uygulanması arasında fark gözetmese de 8. maddenin devletlerin dini nikâhı tanıma yükümlülüğü getirecek şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Ayrıca 8. maddenin devletlere evli olmayan çiftlere özgü bir rejim kurma yükümlülüğü de doğurmayacağını önemle belirtmiştir¹⁴⁵⁶. Özetle AİHM içtihadı aile hayatı kavramı konusunda liberal bir anlayışa yönelmiştir¹⁴⁵⁷.

Dutertre'nin de belirttiği üzere, “aile” kavramı gerçeklere dayalı bir meseledir¹⁴⁵⁸. AİHM, K. ve T/Finlandiya kararında¹⁴⁵⁹ daha önceki içtihatlarına paralel şekilde¹⁴⁶⁰ “aile hayatının” varlığının veya yokluğunun yakın kişisel bağların gerçekten var olup olmadığına bağlı bir husus olduğunu belirtmiştir¹⁴⁶¹. Aile hayatının söz konusu olup olmadığını belirlemede, çiftin beraber yaşayıp yaşamadığı, ilişkilerinin süresi, beraber çocuk sahibi olma yönündeki vaatlerini açıklayıp açıklamadıkları gibi birçok ilgili faktör karar alamada göz önünde bulundurulur¹⁴⁶². Bu sebeple AİHM aile hayatının varlığının maddi bir sorun olduğundan hareketle, bu kavramı geniş yorumlamıştır¹⁴⁶³. Örneğin, büyükanne-büyükbaba¹⁴⁶⁴, teyze, amca gibi yakın akrabalar da aile kavramına dahildir¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁵³ Mowbray, Cases, s. 365; Roagna, s. 13.

¹⁴⁵⁴ Akıllıoğlu, AİHS, s. 168.

¹⁴⁵⁵ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 31.

¹⁴⁵⁶ Şerife Yiğit/Turkey, App. No. 3976/05, 2 November 2010, par. 102; Johnston and Others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986, par. 68

¹⁴⁵⁷ Yıldırım, Özel Hayat, s. 413.

¹⁴⁵⁸ Dutertre, s. 219.

¹⁴⁵⁹ K. and T./Finland, App. No. 25702/94, 12 July 2001, par. 150.

¹⁴⁶⁰ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 31.

¹⁴⁶¹ Dutertre, s. 219.

¹⁴⁶² Mowbray, Cases, s. 365; Gomien, s. 100.

¹⁴⁶³ Gomien, s. 100; Thym, s. 89.

¹⁴⁶⁴ Sherlock, s. 46; Santolaya, s. 344; Gomien, s. 100.

¹⁴⁶⁵ Leach, ECHR, s. 317; Jonathan, s. 435.

(3) Konut Kavramı

Konut, bireye serbestlik sağlayan asgari alanı oluşturmaktadır¹⁴⁶⁶. Konut kavramının Sözleşme'nin resmi dillerinden biri olan İngilizce'deki karşılığı "home", Fransızca'daki karşılığı ise "domicile" dir¹⁴⁶⁷. AİHM içtihatlarında kullanılan "home" ve "domicile" terimleri eş anlamlı olmayıp, domicile terimi home terimine kıyasen daha geniş bir anlama sahiptir¹⁴⁶⁸. Bu sebeple konuta saygı hakkının uygulanabilirlik alanı belirlenirken Sözleşme'nin Fransızca metninde geçen "domicile" terimi esas alınmıştır¹⁴⁶⁹. Örneğin, 2017 tarihli Akhlyustin kararında hükümet, başvuranın ofisinin Rus yasaları çerçevesinde "konut" olarak kabul edilemeyeceğini belirtmişse de¹⁴⁷⁰ AİHM konut kavramının yalnızca kişinin evini kapsamadığını belirtmiştir. 8. maddenin Fransızca dilinde kullanılan "domicile" teriminin "home" teriminden daha geniş bir anlam ifade ettiğini ve kişinin ofisine uzanabileceğini yineleyerek, başvuranın iş yerine uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbirini konuta saygı hakkı kapsamında değerlendirmiştir¹⁴⁷¹. Yani AİHM konut kavramına ilişkin olarak daha esnek bir yorumu tercih etmiştir¹⁴⁷².

AİHM Moreno Gómez kararında konut kavramını kısa bir şekilde tanımlamıştır¹⁴⁷³. Karara göre konut; genellikle özel ve aile hayatının geliştiği fiziksel olarak tanımlanmış alandır¹⁴⁷⁴. Fakat konut fiziksel olarak tanımlanmış alan olsa da bu alanda sürekli yaşamak tek şart değildir. Bu konuya öncülük eden Gillow kararında Mahkeme¹⁴⁷⁵, 1958 yılında Guernsey'de kurdukları evde 18 yıldan fazla süredir hiç yaşamamış olan başvuruçuların bu evinin, 8. madde kapsamında konut sayabileceğine karar vermiştir¹⁴⁷⁶. Başvuruçular Guernsey'den ayrılmış olmalarına

¹⁴⁶⁶ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 169.

¹⁴⁶⁷ Kucs , Arturs/Sedlova Zane/Pierhurovica, Liene; "The Right to Housing: International, European and National Perspectives", Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, No. 64/65, s. 106.

¹⁴⁶⁸ Kucs/Sedlova/Pierhurovica, s. 106.

¹⁴⁶⁹ Arslan Öncü, s. 192.

¹⁴⁷⁰ Akhlyustin/Russia, App. No. 21200/05, 7 November 2017, par. 31.

¹⁴⁷¹ Akhlyustin/Russia, App. No. 21200/05, 7 November 2017, par. 37.

¹⁴⁷² Roagna, s. 30.

¹⁴⁷³ Heringa/Zwaak, s. 719.

¹⁴⁷⁴ Moreno Gómez/Spain, App. No. 4143/02, 16 November 2004, par. 53.

¹⁴⁷⁵ Gillow/United Kingdom, App. No. 9063/80, 24 November 1986.

¹⁴⁷⁶ Jacobs/White, s. 195; Clements, s. 162.

rağmen, eve ait mülkiyetlerini muhafaza etmiş, mobilyalarını içinde saklamış yani bu eve her zaman geri dönmeyi düşünmüşlerdir¹⁴⁷⁷. Başvurucuların 19 yıl boyunca konutlarına geri dönme niyetleri olması ve söz konusu gayrimenkulle ilişkilerini, konutları sayılabilecek düzeyde devam ettirmiş olmaları sebebiyle bu yer konut olarak kabul edilmiştir¹⁴⁷⁸.

Konut teriminin otonom bir kavram olduğu¹⁴⁷⁹ ve iç hukuktaki vasıflandırmaya bağlı olmadığı AİHK, Khatun ve diğerleri kararında vurgulanmıştır¹⁴⁸⁰. Konut kavramı hem sürekli ve hem de geçici ikamet yerlerini kapsar¹⁴⁸¹. Belli bir mekanın 8. maddenin koruması altındaki bir “konut” kavramına dahil olması, olayla ilgili şartlara ve özellikle belirli bir yer ile sürekli ve yeterli bir bağlantının mevcudiyetine bağlıdır¹⁴⁸². Öte yandan, bu bağların yeterliliği ya azaltılabilir (konutta yokluğun süresi ve başka bir konut kurulması) ya da güçlendirilebilir (yerleşim yerleri, sahiplik, kişisel eşyaların varlığı, daimi ikamet yerini alma niyeti, duygusal bağlar)¹⁴⁸³. Özellikle konutta yokluğun davalı devletten kaynaklanması durumunda bu bağlantı kolaylıkla koparılamaz¹⁴⁸⁴. Bu bağlamda AİHM Sözleşme’yi günün koşullarına göre uyarlayıp konut kavramını geniş kapsamlı olarak ele almıştır¹⁴⁸⁵. Örneğin, tatil konutları, ikinci evler, uzun süreli konaklama sağlayan otelleri¹⁴⁸⁶; bir kişiye ait evde, belirli bir süre için veya yıllık olarak, başka birinin oturması¹⁴⁸⁷, başvurucunun kiracı olarak, iç hukuka göre kişinin oturma hakkı sona ermiş olsa dahi, sosyal konutlarda oturması¹⁴⁸⁸, karavanı¹⁴⁸⁹, geleneksel olmayan meskenler ve diğer sabit olmayan evleri¹⁴⁹⁰ konut

¹⁴⁷⁷ Gillow/United Kingdom, App. No. 9063/80, 24 November 1986, par. 46.

¹⁴⁷⁸ Kil Kelly, s. 33.

¹⁴⁷⁹ Letsas, Autonomous, s. 283; Roagna, s. 30; Burbergs, s. 322; Kucs/Sedlova/Pierhurovica, s. 106.

¹⁴⁸⁰ Khatun and 180 others/United Kingdom, App. No. 38387/97, 1 July 1998, par. 1

¹⁴⁸¹ Leach, ECHR, s. 318.

¹⁴⁸² Nield, s. 149; Kucs/Sedlova/Pierhurovica, s. 106; Aynı yönde Prokopovitch/Russia, App. No. 58255/00, 18 November 2004, par. 36; Gillow/ United Kingdom, App. No. 9063/80, 24 November 1996, par. 46; McKay-Kopecka/Poland, App. No. 45320/99, 19 September 2006; Demades/Turkey, App. No. 16219/90, 31 July 2003, par. 31.

¹⁴⁸³ Buyse, s. 298; Kucs/Sedlova/Pierhurovica, s. 106.

¹⁴⁸⁴ Buyse, s. 298; Kucs/Sedlova/Pierhurovica, s. 106.

¹⁴⁸⁵ Reid, s. 530; Kucs/Sedlova/Pierhurovica, s. 108.

¹⁴⁸⁶ Demades/Turkey, App. No. 16219/90, 31 July 2003, par. 31.

¹⁴⁸⁷ Menteş and the others/Turkey, App. No. 8/1996/677/867, 28 November 1997.

¹⁴⁸⁸ McCann and the others/United Kingdom, App. No. 18984/91, 27 September 1995.

¹⁴⁸⁹ Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001, par. 74.

¹⁴⁹⁰ Buckley/United Kingdom, App. No. 20348/92, 25 September 1996; Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001.

kapsamında değerlendirmiştir. Ayrıca konutun iş ve profesyonel aktiviteleri de kapsamı sonucu kişilerin iş ya da mesleki faaliyetlerini de konutlarında gerçekleştirebileceklerinden yola çıkılarak işyerleri de konuta saygı hakkının alt kategorisinde ele alınmıştır¹⁴⁹¹. Bunun da ötesinde bir şirketin kayıtlı bulunduğu merkezi, ofisi, şubeleri ve diğer iş eklentilerini de konuta saygı hakkı kapsamında değerlendirmiştir¹⁴⁹². Sonuç olarak belirli bir yerin işlevinin o yerin konut olarak nitelendirilmesini belirlemeyeceği açıktır¹⁴⁹³.

Buna karşın, AİHM müşterek olarak sitenin ortaklarına ait olan ve ara sıra kullanılmak üzere tasarlanmış çamaşırhanenin¹⁴⁹⁴, ressamın giyinme odasının¹⁴⁹⁵, sahibinin üzerinde spor yaptığı veya spora izin verdiği arazinin¹⁴⁹⁶ 8. madde anlamında konut kavramına dahil edilemeyeceğine karar vermiştir¹⁴⁹⁷.

(4) Haberleşme Kavramı

Kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, özel haberleşmesinin gizliliğini korumayı amaçlamaktadır. Bu hak AİHM tarafından kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkını garanti eder şekilde yorumlanmıştır¹⁴⁹⁸.

Haberleşme kavramının dinamik yorumunu benimseyen Mahkeme, Sözleşme'nin yaşayan bir belge olarak yorumlanması gerekliliğinin¹⁴⁹⁹ sonucu olarak iletişim alanında kaydedilen teknolojik gelişmeleri göz önünde bulundurmaktadır¹⁵⁰⁰. İletişim araçlarına her geçen gün yenisinin eklenmesiyle artan bu çeşitlilik haberleşme kavramının otonom özelliğini ön plana çıkarmıştır. Oldukça

¹⁴⁹¹ Reid, s. 531; Jacobs/White, s. 194; Kilkelly, s. 33, Leach, ECHR, s. 318; Arslan Öncü, s. 193; Aynı yönde Niemietz/Germany, App. No. 13710/88, 16 December 1992, par. 30; Buck/Germany, App. No. 41604/98, 28 April 2005, par. 31; Petri Sallinen and others/Finland, App. No. 50882/99, 27 September 2005, par. 70; Stès Colas Est and the others/France, App. No. 37971/97, 16 April 2002, par. 40; Akhlyustin/Russia, App. No. 21200/05, 7 November 2017, par. 37.

¹⁴⁹² Stès Colas Est and the others/France, App. No. 37971/97, 16 April 2002, par. 41; Akhlyustin/Russia, App. No. 21200/05, 7 November 2017, par. 37.

¹⁴⁹³ Buyse, s. 299; Kucs/Sedlova/Pierhurovica, s. 107.

¹⁴⁹⁴ Chelu/Romania, App. No. 40274/04, 12 January 2010.

¹⁴⁹⁵ Hartung/France, App. No. 10237/07, 3 November 2009.

¹⁴⁹⁶ Friend and Countryside Alliance and the others/United Kingdom, App. No. 27809/08, 24 November 2009.

¹⁴⁹⁷ Roagna, s. 31.

¹⁴⁹⁸ Roagna, s. 32.

¹⁴⁹⁹ Mowbray, The Creativity, s. 60 vd.

¹⁵⁰⁰ Roagna, s. 32; Burbergs, s. 323.

geniş olan haberleşme kavramı¹⁵⁰¹ genel olarak iç hukuk sistemlerindeki anlamına yakın şekilde değerlendirilmiştir.¹⁵⁰² Bu bağlamda AİHS'in 8. maddesi çerçevesinde haberleşmeden kastedilen ağırlıklı olarak yazı ve telefonla olan iletişim olsa da¹⁵⁰³ her çeşit iletişim aracı bu kavrama dahildir.

Mahkeme çoğunlukla hakları geniş yorumlamaktadır¹⁵⁰⁴. Bu nedenle, bir kişinin AİHS'in 8. maddesi uyarınca "haberleşmesine saygı gösterme hakkı", aşağıdakileri de içeren her türlü iletişim yolunu da kapsamına alacak şekilde kullanılmaktadır¹⁵⁰⁵. 8. madde kapsamında değerlendirilebilecek haberleşme metodlarından bazıları şunlardır¹⁵⁰⁶; mektup¹⁵⁰⁷, teleks gibi eski tür elektronik iletişim¹⁵⁰⁸, telefon görüşmeleri¹⁵⁰⁹ çağrı cihazı mesajları¹⁵¹⁰, fax, elektronik postalar (e-mail)¹⁵¹¹ ve elektronik veriler¹⁵¹².

C. Dinamik Yorum Yoluyla Ortaya Konulan Pozitif Yükümlülükler

İnsan haklarının korunmasında devletin pozitif yükümlülükleri de Sözleşme hükümlerinin dinamik yorumu yoluyla ulaşılan ilkelerden sadece biridir¹⁵¹³. AİHM, pozitif yükümlülüklerin genel bir tanımını yapmayarak¹⁵¹⁴ bu konudaki içtihadını

¹⁵⁰¹ Jonathan, s. 418.

¹⁵⁰² Arslan Öncü, s. 40.

¹⁵⁰³ Jonathan, s. 418.

¹⁵⁰⁴ Korff, s. 2.

¹⁵⁰⁵ Korff, s. 2.

¹⁵⁰⁶ Roagna, s. 32.

¹⁵⁰⁷ Eylem Kaya/Turkey, App. No. 26623/07, 13 December 2016.

¹⁵⁰⁸ Christie/United Kingdom, App. No. 21482/93, 27 June 1994.

¹⁵⁰⁹ Klass and the others/Germany, App. No. 5029/71, 6 September 1978; Malone/United Kingdom, App. No. 8691/79, 2 August 1984, Margareta and Roger Andersson/Sweedens, App. No. 12963/87, 25 February 1992.

¹⁵¹⁰ Taylor-Sabori/United Kingdom, App. No. 47114/99, 22 October 2002.

¹⁵¹¹ Leach, ECHR, s. 319. Bu yönde Copland/United Kingdom, App. No. 62617/00, 3 April 2007.

¹⁵¹² Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH/Austria, App. No. 74336/01, 16 October 2007.

¹⁵¹³ Bates, s. 357; Şimşek, S., s. 4; Yorum yoluyla ulaşılan diğer ilkeler; Avrupa kamu düzeni, yerindenlik ilkesi, Mahkeme' nin iç hukuk uygulamaması ilkesi, Sözleşme'nin ihlal edilmesi durumunda uluslararası sorumluluk sahibi olan devlet organlarının çoğulluğu, Sözleşmeye taraf devletlerin sonuç ya da ispat vasıtası zorunluluğu, hukukun üstünlüğünün rolü, demokratik bir toplumun gerekleri, zınni güvenceler, doğrudan uygulama, hukukun genel ilkelerine atıf, bazı hakların yatay etkileri, somut ya da soyut inceleme, bir davanın arka planının önemi, görünümünün önemi, görünümünün ardındaki gerçekliği saptama gerekliliği, Sözleşme'nin günün yaşam koşulları ışığında yorumlanması. (Andriantsimbazovina, s. 30).

¹⁵¹⁴ Mowbray, Development of Positive Obligation, s. 2; Dröge, s. 381; Campbell, s. 410; Dijk, s. 18; Alves/Gawronski/Stupak, s. 4; Olinga, s. 118; Khrystova, s. 110; Mowbray, Positive Obligation, s. 2; Beijer, s. 130; Khrystova, s. 110; Metin, s. 114; Bakırcı, s. 31; Arslan Öncü, s. 48; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 71; Şimşek, S., s. 3; Çoban, s. 206.

Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğu gerçeğinden hareketle ve esnek bir tutumla oluşturmayı yeğlemiştir¹⁵¹⁵. Böylelikle AİHM'in dinamik yorum yöntemini kullanması, Sözleşme'den taraf devletlerin yeni pozitif yükümlülüklerinin keşfedilmesine imkan yaratmıştır¹⁵¹⁶. Böylelikle hakların etkili korunması ilkesinin de içtihat hukukunda yerleşmesini sağlayan¹⁵¹⁷ aynı zamanda bu ilkede temelini bulan¹⁵¹⁸ dinamik yorum, Sözleşme'nin konu ve amacına dayanarak devletlerin pozitif yükümlülüklerinin kapsamına ilişkin içtihadın da geliştirilmesini sağlamıştır¹⁵¹⁹. Bu bağlamda hem pozitif yükümlülük kavramının kendisi hem de bu yükümlülüklerin neler olduğu AİHM'in dinamik yorumu yoluyla gelişmiştir. Bu bağlamda dinamik yorum, pozitif yükümlülüklerin zamana göre değişimi takip ettiği ve hiç bir zaman belirli seviyede kalmayacağı aksine daha geniş ya da dar kalabileceği anlamına gelmektedir¹⁵²⁰.

AİHM, hakların teoride ve göstermelik değil, pratik ve etkili şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin içtihadında¹⁵²¹ devletin pozitif yükümlülüğünden kastedilenin bireyin içinde bulunduğu sosyal durumun da hesaba katılarak, hakların hayata geçirilmesini sağlayıcı tedbirlerin alınması olduğunu vurgulamıştır. Devletin tüm bu yükümlülükleri sosyal realitede bireylerin haklardan etkin yararlanmasına yöneliktir¹⁵²². Bu nedenle devlet hakların korunması için dokunulmaz alanlar yaratmanın ötesine geçerek bireylerin gerçek durumuna bakmalıdır¹⁵²³. Bireylerin içinde bulundukları duruma münhasıran pozitif yükümlülükler kuramından destek alan dinamik yorum yoluyla, bazı önemli hakların koruma kapsamının bir başka ifadeyle norm alanının genişletilmesi söz konusu olabilir. Böylelikle AİHS'te

¹⁵¹⁵ Akandji Kombe, s. 6-7; Şenol, Cem; "AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi", Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2012, s. 281, dp. 74; Bakırcı, s. 31.

¹⁵¹⁶ Ost, s. 311; Glas, s. 32.

¹⁵¹⁷ Bates, s. 357.

¹⁵¹⁸ Jacobs/White/Obey, s. 73.

¹⁵¹⁹ Grewe, s. 467; Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 116;

¹⁵²⁰ Dröge, s. 386.

¹⁵²¹ Demir and Baykara/Turkey, App. No. 34503/97, 12 November 2008, par. 66; Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of Languages in Education in Belgium", App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 July 1968; Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979; Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979.

¹⁵²² Dröge, s. 382.

¹⁵²³ Dijk/Hoff, s. 74; Bahçeci, s. 518.

düzenlenmeyen bazı unsurlar da korunabilir. Doktrinde protection “par ricochet”¹⁵²⁴ (dolaylı koruma) olarak da ifade edilen görüş doğrultusunda¹⁵²⁵ 8. madde kapsamında sağlıklı çevre hakkının korunması buna örnektir. Bu bağlamda ulusal yargıçlar da AİHM’e denetim imkanını veren protection “par ricochet” (dolaylı koruma) doktrinini 8. maddenin norm alanının genişlediği konularda göz önüne almalıdırlar¹⁵²⁶.

Mahkeme’ye göre AİHS taraflar arasında menfaat dengesi sağlayan klasik tipte “synallagmatique” (contractual treaty) niteliğinde yani karşılıklı taahhüde dayalı olmayıp, konu ve amaç itibarıyla¹⁵²⁷ taraf devletlere pozitif yükümlülükler yükleyen bir yasa sözleşme (law making treaty) niteliğindedir¹⁵²⁸. Bu nedenle Sözleşme hükümlerinin taraf devletlerin yükümlüklerinin asgariye indirecek şekilde değil, fakat öngörülen amaca ulaşmak ve Sözleşme’nin konusunu gerçekleştirmek için hangi yorumun daha elverişli olduğunu araştırmak gerekir¹⁵²⁹. Mahkeme, Sözleşme’ye yeni bir hak eklemediğini mevcut bir hakkın amaca uygun bir yorumla içeriğini saptadığını belirtmiştir¹⁵³⁰. Yani Mahkeme, Sözleşme’yi genişletici bir yorumla taraf devletlerin yükümlülüklerini ağırlaştırıp arttırmamakta, konu ve amaca uygun yorum yapmaktadır¹⁵³¹.

Sözleşme’nin demokratik toplumların sosyal ve hukuki açıdan değişim ve gelişmeleri göz önünde bulundurulduğunda etkisini koruyabilmesi dinamik yorumu gerekli kılmaktadır¹⁵³². Örneğin, Sözleşme’de güvenli bir çevre diye ayrıca bir hak olmamasına rağmen, mahkeme aile, ev ve özel yaşamlarını korumak için kişinin güvenli bir çevreye gereksinimi olduğunu kabul etmiş ve bu haklara güvenli çevreyi de dahil etmiştir¹⁵³³. *Loucaides* “özel hayat” kavramından türetilen yeni hakların sosyal yaşam koşulları gereği her zaman tanınmayı vaat ettiğini belirtmiştir¹⁵³⁴.

¹⁵²⁴ Fransızca “par ricochet” kavramının İngilizce karşılığı olarak “protection indirecte” ifadesi kullanılmaktadır. Biz de kavramın İngilizce karşılığının Türkçe çevirisi olan “dolaylı koruma” ifadesini kullanmayı yeğliyoruz.

¹⁵²⁵ Renucci, Jean-François; Introduction to the European Convention on Human Rights: The Rights Guaranteed and the Protection Mechanism, Strasbourg, Council of Europe, 2005, s. 90.

¹⁵²⁶ Andriantsimbazovina, s. 37.

¹⁵²⁷ Sözleşme’nin konu ve amacı başlangıç kısmında belirtilmiştir.

¹⁵²⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 150.

¹⁵²⁹ Wemhoff/Germany, App. No. 2122/64, 27 June 1968, par. 8.

¹⁵³⁰ Soering/United Kingdom, App. No. 14038/88, 7 July 1989, par. 103.

¹⁵³¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 149.

¹⁵³² Çavuşoğlu, Yaşayan Belge, s. 143.

¹⁵³³ Guerra and Others/Italy, App. No. 14967/89, 19 February 1998.

¹⁵³⁴ Loucaides, s. 86.

Cooper'a göre ise bu durumda Mahkeme yeni haklar yaratmamakta, varolan hakların kapsamlarını genişletmektir¹⁵³⁵. Bu görüşe katılanlar Mahkeme'nin "mevcut bir hakkı dinamik yorumlama ile yeni haklar yaratma" arasındaki ince çizgiyi geçmemeye dikkat etmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹⁵³⁶. Özel ve aile hayatının etkili şekilde korunması ilkesinin sonucu olarak 8. madde negatif yükümlülükler yanında pozitif yükümlülükler de içermektedir. Dolayısıyla Mahkeme 8. maddeyi dinamik ve yapıcı bir yorumla uygulamış ve maddenin kapsamı genişletilmiştir¹⁵³⁷. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile ilgili içtihatlar, Sözleşme uygulamasının zaman içinde değiştiğini açıkça göstermektedir. Nitekim 8. madde açısından yeni teknolojik gelişmelerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir¹⁵³⁸. Fakat bizimde katıldığımız görüşe göre Mahkeme bu kararlar ile Sözleşme'den yeni haklar yaratmamakta¹⁵³⁹, mevcut hakların kapsamlarını dinamik yorumla genişletmektedir¹⁵⁴⁰. Kanımızca içtihat hukuku uyarınca mevcut hakların norm alanının gelişmesi, çağa ayak uydurmak zorunda olan AİHS'in uygulamaya yansımaları sonucu tezahür ettiğinden, bu genişleyen kapsamı yeni hakların doğuşu olarak nitelendirmek doğru değildir. Zira yeni haklardan ziyade aynı hak kapsamında yeni pozitif yükümlülükler doğmaktadır.

Sözleşme'nin dinamik yoruma ilişkin en iyi örnek 8. madde kapsamında transseksüellerin cinsel kimliğinin tanınmasına ilişkin kararlardır¹⁵⁴¹. Goodwin kararı da bu kararlardan biridir¹⁵⁴². Dudgeon davasında Mahkeme iki yetişkin erkek arasında tarafların karşılıklı rızasıyla meydana gelen cinsel ilişkinin ceza kanununda suç sayılmasının Sözleşme'ye aykırılık oluşturup oluşturmadığını incelemiştir. Mahkeme'nin tespiti güncel gelişmeler ışığında homoseksüel davranışların artık ceza hukuku tedbirlerinin konusu olarak görülmediğidir¹⁵⁴³. Dudgeon davasından bu yana Mahkeme cinsel kimliği koruyan özel yaşam kavramının lezbiyen veya gay

¹⁵³⁵ Cooper, s. 125.

¹⁵³⁶ Golsong, s. 151-161.

¹⁵³⁷ Metin, Anayasanın Yorumu, s. 118; Yıldırım, Özel Hayat, s. 390.

¹⁵³⁸ Jacobs/White/Obey, s. 72.

¹⁵³⁹ Jacobs/White/Obey, s. 72.

¹⁵⁴⁰ Cooper, s. 125; Metin, s. 119.

¹⁵⁴¹ Jacobs/White/Obey, s. 73.

¹⁵⁴² Christine Goodwin/United Kingdom, App. No. 28957/95, 11 July 2002.

¹⁵⁴³ Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 60.

cinsel kimliği de içerdığını onaylamaktadır¹⁵⁴⁴. Görüldüğü üzere 8. maddeden doğrudan çıkarılamayacak pozitif yükümlülükler etkililik ilkesi gereğince özel hayata ve aile hayatına içkin pozitif yükümlülükler kapsamında ortaya çıkmıştır¹⁵⁴⁵.

Lustig-Prean davasındaki¹⁵⁴⁶ başvurular Silahlı Kuvvetler'in politikasının özel hayatlarını sadece ilgilendirmekle kalmayıp, ihlal de ettiğini öne sürebilmişlerdir. Silahlı Kuvvetler'de gay veya lezbiyen olunamayacağı gerçeği başvuruların Sözleşme'den doğan hakların özellikle ciddi bir ihlali kabul edilmiştir¹⁵⁴⁷.

AİHS gibi çok taraflı sözleşmelerin yeni gelişmelere uyarlanması güçtür. Bu nedenle de Sözleşme'de "ahlakın korunması", "demokratik toplumda zorunlu tedbirler" gibi genel nitelikli kavramlara yer verilmiştir. Bu sayede Mahkeme, bu kavramları dinamik yorum yoluyla yorumlamakta ve Sözleşme çağıın gerisinde kalmamaktadır¹⁵⁴⁸. Bir başka deyimle yoruma açık bu kavramlar Sözleşme'nin hakların korunması için gözettiği esnek çizgileridir. Örneğin, cerrahi operasyon sonrası transeksüellerin yeni kimliklerinin tanınmasına yönelik olarak devletin yükümlülüklerinin kapsamı belirlenirken de dinamik ve evrimsel yorum benimsenmiştir¹⁵⁴⁹.

Sözleşme'nin dinamik yorumunun da sınırları önem arz etmektedir. Çünkü yorum yetkisinin sınırlarının aşılması hukuk politikası oluşturma anlamına gelir. Bu da Mahkeme'nin değil kanun koyucunun ve taraf devletlerin yetkisindedir¹⁵⁵⁰. Yorum yoluyla Sözleşme'deki hakların koruma alanı genişletilebilir fakat bunun sınırı Sözleşme'de koruma altında olmayan yeni bir hak ya da özgürlük oluşturmamaktır¹⁵⁵¹. Bu bağlamda dinamik yorumda gözetilmesi gereken ilkeler Sözleşme'nin bütünlüğü, hukuki güvenlik ve kanunun öngörülebilirliği ilkeleridir¹⁵⁵².

¹⁵⁴⁴ Cooper, s. 127.

¹⁵⁴⁵ Glas, s. 32.

¹⁵⁴⁶ Lustig Prean and Beckett/United Kingdom, App. No. 31417/96 and 32377/96, 27 September 1999.

¹⁵⁴⁷ Cooper, s. 127.

¹⁵⁴⁸ Metin, Anayasanın Yorumu, s.120.

¹⁵⁴⁹ Mowbray, The Creativity, s. 65.

¹⁵⁵⁰ Metin, Anayasanın Yorumu, s.120.

¹⁵⁵¹ Stieglitz, s. 191; Gemalmaz, yorum teknikleri yoluyla belli bir hakkın çerçevesinin esnekleştirilmesinin, norma yeni unsurlar katılarak ya da maddedeki mevcut unsurları yeni boyutları da kapsayacak biçimde değerlendirilmesinin" üstü örtülü bir yasama faaliyeti" yahut "dolaylı sözleşme yapıcı rol" olarak adlandırılabilceğini belirtmiştir. (Gemalmaz, Devlet, s. 530).

¹⁵⁵² Stieglitz, s. 191-192.

II. ÖZEL HAYATA VE AİLE HAYATINA MÜDAHALENİN HAKLILIK ŞARTLARI AÇISINDAN DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Müdahale hakkın koruma alanına giren bir davranışı birey için imkansız kılan her türlü devlet tasarrufudur¹⁵⁵³. Bu bağlamda devletin AİHS'in 8. maddesi kapsamında korunan haklara müdahalesinin söz konusu olabilmesi için öncelikle kamu gücünün nedensel ve kendisine isnad edilebilir bir tasarrufunun olması gerekmektedir¹⁵⁵⁴.

Mahkeme'ye yönelen bir şikayetin 8. maddenin ihlaline yol açıp açmadığını belirlemede Mahkeme iki aşamalı bir test değerlendirmesi yapmaktadır¹⁵⁵⁵. İlk aşamada şikayetin 8. maddenin uygulama alanına girip girmediğini ve hakkın korunmasına yönelik pozitif yükümlülüklerin söz konusu olup olmadığını tespit eder¹⁵⁵⁶. İkinci aşamada ise güvence altına alınan bir hakka müdahale var mı sorusuna cevap arandığından¹⁵⁵⁷ 8. madde kapsamına giren haklara bir müdahale gerçekleşmişse, bu müdahalenin hukuki olup olmadığı araştırılır. Akabinde ise müdahalenin meşru amaca dayanıp dayanmadığı incelenir. Son olarak ise müdahalenin demokratik toplum için gerekli olup olmadığı değerlendirilmesi yapılır¹⁵⁵⁸.

Mahkeme'nin metodolojisi taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerle uymada başarısızlığının 8. maddenin ilk fıkrası anlamındaki “müdahale” olmadığını belirtir. Çünkü müdahale kelimesi, basit bir ihmali değil, devletin bir edimi sonucu doğmuş bir zararın mevcudiyetini gerektirmektedir¹⁵⁵⁹. Bu bağlamda alınan önlemler de müdahale oluşturabilir. Buna karşılık, dokunmama ya da yapmama edimleri, ya da

¹⁵⁵³ Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 96.

¹⁵⁵⁴ Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 96; Yıldırım, Özel Hayat, s. 387.

¹⁵⁵⁵ Roagna, s. 11; Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 363; Lavrysen, Scope of Obligations, s. 165; Dijk, s. 26; Greer, The Margin of Appreciation, s. 9-10.

¹⁵⁵⁶ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 363.

¹⁵⁵⁷ Çoban, s. 200.

¹⁵⁵⁸ Arai, Restrictions, s. 334-335; Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 363; Arai-Takahashi, s. 9; Lavrysen, Scope of Obligations, s. 165; Roagna, s. 11; Dijk, s. 26; Greer, The Margin of Appreciation, s. 9-10; Gomez-Arostegui, s. 4; Doğru/Nalbant, C. II, s. 10-11; Çoban, s. 200.

¹⁵⁵⁹ Yıldırım, Özel Hayat, s. 387.

yasama faaliyetinde bulunmayı reddetme, ikinci fıkranın düzenleme alanına girmez, ancak bu edimler, ilk fıkrada güvenceye bağlanan özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına mahsus olan pozitif yükümlülük bakımından bir eksiklik oluşturabilir¹⁵⁶⁰. Mahkeme 8. madde'nin ilk fıkrasında korunan hakkın kullanımına veya haktan yararlanılmasına bir müdahale olmadığı sonucuna varırsa, bu kez taraf devletin Sözleşme'deki yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayacak tedbirleri alma konusunda pozitif yükümlülüğünün olup olmadığını tespit eder¹⁵⁶¹. Çünkü devlet hakkı hiç sağlamadığı zaman, ilk fıkra ihlal edilmiş olacak ve bu ihlal ilgili sınırlandırma sebebi ile meşrulaştırılamayacağından¹⁵⁶² meşru gerekçeler incelenmeyecektir. Bu aşamada devletin eylemsizliğinin adil dengeyi bozup bozmadığı incelenir¹⁵⁶³. Yani pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda iki aşama tek aşamada değerlendirilebilir¹⁵⁶⁴.

1. Hukukilik

Hukukilik ilkesi iki öge içermektedir. Bunlardan ilki sınırlamanın yahut tedbirin iç hukukta dayanağının olması yani yasallığı diğeri ise yasanın kalitesidir¹⁵⁶⁵. Bu bağlamda ilkenin temel amacı, kamusal işlem ve eylemlerde bireylerin hak ve özgürlüklerine yönelik keyfi müdahalelere karşı onları korumaktır¹⁵⁶⁶. Dolayısıyla ilke devletin, iktidar ve yürütme gücünün keyfi uygulamalarına karşı etkili yasal kısıtlamalarının olmasını ifade etmektedir¹⁵⁶⁷. Bu anlamda hukukilik, yasallığı aşan bir anlam taşımaktadır. Çünkü yasallık ölçütünde aranan objektif olarak yasaya uygunluktur, hukukilik ise bu yasaların evrensel ve çağdaş insan hakları hukukuna uygunluğunu ve hakların korunmasında etkili

¹⁵⁶⁰ Yıldırım, Özel Hayat, s. 388.

¹⁵⁶¹ Roagna, s. 11; Gomez-Arostegui, s. 3.

¹⁵⁶² Yıldırım, Özel Hayat, s. 387.

¹⁵⁶³ Lavrysen, Scope of Obligations, s. 165.

¹⁵⁶⁴ Gerards/Senden, s. 634; Lavrysen, Scope of Obligations, s. 165.

¹⁵⁶⁵ Arai-Takahashi, s. 10; Reid, s. 64.

¹⁵⁶⁶ Reid, s. 64; Bu anlamda yasallık ilkesi, sadece idari işlemlere değil, yasama, yürütme ve yargı organlarının yetkilerinin kullanım sınırlarının belirlenmesinde de etki göstermektedir. (Çağlar, Selda; "Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi", Hukuk Güvenliği, (Haz. Ece Göztepe), Kamu Hukukçuları Platformu 8-9 Kasım 2013, TBB Yayınları, Ankara, 2013, s. 63).

¹⁵⁶⁷ Greer, The Margin of Appreciation, s. 15; Greer, Steven; The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 1997, s. 10.

olmasını da gerektirir. Hukukiliğin sağlanmasıyla kamu otoritelerinin keyfi davranışlarının önüne geçilebildiği¹⁵⁶⁸ gibi hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki belirliliğin ve buna bağlı olarak hukuki güvenliğin sağlanması da mümkün olur¹⁵⁶⁹.

Müdahalenin hukukilik unsurunu taşımadığının tespiti halinde, Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan diğer güvence ölçütleri (meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik) kontrol edilmeksizin, müdahalenin ilgili maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹⁵⁷⁰. Bu sebeple de yapılan müdahalenin hukukilik şartını sağlayıp sağlamadığı ilk planda ele alınır¹⁵⁷¹. Örneğin, haberleşmenin denetlenmesine olanak veren bir izleme sisteminin bu tedbirin kötüye kullanılmasına karşı da yeterli ve etkili güvenceleri getirmesi gerekmektedir¹⁵⁷². Bu güvenceler de öncelikle müdahalenin hukuki olmasıyla sağlanabilir. Bu doğrultuda tedbirin hakkın etkin korunmasını artırmak için yasada belirtilen koşullara ve usullere uygun olarak yapılması gerekir¹⁵⁷³. Yeterli ve etkili güvence değerlendirmesi; tedbirin niteliği, kapsamı, süresi, tedbire başvurma sebepleri, tedbir emrini veren, uygulayan ve denetleyen yetkili makamlar, tedbire karşı gidilebilecek iç hukuk yollarının türü gibi koşullara dayanır¹⁵⁷⁴.

Hukukilik ölçütü, 8. madde kapsamında alınan ulusal tedbirlere yönelik hayati önem arz eden bir araçtır¹⁵⁷⁵. 8. maddenin ikinci fıkrası uyarınca hukukiliğin AİHM tarafınca yorumundan çıkarılacak sonuçlardan biri de hakların kullanılmasına resmi makamların müdahalesine yapılan atfın basit bir ihmali değil, olumlu bir edim sonucu doğmuş bir zararın varlığını gerektirmesidir¹⁵⁷⁶. Bu

¹⁵⁶⁸ Kil Kelly, Children, s. 71.

¹⁵⁶⁹ Anayasa Mahkemesi belirlilik ilkesini şu şekilde tanımlamıştır: “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 keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir” AYMK, E. 2013/39, K. 2013/65, T. 22.5.2013, (RG. T. 12.07.2013, S.28705).

¹⁵⁷⁰ Y.F./Turkey, App. No. 24209/94, 22 July 2003, par. 44.

¹⁵⁷¹ Arai, Restrictions, s. 334. Bu yönde Klass and the Others/Germany, App. No. 5029/71, 6 September 1978, par. 42; Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Doğru, Osman; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. II, Ankara 2013, s. 59-70.

¹⁵⁷² Klass and the others/Germany, App. No. 5029/71, 6 September 1978, par. 50.

¹⁵⁷³ Lavrysen, s. 84; Yavuz, Hakan; “Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, TBB Dergisi, S. 60, 2005, s. 241.

¹⁵⁷⁴ Klass and the others/Germany, App. No. 5029/71, 6 September 1978, par. 50.

¹⁵⁷⁵ Arai, Restrictions, s. 338.

¹⁵⁷⁶ Yıldırım, Özel Hayat, s. 387.

durumda ancak devletin yetkili organları eliyle gerçekleştirilmiş bir eylem sonucu doğacak zarar hukukilik bakımından değerlendirilmeye tabi olacak ve ikinci fıkra bağlamında ele alınacaktır.

a. Yasallık

AİHS'in 8. maddesi kapsamında korunan haklara yapılan bir müdahalenin yasallık şartını sağlaması için öncelikle müdahalenin iç hukukta yasal bir dayanağının bulunması gerekmektedir¹⁵⁷⁷. Nitekim demokratik toplum düzeninin temel prensiplerinden biri olarak, Sözleşme'nin tüm maddelerinin özünde bulunduğu kabul edilen hukukun üstünlüğü ilkesi de müdahalenin yasayla öngörülmüş olmasını gerektirmektedir¹⁵⁷⁸. Kamu yararı amacıyla da olsa yasal bir temeli olmayan düzenlemeler Sözleşme'ye aykırılık oluşturduğundan, Mahkeme diğer ölçütleri incelemeksizin ihlal saptaması yapmaktadır¹⁵⁷⁹.

8. maddenin ikinci fıkrasındaki "yasayla öngörülmüş" ifadesinde¹⁵⁸⁰, "yasa" dan kastedilen özel hayatın ve aile hayatının korunmasına müdahale eden tüm iç hukuk normları, tamamlayıcı normlar ve içtihatır¹⁵⁸¹. Yani yasa ifadesi AİHM tarafından şekli değil, maddi anlamda kullanılmaktadır¹⁵⁸². *Greer*'e göre de doktrinde yasanın dar anlamda mı geniş anlamda mı anlaşılması gerektiği tartışmasından ziyade önemli olan sorun, yasama organı işlemlerinin hukuki nitelik taşıması ve yürütme yetkisinin kötüye kullanılmasına karşı iç hukukta öngürülen sınırlamaların etkililiğidir¹⁵⁸³. Bununla beraber, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir bu noktada yasanın niteliği yani maddi içeriği önem kazanmaktadır. Yasayla sınırlama

¹⁵⁷⁷ Arai, Restrictions, s. 334; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 394, Dündar Sezer, AİHS, s. 264; Reid, s. 64.

¹⁵⁷⁸ Şimşek, S., s. 9.

¹⁵⁷⁹ Dinç, s. 9.

¹⁵⁸⁰ Yasallık ilkesi (legality) Sözleşme'nin farklı hükümlerinde farklı şekilde ifade edilmiştir. 2. maddede, yasayla korunmuş (protected by law), 5. maddede yasaya uygun şekilde (in accordance with law), 6. maddede yasayla kurulmuş (established by law), 8-11. maddelerinde ise yasayla öngörülmüş (prescribed by law) şeklinde kullanılmaktadır.

¹⁵⁸¹ Korff, s. 2.

¹⁵⁸² Dündar Sezer, AİHS, s. 264; Dinç, Uluslararası Belgeler, s. 18.

¹⁵⁸³ Greer, The Exceptions, s. 10.

ölçütü, sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini de ifade etmektedir¹⁵⁸⁴.

Pozitif yükümlülükler her zaman “yasayla öngörölmüş” kriterini yerine getirmeye uygun değildir¹⁵⁸⁵. Nitekim yasallık şartının pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda uygulaması farklıdır. Devletin doğrudan hakka yönelen müdahalelerinde hukukilik şartı mutlak şekilde aranırken, pozitif yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda hukukilik şartı nispi değerlendirilir. Taraf devlet iç hukuk tarafından öngörölen belirli bir önlem doğrultusunda hareket etmemiş olsa bile, yine de başka bir önlem yoluyla pozitif yükümlülüklerini yerine getirmiş olabilir. Bu nedenle, pozitif yükümlülöklere uyulmadığı hallerde, hukukilik testi Mahkeme tarafından ayrı ve belirleyici bir test olarak değil ve fakat oranlılığın tespitinde dikkate alınan birçok unsurdan biri olarak değerlendirilmektedir¹⁵⁸⁶. Dolayısıyla, pozitif yükümlülöklerde yasallık şartının sağlanmaması, doğrudan 8. maddenin ihlali sonucuna yol açmayacaktır¹⁵⁸⁷. Ayrıca kamu otoritelerinin eylemsizliği yasallık ya da meşruluk testini geçemediğinde Mahkeme bu durumda Sözleşme’de korunan hakkın ihlal edildiğine hükmetmelidir¹⁵⁸⁸.

b. Yasanın Maddi Niteliği

Yasallık ilkesi açısından, müdahaleye yetki veren hukuki düzenlemeyi yapan organ ya da hukuki düzenlemenin kaynağı değil, niteliği önem arzetmektedir. Yasallık ölçütü maddi bir içeriği de gerektirdiğinden, yasanın niteliği önem kazanır¹⁵⁸⁹. Yasanın maddi niteliği iç hukuk mevzuatının erişilebilir, öngörölebilir¹⁵⁹⁰, kesin¹⁵⁹¹ ve hukukun üstünlüğüne yaraşır olmasına bağlıdır¹⁵⁹². Bu

¹⁵⁸⁴ Mountfield, Helen; “The Concept of Lawful Interference with Fundamental Rights”, Eds. Jeffrey Jowell QC, Jonathan Cooper, Understanding Human Rights Principles, Hart Publishing Oxford, 2001, s. 6; Greer, The Exceptions, s. 10 vd.

¹⁵⁸⁵ Dröge, s. 390; Lavrysen, Scope of Obligations, s. 181.

¹⁵⁸⁶ Fadeyeva/Russia, App. No. 55723/00, 9 June 2005, par. 44, 46.

¹⁵⁸⁷ Arslan Öncü, Özel yaşamın Korunması, s. 366.

¹⁵⁸⁸ Lavrysen, Scope Of Obligations, s. 171.

¹⁵⁸⁹ İnceoğlu, Hak ve Özgürlük, s. 29.

¹⁵⁹⁰ Arai-Takahashi, s. 10; Jonathan, s. 421; Lavrysen, s. 87.

¹⁵⁹¹ Mountfield, s. 6; Greer, The Exceptions, s. 10 vd.; Reid, s. 64; İnceoğlu, Hak ve Özgürlük, s. 30; Dinç, s. 9; Çoban, s. 208.

¹⁵⁹² Arslan Öncü, s. 367; Mountfield, s. 17.

nitelikleri taşıyan yasa kalitelidir¹⁵⁹³. AİHM kararlarında Sözleşme'nin 8., 9., 10., ve 11. maddelerindeki yasayla sınırlama ölçütünün değerlendirilmesinde sınırlamanın iç hukukta öngörülebilir ve erişilebilir bir dayanağının olup olmadığının araştırılmasından hareket edilir¹⁵⁹⁴. 8. madde kapsamında yasanın maddi niteliği incelenirken, ilgili yasal hükümlerin vatandaşlar tarafından ulaşılabilir olup olmadığı, vatandaşların belirtilen eylemlerin makul sonuçlarını öngörmeyi sağlamada yeterince kesin olup olmadığı, haklara keyfi müdahaleye yönelik yeterli koruma sağlayıp sağlamadığı sorularına yanıt aranır¹⁵⁹⁵. Yasayla sınırlama ölçütünün bu niteliklere haiz olması ise, uygulayıcıların keyfi davranışlarının önüne geçilmesini¹⁵⁹⁶ ve kişilerin hukuku bilmesini sağlar¹⁵⁹⁷. Buna paralel olarak hukuk devletinde normatif hukuk düzeninin kişilerin hukuki güvenliğini sağlayabilmesi için bu kalite ölçütlerine uygunluğu aranır¹⁵⁹⁸.

Yasanın maddi niteliği kalitesini göstermektedir¹⁵⁹⁹. Bu bağlamda yasanın kalitesi hem esasa hem de usule ilişkin güvenceleri içermektedir¹⁶⁰⁰. Dolayısıyla yasanın kalitesi, Sözleşme haklarını yeterli ölçüde korumak üzere yasal çerçeve oluşturma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmeyi gerektirir¹⁶⁰¹. Örneğin, iletişimi denetleme tedbiri yoluyla özel hayata müdahale edilirken yasanın kaliteli olmaması yahut yasal düzenleme eksikliği 8. madde çerçevesinde pozitif yükümlülüğün ihlaline sebebiyet vermektedir¹⁶⁰². Devletin bu yöndeki pozitif yükümlülüğü iç hukukta Sözleşme haklarının sınırlandırılmasına ilişkin olarak öncelikle yerleşik ve belirlenebilir bir hukuki zemin oluşturmaktadır¹⁶⁰³.

¹⁵⁹³ Mountfield, s. 6; Leach, ECHR, s. 161.

¹⁵⁹⁴ Lavrysen, s. 87; Inceoğlu, Hak ve Özgürlük, s. 30.

¹⁵⁹⁵ Greer, The Margin of Appreciation, s. 16.

¹⁵⁹⁶ Greer, The Margin of Appreciation, s. 15; Lavrysen, s. 88; Reid, s. 63.

¹⁵⁹⁷ Inceoğlu, Hak ve Özgürlük, s. 29.

¹⁵⁹⁸ Akıncı, Müslüm; Normatif Düzen Kalitesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, 2012, s. 188.

¹⁵⁹⁹ Mountfield, s. 6.

¹⁶⁰⁰ Telefon dinlenmesine ilişkin olarak AİHM kararlarında (Huvig/France, App. No. 11105/84, 24 April 1990, Kruslin/France, App. No. 11801/85, 24 April 1990; Kopp/Switzerland, App. No. 13/1997/797/1000, 25 March 1998) pozitif usule ilişkin garantilerin hak ihlallerinin hukuka uygun olduğunu ifade edebilmek için gerekli olduğunu açıkça söylemiştir. (Mountfield, s. 18).

¹⁶⁰¹ Lavrysen, s. 87.

¹⁶⁰² Leach, ECHR, s. 320. Konuya ilişkin örnek karar olarak bkz. Malone/United Kingdom, App. No. 8691/79, 2 August 1984.

¹⁶⁰³ Mountfield, s. 7.

(1) Erişilebilirlik

Erişilebilirlik (accessibility) yasal düzenlemelere fiilen ulaşabilme, elde edebilme ve anlamına erişme imkanını ifade etmektedir¹⁶⁰⁴. Yasal düzenlemelere erişim, mevzuatın yayınlanmasına ve ilgililere ulaştırılmasına bağlıdır¹⁶⁰⁵. Bu sebeple mevzuatın, istendiğinde ilgilileri tarafından rahatça ulaşıp okunabilecek nitelikte olması gerekir¹⁶⁰⁶. Hukukun erişilebilirliği, kişilerin belirli bir olaya uygulanabilir hukuk normlarına ilişkin olarak yeterli göstergeye sahip olmasını gerektirmektedir¹⁶⁰⁷. Örneğin; AİHM, Silver davasında, davacının bulunduğu cezaevinin yöneticilerinin yetkililerini belirleyen Cezaevi Yasası'nın yayınlanmış ancak Kuralların ve Talimatların yayınlanmamış olmasından ötürü kişinin erişemediği talimatlar sebebiyle, mektuplarına el konulmasının 8. maddenin ihlali olduğuna karar vermiştir¹⁶⁰⁸. Bu bağlamda iç hukukta bir normun kişilerin ulaşamayacağı şekilde çıkarılmış olması, yapılan sınırlamanın meşru olmamasına sebep olur. Dolayısıyla hapisane yönetmelikleri, yönergeler gibi düzenleyici normlar yayınlanmadıkları müddetçe erişilebilir olmadıklarından meşru sayılmazlar¹⁶⁰⁹.

Mevzuatın anlam ve içeriğine erişim yasaları anlaşılır kılmakla mümkün olur. Bu bağlamda mevzuatın muğlak belirsiz kavramlar içermemesi, açık ve yalın bir dille yazılması için gerekli ve uygun tekniklerin kullanılması ve kurumların bu amaca yönelik yöntemleri uygulamaya geçirecek şekilde yapılandırılması önemlidir.

Erişilebilirlik mevzuatın kamu açısından aleni olmasını gerektirmektedir¹⁶¹⁰. Aleniyetin ilgili kamu kurumlarının inisiyatifine bırakıldığı durumlarda kamuoyuna duyurulmayan, mevzuatın erişilebilirlik sorunu gündeme

¹⁶⁰⁴ Arai, Restrictions, s. 336; Arai-Takahashi, s. 10; Çağlar, Hukuk Güvenliği, s. 54.

¹⁶⁰⁵ Korff, s. 2; Çağlar, Selda; Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 191; Çağlar, Hukuk Güvenliği, s. 54.

¹⁶⁰⁶ Akıncı, s. 189.

¹⁶⁰⁷ Sunday Times/United Kingdom, App. No. 6538/74, 26 April 1979, par. 49; Silver and Others/United Kingdom, App. No. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25 March 1983, par. 87.

¹⁶⁰⁸ Silver and others/United Kingdom, App. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25 March 1983, par. 87.

¹⁶⁰⁹ Dündar Sezer, AİHS, s. 266.

¹⁶¹⁰ Şimşek, S., s. 9.

gelmektedir¹⁶¹¹. Özel hayatın ve aile hayatının korunmasını ilgilendiren mevzuatın hangi yolla kamuoyuna duyurulup (resmi gazetede yahut online platformda) aleniyetinin sağlanacağı konusunda Sözleşme’de herhangi bir hüküm bulunmadığı için aleniyetin sağlanma şekli devletlerin takdir marjı içindedir.

Kanunun, erişilebilir olduğunu ileri sürmek için vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi, ayrıca ilgili normun keyfilığe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması gerekmektedir¹⁶¹². Fakat erişilebilirlik niteliği devletlerin her şeyi kanunlaştırması gereği şeklinde yorumlanamaz¹⁶¹³.

Erişilebilirlik niteliği aynı zamanda yasaların geçerliliğini ve öngörülebilirliğini sağlamaktadır¹⁶¹⁴. Nitekim idari işlemlerin ve bunlara ilişkin düzenleyici işlemlerin muhatapları tarafından öngörülebilirliğini sağlamak üzere zamanında tamamlanmaması erişilebilirlik ile ilgili sorunlardan biridir. Çünkü hukukun erişilebilirliği yasal olarak düzenlenmesi gerektiği halde gecikmiş idari düzenlemeleri de kapsayacak şekilde değerlendirilmelidir¹⁶¹⁵. Nihayetinde erişilebilirlik testi ulusal otoriteler için oldukça ciddi problemlerin doğurmaz, ayrıca AİHM’in bu testi değerlendirmesi de oldukça kısa ve net şekilde olur¹⁶¹⁶.

(2) Öngörülebilirlik

Hukuki güvenlik ilkesi genel düzenleyici işlemlerde kendini özellikle öngörülebilirlik ilkesi şeklinde göstermektedir¹⁶¹⁷. Yani öngörülebilirlik ilkesi tek başına hukuki güvenlik ilkesinin korunmasına referans gösterilebilecek niteliktedir¹⁶¹⁸. Öngörülebilirlik ilkesi (foreseeability), yasa kuralının, ilgili kişilerin

¹⁶¹¹ Çağlar, s. 192; Çağlar, Hukuk Güvenliği, s. 56.

¹⁶¹² Silver and the others/United Kingdom, App. No. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25 March 1983, par. 86-88; Malone/United Kingdom, App. No. 8691/79, 2 August 1984, par. 66-68; Rotaru/Romania, App. No. 28341/95, 4 May 2000, par. 55.

¹⁶¹³ Arai, Restrictions, s. 336; Arai-Takahashi, s. 10.

¹⁶¹⁴ Mountfield, s. 8.

¹⁶¹⁵ Çağlar, s. 192.

¹⁶¹⁶ Arai, Restrictions, s. 337.

¹⁶¹⁷ Ayhan, Taha; “Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararları Işığında AB İdare Hukuku’nda Genel Düzenleyici İşlemlerde Hukuk Güvenliği İlkesi” Amme İdaresi Dergisi, C. LIII, S. 3 Eylül 2010, s. 165.

¹⁶¹⁸ Mountfield, s. 9.

mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde¹⁶¹⁹ açık ve kesin düzenlenmesini ifade etmektedir¹⁶²⁰. Bir başka deyimle, bir borcun getireceği külfetin veya bir hakkın akıbetinin, henüz borç veya hak doğmadan makul bir süre önce muhatapları tarafından bilinebilmesidir¹⁶²¹. Yani bu ilke, bir eylemin buna tabi olanlar için tahmin edilebilir, olası ve beklenebilir olduğunu ifade eder¹⁶²². Bu durumda bireyler arasındaki ilişkileri düzenleme amacı taşıyan hukuk normlarının tam ve kesin anlamı ve sınırlarının vatandaşlar tarafından öngörmede bulunmaya imkan vermesi gerekir¹⁶²³.

Özel hayata ve haberleşmeye kamu yetkililerinin müdahalesine karşı bu hakların uygun şekilde korunmasını sağlamak için müdahale oluşturan önlemlerin dayandığı yasanın yeterince açık¹⁶²⁴, anlaşılır olması¹⁶²⁵ ve ayrıntılı kurallar içermesi gerekmektedir¹⁶²⁶. Fakat Sözleşme'nin öngörülebilirlik açısından gereklilikleri, polis soruşturmalarında özel hayata müdahale niteliği taşıyan haberleşmenin tespiti ve denetlenmesi özelinde aynı anlama gelecek şekilde yorumlanamaz. Öngörülebilirlik şartı, bireyin kamu yetkilileri tarafından haberleşmesine müdahale olasılığı olduğunda ona göre davranışını adapte etmesi ve müdahaleyi etkin şekilde öngörmesi anlamına gelemez. Çünkü kişilerin haberleşmelerinin kamu makamları tarafından ne zaman denetleneceğini öngörmeleri yapılacak denetimi anlamsız kılacaktır¹⁶²⁷. Bu sebeple ilgili kanunlar, kamu yetkililerin vatandaşların özel hayatının ve haberleşmesinin gizliliğine müdahalede bulunulabilecekleri durumlara ilişkin yeterli gösterge verecek kadar ve bu gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahalelere yönelik koşullar açısından

¹⁶¹⁹ Akıncı, s. 189 vd. Aynı yönde Margareta and Roger Andersson/Sweden, App. No. 12963/87, 25 February 1992, par. 75.

¹⁶²⁰ Korff, s. 2.

¹⁶²¹ Ayhan, Taha; "The Principle of Legal Certainty in EU Case Law", TODAIE's Review of Public Administration, Vol. 4, No 3 September 2010, s. 161; Ayhan, s. 165-166.

¹⁶²² Ayhan, Legal Certainty, s. 164.

¹⁶²³ Arai, Restrictions, s. 337; Arai-Takahashi, s. 10.

¹⁶²⁴ Açıklık, kapsam ve içerik yönünden normun sınırlarının belli olmasını, ortalama insanın anlayabileceği duruluk ve sözdizimi ile meramın basit cümle yapısı ile ifade edilmiş olmasını gerektirir. (Akıncı, s. 189 vd).

¹⁶²⁵ Jonathan, s. 421; Şimşek, S., s. 9.

¹⁶²⁶ Amann/Switzerland, App. No. 27798/95, 16 February 2000, par. 58.

¹⁶²⁷ Arslan Öncü, s. 368.

yeterince açık olmalıdır¹⁶²⁸. Aynı zamanda haberleşmenin denetlenmesine imkan veren yasanın yeterli garantiler içermesi de gerekmektedir¹⁶²⁹.

İdari işlemlerin muhatapları tarafından öngörülebilir olması, muhatabın idarenin kanuni yetkilerini kullanarak bir düzenleme yapacağını beklemesidir. Bu beklentinin oluşması ile düzenlemenin yapılması arasında makul bir süre bulunmalıdır. Aksi durumda kişiler bu düzenlemenin kendilerine ne gibi yükümlülükler getireceğini ve bu yüklerle karşı ne gibi önlemler alabileceklerini kestiremezler¹⁶³⁰. Bu sebeple de öngörülebilirlik ilkesinin aynı zamanda idarenin eylemlerinde tutarlılığı gerektirdiği açıktır¹⁶³¹.

Öngörülebilirlik şartı idareye tanınan takdir yetkisini ortadan kaldırmaz¹⁶³². Takdirin kapsamı ve uygulanma yöntemi kişileri keyfi müdahaleden koruyacak nitelikte ve açıklıkla yazıldığı sürece, takdir yetkisi veren bir kanun 8. maddeyle bağdaşır¹⁶³³. Yani takdir yetkisi veren kanunlar, takdir yetkisinin kapsamını belirtmelidir¹⁶³⁴. Takdir yetkisinin kapsamının yasal metnin kendisinde bulunması şart olmasa da yasal kaynakların anlamını ve işleyiş usulünü açıklığa kavuşturmak için idari yönergeler veya talimatların istişare edilmesi gerekebilir¹⁶³⁵. Örneğin Amann/İsviçre kararında¹⁶³⁶ AIHM İsveç'in kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kanunun verileri toplama, kaydetme, saklama ve yok etme hususlarında spesifik ve detaylı hükümler içermemesinden ötürü kanunların öngörülebilir olmaması nedeniyle yasallık kriterini sağlamadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁶³⁷. İlgili yasal düzenlemelerin başvuranın özel hayatına saygı hakkına müdahaleye karşı yeterli korumayı garanti etmek için yeterince açık ve ayrıntılı olmadığından, başvuranın kredi kartının oluşturulması, AIHS'in 8. maddesinin anlamı çerçevesinde hukuka uygun bulunmamıştır¹⁶³⁸. Erişilebilirliğin tespiti genelde problem olmasa da

¹⁶²⁸ Malone/United Kingdom, App. No. 8691/79, 2 August 1984, par. 67; Bykov/Russia, App. No. 4378/02, 10 March 2009, par. 76

¹⁶²⁹ Jonathan, s. 422.

¹⁶³⁰ Ayhan, s. 166.

¹⁶³¹ Ayhan, Legal Certainty, s. 162; Ayhan, s. 166.

¹⁶³² Kilkelly, s. 45; Top, s. 61.

¹⁶³³ Olsson/Sweden, App. No. 10465/83, 24 March 1988, par. 62.

¹⁶³⁴ Greer, The Expectations, s. 11.

¹⁶³⁵ Greer, The Expectations, s. 11.

¹⁶³⁶ Amann/Switzerland, App. No. 27798/95, 10 February 2000.

¹⁶³⁷ Mountfield, s. 9; Legg, Andrew; The Margin of Appreciation in International Human Rights Law, Oxford University Press New York, 2012, s. 172.

¹⁶³⁸ Amann/Switzerland, App. No. 27798/95, 10 February 2000, par. 76-77.

öngörülebilirlik testi değerlendirmesi konunun daha yakın mercek altına alınmasını gerektirir¹⁶³⁹.

(3) Kesinlik

Kişilerin belirli bir kesinlik içinde kendine düşen yükümlülükleri öngörebilmesi için temel hak ve özgürlüklere karşı hangi eylemlerin hangi sonuca ve yaptırıma bağlandıklarının ve bunların devletin hangi müdahale yetkisini doğurduğunun net bir biçimde yasadan anlaşılması gerekmektedir¹⁶⁴⁰. Çünkü bir norm kişinin davranışlarını yönetmek üzere yeterli açıklıkta formüle edilmelidir¹⁶⁴¹. Bu bağlamda hukuki kesinlik¹⁶⁴² (legal certainty) duraksamaya yer vermeyecek bir anlamlandırma durumunu ifade etmektedir¹⁶⁴³. Yani hukuki kesinlik ilkesinin gereklerinden biri yapılan eylemin hukuki temelini gösterilmesidir¹⁶⁴⁴. Bu bağlamda AİHM'in Baranowski/Poland ve Jėčius/Lithuania kararlarında¹⁶⁴⁵ da belirttiği üzere bu ilke, iç hukukta temel hak ve özgürlüklere müdahale koşullarının yasallık ilkesi çerçevesinde açıkça belirtilmesini gerektirmektedir¹⁶⁴⁶. Kruslin kararında AİHM, telefon dinlemesine yetki veren kuralın niteliğini değerlendirmiştir. Söz konusu hukuki düzenlemenin dinleme süresinin sınırını ve konuşmaları özetleyen raporların hazırlanma prosedürünün belirtilmemiş olduğunu vurgulamıştır¹⁶⁴⁷. Burdan yola çıkarak, yazılı ve yazılı olmayan Fransız hukukunda kamu otoritelerinin takdir yetkisinin kapsam ve uygulamasının makul bir açıklıkta olmadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁶⁴⁸. Nitekim yasaların açık olarak düzenlenmemesi, Sözleşme'nin genelindeki ortak bağlar ve hukukun üstünlüğü açısından hukuki kesinlik ilkeleri ve keyfiliğe karşı korumayla bağdaşmaz¹⁶⁴⁹. Bu sebeple

¹⁶³⁹ Arai-Takahashi, s. 10.

¹⁶⁴⁰ Mountfield, s. 11; Can, Osman; "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", AÜEHFD, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 93; Akıncı, s. 190; Çağlar, Hukuk Güvenliği, s. 59.

¹⁶⁴¹ Loucaides, s. 186.

¹⁶⁴² Avrupa Hukukunda ve ATAD kararlarında hukuki güvenlik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayhan, Legal Certainty, s. 49-193; Ayhan, s. 153-186.

¹⁶⁴³ Akıncı, s. 189.

¹⁶⁴⁴ Ayhan, Legal Certainty, s. 163.

¹⁶⁴⁵ Jėčius/Lithuania, App. No. 34578/97, 31 July 2000, par. 56.

¹⁶⁴⁶ Baranowski/Poland, App. No. 28358/95, 28 March 2000, par. 52.

¹⁶⁴⁷ Kruslin/France, App. No. 11801/85, 24 April 1990, par. 35.

¹⁶⁴⁸ Kruslin/France, App. No. 11801/85, 24 April 1990, par. 36.

¹⁶⁴⁹ Jėčius/Lithuania, App. No. 34578/97, 31 July 2000, par. 62.

Mahkeme'nin kanunun açıklığını ve kesinliğini değerlendirmek için, kanunun metnini, kapsadığı alanı ve yöneltildiği kişilerin durumunu göz önünde bulundurması gerekmektedir¹⁶⁵⁰. Fakat bu durum kesinliğin belirlenmesinin her zaman kolay olmadığını göstermektedir¹⁶⁵¹.

Hukuki kesinlik ilkesi hukukun üstünlüğünün temel unsurlarından birini teşkil eden bir ilke¹⁶⁵² olmakla birlikte hukukta kesinliği tanımlayabilecek tek bir faktör bulunmamaktadır. Bu sebeple de farklı açılardan ele alınabilir¹⁶⁵³. Yasaların hem geçmişe hem de geleceğe yönelik etkisi kesinliğin farklı açılardan değerlendirilmesine sebep olur. İstikrar ilkesiyle doğrudan bağlantılı olan süreklilik¹⁶⁵⁴ ve tutarlılık kesinlik ilkesinin omurgasını oluşturur. Zira süreklilik ve tutarlılık göstermeyen yasal düzenlemelerin istikrarı söz konusu olamaz. Bir görüşe göre de "Hukuk kurallarının hazırlanıp yürürlüğe konmasına özen gösterilmesi ve bir kez yapıldıktan sonra sık sık değiştirilmemesi gerekir. Bireylerin bağlı oldukları hukuk kurallarını bilmeleri ancak bu yolla sağlanabilir".¹⁶⁵⁵

AIHM kararlarında da yasaların mutlak bir kesinlik içinde hazırlanmasının güç olacağı, şekil ve şartların uygulama alanını belirleme konusunda ulusal mahkemelere bir esneklik payı tanınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁶⁵⁶. Anlaşıldığı üzere mahkemelerin kısmen yorumda bulunması kaçınılmaz bir durumdur¹⁶⁵⁷.

AIHM pozitif yükümlülükleri detaylandırarak ulusal devlet yetkililerinin gücünü bir ölçüde sınırlandırmaktadır. Pozitif yükümlülüklerin bu şekilde detaylandırılması hukuki kesinliği ve öngörülebilirliği de artırmaktadır¹⁶⁵⁸.

¹⁶⁵⁰ Roagna, s. 37.

¹⁶⁵¹ Mountfield, s. 13.

¹⁶⁵² Baranowski/Poland, App. No. 28358/95, 28 March 2000, par. 56; Silver and others/United Kingdom, App. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 11 October 1980, par. 278, 281.

¹⁶⁵³ Çağlar, s. 194.

¹⁶⁵⁴ Akıncı'ya göre süreklilik: "norm yapılıp yürürlüğe konulmakla kuramsal olarak öngörülmeleyen bir zaman süresi boyunca yürürlükte kalacağı, toplumun yaşamını buna göre düzenleyeceği varsayılır. Zamanın şartlarına uymayıp aslında değişmesi gereken durumların haricinde mevzuatın zamansal varoluşu hukuka olan saygı ve güveni artırır."

¹⁶⁵⁵ Kaboğlu, İbrahim Ö.; "Türkiye'de Hukuk Devletin Gelişimi", Hukuk Devleti, (Der. Hayrettin Ökçesiz), AFA Yayınları, İstanbul, 1998, s. 96.

¹⁶⁵⁶ Çağlar, s. 193; Çağlar, Hukuk Güvenliği, s. 59.

¹⁶⁵⁷ Akıncı, s. 193; Çağlar, Hukuk Güvenliği, s. 59.

¹⁶⁵⁸ Beijer, s. 131.

(4) Hukukun Üstünlüğü İlkesine Uygunluk

AIHS'in başlangıç kısmında hukukun üstünlüğü konusunda ortak bir mirası paylaşan Avrupa devletlerinin Sözleşme'de yer alan hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama amacıyla hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir. Başlangıç kısmında yer alan bir kavram olarak hukukun üstünlüğü aynı zamanda tüm hükümlere içkin olup bu yönde devletin yükümlülüklerine işaret eder¹⁶⁵⁹. Ayrıca hem hükümlerin yorumuna ışık tutar hem de temel zeminini teşkil eder¹⁶⁶⁰. AIHM ise Sözleşme'nin başlangıç kısmında belirtilen hukukun üstünlüğü prensibini pozitif yükümlülük kuramını açıklarken kullanmaktadır¹⁶⁶¹.

Hukukun üstünlüğü kavramı, Golder kararı¹⁶⁶² ile Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin ortak manevi mirasının temel öğeleri arasına sokulmuştur¹⁶⁶³. Engel kararında¹⁶⁶⁴ ise bu kavramın, Sözleşmenin tümüne hakim olduğu ifade edilmiştir¹⁶⁶⁵. Bu nedenle, kavram, kamu güçlerinin çeşitli müdahalelerinin keyfiliğiyle mücadele imkanı veren, ayrıcalıklı ve kapsamlı yorum aracı haline gelmiştir¹⁶⁶⁶.

Yasallık koşulunun bir başka ifadesi olan iç hukukun hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşması ölçütü¹⁶⁶⁷, 8. maddede koruma altına alınan hakların sınırlandırılmasında kamu otoritelerinin keyfi eylemlerine karşı iç hukuk çerçevesinde güvence ve koruma sistemi öngörülmesini ifade etmektedir¹⁶⁶⁸. Enea/İtalya¹⁶⁶⁹ kararında Mahkeme, Cezaevi Yönetimi Kanunu'na dayanılarak başvuruçunun iletişimine getirilen kontrol tedbirinin süresinin veya onu haklı kılacak nedenlerin Kanun'da düzenlenmemiş olması ve yetkili makamların takdir yetkisinin ve kullanım şeklinin yeterince açıklıkla belirtilmemiş olması nedeniyle

¹⁶⁵⁹ Leach, ECHR, s. 160.

¹⁶⁶⁰ Gölcüklü, Demokratik Toplum, s. 111.

¹⁶⁶¹ Şirin, s. 382; Bu yönde Matheus/France, App. No. 62740/00, 31 March 2005, par. 69.

¹⁶⁶² Golder/United Kingdom, App. No. 4451/70, 21 February 1975, par. 69.

¹⁶⁶³ Marguénaud, Jean-Pierre; "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yorum Yöntemleri", İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 48.

¹⁶⁶⁴ Engel and the others/Netherlands, App. No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8 June 1976.

¹⁶⁶⁵ Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 229.

¹⁶⁶⁶ Marguénaud, s. 48.

¹⁶⁶⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 394.

¹⁶⁶⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 395; Arslan Öncü, s. 368; Bu yönde Johansen/Norway, App. No. 17383/90, 27 June 1996, par. 53-59.

¹⁶⁶⁹ Enea/Italy, App. No.

hukuki güvenlik ilkesinin gerektirdiği, keyfiyete karşı asgari düzeyde korumanın sağlanmadığından hareketle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁶⁷⁰.

Telekominikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesini düzenleyen bir yasa, şayet yürütmeye ya da yargıya bir takdir marjı tanıyor ise, bu takdir marjının kapsamının da belirtilmesi gereklidir¹⁶⁷¹. Çünkü bu işlem, keyfi uygulamalara yol açabilecek ve dolayısıyla, özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğünü ihlal edebilecek bir mahiyettedir. Bu sebeplerle tedbirin uygulanması açık ve net kurallar çerçevesinde yapılmalıdır¹⁶⁷². Aksi durumda bu konuda yürütmeye ya da yargıya tanınacak olan sınırları muğlak bir takdir marjı, hukuk devleti ve aynı zamanda hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olacaktır. Çünkü yürütme organının gizli denetim yetkisini kullandığı durumlarda, keyfilik riski artmaktadır¹⁶⁷³. Bu nedenle, ilgili makamlara tanınacak takdir marjının kapsamının ve kullanılma şeklinin yeterli açıklıkta belirtilmesi şarttır¹⁶⁷⁴. Bu bağlamda öngörülebilirlik ilkesi hukukun üstünlüğü ilkesini izlemektedir¹⁶⁷⁵.

2. Meşru Amaç

a. Genel Olarak

Taraf devlet, bir Sözleşme hakkına müdahalesini haklı göstermek için herhangi bir amacı kullanamaz. Aksine Sözleşme, bu hakların kısıtlanabileceği meşru amaçları bizzat ortaya koymaktadır¹⁶⁷⁶. Dolayısıyla AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı mutlak bir hak değildir¹⁶⁷⁷. Nitekim kamu otoritesi müdahalesini yine 8. maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiş olan¹⁶⁷⁸ meşru amaçlara dayanarak yapabilecektir¹⁶⁷⁹. Bu meşru amaçlar; ulusal

¹⁶⁷⁰ Roagna, s. 39.

¹⁶⁷¹ Arslan Öncü, s. 368.

¹⁶⁷² Yavuz, H., s. 240.

¹⁶⁷³ Malone/United Kingdom, App. No. 8691/79, 2 August 1984, par. 67.

¹⁶⁷⁴ Arslan Öncü, s. 368.

¹⁶⁷⁵ Jonathan, s. 421.

¹⁶⁷⁶ Korff, s. 3.

¹⁶⁷⁷ Doğru/Nalbant, C. II, s. 1.

¹⁶⁷⁸ Heringa/Zwaak, s. 743.

¹⁶⁷⁹ Dijk s. 24; Arai, Restrictions, s. 339; Greer, The Margin of Appreciation, s. 9; Doğru/Nalbant, C. II, s. 1; Atak, Songül; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Kararlarında Yabancıların Aile Yaşamı Hakkı", EÜHFD, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 106;

güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. İlgili fıkra da sayılan bu oldukça kapsamlı amaçlar¹⁶⁸⁰ sarıh ve sınırlı şekilde sayılmıştır¹⁶⁸¹.

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için öngörülen bu meşru amaçların belirlenmesinde ilgili hak ve özgürlüğün doğası ve niteliği göz önünde bulundurulmaktadır¹⁶⁸². Bu anlamda müdahalenin amacını veya amaçlarını belirlemek, davalı devletin sorumluluğudur¹⁶⁸³. Örneğin, parmak izi veri tabanının tutulması ulusal güvenlik meşru amacına dayanırken¹⁶⁸⁴, başvuruçunun hazırlık soruşturması kapsamında telefonunun dinlenmesi suç işlenmesinin önlenmesi meşru amacına dayanmaktadır¹⁶⁸⁵.

8. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen sınırlandırma sebepleri farklı amaçlara yönelmektedir. Örneğin, ulusal güvenlik ve kamu güvenliği devlet çıkarlarının korunmasına yönelikken, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması ve suçun önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması toplumsal çıkarları korumaya yöneliktir¹⁶⁸⁶. Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ise bireysel çıkarların korunmasına yöneliktir¹⁶⁸⁷. Görüldüğü üzere, hakka müdahaleyi sınırlayan bu meşru amaçlar üç boyutludur. Hem devletin, hem toplumun hem de bireylerin çıkarlarının gözetilmesi sebebiyle aslında bu fıkra temelinde kapsamlı bir koruma kuşatması söz konusudur.

8. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen nedenler sınırlı olmakla birlikte muğlak niteliklerinden dolayı geniş yorumlanabilir. Dolayısıyla devletin, birçok alanda özel hayata ve aile hayatına müdahalesi söz konusu olabilir¹⁶⁸⁸. İkinci fıkra da

Aynı zamanda bu haklar Sözleşme'nin 15. maddesinde kullanımı durdurulamayacak haklar arasında da sayılmamıştır. (Doğru/Nalbant, C. II, s. 1).

¹⁶⁸⁰ Korff, s. 3; Greer, The ECHR, s. 258.

¹⁶⁸¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 393.

¹⁶⁸² İncoğlu, Hak ve Özgürlük, s. 27.

¹⁶⁸³ Kilkelly, s. 52.

¹⁶⁸⁴ Top, s. 60.

¹⁶⁸⁵ Polater, Yusuf Ziya; Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 151.

¹⁶⁸⁶ Sağlığın ya da ahlakın korunması sınırlama ölçütleri, somut olayın koşullarına göre kamusal ya da bireysel menfaati güvence altına almak için de kullanılabilir. (Arslan Öncü, s 375; Greer, The ECHR s. 258).

¹⁶⁸⁷ Yıldırım, Özel Hayat, s. 389.

¹⁶⁸⁸ Top, s. 60.

öngörülen bu sınırlamalar, hakların sadece kullanılmasına ilişkindir¹⁶⁸⁹. Devletin güvence kapsamındaki hakkı hiç sağlamadığı zaman ise, doğrudan birinci fıkra ihlal edilmiş olacak ve bu ihlal ikinci fıkroda belirtilen sınırlama sebebi ile meşrulaştırılamayacaktır. İkinci fıkra devlet tarafından hak ve özgürlüğe müdahale söz konusu olduğunda bu müdahalenin meşru amaca uygun olup olmadığının tespitinde ele alınacaktır¹⁶⁹⁰. Nitekim hakkın sınırlanması sadece kamu makamlarının hakkın kullanılmasına müdahaleleri halinde mümkün olacaktır¹⁶⁹¹.

Belirtmek gerekir ki Strasbourg organları Sözleşme’de korunan hakların ikinci fıkroda belirtilen meşru amaçlara aykırılığa dayanarak ihlaline çok nadiren karar vermektedir¹⁶⁹². Bunun ilk sebebi Avrupa Konseyi üyesi ülkelerinde hakim olan demokratik yönetim anlayışıdır. Diğer önemli sebep ise meşru amaç standardının demokratik toplumda gereklilik ölçütü ve özellikle de oranlılık ilkesiyle bağlantılı olmasıdır¹⁶⁹³.

b. Meşru Amaç-Pozitif Yükümlülük İlişkisi

AİHS’in 8. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçların pozitif yükümlülük değerlendirmesinde gözetilip gözetilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. AİHM yargıcı *Wildhaber*, pozitif yükümlülükler bakımından müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği, meşru amaç taşıyıp taşımadığı ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığı açısından değerlendirme yapılmasını önermektedir¹⁶⁹⁴. Öte yandan yargıç *Wildhaber*, 8/1 kapsamında “müdahale” kavramını hem eylem hem de ihmalleri içerecek şekilde yorumlamıştır. Bu doğrultuda doktrinde de AİHS’in 8. maddesinin ikinci fıkrasında özel hayat ve aile hayatını sınırlamaya ilişkin meşru amaçların aynı zamanda pozitif yükümlülüklerle de belirli ölçüde ilgili olduğu ileri sürülmüştür¹⁶⁹⁵. Fakat negatif ve pozitif yükümlülük arasındaki teorik ayrımı

¹⁶⁸⁹ Yıldırım, Özel Hayat, s. 387.

¹⁶⁹⁰ Dijk, s. 24.

¹⁶⁹¹ Yıldırım, Özel Hayat, s. 387.

¹⁶⁹² Arai-Takahashi, s. 11.

¹⁶⁹³ Arai-Takahashi, s. 11.

¹⁶⁹⁴ Concurring Opinion of Judge Wildhaber, Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25 November 1994.

¹⁶⁹⁵ Dijk/Hoof, s. 536; Arslan Öncü, s. 369; Aynı yönde Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 37; Powell and Rayner/United Kingdom, App. No. 9310/81, 21 February 1990, par. 41; Lopez Ostra/Spain, App. No. 16798/90, 9 December 1994, par. 51; Hatton and others/United Kingdom, App. No. 36022/97, 2 July 2003, par. 98; Moreno Gómez/Spain, App. No. 4143/02, 16 November 2004, par. 55; Fadeyeva/Russia, App. No. 55723/00, 9 June 2005, par. 99; Evans/United

reddeden bu görüş kanımızca yerinde değildir. Öte yandan pozitif ve negatif yükümlülük yaklaşımını birleştiren bu görüş AİHM içtihatlarında da benimsenmemektedir¹⁶⁹⁶. Zira pozitif yükümlülükler 8. maddenin ilk fıkrası kapsamında irdelenir, negatif yükümlülükler ise 8. maddenin ikinci fıkrası kapsamında oranlılık testine tabidir¹⁶⁹⁷. Pozitif yükümlülükler hakka müdahalenin olmadığı zamanlarda yani devletin eylemsiz kaldığı durumlarda da söz konusu olabileceğinden bu durumlarda meşruluktan öte korunan menfaatler arasında adil dengenin kurulması yani oranlılık değerlendirmesi öne geçmektedir¹⁶⁹⁸. Çünkü 8. maddenin ikinci fıkrası açısından sadece müdahaleler değerlendirilir, ihmaller değerlendirilmez¹⁶⁹⁹.

Loucaides'e göre ise herhangi bir durumda, pozitif yükümlülüğün kapsamı 8. maddenin amaçları doğrultusunda belirlenirken, ikinci fıkrada verilen sınırlamaların zaten dikkate alındığı varsayılır¹⁷⁰⁰. Bu sebeple de somut bir olayda 8. madde kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerinin tanınmasının 8. maddenin ikinci fıkrasında izin verilmiş sınırlar dahilinde korunan menfaatlerle ve menfaat dengesiyle çelişik şekilde düşünülemeyeceğini öne sürülmüştür¹⁷⁰¹. *Jonathan* ise 8. maddenin ikinci fıkrasının taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında doğrudan sonuç doğurmayacağını belirtmiştir¹⁷⁰². Ayrıca devletin eyleminin bir müdahale olarak nitelendirildiği durumlarda kamu menfaati ile birey menfaati arasında denge kurulurken bu amaçların dikkate alınabileceğini belirtmiştir¹⁷⁰³.

Kanımızca AİHS'in 8. maddesi uyarınca korunan hakların ihlali devletin müdahalesi sonucu gerçekleşmişse bu müdahalenin haklılığı 8. maddenin ikinci fıkrası uyarınca ve negatif yükümlülükleri kapsamında irdelenir, şayet devletin hakka herhangi bir müdahalesi söz konusu değilse yahut özel kişilerin müdahalesi söz konusu ise, 8. maddenin ilk fıkrası uyarınca hakkın sağlanması, korunması ve hakka müdahalenin önlenmesi hususlarında pozitif yükümlülüklerinin olup

Kingdom, App. No. 6339/05, 7 March 2006, par. 37; Babylonova/Slovakia, App. No. 69146/01, 20 June 2006, par. 51; Dickson/United Kingdom, App. No. 44362/04, 4 December 2007, par. 32.

¹⁶⁹⁶ Arai, Restrictions, s. 349.

¹⁶⁹⁷ Christoffersen, s. 194.

¹⁶⁹⁸ Lavrysen, Scope of Obligations, s. 181.

¹⁶⁹⁹ Loucaides, s. 90.

¹⁷⁰⁰ Loucaides, s. 90.

¹⁷⁰¹ Loucaides, s. 91.

¹⁷⁰² Jonathan, s. 412.

¹⁷⁰³ Jonathan, s. 412.

olmadığı değerlendirilir. Fakat bireyin ve toplumun menfaati arasında adil dengenin kurulması gereken durumlarda pozitif yükümlülüklerin kapsamı belirlenirken ikinci fıkrada korunan menfaatler göz ardı edilemez.

AIHM'in en güncel içtihatlarına bakıldığında da 8. madde kapsamında pozitif yükümlülükler ile meşru amaçlar arasındaki bağın menfaatlerin dengelenmesi söz konusu olduğunda ortaya çıktığı görülmektedir¹⁷⁰⁴. AIHM'e göre, başvuruçunun şikayetinin pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediği iddiasına dayanması durumunda konunun artık meşruluk sebepleri açısından değerlendirilmesine gerek kalmayacaktır. Bu varsayımda Mahkeme pozitif yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini araştırırken, temelde kamu yararı ile bireysel yarar arasında adil dengenin kurulup kurulmadığını yani oranlılığı göz önünde tutmaktadır¹⁷⁰⁵. Nitekim meşruluk kriteri pozitif yükümlülüklerle ilişkin davalarda karakteristik olarak uygulanmasa da¹⁷⁰⁶ yasada meşru amacın ya da anayasal sebebin somutlaşması oranlılık/ölçülülük testinin uygulanmasında önem arz etmektedir¹⁷⁰⁷. Bu bağlamda bir pozitif yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediği kanısına varabilmek için 8. maddenin ikinci fıkrası bağlamında müdahaleye ilişkin kurallar iki işlev görmektedir¹⁷⁰⁸. İlk işlev, kamu menfaati ile birey menfaati arasındaki adil dengenin kurulması için pozitif bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığının tespitidir. İkinci işlev ise, müdahaleyi zorunluluk ve oranlılık testlerine tabi tutarak devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine ilişkin denetimdir¹⁷⁰⁹.

¹⁷⁰⁴ Dijk/Hoof, s. 536; Loucaides, s. 90.

¹⁷⁰⁵ Heringa/Zwaak, s. 739; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 156.

¹⁷⁰⁶ Lavrysen, Scope of Obligations, s. 181.

¹⁷⁰⁷ Inceoğlu, Hak ve Özgürlük, s. 29.

¹⁷⁰⁸ Yıldırım, Özel Hayat, s. 388.

¹⁷⁰⁹ Yıldırım, Özel Hayat, s. 388.

c. AİHS'in 8. Maddesi Kapsamında Korunan Haklara Müdahalede Meşru Amaçlar

Korunan haklara müdahalede meşru amaçların somutlaştırılması yargı organları tarafından yapılmakta¹⁷¹⁰ ve bu yorumlar hakların korunmasında uygulamaya yön verdiğinden büyük önem taşımaktadır¹⁷¹¹.

AİHS'in denetim organı olarak AİHM kendisine yapılan başvurulara ilişkin olarak devletin müdahalesini tespit ederken iki aşamalı bir değerlendirme yapmaktadır. İlk aşamada, başvurunun AİHS'te korunan haklardan birinin kapsamına girip girmediğini¹⁷¹², şayet giriyorsa devletin bu hakka saygı gösterme konusunda pozitif bir yükümlülüğü söz konusu mu ve bu pozitif yükümlülüğünü yerine getirmiş mi bunu belirler. İkinci aşamada yapılan işlem ya da eylemin bir müdahale oluşturup oluşturmadığını tespit eder¹⁷¹³. Yine bu aşamada işlem ya da eylem yoluyla 8. maddeye müdahale edildiğini tespit ettiğinde ise, bu müdahalenin önce hukukiliğini, sonra meşru bir amacının varlığını ve demokratik bir toplumda gerekliliğini araştırır¹⁷¹⁴. AİHM bir hakkı sınırlandırmanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığını tespit ederken ise menfaatlerin ulusal, güvenlik, kamu güvenliği, ahlakın sağlığın korunması, suçun önlenmesi, düzenin korunması, ülkenin ekonomik refahı ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarını gerçekleştirmeye uygunluğunu araştırır¹⁷¹⁵.

Keskin sınırlar çizilememekle birlikte, meşru amaçlar “kamu menfaatini” ve “özel menfaatleri” ilgilendiren nedenler olarak iki grupta incelenebilir¹⁷¹⁶. Kamu menfaatine ilişkin nedenler “ulusal güvenlik”, “kamu güvenliği”, “ülkenin ekonomik refahı”, “düzenin korunması ve suçun önlenmesi”, “sağlık ve ahlakın korunması” şeklinde devlet ve toplumun çıkarlarını gözetirken; başkalarının hak ve

¹⁷¹⁰ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.

¹⁷¹¹ Dündar Sezer, AİHS, s. 276.

¹⁷¹² Korff, s. 2.

¹⁷¹³ Bu bağlamda herhangi bir “şart”, “sınırlama” veya “yaptırım” bir müdahale oluşturmaktadır. Örneğin, iznin alınmasının basit bir şartı bile olsa, izin kabul edilmemesi dahi bir müdahale oluşturmaktadır. Bazen, belirli bir davada uygulanmamış bir yasanın varlığı bir müdahale oluşturabilir. (Korff, s. 2).

¹⁷¹⁴ Kilkelly, s. 14; Korff, s. 2-3; Arai-Takahashi, s. 10; Polater, s. 151; Doğru/Nalbant, C. II, s. 2.

¹⁷¹⁵ Perrone, s. 367.

¹⁷¹⁶ Greer, The Exceptions, s. 18.

özgürlüklerinin korunması bireylerin ve kişi gruplarının çıkarlarını gözetmeye yönelik özel menfaatler grubuna girer¹⁷¹⁷.

Modern toplumda diğer tüm kişi haklarında olduğu gibi özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı da kişilere sınırsız bir özgürlük tanımamaktadır¹⁷¹⁸. Fakat özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olduğu anlayışı çerçevesinde¹⁷¹⁹ özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına müdahale yetkisinin tanınmış olduğu hallerde, bu yetkinin çok hassas ve kesin bir şekilde tanımlanması esastır¹⁷²⁰. Ayrıca özel hayatın en mahrem yönü söz konusu olduğunda sınırlamaya ilişkin meşru amaçların özellikle çok ciddi nedenlere dayanması gerekmektedir¹⁷²¹.

Özel hayata ilişkin müdahalelerde yetkili makamlar genellikle ulusal güvenlik, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması düzenin korunması ve suçun önlenmesi meşru amaçlarına dayanmaktadırlar. Aile yaşamına ilişkin müdahalelerde ise ağırlıklı olarak dayatılan sınırlama ölçütleri “sağlığın korunması”, “ahlakın korunması” ile “başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması” ölçütleridir¹⁷²².

(1) Ulusal Güvenlik

Ulusal güvenlik, demokratik sisteme şiddetli saldırılar gibi devleti, iç ya da dış düşmanların eylemlerinden kaynaklanan zarar tehlikesinden korumayla ilgilidir¹⁷²³. Meşru amaç olarak ulusal güvenlik, temel bir hükümet tehlikesi sonucu devletin güvenlik mensupları eliyle bireylerin insan hakları hukukunda korunan haklarına uygulama yahut eylemleriyle müdahalesi dolayısıyla bu hakların sınırlandırılmasını içermektedir¹⁷²⁴.

Taraf devletler yetkili organları eliyle özel hayata ve aile hayatına müdahaleye ilişkin olarak ulusal güvenlik meşru nedenine sıklıkla

¹⁷¹⁷ Greer, The Exceptions, s. 18.

¹⁷¹⁸ Donay, s. 442.

¹⁷¹⁹ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 64.

¹⁷²⁰ Donay, s. 442.

¹⁷²¹ Mowbray, Cases, s. 350.

¹⁷²² Kil Kelly, “Children’s Rights: A European Perspective”, Judicial Studies Institute Journal, No. 4:2, 2004, s. 72; Arslan Öncü, s. 369

¹⁷²³ Roagna, s. 42; Arslan Öncü, s. 369.

¹⁷²⁴ Legg, s. 143.

dayanmaktadırlar. Bu bağlamda AİHS'in 8. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında ulusal güvenlik savunmasının ileri sürüldüğü en önemli davalar¹⁷²⁵ gizli denetleme sonucu özel ve aile hayatına saygı görme hakkının ihlal edilmesine ilişkindir¹⁷²⁶.

Ulusal güvenliği korumak için oluşturulan bir gizli denetim sistemi, demokrasiye zarar verme riskini taşır¹⁷²⁷. Dolayısıyla devletler, haiz oldukları gücü istismar etmeyip aynı zamanda 8. maddede korunan hakların ihlal edilmesini önlemek için asgari koruma standartlarını belirlemelidir¹⁷²⁸. Gizli denetleme tedbirleri, doğası gereği istismar riskini artırır ve etkin denetimin yapılabilirliğini daha da önemli hale getirir¹⁷²⁹. Bu nedenle, pozitif yükümlülük bağlamında gizli denetlemeye ilişkin konularda kamu menfaati ile birey menfaati arasında adil denge kurulmamış ise yahut müdahaleye imkan veren mevzuat nitelikli değil ise devlet 8. madde kapsamında özel hayatı koruma yönünde pozitif yükümlüğünü yerine getirmemiş demektir.

8. maddenin ikinci fıkrası bağlamında ulusal güvenlik meşru amacının ileri sürüldüğü bir diğer konu kişisel verilerin saklanmasıdır. Örneğin, Leander davasında Mahkeme¹⁷³⁰, polisin gizli kayıtlarında kişiler hakkında veri saklanması ulusal güvenlik amacına yöneldiğinden, özel hayatın gizliliğine yapılan müdahalenin ihlal niteliği taşımadığını belirtmiştir¹⁷³¹. Meşru amaca yönelik araçların seçiminde ve zorunlu bir sosyal ihtiyaç değerlendirmesinde ulusal güvenlik konusunda davalı devletin takdir marjının geniş olduğu kabul edilmektedir¹⁷³². Çünkü sınırlama nedeni devletin yaşamsal menfaatlerini korumaya yöneliktir¹⁷³³. Fakat yine de ulusal otoriteler bireylerin özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkına yönelik suistimale karşı prosedürel garantiler getirmelidir. Bu konudaki takdir marjı kontrolünde mihenk taşı "suistimale karşı etkili ve yeterli garantiler" in mevcut olup olmadığına ilişkindir¹⁷³⁴.

¹⁷²⁵ Bu yönde bkz. Klass and Others/Germany, App. No. 5029/71, 6 September 1978.

¹⁷²⁶ Greer, The Exceptions, s. 19; Arslan Öncü, s. 369;

¹⁷²⁷ Macdonald, s. 106.

¹⁷²⁸ Kilkelly, s. 62.

¹⁷²⁹ Greer, The Exceptions, s. 22.

¹⁷³⁰ Leander/Sweeden, App. No.9248/81, 26 March 1987, par. 67-68.

¹⁷³¹ Bu yönde Kilkelly, s. 52.

¹⁷³² Greer, The Margin of Appreciation, s. 10; Macdonald, s. 106; Greer, The Exceptions, s. 22; Arai-Takahashi, s. 83. Yourow, s. 107; Aynı yönde Klass and Others/Germany, App. No. 5029/71, 6 September 1978; Leander/Sweeden, App. No.9248/81, 26 March 1987, par. 59.

¹⁷³³ Dündar Sezer, s. 277.

¹⁷³⁴ Arai-Takahashi, s. 84; Macdonald, s. 106.

Ulusal güvenlik söz konusu olduğunda devletin takdir marjı geniş olduğundan, AİHS madde 8'in ihlalinde kamu menfaati ve birey menfaati arasındaki dengeyi daha iyi kurmak gerekmektedir. Nitekim müdahalenin oranlılığı testinde devletin pozitif yükümlülükleri de göz önünde bulundurulmalıdır.

(2) Kamu Güvenliği

Bir hakkı sınırlandırmaya yönelik meşru amaçlardan birini teşkil eden kamu güvenliği, çeşitli şekillerde yorumlanmaktadır¹⁷³⁵. Bu sebeple de nadiren tek başına ileri sürülmekte olup, bu amaç genellikle, milli güvenlik veya suçun önlenmesi ve düzenin korunması gibi diğer amaçlarla birlikte ileri sürülmektedir¹⁷³⁶.

Kamu güvenliği sınırlama ölçütü genellikle mahpuslar hakkında başvuru bir meşru amaç olmuştur¹⁷³⁷. Cezaevinde aile hayatına getirilen sınırlamalarla ilgili olan X ve Y/İsviçre Komisyon kararının¹⁷³⁸ temelinde kamu güvenliği vardır¹⁷³⁹. Benzer şekilde Buckley davasında¹⁷⁴⁰, davacının, arazisinin üzerindeki karavanlarında yaşamasına İngiliz makamlarının izin vermemesinde Mahkeme, kamu güvenliğini, gerekçelerden biri olarak kabul etmiştir¹⁷⁴¹. Cezaevinde zorunlu kıyafet giydirilmesinin AİHS'in 8. maddesi kapsamında şikayet konusu yapıldığı davalarda kamu güvenliği hem AİHK hem de AİHM tarafından¹⁷⁴² meşru bir amaç olarak kabul edilmiştir¹⁷⁴³.

Leander kararında¹⁷⁴⁴, Mahkeme kamu güvenliğinin korunması için devletlerin bazı şartlar altında vatandaşların ulaşamayacağı şekilde bilgi toplama ve kaydetme yetkisi veren kanunlara ihtiyaç duyduğunu kabul ederek özel hayata müdahale iddiasını kabul etmemiştir¹⁷⁴⁵. Murray/Birleşik Krallık¹⁷⁴⁶ kararında da

¹⁷³⁵ Greer, The Exceptions, s. 18.

¹⁷³⁶ Roagna, s. 42; Greer, The Exceptions, s. 18.

¹⁷³⁷ Arslan Öncü, s. 370.

¹⁷³⁸ X and Y /Switzerland, App. No. 7289/75; 7349/76, 14 July 1977.

¹⁷³⁹ Roagna, s. 42.

¹⁷⁴⁰ Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001.

¹⁷⁴¹ Roagna, s. 42.

¹⁷⁴² Thomas McFeeley and Others/United Kingdom, App. No. 8317/778, 15 May, 1980, par. 83; X/United Kingdom, App. No. 8231/78, 6 March 1982; Nazarenko/Ukraine, App. No. 39483/98, 29 April 2003, par. 139.

¹⁷⁴³ Arslan Öncü, s. 370.

¹⁷⁴⁴ Leander/Sweeden, App. No.9248/81, 26 March 1987, par.

¹⁷⁴⁵ Dijk/Hoof, s. 492; Polater, s. 152.

¹⁷⁴⁶ Murray/United Kingdom, App. No. 14310/88, 28 October 1994.

Mahkeme terörizm ile ilgili bir suç işlediğinden şüphelenilen bir kişinin konutunda arama yapılmasını Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır¹⁷⁴⁷.

Kamu güvenliğine yönelen öngörülebilir bir tehlike söz konusu olduğunda ve acil tedbirlerin alınması gerektiğinde ulusal güvenlik yaklaşımıyla taraf devletlerin takdir marjı geniş tutulmuştur¹⁷⁴⁸. Bu bağlamda özel hayata ve aile hayatına yöneltilen ihlal iddialarında genellikle devletin negatif yükümlülüklerini yerine getirdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Taraf devletlerin bu tip davalarda pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi söz konusu olduğunda yine takdir marjları geniş tutulmaktadır. Sonuç olarak ulusal hassasiyetler söz konusu olduğunda Mahkeme'nin daha çekinik bir tutum sergilediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

(3) Ülkenin Ekonomik Refahı

Ülkenin ekonomik refahı sınırlama ölçütü olarak AİHS kapsamında sadece 8. maddede yer almaktadır¹⁷⁴⁹. Bu ölçüt dar ve kesin bir tanıma uygun düşen bir kavram olmadığından bu ölçüte kesin bir gereklilik olmadığı durumlarda başvurmadan kaçınılmalıdır¹⁷⁵⁰. Ülkenin ekonomik menfaati ile bireylerin ekonomik menfaati arasındaki sınırı çizmek her zaman kolay olmamakla beraber ülke ekonomisinin özenli ve dikkatli yönetilmesi hususu, iskân ve nüfusa ilişkin yerel politikaları ilgilendiren bazı davalarda önemli bir kaygı halini almıştır¹⁷⁵¹. Örneğin, davalı devlet tarafından meşru amacın ileri sürüldüğü *Gillow* davasında¹⁷⁵²: halkı, bölgenin dengeli ekonomik kalkınmasına izin verecek sınırlar içinde tutma acil ihtiyacına dayanarak Guernsey'deki iskân sınırlamaları haklı bulunmuştur. Hatton ve diğerleri davasında¹⁷⁵³ artan sayıdaki gece uçuşları, ulaşım sisteminin iyileştirilmesinden kaynaklanan olumlu genel ekonomik sonuçlarla gerekçelendirilmiş ancak kolektif yararlar hava yollarınıninkiyle ister istemez ve

¹⁷⁴⁷ Polater, s. 152.

¹⁷⁴⁸ Gomez-Arostegui, s. 5.

¹⁷⁴⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 393; Arslan Öncü, s. 370; Özbey, Özcan; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", TBB Dergisi, S. 106, 2013, s. 57.

¹⁷⁵⁰ Donay, s. 444.

¹⁷⁵¹ Roagna, s. 43.

¹⁷⁵² *Gillow/United Kingdom*, App. No. 9063/80, 24 November 1986.

¹⁷⁵³ *Hatton and others/United Kingdom*, App. No. 36022/97, 2 July 2003.

yoğun bir şekilde içiçe geçmiştir¹⁷⁵⁴. Hiç şüphesiz, AİHM'in taraf devletlerin ekonomik veya güvenlik politikası seçimleriyle ilgili olarak beyanda bulunması güç olsa da Hatton davası bu anlamda öğreticidir ve AİHM'nin, devletin bireysel haklarına orantısız bir şekilde müdahale eden bir politika kararına başvurduğuna işaret etmesinin gerekli olabileceğini belirtmesi¹⁷⁵⁵ yerinde olmuştur.

İhraç veya yabancıları sınır dışı etme emri vermede amaç “ülkenin ekonomik refahını” korumaktır¹⁷⁵⁶. Ayrıca bu ölçüte 8. madde kapsamında esas olarak çevre kirliliğine ilişkin davalarda dayanılmıştır¹⁷⁵⁷ ve Strasbourg organları bu ölçütü çevre davaları¹⁷⁵⁸ bakımından meşru bir amaç olarak kabul etmiştir¹⁷⁵⁹.

Ülkenin ekonomik refahı ölçütü gümrük görevlilerince yapılan ev ve işyeri araması ve bazı belgelere el konulması konusunda Fransa'ya karşı açılan Funke¹⁷⁶⁰, Cremieux¹⁷⁶¹ ve Miaillhe¹⁷⁶² davalarına değin¹⁷⁶³ ciddi olarak değerlendirilmemiştir¹⁷⁶⁴. Funke/Fransa ve Cremieux/Fransa davalarında gümrük memurları başvuru sahipleri olduklarını düşündükleri yurt dışındaki malvarlıklarına ilişkin belgelerin ibraz edilmemesi üzerine, polis eşliğinde bu kişilerin konutlarında arama yapmış ve sonuçta ele geçen belgeler ışığında başvuru sahiplerine para cezası vermiştir. AİHK tarafından başvurularda ihlal bulunmamasına karşın sonrasında Mahkeme bu davalarda ülkeden sermaye kaçırılmasının önlenmesi amacının aşıldığı inancı ile konuta saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır¹⁷⁶⁵.

¹⁷⁵⁴ Roagna, s. 43.

¹⁷⁵⁵ Ziemele, s. 19.

¹⁷⁵⁶ Kilkelly, s. 52.

¹⁷⁵⁷ Santolaya, s. 345.

¹⁷⁵⁸ Lopez Ostra/Spain, App. No. 16798/90, 9 December 1994, par. 58; Hatton and others/United Kingdom, App. No. 36022/97, 2 July 2003, par. 121.

¹⁷⁵⁹ Arslan Öncü, s. 370.

¹⁷⁶⁰ Funke/France, App. No. 10828/84, 25 February 1993.

¹⁷⁶¹ Cremieux/France, App. No. 11471/85, 25 February 1993.

¹⁷⁶² Miaillhe/France, App. No. 12661/87, 25 February 1993.

¹⁷⁶³ Arslan Öncü, s. 370.

¹⁷⁶⁴ Greer, The Exceptions, s. 23.

¹⁷⁶⁵ Polater, s. 153.

(4) Düzenin Korunması ve Suçun Önlenmesi

Düzenin korunması ve suçun önlenmesi amacı, iki farklı kavramı içerdiğinden çift boyutludur¹⁷⁶⁶. En çok öne sürülen meşru sebeplerden biri olan düzenin korunması hususunun, toplumun huzurunu tehdit eden kişisel ya da toplumsal hareketlerden kaynaklı endişe verici durumları da kapsadığı görülmektedir¹⁷⁶⁷. Bu anlamda giderek daha zengin ve geniş içerik kazanan kamu düzeni, bir toplumun iç barışına imkan vermekte ve herkese özgürlüklerden yararlanma güvencesi sağlamaktadır¹⁷⁶⁸.

Suçun önlenmesi, devlet tarafından özel hayata ve aile hayatına karşı ceza hukuku alanında alınacak bazı tedbirleri meşru kılabilir: Bu tedbirler genellikle suçluların aranması ve suçların soruşturmasında, suçluları takip etme ve cezalandırmada, hakka yönelen gerçekleşmesi kesin ciddi tehlikelerin mevcut olduğu durumunda ve suça yönelmiş hareketlerin önlenmesi halinde alınmaktadır¹⁷⁶⁹. Bu nedenle 8. madde kapsamında düzenin korunması ve suçun önlenmesi sınırlama ölçütü olarak, AİHM içtihatlarında ağırlıklı şekilde konut arama¹⁷⁷⁰, yabancıların sınır dışı edilmesi¹⁷⁷¹, gizli dinleme¹⁷⁷² ve tutukluların yazışmalarına müdahale sonucu mahpusların haberleşmelerinin gizliliği¹⁷⁷³ vakalarında sıklıkla karşımıza çıkmaktadır¹⁷⁷⁴.

Devlet tarafından alınan önlemler sadece bir suçun işlenmesini engellemeye yöneldiği sürece haklı kabul edilebilir. Suçun işlenmesinden sonra, devletin başka gerekçelere dayanması gerekmektedir¹⁷⁷⁵.

Devletin düzenin korunması ve suçun önlenmesi bağlamında pozitif yükümlüğü bağlamında ilk iş kanun koyucuya düşmektedir. Kanunî hükümlerde

¹⁷⁶⁶ Roagna, s. 42.

¹⁷⁶⁷ Roagna, s. 42.

¹⁷⁶⁸ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 60.

¹⁷⁶⁹ Donay, s. 444.

¹⁷⁷⁰ Funke/France, App. No. 10828/84, 25 February 1993; Cremieux/France, App. No. 11471/85, 25 February 1993; Mialhe/France (No.1), App. No. 12661/87, 25 February 1993.

¹⁷⁷¹ Moustaquim/Belgium, App. No. 12313/86, 18 February 1991.

¹⁷⁷² Klass and the others/Germany, App. No. 5029/71, 6 September 1978; Malone/United Kingdom, App. No. 8691/79, 2 August 1984.

¹⁷⁷³ Silver and Others/United Kingdom, App. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25 March 1983; Campbell/United Kingdom, App. No. 13590/88, 25 March 1992.

¹⁷⁷⁴ Arslan Öncü, s. 370.

¹⁷⁷⁵ Roagna, s. 42.

ceza soruşturma ve kovuşturması ile yükümlü makamların ve polislerin yetkileri detaylı bir şekilde tanımlanmalıdır. Suçların tespiti ve bu konuda uygulama halinde yetkilerin ve müdahalenin sınırları iyi tespit edilmelidir. Tespit edilen sınırlar ve özel hayata müdahaleyi gerektiren tedbirler, işlenen suçun önem derecesi göz önünde tutularak, tüm durumlarda gerekli olmalı ve bu suçun önemiyle de orantılı olmalıdır. Ayrıca ilgili kişinin bir suç işlemiş olduğu veya böyle bir suçu işlemek üzere olduğuna dair mantıkî gerekçeler de bulunmalıdır¹⁷⁷⁶. İkinci aşamada ise kanun uygulayıcılarına büyük iş düşmektedir. Bu bağlamda kamu düzeni gerekçesiyle müdahale imkanı tanıyan hüküm dar bir çerçevede yorumlanmalıdır. Bireyin özel alanına yapılacak müdahalenin ağır nedenlerinin olması aranmalıdır¹⁷⁷⁷.

S. ve Marper kararında¹⁷⁷⁸ Mahkeme DNA örneklerinin ve parmak izlerinin toplanma sistemini suçun önlenmesi amacına hizmet etmesine rağmen, izlenen amaca kıyasen müdahaleyi orantısız bulmuştur¹⁷⁷⁹. Öte yandan Lüdi/İsviçre kararına¹⁷⁸⁰ göre de “*Telefon dinlemenin, Lüdi’nin özel hayatına ve iletişimine müdahale teşkil ettiği kuşkusuzdur. Bu tür bir müdahale, 8. maddenin 2. paragrafı gereklerini karşıladığı müddetçe AİHS’in ihlaline neden olmamaktadır... Söz konusu tedbir ceza öngören suçların işlenmiş olabileceğine dair makul nedenlerin bulunduğu yargılamanın soruşturma aşamasına ... da uygulanan Berne Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 171b ve 171c maddelerine dayandırılmıştır. Ayrıca, bu tedbirle, “suçun engellenmesi” amaçlanmıştır ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu hususunda AİHM şüphe etmemektedir.*”¹⁷⁸¹

Doğal afetler halinde de, kamu düzenini koruma gayesi kamu yetkililerini, afetleri veya halkın hayatını tehlikeye sokan diğer doğal musibetleri bertaraf edebilmek için, kişilerin özel hayatına müdahalesini zorunlu kılabilir. Bu durumda

¹⁷⁷⁶ Donay, s. 444.

¹⁷⁷⁷ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 171.

¹⁷⁷⁸ S. and Marper/United Kingdom, App. No. 30562/04, 30566/04, 4 December 2008.

¹⁷⁷⁹ Roagna, s. 42.

¹⁷⁸⁰ Lüdi/Switzerland, App. No.12433/86, 15 June 1992.

¹⁷⁸¹ Cengiz, Serkan/Demirağ, Fahrettin/Ergül, Teoman/McBride, Jeremy/Tezcan, Durmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matbaa, Ankara 2008, s. 83.

alınacak tedbirler, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına gelen tehlikeyle tam olarak orantılı olmalıdır¹⁷⁸².

Kamu düzenini, hak ve özgürlüklere yönelen tehlikelerin ciddiyeti ve boyutuna göre hukuki çerçevede alınması gereken önlemlerin ölçüsü belirler. Bu bakımdan sınırlı ve geçici önlemlerin alınması yeterli olduğu zaman ölçülülük ilkesi göz önünde tutularak sürekli ve genel önlem alınmamalıdır¹⁷⁸³.

(5) Sağlık ve Ahlakın Korunması

Sağlık, kişisel alana atıfta bulunurken, ahlakın korunması cinsel ahlakın eş anlamlısı olarak yorumlanmıştır¹⁷⁸⁴. Sağlığın korunması meşru nedeni salgın hastalığın ortaya çıkmasının veya bulaşıcı hastalığın yayılmasının önlenmesinde veya bunlarla mücadelede mantıklı tedbirlerin alınmasını haklı kılabılır¹⁷⁸⁵. Bunun yanı sıra kişinin cinsel haz için rızasına dayalı olarak fiziksel bütünlüğüne zarar veren eylemlere müdahalenin de sağlığın korunması amacı söz konusu olduğundan özel hayatın gizliliğini ihlal etmeyeceği düşünülmektedir. Örneğin AIHM, Laskey, Jaggard ve Brown kararında¹⁷⁸⁶, sadomazoşist faaliyetlerin bedensel sonuçlarını göz önünde tutularak, bu faaliyetlerin ulusal makamlar tarafından başvuruların kovuşturulmasının ve mahkumiyetinin kişinin sağlığının korunması için demokratik bir toplumda gerekli olduğunu belirterek 8. maddenin ihlalinin söz konusu olmadığına hükmedilmiştir¹⁷⁸⁷.

Kamu ahlakı toplumların duygusal ve tartışmalı değerlerini içerdiğinden hassas değerlendirmeye ihtiyaç duyar. Bu sebeple de bu konuda tanınan takdir marjı geniştir¹⁷⁸⁸. Ahlakın korunması ölçütünü Mahkeme 8., 9. ve 10. maddeyle¹⁷⁸⁹ bağlantılı olarak değerlendirmiştir¹⁷⁹⁰. Bu ölçüte ilişkin olarak Mahkeme, çeşitli

¹⁷⁸² Donay, s. 444.

¹⁷⁸³ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 61.

¹⁷⁸⁴ Roagna, s. 42.

¹⁷⁸⁵ Donay, s. 444.

¹⁷⁸⁶ Laskey, Jaggard ve Brown/United Kingdom, App. No. 21627/93; 21628/93; 21974/93, 19 February 1997.

¹⁷⁸⁷ Laskey, Jaggard ve Brown/United Kingdom, App. No. 21627/93; 21628/93; 21974/93, 19 February 1997, par. 50.

¹⁷⁸⁸ Arai-Takahashi, s. 83; Koering Joulin, s. 84.

¹⁷⁸⁹ Handyside/United Kindgom, App. No.5493/72, 7 December 1976; Open Door and Dublin Well Woman, Müller and others/Switzerland, App. No. 10757/84, 24 May 1988.

¹⁷⁹⁰ Koering Joulin, s. 83.

taraf devletlerin iç hukuklarında yeknesak bir Avrupa anlayışı bulmanın mümkün olmadığını ve ahlakın çağımızda zamandan zamana ve mekandan mekana değişiklik gösterdiğini vurgulamış¹⁷⁹¹ ve günümüze değin genel ahlak (public moral) kavramına ilişkin bir tanımlama yapmamıştır¹⁷⁹². Nitekim, devlet yetkililerinin ahlaki gereklerin ve problemlerin içeriği ve bunun yanı sıra sınırlamanın ya da yaptırımın gerekliliği hakkında görüş bildirirken uluslararası yargıçtan daha iyi bir konumda olduğunu belirtmiştir¹⁷⁹³. Bu ölçütün değişkenliği söz konusu olsa da, AİHM, bu sınırlama ölçütüne dayanılarak yapılan sınırlamaların Sözleşme’ye uygunluğunu değerlendirirken Avrupa Konseyi üyesi diğer devletlerde aynı hususun nasıl algılandığını da göz önünde tutacaktır¹⁷⁹⁴. Bu bağlamda sağlığın ve ahlakın korunması konusunda taraf devletlere geniş takdir marjı tanınmıştır¹⁷⁹⁵.

AİHM “genel ahlak” kavramının kapsamını belirlerken takdir marjı doktrininden yararlanmaktadır¹⁷⁹⁶. Taraf devletler, ahlakın korunması ölçütü doğrultusunda madde 9 ve 10 bağlamında hem yasaların yorumlanması hem de uygulanması hususunda geniş bir takdir marjına sahiptir¹⁷⁹⁷. Fakat genel ahlak söz konusu olduğunda taraf devletlere tanınan oldukça geniş takdir marjı¹⁷⁹⁸ 8. madde açısından geçerli değildir¹⁷⁹⁹. Çünkü “ahlakın korunması” sınırlama ölçütü, AİHS’in 8. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında sadece toplumun ahlaki değerlerine değil aynı zamanda kişisel ahlaki değerlerine de gönderme yapmaktadır¹⁸⁰⁰.

8. madde kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri açısından toplumun ve kişinin ahlaki değerleri çatıştığında yapılacak adil denge testi sonucunda kişinin ahlaki değerlerine orantısız müdahale söz konusu olduğunda devletin sorumluluğu doğacaktır. Bu bakımdan dar yorumlanması gereken ahlakın korunması ölçütün

¹⁷⁹¹ Koering Joulin, s. 84-85. Bu yönde Handyside/United Kingdom, App No. 5493/72, 7 December 1976, par.48; Sunday Times/United Kingdom, App. No. 6538/74, 26 April 1979, par. 59; Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981.

¹⁷⁹² Perrone, s. 363.

¹⁷⁹³ Arai-Takahashi, s. 70 ve 80. Aynı yönde Handyside/ United Kindgom, App. No.5493/72, 7 December 1976, par.48; Sunday Times/ United Kingdom, App. No. 6538/74, 26 April 1979, par. 59.

¹⁷⁹⁴ Arslan Öncü, s. 373.

¹⁷⁹⁵ Greer, The Margin of Appreciation, s. 10; Arai-Takahashi, s. 83; Gomez-Arostegui, s. 5.

¹⁷⁹⁶ Perrone, s. 363; Arai-Takahashi, s. 70.

¹⁷⁹⁷ Handyside/United Kindgom, App. No. 5493/72, 7 December 1976, par. 48.

¹⁷⁹⁸ Perrone, s. 363.

¹⁷⁹⁹ Arslan Öncü, s. 384.

¹⁸⁰⁰ Arslan Öncü, s. 373.

kullanımında, demokratik toplumun gerekleri olan çoğulculuk, tolerans ve açık fikirlilik gibi değerler özellikle unutulmamalıdır¹⁸⁰¹.

(6) Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması

8. madde kapsamında başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacı en sık olarak aile hayatına ilişkin davalarda ileri sürülmektedir¹⁸⁰². Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacına özellikle çocukların koruma altına alınması ve evlat edinme davalarında ağırlıklı olarak dayanılmıştır¹⁸⁰³. Margareta ve Roger Andersson kararında¹⁸⁰⁴ başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, çocukları ebeveynlerinden ayırma kararını meşrulaştırmak için de başarılı bir şekilde ileri sürülmüştür¹⁸⁰⁵. Mahkeme, özellikle, ‘çocuğun üstün menfaati’ kıstasını, her ne kadar bu ifade 8. maddede geçmiyor olsa da, kararında temel unsur olarak benimsemiştir¹⁸⁰⁶.

8. madde kapsamında bu ölçüte bazı durumlarda ahlakın korunması ölçütü ile birlikte başvurulur çünkü bu iki ölçüt arasında kesin bir ayrım yoktur¹⁸⁰⁷.

Özel basın kuruluşlarının yayınlarıyla kişinin itibarına ve mahremiyet alanına müdahaleleri söz konusu olduğunda AİHS’in 8 ve 10. maddesi çatışmakta ve devlet, başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma meşru amacına dayanmaktadır. Bu durumda ifade özgürlüğü başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacı ile sınırlanarak, devlete özel hayata saygıyı sağlamak hususunda pozitif yükümlülük getirmektedir¹⁸⁰⁸.

AİHM’in, 2017 yılında Egill Einarsson kararında vurguladığı üzere, devletin 8 madde uyarınca pozitif yükümlülüklerini yerine getirirken, başvuranın özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının diğer kişilerin ifade özgürlüğü ile adil bir denge içerisinde olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir¹⁸⁰⁹.

¹⁸⁰¹ Arslan Öncü, s. 373.

¹⁸⁰² Kilkelly, Children, s. 72.

¹⁸⁰³ Brems, s. 261; Kilkelly, s. 52; Kilkelly, Children, s. 72.

¹⁸⁰⁴ Brems, s. 257.

¹⁸⁰⁵ Roagna, s. 44.

¹⁸⁰⁶ Roagna, s. 44.

¹⁸⁰⁷ Brems, s. 261.

¹⁸⁰⁸ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz II. Bölüm, III, B., 3 başlığı.

¹⁸⁰⁹ Egill Einarsson/Iceland, App. No. 24703/15, 7 November 2017, par. 35.

3. Demokratik Toplumda Gereklilik Ölçütü

AİHS'in önsözünde ve 8- 11. maddelerinin ikinci fıkralarında yer alan demokratik toplumda gereklilik ölçütü, Sözleşme'nin en orijinal kriteri olarak kabul edilmektedir¹⁸¹⁰. Çünkü bu ölçüt, bir bakıma, Sözleşme'nin karmaşık ve açık uçlu ve potansiyel olarak en öznel testidir¹⁸¹¹. Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak tartışmasız en sık kullanılan bu ilke¹⁸¹² Sözleşme'nin bütününe en önemli ölçütünü teşkil etmektedir¹⁸¹³.

Demokratik bir toplumun gerekliklerinin neler olduğu Sözleşme'de ve içtihatlarda ayrıntılı şekilde açıklanmamış olsa da¹⁸¹⁴ bu ölçütün Mahkeme tarafından değerlendirilen toplumsal ihtiyaç baskısı ve oranlılık şeklinde göstergeleri bulunmaktadır¹⁸¹⁵. Öte yandan demokratik toplumda gereklik ölçütü takdir marjı doktrini, oranlılık ilkesi ve dinamik yorum gibi en önemli yorumlama ilkelerini içermektedir¹⁸¹⁶.

8. madde kapsamında davaların çoğunluğunda demokratik toplumda gereklik kriterinin yerine getirilmemesi nedeniyle ihlal tespit edilmiştir¹⁸¹⁷. “Gereklik” kavramı “demokratik toplum” ile bağlantılıdır¹⁸¹⁸. Bu bağlamda gerekliğin ölçüsünü bilmeden demokratik toplumun neye izin verdiğini anlamak mümkün olamayacağından Mahkeme “gerekli” ifadesinin anlamını Handyside kararında¹⁸¹⁹ irdelenmiştir¹⁸²⁰. “Gereklik” kavramı “mutlak surette gerekli”, “zorunlu ölçüde” ve “durumun zorunlu olarak gerektirdiği” deyimlerinin taşıdığı

¹⁸¹⁰ Özbey, s. 53. Heringa/Zwaak'a göre bu ölçüt ulusal otoritelerin kendi yargılamalarını kendi ilkelerine uygun şekilde yapma düşüncesiyle yer değiştirmiştir. (Heringa/Zwaak, s. 750).

¹⁸¹¹ Korff, s. 3.

¹⁸¹² Arai, Restrictions, s. 340; Arai-Takahashi, s. 11; Greer, The Exceptions, s. 14; Turhan, Mehmet; “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. VIII, Ankara, 1991, s. 415.

¹⁸¹³ Greer, The Exceptions, s. 14; Türmen, Rıza; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVII, 2000, s. 35.

¹⁸¹⁴ Kil Kelly, s. 54; Gerards, s. 468.

¹⁸¹⁵ Korff, s. 3; Lawsen/Scherms, s. 29.

¹⁸¹⁶ Arai, Restrictions, s. 340; Arai-Takahashi, s. 15.

¹⁸¹⁷ Arai-Takahashi, s. 11.

¹⁸¹⁸ Jonathan, s. 416.

¹⁸¹⁹ Handyside kararıyla ortaya konulan bu ölçüt AİHM kararlarında yerleşik hale gelmiştir. (Handyside/United Kingdom, App. No.5493/72, 7 December 1976, par. 48).

¹⁸²⁰ Gölcüklü, Demokratik Toplum, s. 113.

anlam kadar kesin ve güçlü bir nitelendirme olmamakla birlikte¹⁸²¹, vazgeçilmez kavramıyla da eş anlamlı değildir¹⁸²². Bu ifade aynı zamanda “yararlı”, “kabul edilebilir”, “olağan”, ya da “uygun” gibi kavramlar kadar da esnek değildir¹⁸²³. Gerekliliğe ilişkin olarak, açık, kesin ve net bir tanım ortaya koyulmamıştır. Bunun yerine, “gereklilik” ifadesinin ne zorunlulukla aynı anlama geldiği ne de; makul, yararlı veya arzu edilen gibi ifadelerle aynı esnek anlamı taşıdığı belirtilmiştir¹⁸²⁴.

“Gereklilik” ölçütü ile müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca yönelik olup olmadığı değerlendirilmektedir¹⁸²⁵. Fakat *Matscher*’e göre bu değerlendirme tek başına yeterli değildir çünkü “gereklilik” ile aynı zamanda müdahalenin meşru amaca uygun olması da aranmaktadır¹⁸²⁶. Buna paralel olarak gereklik ölçütü değerlendirilirken sadece meşru amaca uygunluk da yeterli değildir¹⁸²⁷.

Mahkeme kararlarına göre¹⁸²⁸, demokratik bir toplum; hukukun üstünlüğü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik unsurlarını içermektedir¹⁸²⁹. Bununla beraber bu ölçütün sağlanabilmesi için, söz konusu müdahalenin toplumsal ihtiyaç baskısına cevap vermesi ve meşru amaç ile orantılı olması gerekmektedir¹⁸³⁰.

Devlet, hakka ya da özgürlüğe müdahaleyi meşru kılacak demokratik toplumda gereklik savunmasını inandırıcı şekilde kanıtlamalıdır¹⁸³¹. Mahkeme, *Marckx* kararında¹⁸³², Avrupa Konseyi’ne üye ülkelerdeki gelişmenin, evlilik içi ve

¹⁸²¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 397; Gölcüklü, *Demokratik Toplum*, s. 113; İnceoğlu, *Hak ve Özgürlük*, s. 32; Kayaçağlayan, *Metin*; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Hürriyetinin Sınırlanması”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, Y. 65, 2007, s. 115.

¹⁸²² *Barthold/Germany*, App. No. 8734/79, 25 March 1985, par. 55; *Silver and others/United Kingdom*, App. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25 March 1983, par. 97

¹⁸²³ *Arai-Takahashi*, s. 63.

¹⁸²⁴ *Roagna*, s. 44; *Arai-Takahashi*, s. 63.

¹⁸²⁵ *Handyside/United Kingdom*, App. No.5493/72, 7 December 1976, par. 48; *Sunday Times /United Kingdom*, App. No. 6538/74, 26 April 1979, par. 59; *Dudgeon/United Kingdom*, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 51; *Barthold/Germany*, App. No. 8734/79, 25 March 1985, par. 55; *Lingens/Austria*, App. No. 9815/82, 8 July 1986, par. 39

¹⁸²⁶ *Matscher*, s. 79.

¹⁸²⁷ *Greer*, *The Exceptions*, s. 14.

¹⁸²⁸ *Dudgeon/United Kingdom*, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 53; *Young, James and Webster/United Kingdom*, App. No. 7601/76; 7806/77, 13 August 1981, par. 63; *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi/Austria*, App. No. 15153/89, 19 December 1994, par. 36.

¹⁸²⁹ *Mowbray*, *Cases*, s. 50.

¹⁸³⁰ *Handyside/United Kingdom*, App. No.5493/72, 7 December 1976, par. 49; *Coster/ United Kingdom*, App. No. 24876/94, 18 January 2001, par. 104; *Jane Smith/United Kingdom*, App. No. 25154/94, 18 January 2001, par. 54.

¹⁸³¹ Gölcüklü, *Demokratik Toplum*, s. 115. Aynı yönde *Weber/Switzerland*, App. No. 11034/84, 26 May 1994, par. 47

¹⁸³² *Marckx/Belgium*, App. No. 6833/74, 13 June 1979.

evlilik dışı çocuklar arasındaki haklar yönünden eşitliği sağlama yönünde olduğunu vurgulayarak, bu konuda Belçika mevzuatındaki eşitsizlik yaratan ilkelerin mantıklı ve objektif bir gerekçesinin bulunmadığını belirtmiştir¹⁸³³.

Sözleşme'nin meşru amaçlarının ve demokratik toplumun gereklerinin ulusal makamlar tarafından geniş şekilde yorumlanması, evrensel demokrasi çitasının aşağı çekilmesine ve Sözleşme ile sağlanmak istenen güvencenin yok olmasına sebep olacaktır¹⁸³⁴. Aynı şekilde bu kavramları AİHM'in geniş yorumlaması da denetim görevini gerektiği gibi yerine getirmediğini ortaya koyacaktır¹⁸³⁵.

“Demokratik bir toplumda gereklilik” ifadesi meşru amaç kapsamında yapılan sınırlamaların gerekliliği ve oranlılığı konusunda takdir marjından yararlanılmasını sağlamaktadır¹⁸³⁶. Gereklilik ise aşağıda açıklanacağı üzere zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca işaret etmektedir¹⁸³⁷.

a. Toplumsal İhtiyaç Baskısı

AİHM kararlarında yinelandığı üzere¹⁸³⁸ “demokratik bir toplumda gerekli” ölçütü bir müdahalenin Sözleşme'ye uygun olabilmesi için, diğer şartlarla birlikte, “toplumsal ihtiyaç baskısını” (pressing social need) karşılamak ve “izlenen meşru amaçla orantılı” olmak zorunda olduğu anlamına gelir¹⁸³⁹.

Sınırlamaların Sözleşme'de belirtilen meşru amaca dayanması yeterli değildir. Aynı zamanda toplumsal ihtiyaç baskısının varlığı güdülen amacın ağırlığı ve önemiyle ilgilidir. Ayrıca “zorlayıcı” olması da gerekmektedir¹⁸⁴⁰. AİHM'e göre, “zorunlu” ifadesi “yararlı” ve “elverişli” olana gönderme yapmaktadır¹⁸⁴¹. Bu

¹⁸³³ Kayaçağlayan, s. 114.

¹⁸³⁴ Gölcüklü, s. Demokratik Toplum, s. 114.

¹⁸³⁵ Gölcüklü, s. Demokratik Toplum, s. 114.

¹⁸³⁶ Macdonald, s. 106; Gölcüklü, Demokratik Toplum, s. 112.

¹⁸³⁷ Gölcüklü, Demokratik Toplum, s. 112.

¹⁸³⁸ Silver and others/United Kingdom, App. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25 March 1983, par. 48-49; Norris/Ireland, App. No. 10581/83, 29 October 1988, par. 41.

¹⁸³⁹ Mowbray, Cases, s. 350; Arai-Takahashi, s. 63; Arai, Restrictions, s. 341; Özbey, s. 53.

¹⁸⁴⁰ Gerards, Janneke; “How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights”, International Journal Of Constitutional Law, Oxford University Press, I-CON, Vol. 11 No. 2, 2013, s. 467.

¹⁸⁴¹ Handyside/United Kingdom, App No. 5493/72, 7 December 1976, par. 48-50; Sunday Times/United Kingdom, App. No. 6538/74, App. No. 26 April 1979, par. 63-65.

bağlamda *Yourow*'un demokratik toplumda gereklilik ölçütünün kalbi olarak nitelendirdiği toplumsal ihtiyaç baskısına karar vermede Mahkeme'nin tanıdığı takdir marjı geniştir¹⁸⁴².

Handyside kararında¹⁸⁴³ da vurgulandığı üzere “gerekli” kavramı, “toplumsal bir ihtiyaç baskısı”nı ima etmektedir¹⁸⁴⁴. Mahkeme'ye göre toplumsal ihtiyaçların tayin ve takdiri ise öncelikle ülke ve toplum gerçekleriyle doğrudan ve devamlı temasta olan ulusal mercilere aittir¹⁸⁴⁵. Uluslararası yargıcın bu konudaki yetkisi ise ikincil bir denetimdir¹⁸⁴⁶. Bu sebeple zorlayıcı toplumsal ihtiyacın söz konusu olup olmadığına ilişkin ilk değerlendirmeyi taraf devlet takdir marjı çerçevesinde yapmaktadır¹⁸⁴⁷. Takdir marjını kullanarak verdiği karar da nihayetinde AIHM'in denetimine tabi olacaktır¹⁸⁴⁸. Örneğin, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğine müdahale niteliği taşıyan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine, Sözleşme çerçevesinde ancak demokratik kurumları korumak ve ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi amacıyla zorunlulu olduğu ölçüde katlanılabilir¹⁸⁴⁹. Müdahalenin zorunluluğu hususunda iç hukuk organlarının kullandığı takdir yetkisi ise AIHM'in denetimine tabidir.

b. Oranlılık

Oranlılık¹⁸⁵⁰ sınırlamanın meşru amaçları ve bireylerin haklarının korunması arasındaki dengenin somut ve titiz şekilde kurulup kurulmadığının Sözleşme organlarınca kontrolünün gerçekleştirildiği testir¹⁸⁵¹. Tüm Sözleşme'nin altında

¹⁸⁴² Yourow, s. 107.

¹⁸⁴³ Handyside/United Kindgom, App. No.5493/72, 7 December 1976.

¹⁸⁴⁴ Yourow, s. 85; Doğru, Osman; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü”, TBB Dergisi, S. 64, 2006, s. 43.

¹⁸⁴⁵ Gölcüklü, Demokratik Toplum, s. 114.

¹⁸⁴⁶ Handyside/United Kindgom, App. No.5493/72, 7 December 1976, par.48.

¹⁸⁴⁷ Yourow, s. 85.

¹⁸⁴⁸ Yourow, s. 85.

¹⁸⁴⁹ Yavuz, H., s. 241.

¹⁸⁵⁰ Oranlılık ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arai-Takahashi, Yutaka; The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2002; Christoffersen, Jonas; Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.

¹⁸⁵¹ Loucaides, s. 198.

yatan en önemli ilke¹⁸⁵² ve aynı zamanda temel bir öge olarak oranlılık ilkesi¹⁸⁵³ 8-11. maddelerdeki gereklilik kıstasının bir unsurudur¹⁸⁵⁴. Bu sebeple de ilgili hükümlere ilişkin davalarda oranlılık ilkesi daha kolay farkedilir¹⁸⁵⁵.

Devletin oranlılık ilkesine uygun davranabilmesi için, devlet tarafından güdülen amaç takip edilebilir olmalı, amaca ulaşmak için kullanılan araç elverişli olmalı, aracın kullanılması amaca ulaşmak için zorunlu (gerekli) olmalıdır¹⁸⁵⁶. Oranlılık ölçütünün denetiminde; sınırlamaya ilişkin elverişli ve gerekli sebepler verilmiş olmalı, daha az sınırlayıcı bir tedbirin mevcut olup olmadığı araştırılmalı, bu süreçte yöntem bakımından adil bir süreç izlenmeli ve müdahale hakkın özünü zedelememelidir¹⁸⁵⁷. Burda gereklilikten kastedilen uygun araçlar arasında en az sınırlayıcı aracın seçilmesidir¹⁸⁵⁸. Elverişlilikten kastedilen ise Sözleşme haklarına yapılan müdahalenin kabul edilebilir olması için bu müdahalenin amacının ve müdahalenin sonucunun farkına varılması ehliyetidir¹⁸⁵⁹. Özetle oranlılığın sağlanması için elverişlilik, gereklilik ve adil denge kriterleri aranmaktadır¹⁸⁶⁰. Aşağıda oranlılık ilkesine ilişkin genel açıklamalar yapılarak, testin omurgasını teşkil eden “adil denge” açıklanmaya çalışılacaktır.

(1) Genel Olarak

AİHM içtihatlarının zenginleşmesi ve gelişmesi doğrultusunda ulusal yargı organlarının bu içtihatlardan etkilenmesi sonucu AİHM ile taraf devletlerin aralarındaki diyalog oranlılık ve takdir marjı gibi ölçütlerin kullanılması ile gelişmiştir¹⁸⁶¹.

¹⁸⁵² Christoffersen, s. 31.

¹⁸⁵³ Leach, ECHR, s. 161.

¹⁸⁵⁴ Reid, s. 67; Leach, ECHR, s. 161; Matscher, s. 78.

¹⁸⁵⁵ Eissen, Marc-André; “The Principle of Proportionality in the Case- law of the European Court of Human Rights”, The European System for The Protection of Human Rights, (Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 126.

¹⁸⁵⁶ Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 105.

¹⁸⁵⁷ Reid, s. 63; Fendoğlu, Hasan Tahsin; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, TAAD, Y. 7, S. 5, Şubat 2016, s. 1.

¹⁸⁵⁸ Christoffersen, s. 70.

¹⁸⁵⁹ Gerards, s. 473.

¹⁸⁶⁰ Arden, Dame Mary; “Proportionality: The Way Ahead?, Public Law, Issue 3 July 2013, s. 500.

¹⁸⁶¹ Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 230.

AIHM, takdir marjı gibi Sözleşme metninin açıkça ifade etmediği oranlılık ilkesini, Belçika Dil Hakları davası ile keşfetmiştir¹⁸⁶² ve daha sonra Sporrong ve Lönnrot/İsveç kararıyla¹⁸⁶³, Mahkeme, toplumun menfaati ve bireyin menfaati arasındaki adil bir dengeye atfen tanımladığı ilkenin Sözleşme'nin tümüne nüfuz ettiğini belirtmiştir¹⁸⁶⁴. Mahkeme'nin genel kabulüne göre oranlılık ölçütü Sözleşme'nin tümünün esasıdır¹⁸⁶⁵. Bu ölçüt Sözleşme hükümlerinde açıkça görülen bir ölçüt olmasa da¹⁸⁶⁶ AIHM içtihatlarıyla geliştirilmiştir¹⁸⁶⁷.

AIHM 8. maddenin esas amacının, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı bireyi korumak olduğunu kararlarında yinelemektedir¹⁸⁶⁸. Kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarının tespitini sağlayan oranlılık, gereklilik şartının ve takdir marjının temel unsuru olduğundan, 8. maddede korunan haklara herhangi bir müdahalede bu ölçüt temel alınacaktır¹⁸⁶⁹. Mahkeme'ye göre Sözleşme, demokratik bir toplum ideallerini ve değerlerini korumak ve devam ettirmek amacıyla hazırlanmıştır. Ancak genel olarak demokratik bir toplumda 8. madde için gerekli olanın ne olduğu, oranlılık prensibinin uygulanmasıyla, bireysel haklar ve kamu yararı arasında oluşturulan dengeye göre belirlenmektedir. Menfaatler arasındaki ilişkiyi ortaya koyan oranlılık ilkesi, zarar gören menfaatler arasında makul bir dengenin başarıyla kurulmasını gerektirmektedir¹⁸⁷⁰.

Ernst ve diğerleri davası¹⁸⁷¹ oranlılık ilkesi üzerine kurulmuştur. Dava, yargı üyeleri hakkındaki gizli bilgilerin basına ifşa edilmesi şüphesiyle ilgili olarak dört gazetecinin ofisinin ve evlerinin aranması hakkındadır. Arama kararlarına ilişkin olarak, Mahkeme geniş ifadeler kullandığını ve söz konusu soruşturmayla, aranması gereken yerler veya el konulması gereken eşyalarla ilgili bilgi vermediğini belirtmiştir. Ayrıca, herhangi bir suç isnat edilmemiş başvuruçular, aramalar

¹⁸⁶² Legg, s. 178; Loucaides, s. 197.

¹⁸⁶³ Sporrong and Lönnroth/Sweden, App. No. 7151/75; 7152/75, 23 September 1982.

¹⁸⁶⁴ Marguénaud, s. 53.

¹⁸⁶⁵ Gerards, s. 467.

¹⁸⁶⁶ Eissen, s. 131.

¹⁸⁶⁷ Matscher, s. 78; Arslan Öncü, s. 375.

¹⁸⁶⁸ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 23; Johnston and Others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986, par. 55; Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 38; Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 31; Keegan/Ireland, App. No. 16969/90, 26 May 1994, par. 49; Gül/Switzerland, App. No. 23218/94, 19 February 1996, par. 38.

¹⁸⁶⁹ Roagna, s. 45.

¹⁸⁷⁰ Gerards, s. 469.

¹⁸⁷¹ Ernst and the others/Belgium, App. No. 33400/96, 15 July 2003.

hakkında bilgilendirilmemiş, bu nedenle, meşru amaçla orantılı olduğu kabul edilemeyecek aramalara sebebiyet verilmiştir¹⁸⁷².

Mahkeme yabancıların sınır dışı edilmelerinin aile yaşamlarını etkilemesi durumunda 8. maddenin uygulanabileceğini ilk kez kabul ettiği¹⁸⁷³ Berrehab/Hollanda kararında menfaatler arasında uygun bir denge konusunda ve kullanılan yöntemler ve meşru amaç arasında bir oransızlık olması nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiği kanaatine ulaşmıştır¹⁸⁷⁴.

(2) Adil Denge

Strasbourg organlarının içtihatlarına bakıldığında oranlılığın tanımlarından birinin “*kamu menfaati ile birey menfaati arasında adil denge kurma*” olarak yapıldığı görülmektedir¹⁸⁷⁵. AİHM adil denge arayışının Sözleşme’nin doğasında olduğunu içtihatlarında sürekli vurgulamıştır¹⁸⁷⁶. Yine Mahkeme’nin içtihatlarına bakıldığında uygulamada pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğine ilişkin değerlendirmesinde de “adil denge” koşulunu ele aldığı görülmektedir¹⁸⁷⁷. Bu doğrultuda pozitif yükümlülük kapsamında adil denge testinin üç farklı amaca yönelik olduğu kabul edilmiştir. Bunlar, bireylerin haklarının sınırlandırılması, devletin yükümlülüklerinin sınırlandırılması ve çatışan hakların dengelenmesidir¹⁸⁷⁸.

Meşru amaçla devlet tarafından alınan önlem ile hakka müdahale arasında oranlılık bulunması gerekliliği, *Yıldırım*’ın tasvir ettiği üzere Avrupa Mahkemesi içtihadının ana motifini oluşturmaktadır. Bu hususta önemli olan amaç ile korunan hak arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğinin takdir edilmesidir¹⁸⁷⁹. Aynı amacı elde etmek için daha az sınırlayıcı bir alternatif mevcutsa yahut müdahale ile bu amaç elde edilemezse AİHM, AİHS’in ihlal edilmiş olduğuna karar vermektedir¹⁸⁸⁰. Adil denge AİHM kararlarında görülen standart bir test olmasına

¹⁸⁷² Roagna, s. 46.

¹⁸⁷³ Atak, s. 106.

¹⁸⁷⁴ Berrehab/Holland, App. No. 10730/84, 21 June 1988, par. 29.

¹⁸⁷⁵ Arai-Takahashi, s. 193.

¹⁸⁷⁶ Gerards, s. 469; Arai-Takahashi, s. 193; Christoffersen, s. 31; Bu yönde Soering/United Kingdom, App. No. 14038/88, 7 July 1989, par. 89.

¹⁸⁷⁷ Dijk, s. 23; Christoffersen, s. 94.

¹⁸⁷⁸ Christoffersen, s. 110.

¹⁸⁷⁹ Yıldırım, Özel Hayat, s. 389; Aynı yönde Fendoğlu, AİHM, s. 1.

¹⁸⁸⁰ Fendoğlu, AİHM, s. 1.

rağmen bazı davalarda bu dengeye ilişkin herhangi bir referans yoktur ve pozitif yükümlülükler mevcutmuş gibi farzedilir. Pozitif yükümlülüklerin belirlenmesi söz konusu olduğunda, dahası hak ve özgürlüklere müdahalelerin gerekçeleri yargılandığında Mahkeme'nin devletlere sistematik biçimde geniş bir takdir marjı vermediği görülmektedir¹⁸⁸¹.

AİHM'in Soering/Birleşik Krallık kararında belirttiği üzere, *“Sözleşme'nin bütünüünün doğasında, kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturma çabası vardır.”*¹⁸⁸². AİHM de, İlascu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya kararında¹⁸⁸³ devletlerin pozitif yükümlülüklerinin, öncelikler ve kaynaklar dikkate alınarak kamu yararı ile birey menfaati arasında yapılacak politik tercihlerde adil dengenin sağlanması bağlamında incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁸⁸⁴.

AİHS'in 8. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının 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. Bu durumda devletin meşru amaçlara dayanarak aldığı tedbirler (kamu menfaatini korumak amacıyla) ile bireylerin menfaati arasında 8. maddenin birinci fıkrası bağlamında “adil denge” testi uygulanır¹⁸⁸⁵. Adil denge testi, belirsiz ve değişen takdir marjına uygun olsa da Mahkeme'nin pozitif yükümlülükler açısından tanıdığı marj kapsamı geniştir¹⁸⁸⁶.

(i) Kamu Menfaati ve Birey Menfaati Arasında Adil Denge

Strasbourg organları sıklıkla oranlılık ilkesinin bireyin ve kamunun menfaatinin değerlendirilmesine ilişkin olduğunu belirtmiştir¹⁸⁸⁷. Devletin belirli

¹⁸⁸¹ Dijk, s. 23.

¹⁸⁸² Soering/United Kingdom, App. No. 14038/88, 7 July 1989.

¹⁸⁸³ İlascu and the others/Moldova-Rusya, App. No. 48787/99, 8 July 2004.

¹⁸⁸⁴ Şimşek, S., s. 4.

¹⁸⁸⁵ Dijk, s. 25; Leach, ECHR, s. 314.

¹⁸⁸⁶ Arai, Restrictions, s. 349.

¹⁸⁸⁷ Arai-Takahashi, s. 14.

adımlar atmada sorumluluğunun olup olmadığı değerlendirirken, Mahkeme çatışan kamu menfaati ve birey menfaati arasında adil denge kurulup kurulmadığını inceler¹⁸⁸⁸. Dolayısıyla Mahkeme, oranlılık testini, bireylerin mefaatleri ile kamu mefaatleri arasındaki dengenin kurulup kurulmadığını değerlendirerek¹⁸⁸⁹ ulusal mahkeme kararlarının 8. madde ile uyumlu olup olmadığının tespitinde kullanmaktadır¹⁸⁹⁰.

Pozitif bir yükümlülüğün olup olmadığının belirlenmesinde de, kamunun genel menfaati ile kişinin çıkarları arasında adil dengenin kurulup kurulmadığına bakılır¹⁸⁹¹. Bu doğrultuda AİHM, Christine Goodwin kararında¹⁸⁹² pozitif yükümlülüğü Mahkeme 8. madde kapsamında cinsiyet değişikliğinin yasal olarak tanınmasını sağlamak üzere kamunun çektiği zorluk karşısında ve bireyin çektiği zorluğun tartılması olarak tanımlamıştır¹⁸⁹³. Esasında mefaatlerin tartılması müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı sonucuna ulaşmak amaçlıdır¹⁸⁹⁴.

Hatton ve diğerleri kararında¹⁸⁹⁵ başvurucunun şikayeti Heatrow havaalanında yapılan gece uçuşları sonucu meydana gelen gürültü kirliliği nedeniyle yaşadığı uyku rahatsızlığına ilişkindir. Ayrıca başvuru kamu otoritelerinin 8. maddede korunan hakları ihlal etmeden uçuşları yapabilmek amacıyla bu gürültüye karşı makul ve uygun tedbir alma yönünde pozitif yükümlülüklerinin olduğunu iddia etmiştir¹⁸⁹⁶. Mahkeme sessiz ve temiz çevre hakkının 8. madde kapsamında açıkça ifade edilen bir hak olmadığını ancak bir kişinin gürültüye veya diğer kirliliğe doğrudan ve ciddi şekilde maruz kaldığı durumlarda, 8. madde uyarınca bir sorunun ortaya çıkabileceğini belirtmiştir¹⁸⁹⁷. Dolayısıyla uçuş gürültüsünün 8. madde kapsamında incelenebileceği ortaya çıkmıştır. Öte yandan karara muhalefet şerhinde

¹⁸⁸⁸ Reid, s. 68; Arai-Takahashi, s. 14; Koering Joulin, s. 92.

¹⁸⁸⁹ Arden, s. 501; Leach, ECHR, s. 314.

¹⁸⁹⁰ Kilkelly, s. 55.

¹⁸⁹¹ Leach, ECHR, s. 314. Bu yönde K.U/Finland, App. No. 2872/02, 2 December 2008; Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 37; James and others/United Kingdom, App. No. 8793/79, 21 February 1986, par. 50; Sporrang and Lönnroth/Sweden, App. No. 7151/75; 7152/75, 23 September 1982, par. 69.

¹⁸⁹² Christine Goodwin/United Kingdom, App. No. 28957/95, 11 July 2002.

¹⁸⁹³ Gerards/Senden, s. 635.

¹⁸⁹⁴ Gerards/Senden, s. 635; Arden, s. 501.

¹⁸⁹⁵ Hatton and others/United Kingdom, App. No. 36022/97, 8 July 2003.

¹⁸⁹⁶ Gerards/Senden, s. 635; Greer, The ECHR, s. 261.

¹⁸⁹⁷ Hatton and others/United Kingdom, App. No. 36022/97, 8 July 2003, par. 96.

devletin pozitif yükümlülükleri değerlendirilirken¹⁸⁹⁸ başvurucunun uyuma hakkına da 8. maddenin yorumu yoluyla ulaşılmıştır¹⁸⁹⁹. Mahkeme davada 8. maddenin ihlal edilip edilmediği açısından kamu menfaati ile birey menfaati arasındaki adil dengeyi sağlayıp sağlamadığına odaklanmıştır¹⁹⁰⁰. Mahkeme herhangi bir ihlale rastlamamış olsa da devletin çevresel davalardaki sorumluluğunun, özel endüstriyi Sözleşme'nin 8. maddesinde tanınan hakların gerektirdiği gibi gözetilmesini sağlayacak şekilde düzenleyememekten de kaynaklanabileceğini belirtmiştir¹⁹⁰¹.

Sözleşme'yi kaleme alanlar pozitif yükümlülüklerin AİHM tarafından kabulünü öngörmediğinden, Sözleşme somut davada adil dengenin gözetilip gözetilmediğine ilişkin sarıh kriter içermemektedir¹⁹⁰². Bu sebeple de AİHM bu kriteri kendi kendine formüle etmiştir¹⁹⁰³. Takdir marjı tanınırken, devletlerden beklenen, çatışan kamusal ve kişisel menfaatler ile Sözleşme hakları arasında adil denge kurmaktır¹⁹⁰⁴.

Mahkeme'ye göre ulusal makamlar, toplumu ve ihtiyaçlarını gözeterek, neyin "kamu yararına" olduğuna hükmederken, esas olarak uluslararası yargıca göre daha iyi konumdadırlar¹⁹⁰⁵. Bu bağlamda Mahkeme, taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmede, uluslararası bir yargıca göre daha iyi bir konumda olduğunu da vurgulamaktadır¹⁹⁰⁶. Çünkü doğrudan kontak kurma ve sosyal, ekonomik ve kültürel koşullardan ilk elden bilgi sahibi olma imkanı ulusal otoritelerin¹⁹⁰⁷ uluslararası mercilerin yanında pozitif yükümlülüklerin biçim ve boyutunu belirlemede daha iyi bir konum almasına sebep olur¹⁹⁰⁸. Bu fikrin temelinde pozitif yükümlülükler açısından sadece fonksiyonel verim almak değil aynı zamanda devletlerin demokratik karar alma seçeneği de vardır¹⁹⁰⁹.

8. madde kapsamında menfaatler çatışması ikinci paragrafta düzenlenen

¹⁸⁹⁸ Joint Dissenting Opinion of Judges Costa, Ress, Türmen, Zupančič, Steiner Hatton and others/United Kingdom, App. No. 36022/97, 8 July 2003, par. 17.

¹⁸⁹⁹ Greer, The ECHR, s. 258.

¹⁹⁰⁰ Gerards/Senden, s. 636; Greer, The ECHR, s. 261.

¹⁹⁰¹ Tulkens, s. 5.

¹⁹⁰² Dijk, s. 23.

¹⁹⁰³ Dijk, s. 23.

¹⁹⁰⁴ Roagna, s. 45; Dijk, s. 23.

¹⁹⁰⁵ Perrone, s. 365; Leach, ECHR, s. 162; Petzold, s. 60; Şimşek, S., s. 8.

¹⁹⁰⁶ Çoban, s. 206; Şimşek, S., s. 8.

¹⁹⁰⁷ Petzold, s. 59.

¹⁹⁰⁸ Arai-Takahashi, s. 85; Arden, s. 501.

¹⁹⁰⁹ Arai-Takahashi, s. 85.

meşru amaçlardan biri ile ilgili olabilir ve bu dengede kamunun menfaati daha ağır basabilir. Bu durumda bireyin mutlak sorumluluğu menfaatinin daha üstün geldiğini açıkça ortaya koymaktır¹⁹¹⁰. Ayrıca özellikle belirtmek gerekir ki 8. madde kapsamında korunan haklardan özel hayata saygı hakkında bireyin menfaatine karşı kamunun menfaatinin dengelenmesine nazaran daha fazla alan vardır¹⁹¹¹. Davalar göstermektedir ki bireyin hakkı tehlikede olduğunda, başvuranın ciddi ve önemli bir etkiye maruz kalması pozitif yükümlülüğün doğmasını sağlayabilecektir¹⁹¹². Fakat bireyin menfaatinin önemli bir etki altında kalmadığı durumlarda, devletin menfaati tehlikede ise pozitif yükümlülüklerin doğması daha az olasıdır¹⁹¹³. Bu sebeple Mahkeme kamu menfaati ile birey menfaati arasındaki adil dengenin başarılı şekilde kurulması için hangi pozitif adımların ne ölçüde atılmasını gerektiğini 8. madde kapsamında tüm koşulları incelemek zorundadır¹⁹¹⁴.

Kamu menfaati ile birey menfaati çatıştığında birey kendi menfaatlerinin açık şekilde daha baskın olduğunu göstermekle yükümlü tutulmaktadır¹⁹¹⁵. Önemli bir bireysel hakkın korunmasında büyük bir dezavantajla karşılaşmış olunan durumlarda, taraf devletin pozitif yükümlülüğü söz konusu olabilir. Şayet dezavantaj baskın değilse yahut bunun yerine kamunun önemli bir menfaati söz konusu ise pozitif yükümlülüğün gündeme gelmesi düşük olasılıktır¹⁹¹⁶.

(ii) Bireylerin Menfaatleri Arasında Adil Denge

Pozitif yükümlülük doktrini ve adil denge testi AİHS'in bağlayıcı etkisinden kaynaklanmaktadır. Bu sonuç çatışan hakların niteliğinin ayrıntılı analizinden ortaya çıkmaktadır¹⁹¹⁷. Haktan yararlanmanın hem bireyler tarafından hem de devlet tarafından sınırlandırılması söz konusu olduğundan adil denge testi pozitif yükümlülük bağlamında özel ve iki kat önem arz etmektedir¹⁹¹⁸. Nitekim pozitif

¹⁹¹⁰ Reid, s. 68.

¹⁹¹¹ Jacobs/White, s. 210.

¹⁹¹² Reid, s. 68.

¹⁹¹³ Reid, s. 68.

¹⁹¹⁴ Arai-Takahashi, s. 85.

¹⁹¹⁵ Kilkelly, s. 37.

¹⁹¹⁶ Kilkelly, s. 37.

¹⁹¹⁷ Christoffersen, s. 95.

¹⁹¹⁸ Christoffersen, s. 95.

yükümlülükler devletin bireyler arasındaki ilişkiler alanında da tedbirler almasını gerektirebilmektedir¹⁹¹⁹.

AİHS bir hakka diğer hakka karşı öncelik veren bir sistem kurmadığından yani Sözleşme’de korunan haklar arasında hiyerarşi olmadığından hakların çatıştığı durumlarda biri diğerinin önüne geçemez¹⁹²⁰. Bireylerin haklarının diğer bireyler tarafından ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda iki soru sorulabilir. İlki ihlale neden olan eylem devlete yüklenebilir mi? Devletin sadece negatif yükümlülüklerinin olduğu kabul edildiğinde devletin kendisine yüklenemeyen eylemden ötürü sorumluluğu doğmayacaktır. İkincisi ise eylem devlete yüklenemiyorsa bu durumda devlet bireyin haklarını korumada başarısızlığı sebebiyle sorumlu mudur?¹⁹²¹ Devletin yükümlülüklerinin hem pozitif hem de negatif yükümlülükleri içerdiği göz önünde bulundurulduğunda¹⁹²² devletin bireyi korumada başarısızlığa düşmesinden dolayı sorumlu olduğu ve mağduru koruma konusunda gerekli adımları atmadığından pozitif yükümlülüğünü yerine getiremediği anlaşılr¹⁹²³.

Bireylerin menfaatleri arasında adil dengeyi kişinin kökenine ulaşma hakkı ile annenin doğumu ve kendi kimliğini gizli tutma talebiyle çocuğunu sosyal hizmetlerin bakımına bırakması sonrasında evlat edinilen kişinin biyolojik ailesi hakkında bilgi ve belgelere ulaşma talebinin reddedildiği durumlarda uzlaştırmak zor olmaktadır. Buna ilişkin kararlarda¹⁹²⁴ 8. madde kapsamında menfaatlerden birine öncelik verilerek denge sağlanmaya çalışılsa da bu dengenin sağlanıp sağlanamadığı tartışmalıdır¹⁹²⁵. Bu durumda menfaatine öncelik verilen taraf karşısında diğer tarafın devletin hakkını etkili korumadığından bahisle pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiası yerinde karşılanmalıdır.

Mahkeme taraf devletlerin, birey ile devlet arasındaki ilişkisinin aksine, bireysel ilişkilerden kaynaklanan tehlikelere karşı koruma sağlama yükümlülüğünü

¹⁹¹⁹ Doğru/Nalbant, C. II, s. 1.

¹⁹²⁰ Jacobs/White/Obey, s. 8.

¹⁹²¹ Christoffersen, s. 104.

¹⁹²² Shue, Basic Rights, s. 155.

¹⁹²³ Christoffersen, s. 104.

¹⁹²⁴ Odièvre/France, App. No. 42326/98, 13 February 2013.

¹⁹²⁵ Joint Dissenting opinion of Judges Wilhhaber, Sir Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens and Pellonpää, Odièvre/France, App. No. 42326/98, 13 February 2013, par. 18.

de kapsamına alarak bu yönde içtihatlarını geliştirdiğinden, günümüzde 8. madde'nin koruma alanı daha da kompleks ve karmaşık bir hal almıştır¹⁹²⁶.

AİHM'in güncel kararlarında¹⁹²⁷ 8. madde kapsamında bireylerin çatışan menfaatleri arasında devletin adil dengeyi kurma yönündeki pozitif yükümlülüğü, işveren tarafından, çalışanın işyerindeki e-mail vb. yollarla iletişiminin izlenmesi sonucu özel hayatına ve haberleşmesine saygı hakkına müdahalelerde tartışılmaktadır¹⁹²⁸.

c. Pozitif Yükümlülükler ve Oranlılık Testi

AİHM bir davanın devletin negatif yahut pozitif yükümlülüğüne mi ilişkin olduğunun analizinin çatışan çıkarlar arasında adil bir denge olması açısından gerçekten önemli olmadığını belirtmiştir¹⁹²⁹. AİHM kararlarında hem devlet tarafından müdahale olduğunda hem de başvuranın haklarını korumak için makul ve uygun tedbirler alınmadığında başvuru ilkelerinin oldukça benzer olduğunu, her iki durumda da kamunun ve bireylerin çatışan menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini belirtmiştir¹⁹³⁰. Bu sebeple de Mahkeme bazı durumlarda yükümlülüğün pozitif mi yoksa negatif mi olduğu sorusuna kesin bir yanıt vermemektedir¹⁹³¹. Apple by davasında¹⁹³² Mahkeme pozitif yükümlülüklerin olup olmadığını belirlerken kamunun menfaati ile bireyin menfaatleri arasında adil denge olmasını gerektiğini belirtmiştir¹⁹³³.

Eissen tarafından oranlılık ilkesinin taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerinin sınırlandırılmasına imkan tanıdığı belirtilmektedir¹⁹³⁴. Bu bağlamda pozitif yükümlülüklerin de sınırının oranlılık ilkesinden ileri geldiği öne sürülebilir.

¹⁹²⁶ Roagna, s. 60.

¹⁹²⁷ Bărbulescu/Romania, App. No. 61496/08, 5 September 2017, par. 124.

¹⁹²⁸ Bkz. III. Bölüm, III. E. başlığı.

¹⁹²⁹ Klatt, s. 694.

¹⁹³⁰ Hatton and others/United Kingdom, App. No. 36022/97, 2 July 2003, par. 98; Lopez Ostra/Spain, App. No. 16798/90, 9 December 1994, par. 51; Powell and Rayner/United Kingdom, App. No. 9310/81, 21 February 1990, par. 42.

¹⁹³¹ Hatton and others/United Kingdom, App. No. 36022/97, 2 July 2003, par.119.

¹⁹³² Appleby and the others/United Kingdom, App. No. 6 May 2003, par. 40.

¹⁹³³ Lavrysen, Scope of Obligations, s. 174.

¹⁹³⁴ Eissen, s. 137.

Nitekim oranlılık testi, pozitif yükümlülüklerin bireysel özgürlük ve özerkliği kurma amacına dayanır¹⁹³⁵.

AİHM pozitif yükümlülüklerin yeterliliğinin, müdahale ölçütlerinde olduğu gibi oranlılık incelemesine tabi olduğunu belirtmiştir¹⁹³⁶. Bu bağlamda oranlılık ilkesinin karakteri ve uygulaması Sözleşme'deki hakların çatışması ve kamu menfaati ile birey menfaatinin yarışması tartışmalarının çözüm merkezinde yer alır¹⁹³⁷. Demokratik bir toplumda 8. madde için gerekli olanın ne olduğunu tespit etmek üzere Mahkeme öncelikle, oranlılık testini uygular¹⁹³⁸, testin sonucu bireyin ve kamunun menfaati arasında oluşturulan dengeye göre belirlenmektedir¹⁹³⁹. Esasen oranlılık ilkesi 8. maddenin ikinci fıkrası bağlamında sınırlamaların ve pozitif yükümlülüklerin uygulanmasını sağlar¹⁹⁴⁰.

Oranlılık ilkesi daha ciddi insan hakları ihlallerinde daha fazla usule ilişkin koruma gerektirmektedir¹⁹⁴¹. 8. madde kapsamında aile hayatının korunmasında ebeveynlerin çocuklarına erişim hakkı ve ebeveyn otoritesi ile ilgili davalarda¹⁹⁴² Mahkeme dafa fazla prosedürel koruma gerektiğini kabul etmektedir¹⁹⁴³. Bu bağlamda ebeveynlerin ve çocukların haklarının etkili şekilde korunmasında usule ilişkin pozitif yükümlülükler ön plana çıkmaktadır.

Pozitif yükümlülük alanında AİHM her zaman yeknesak bir metodu takip etmemektedir. Bu sebeple de bazı yargıçlar tarafından eleştirilmektedir¹⁹⁴⁴. Yeknesak ve öngürülebilir şekilde uygulandığı farz edilse de pozitif yükümlülüklerin dogmatik yapısı şeffaf bir oranlılık testi sağlamayı zorunlu kılmaktadır¹⁹⁴⁵. AİHM hem pozitif hem de negatif yükümlülükler açısından demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü altında oranlılık testini yapmaktadır. Yargıç Wildhaber, Stjerna davasında “...esasinda özel ve aile hayatına saygıyı

¹⁹³⁵ Dröge, s. 388.

¹⁹³⁶ Jonathan, s. 414.

¹⁹³⁷ Greer, The ECHR, s. 217.

¹⁹³⁸ Heringa/Zwaak, s. 747.

¹⁹³⁹ Kilkelly, s. 54.

¹⁹⁴⁰ McBride, Jeremy; “Proportionality and the European Convention on Human Rights”, The Principle of Proportionality in the Law of Europe, (Ed. Evelyn Ellis), Hart Publishing, Oxford, 1999, s. 23 vd; Greer, The ECHR, s. 217; Eissen, s. 137.

¹⁹⁴¹ Lavrysen, s. 115.

¹⁹⁴² Kutzner/Germany, App. No. 46544/99, 26 February 2002.

¹⁹⁴³ Lavrysen, s. 115.

¹⁹⁴⁴ Dröge, s. 389.

¹⁹⁴⁵ Dröge, s. 389.

sağlamada devletin yükümlülükleri konusunda pozitif ya da negatif ikilemi yoktur aksine uygulanabilir ilkeler arasında dikkat çekici benzerlik vardır.” görüşüyle de bunu desteklemiştir¹⁹⁴⁶. Mahkeme oranlılık ilkesini pozitif yükümlülüklerle ilgili içkin sınırların değerlendirilmesine entegre etmiştir¹⁹⁴⁷.

4. Takdir Marjı Doktrini

a. Genel Olarak

Takdir marjı doktrini¹⁹⁴⁸, AİHS’in ne başlangıç kısmında ne de Sözleşme hükümlerinde ifade edilmiştir¹⁹⁴⁹. Buna karşın AİHM’in en önemli ve tartışmalı yargılama ve yorumlama araçlarından biri olan “takdir marjı”¹⁹⁵⁰, Strasbourg organlarının ulusal otoritelere, AİHS hükümlerinin uygulanmasında ve bu doğrultuda yükümlülükleri yerine getirmede verdiği manevra alanını ifade etmektedir¹⁹⁵¹. Sözleşme’nin genel ve soyut dili öte yandan amacı ve anlamı göz önünde bulundurulduğunda AİHS’in yorumlanma ihtiyacı ortadayken devletin

¹⁹⁴⁶ Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25 November 1994.

¹⁹⁴⁷ Arai, Restrictions, s. 349.

¹⁹⁴⁸ AİHM içtihatlarında İngilizce ifadesiyle margin of appreciation, Fransızca ifadesiyle marge d'appréciation kavramıyla kullanılan bu doktrin, Türkçe öğretilde “takdir alanı”, “takdir marjı”, “takdir payı”, “takdir yetkisi”, “takdir hakkı” gibi kelimelerle ifade edilmektedir. Şirin’e göre söz konusu doktrini ifade etmeye uygun kelimeler; takdir payı, takdir marjı veya takdir alanıdır. Takdir hakkı kelimesinin kullanılmasının uygun olmasının nedenlerinden biri bu ifadenin İngilizce’deki right of appreciation terimini karşılamaıdır. Takdir yetkisi ifadesi ise, power of appreciation terimine karşılık gelen bir kullanımdır. Ayrıca takdir yetkisi, takdiri kullanacak olacak makama ilişkin bir hususken; takdir marjı, bir doktrin olarak bu yetkinin nerede ve hangi sebeplerle kullanılabileceğine ilişkin, kendine özgü özellikler taşıma ve düzenli bir görüş oluşturma iddiasındaki ilkeler bütünü oluşturmaktadır. Bu sebeple de takdir yetkisi, takdir marjı doktrininin içinde yer alan ve daha dar anlam taşıyan bir unsurdur. (Şirin, Takdir Marjı, s. 362). Anayasa Mahkemesi de kararlarında takdir hakkı ifadesini kullanmaktadır. (AYMK, E. 2009/85, K. 2011/49, T. 10.03.2011). Bu sebeplerle çalışmamızda ulusal makamların hareket alanını ifade etmek üzere daha sınırlı bir anlam taşıyan “takdir yetkisi” kavramını, AİHM’in taraf devletlere tanıdığı hareket alanını ifade etmek üzere ise daha geniş bir anlam taşıyan “takdir marjı” kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

¹⁹⁴⁹ García Roca, s. 13; Letsas, George; “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 4, 2006, s. 705.

¹⁹⁵⁰ Lavrysen, s. 125; Letsas, Autonomous, s. 296. Takdir marjı genelde bir ilke olmaktan ziyade bir “doktrin” olarak nitelendirilmektedir. (Greer, Steven; “The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation”, UCL Human Rights Review, Vol. 3, 2010, s. 2; Greer, The ECHR, s. 222).

¹⁹⁵¹ Greer, The Interpretation, s. 2; Greer, The ECHR, s. 222; Lugato, s. 50; Reid, s. 60; Arai-Takahashi, s. 2; García Roca, s. 14; Dündar Sezer, AİHS, s. 295. Takdir marjı doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arai Takahashi, Yutaka; The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2002; Greer, The Margin of Appreciation, s. 5 vd; Letsas, A Theory, s. 80 vd.

yükümlülüklerini yorumlamada herhangi bir takdir marjının olmadığı görüşünün hiçbir gerekçesi bulunmamaktadır¹⁹⁵².

Fendoğlu'na göre takdir marjı¹⁹⁵³ AİHM'nin etkili ve esnek bir silahı olup, karşılıklı iddia ve çıkarları değerlendirme ve dengeleme tekniği olarak kullanılmaktadır¹⁹⁵⁴. *Benvenisti*'ye göre AİHM içtihatlarına nüfuz eden bu doktrin, her toplumun, bireysel hak ve ulusal çıkarlar arasında veya farklı ahlaki inançları arasındaki doğal anlaşmazlıkların çözümünde belirli serbesti hakkına sahip olmasına dayanmaktadır¹⁹⁵⁵. Bir başka ifadeyle takdir marjı, "yargının kendini kısıtlamasının bir ifadesidir ve demokratik kurumlar tarafından alınan kararlara saygı unsurunu kapsar"¹⁹⁵⁶. Bu bağlamda AİHM'in ihlal iddialarını değerlendirmesinde multikültürel özelliklere sahip Avrupa'daki ulusal özelliklerin, geleneklerin, değer yargılarının belirli ölçüde göz önüne tutulması ve bunların tek bir forma sokulmaması amacıyla¹⁹⁵⁷ ulusal mercilerin kararları veya işlemlerinin incelenerek, Sözleşme ile bağdaşıp bağdaşmadığının tespiti takdir marjını belirlemektedir¹⁹⁵⁸. Bu yolla, taraf devletlerin ekonomik, sosyal ve kültürel açıdan çeşitlilik arzeden durumlarının tanınması sağlanmaktadır¹⁹⁵⁹. Dolayısıyla Sözleşme hakları hem evrensel nitelik kazanmakta hem de farklı ulusal bağlamlarda farklı şekilde yorumlanabilecek ve uygulanabilecektir¹⁹⁶⁰.

Takdir marjı doktrini AİHM'in Sözleşme'yi yorumlamasında rehber ilkelerden biridir¹⁹⁶¹ ve 8-11. maddelerin yorumunda AİHM bu doktrini geniş ölçüde kullanmaktadır¹⁹⁶². Dolayısıyla bu doktrin diğer Sözleşme ilkelerine kıyasen çok daha geniş kapsamlı bir literatüre ilham kaynağı olmuştur¹⁹⁶³. Fakat Mahkeme

¹⁹⁵² Greer, *The Margin of Appreciation*, s. 14.

¹⁹⁵³ "Takdir Marjı" terimi, resmen ilk kez Yunanistan tarafından İngiltere'ye karşı Kıbrıs'ta ayaklanmaya karşı koyma operasyonları sırasında insan hakları ihlalleri yapıldığı iddiasıyla getirdiği Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nu tarafından 1958 raporunda kabul edildi. (Greer, *The Interpretation*, s. 2; Greer, *The ECHR*, s. 222).

¹⁹⁵⁴ Fendoğlu, AİHM, s. 1.

¹⁹⁵⁵ Benvenisti, Eyal; "Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards", *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, s. 843.

¹⁹⁵⁶ Wildhaber, Luzius; "A Constitutional Future for the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, Vol. 23, 2002, s. 161-162; Thym, s. 106.

¹⁹⁵⁷ Lugato, s. 51-52; Reid, s. 61.

¹⁹⁵⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 160.

¹⁹⁵⁹ Macdonald, s. 83.

¹⁹⁶⁰ Greer, *The Interpretation*, s. 14.

¹⁹⁶¹ Brems, s. 241.

¹⁹⁶² Letsas, *Autonomous*, s. 296; García Roca, s. 13; Letsas, *Two Concepts*, s. 722.

¹⁹⁶³ Greer, *The Interpretation*, s. 2.

bu doktrin hakkında henüz genel bir teori geliştirmemiştir¹⁹⁶⁴. Bu sebeple takdir marjı hakkındaki doktrinsel tartışmaların çoğu AIHM'in belirlilikten yoksun bir tutum sergilediğine ilişkindir¹⁹⁶⁵. Öte yandan AIHM, Avrupa idealini tehlikeye atma riskinin olmadığı durumlarda ulusal takdir marjını tanımaktadır¹⁹⁶⁶. Sözleşme'de belirtilmeyen ancak içtihatlarla yerleşik hale gelen bu kavramın, Sözleşme'nin uygulandığı elli yıllık geçkin süreçte bir Avrupa standardının oluşturulamamış olmasından ötürü ortak bir Avrupa standardı yaratma ülküsünde yeri olmadığı gerekçesiyle bu doktrine karşı çıkanlar da¹⁹⁶⁷ mevcuttur¹⁹⁶⁸. Bu bağlamda Mahkeme'nin minimum Avrupa standartlarını kabul etme ya da reddetmeye ilişkin olarak tam bir metot geliştirememiş olması da eleştirilmektedir¹⁹⁶⁹. Fakat uluslara takdir marjının tanınmasının sebebi sadece ulusal hassasiyetlere saygı değil, spesifik olarak Avrupa ortak mirasının zenginliğini korumaktır¹⁹⁷⁰.

b. Takdir Marjı Doktrinin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Takdir marjı doktrini başlangıçta devletlerin ulusal güvenliklerinin tehlikeye atılabileceği endişesini karşıladı¹⁹⁷¹. Daha pratik açıdan ise, ulusal güvenlikle ilgili olmayan konulara doktrinin uzantısı yargı siyaseti gerekçesiyle açıklandı¹⁹⁷².

Takdir marjı doktrinini ortaya çıkaran çeşitli faktörler mevcuttur. Bu faktörler, “taraf devletlerin egemenlik yetkisi”¹⁹⁷³, “demokrasi ilkesi gereği kendini sınırlamak” (International self-restraint), “Sözleşme sisteminin devamını sağlamak”, “Sözleşme hükümlerinin gelişimini sağlamak”, “Subsidiarite

¹⁹⁶⁴ Brems, s. 241. Macdonald, s. 8; Greer, takdir marjı doktrinin uygulanabilir hukuk doktrinlerinin gerektirdiği tutarlılık ve minimum teorik spesifikliğin eksiliği sebebiyle gerçekten doktrin olup olmadığının tartışılabilir olduğunu belirtmektedir. (Greer, The Margin of Appreciation, s. 32).

¹⁹⁶⁵ Macdonald, s. 85.

¹⁹⁶⁶ Delmas Marty, s. 281.

¹⁹⁶⁷ Partly Dissenting Opinion of Judge De Meyer, Z./Finland, App. No. 22009/93, 25 February 1997.

¹⁹⁶⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 160; Gölcüklü, Demokratik Toplum, s. 115.

¹⁹⁶⁹ Macdonald, s. 84.

¹⁹⁷⁰ Delmas Marty, s. 281.

¹⁹⁷¹ Benvenisti, s. 846.

¹⁹⁷² Benvenisti, s. 846.

¹⁹⁷³ Benvenisti, s. 852; Lugato, s. 53; Arai-Takahashi, s. 86.

(tamamlayıcılık, yerindenlik) ilkesi¹⁹⁷⁴ , “Ortak Avrupa konsensüsü”¹⁹⁷⁵ yahut mirası¹⁹⁷⁶, “kültürel görelilik sorunu” gibi farklı başlıklar altında değerlendirilebilecek çok sayıda özgün nedeni bünyesinde barındırmaktadır¹⁹⁷⁷. Öte yandan bu doktrin AİHM’in eksik kalabileceği veya yanlış değerlendirebileceği yerel kurallara (aynı zamanda ihtiyaç ve şartlara) daha aşına olan ulusal otoritelerin kamu politikalarını belirlemede uluslararası yargıçlara göre daha iyi konumda olması¹⁹⁷⁸ (ki bu durum subsidiarite ilkesini açıklar), sosyal ve ahlaki kuralların ülkeden ülkeye değişmesi¹⁹⁷⁹, ülkelerin tarihi ve kültürel farklılıkların dikkate alınması sebepleriyle tanınmıştır¹⁹⁸⁰. *García Roca*’ya göre bu doktrinin kaynağı hakların uluslararası alanda korunması gerçekliğine dayanmaktadır¹⁹⁸¹.

Mahkeme’nin bu doktrini farklı alanlarda geliştirmesinin ilkesel nedenleri demokrasi, Sözleşme’nin uygulanmasında Mahkeme’nin ikincil nitelikte bir yetkiye sahip olması, her topluma özgü değerleri korumak ve her toplumun ihtiyaçlarını karşılamaktır¹⁹⁸². Nitekim uluslararası yargıcın Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin toplum hayatını gözleyip ihtiyaçlarını belirlemesi güçtür¹⁹⁸³. Pragmatik nedeni ise Mahkeme’nin kendi otoritesini kabul ettirme ve taraf devletleri Sözleşme sistemi içinde tutma kaygısı gösterilebilir¹⁹⁸⁴.

Takdir marjı doktrini kapsamında AİHS’in 1. ve 13. maddesi bizi özellikle yerindenlik ilkesine götürür¹⁹⁸⁵. AİHS’in 1. maddesi uyarınca, Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükleri tanımak öncelikle ve ilk aşamada Sözleşme’ye taraf devletlere ait bir yükümlülüktür. 13. maddeye göre Sözleşme’de yer alan haklarından herhangi

¹⁹⁷⁴ Lugato, s. 65 vd. Petzold, s. 59; Subsidiarite ilkesi, takdir marjının mantıksal sonuçlarından biridir. Nitekim ulusal yargıçlar standartları oluşturma, yargılama ve yorumlamada uluslararası mekanizmalara nazaran daha iyi ve avantajlı bir konumdadırlar. (Lugato, s. 67).

¹⁹⁷⁵ Delmas Marty, s. 281; Yourow, s. 91.

¹⁹⁷⁶ Teorik açıdan bakıldığında 19. yüzyılda devlet egemeliğine önem verilmesi sonucu, devlete yeni ve gelişen yükümlülükleri kabul ettirmenin tek yolu konsensüsten geçiyordu. (Benvenisti, s. 852).

¹⁹⁷⁷ Greer, *The Interpretation*, s. 3-4; Leach, ECHR, s. 162; Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Şirin, Tolga; “Takdir Marjı Doktrini (Margin of Appreciation) ve Türkiye Anayasa Mahkemesi İçin Anlamı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. II, S. 4, 2013, s. 363-405.

¹⁹⁷⁸ Greer, *The Interpretation*, s. 3; Legg, s. 174; Glas, s. 25; Letsas, *Two Concepts*, s. 709; Petzold, s. 58-59.

¹⁹⁷⁹ Arai-Takahashi, s. 3.

¹⁹⁸⁰ Lugato, s. 51; Arai-Takahashi, s. 214.

¹⁹⁸¹ García Roca, s. 13.

¹⁹⁸² Benvenisti, s. 846.

¹⁹⁸³ Gölcüklü, *Demokratik Toplum*, s. 115.

¹⁹⁸⁴ Çoban, s. 192.

¹⁹⁸⁵ Petzold, s. 45-46.

birisinin ihlal edildiğini ileri süren herkese ulusal makamlar önünde hakkını arama olanağı tanınmalıdır¹⁹⁸⁶. Yani hakkı korumak öncelikle ulusal yargı yargı sisteminin görevidir¹⁹⁸⁷. 35. madde de ise iç hukuk yolları tüketilmeden yapılan başvuruların kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir. Tüm bu hükümler Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlükleri sağlama yükümlülüğünün öncelikle taraf devletlerde olduğuna işaretir¹⁹⁸⁸. Mahkeme’nin belirttiği üzere, yerindenlik ilkesinin (subsidiarity)¹⁹⁸⁹ oluşturulmasında bu maddeler arasında mantıksal bir bağ vardır¹⁹⁹⁰. Hatta takdir marjının hukuki temelini yerindenlik ilkesi olduğu da ileri sürülebilir¹⁹⁹¹. Bu bağlamda taraf devletlere Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesinin yöntemi hakkında yani bu hakların nasıl korunacağı ve ne şekilde uygulanacağı hususunda takdir marjı tanınmıştır¹⁹⁹². Dolayısıyla, bu takdir marjı, Sözleşme sistemi içinde geçerli olduğu üzere doğrudan yerindenlik ilkesinden kaynaklanmakta¹⁹⁹³ ve bu ilkenin hayata geçmesini sağlamaktadır¹⁹⁹⁴. Takdir marjı için Sözleşme’nin 1’inci ve 19’uncu maddelerinin pozitif bir dayanak olabileceği ileri sürülse de, takdir marjı doktrininin, AİHS ve ek protokollerinde pozitif bir dayanağı bulunmamaktadır¹⁹⁹⁵.

AİHM’in yetkisi Sözleşme’nin insan haklarına saygı yükümlüğü getirmesi dolayısıyla bu görevin Sözleşme’de yer alan normlara uygun biçimde yerine getirilip getirilmediğini denetlemek suretiyle, Sözleşme hükümlerinin

¹⁹⁸⁶ Leach, ECHR, s. 160.

¹⁹⁸⁷ Matscher, s. 76.

¹⁹⁸⁸ Doğan, İnsan Hakları, s. 397; Çoban, s. 193.

¹⁹⁸⁹ Subsidiarity ilkesi ve uygulaması hakkında ayrıntı bilgi için bkz. Christoffersen, Jonas; Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, s. 227-356; Mowbray, Alastair; Subsidiarity and the European convention on Human Rights”, Human Rights Law Review, Vol. 15, 2015, s. 313-341. Glas, Liza R.; The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System, Intersentia Publishing, Cambridge, 2016, s. 24-28; Petzold, Herbert; “The Convention and the Principle of Subsidiarity”, The European System for the Protection of Human Rights, (Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 41 vd; Lugato, Monica; “The Margin of Appreciation and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity, Journal of Catholic Legal Studies, Vol. 52, No. 49, 2013, s. 49-70; Carozzo, Paolo G; “Subsidiarity as Structural Principle of International Human Rights Law”, 97 American Journal of International Law, 2003, s. 38-79; Follesdal, Andreas; “Survey Article: Subsidiarity”, The Journal of Political Philosophy, Vol. 6, No. 2, 1998, s. 190-218; ¹⁹⁹⁰ Mowbray, Alastair; Subsidiarity and the European convention on Human Rights”, Human Rights Law Review, Vol. 15, 2015, s. 319-320.

¹⁹⁹¹ García Roca, s. 14; Petzold, s. 59.

¹⁹⁹² Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 29; Bıçak, s. 108.

¹⁹⁹³ Mowbray, Subsidiarity, s. 321; García Roca, s. 14; Leach, ECHR, s. 160; Petzold, s. 59.

¹⁹⁹⁴ Legg, s. 174.

¹⁹⁹⁵ McBride, s. 23; Arslan Öncü, s. 378; Şirin, Takdir Marjı, s. 365.

uygulanmasına ikincil yetki ile katılmaktır¹⁹⁹⁶. Bu bağlamda takdir marjı doktrini¹⁹⁹⁷ iç hukukun uluslararası hukuka göre öncelikli olmasının bir başka ifadeyle Sözleşme'nin taliliği ilkesinin¹⁹⁹⁸ bir sonucu olarak benimsenmiştir¹⁹⁹⁹. Bu kabulün nedenlerinden biri taraf devletlerin gerçek anlamda etkin ve demokratik bir yargısal sisteme sahip oldukları varsayımdır²⁰⁰⁰. Bireysel ve toplumsal yaşam değerleriyle ilgili kamu menfaatlerini yorumlama konusunda prensip olarak taraf devlet daha iyi bir konumdadır²⁰⁰¹. Ayrıca takdir marjının tanınma amaçlarından bir diğeri Sözleşme'nin taraf devletlerin kültürel özelliklerinin göz önünde bulundurularak uygulanmasını sağlamaktır²⁰⁰². Böylelikle, demokratik devletlerin kendi toplumlarının özelliklerine göre farklı çözümler bulabilmelerini öngörülmektedir. Nitekim nihai olarak ihlali önleme, durdurma, sonuçlarını giderme, ulusal makam ve otoritelere bırakılmak durumundadır²⁰⁰³.

Takdir marjı doktrini AİHM tarafından ilk kez De Wilde, Ooms ve Versyp davasında²⁰⁰⁴ açıkça ifade edilmiştir²⁰⁰⁵. Bu davada takdir marjı 8. madde bağlamında ele alınmıştır²⁰⁰⁶. 7 Aralık 1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık davasından²⁰⁰⁷ bu yana Mahkeme, ulusal yasa koyucular ile ulusal yargı

¹⁹⁹⁶ Reid; s. 57; Jacobs/White/Obey, s. 84; Petzold, s. 59; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 157; Yüzbaşıoğlu, Necmi; "İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması", İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 397; Kaboğlu, Yorum Yöntemleri, s. 324; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 29; Bıçak, s. 109; Atakan, Arda; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XVI, S. 3-4, 2010, s. 29.

¹⁹⁹⁷ Takdir marjı doktrini, tarihsel temelini Fransa hukuku uygulamasında bulmaktadır. Doktrin, ilk kez Fransa Danıştay'ının (Conseil D'Etat) içtihatlarında, idarenin belli bir takdir marjı içinde değerlendirme yapma yetkisine haiz olduğu yönündeki tespitiyle ortaya çıkmıştır. (Uygun, Oktay; "Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi", Kamu Hukuku İncelemeleri- İnsan Hakları Demokrasi-Hukuk Devleti-Egemenlik, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 315-332; Arai-Takahashi, s. 3; Yourow, s. 14; Brems, s. 241; Atakan, s. 29; Şirin, Takdir Marjı, s. 363).

¹⁹⁹⁸ Arslan Öncü, s. 379

¹⁹⁹⁹ Kaboğlu, Yorum Yöntemleri, s. 324; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 29.

²⁰⁰⁰ Wildhaber, Luzius; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Luzius Wildhaber'in 25 Nisan Günü Ankara'da Anayasa Mahkemesi'ndeki Konuşması", (Çev. Mehmet Turhan), Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVII, Ankara, 2000, s. 28; Surlu, Mehmet Handan; "Avrupa Mahkemesi İnsan Hakları Kararlarının İcrası Bağlamında Adli Yargı Açısından Yargılamanın Yenilenmesi", İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 638.

²⁰⁰¹ Lugato, s. 65; Petzold, s. 59.

²⁰⁰² Akkurt, Kemal; "AİHM Kararları Işığında Kimlik ve İnsan Hakları, Türkiye'de İnsan Hakları Danışma Kurulu Tecrübesi", Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 1, 2010, s. 245.

²⁰⁰³ Konu ile ilgili ayrıntı bilgi için bkz. III. Bölüm, VIII., B., 2. başlığı.

²⁰⁰⁴ De Wilde, Ooms and Versyp/Belgium, App. No. 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18 June 1971.

²⁰⁰⁵ Brems, s. 243.

²⁰⁰⁶ Brems, s. 243.

²⁰⁰⁷ Handyside/United Kingdom, App No. 5493/72, 7 December 1976, par. 48; AİHM'nin takdir yetkisi doktrininin mantığını Handyside davasında açıkladığı ifade edilmektedir. (Dijk/Hoof, s. 83).

organlarının Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında belli ölçüde takdir marjına sahip olduklarını kabul etmiştir²⁰⁰⁸. Bunun sebebi Sözleşme standartlarını yerine getirme, ülkelerin hukuki, sosyal ve siyasi şartları ve yetenekleri doğrultusunda farklı şekillerde olabilir. Bu sebeple de ulusal makamlar, öngörülen standartları hayata geçirme yolları hakkında bir tercihe veya bir takdir marjına sahiptir²⁰⁰⁹. Ayrıca hakların korunmasını sağlayacak araçların seçiminde de devletin marjı bulunmaktadır²⁰¹⁰.

Sözleşme’de açıkça ifade edilmeyen takdir marjı kavramı, *Marguénaud* tarafından ılımlaştırıcı olarak nitelendirilip, Avrupa’nın inşası ile hukuki çoğulculuğun uzlaştırılması ve AİHM’in Avrupa ülkelerinde farklılık gösteren ekonomik, hukuki ve sosyal gerçekliklere uyum sağlanması gibi iki yönlü bir avantaj sunduğu belirtilmektedir²⁰¹¹. Bu yönüyle takdir marjı doktrini, teorik olarak gerekçelendirildiğinde toplumları demokrasiye teşvik eden bir araç olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır²⁰¹².

AİHM’in içtihatlarıyla oluşan bu doktrinin ulusal çeşitliliği koruduğu fakat ortak bir Avrupa standardı yaratma ülküsünde bu kavrama yer olmadığı ileri sürülmektedir²⁰¹³. Bu bağlamda, takdir marjı kullanılarak güvence altındaki haklara farklı açılar kazandırmanın, koruma sistemlerinin etkinliğini tahrip etme gibi sakıncaları doğurabileceği ileri sürülmektedir²⁰¹⁴. Öte yandan insan haklarının evrenselliği ilkesine göre insan hakları kültür, coğrafya yahut yaşam koşullarından bağımsız tüm insanlar için geçerli ahlaki normlardır ve herkes için aynı değere sahiptir²⁰¹⁵. Dolayısıyla takdir marjı doktrinin uygulanmasıyla, insan haklarının evrenselliğine karşın göreceliliği tartışmasında evrensellik ilkesinin zayıfladığı ileri sürülmektedir²⁰¹⁶. Nitekim hak ve özgürlüklerin ağır şekilde kısıtlandığı durumlarda uluslararası insan hakları kurumlarının demokrasi sisteminin bazı eksikliklerini

²⁰⁰⁸ Marguénaud, s. 52; Bu yönde Otto Preminger/Austria, App. No. 13470/87, 20 September 1994.

²⁰⁰⁹ Bıçak, s. 108.

²⁰¹⁰ Doğru/Nalbant, C. II, s. 1.

²⁰¹¹ Marguénaud, s. 52.

²⁰¹² Benvenisti, s. 849.

²⁰¹³ Partly Dissenting Opinion of Judge De Meyer, Z./Finland, App. No. 22009/93, 25 February 1997.

²⁰¹⁴ Marguénaud, s. 52.

²⁰¹⁵ Çoban, s. 194.

²⁰¹⁶ Benvenisti’ye göre takdir marjı doktrinin uygulanması belirli bir toplumda genel nüfusu etkileyen bazı konularda uygun olabilir iken çoğunluk ve azınlık arasındaki çatışmalar incelendiğinde, bu doktrinin uygunsuz olmasıdır. (Benvenisti, s. 847).

düzeltilmede önemli rolü olduğu savunulmaktadır²⁰¹⁷.

Mahkeme takdir marjının kapsamını, söz konusu hakkın doğasına ya da ihtilaf konusunda bir Avrupa uzlaşısı bulunup bulunmadığına göre ayarlamaya çaba gösterse de bu avantajlar ve sakıncalar arasındaki dengeyi korumak için kusursuz bir disiplin gerekmekte fakat AİHM bu disiplini her zaman gösterememektedir²⁰¹⁸.

c. Takdir Marjının Kapsamı Sorunu

(1) Genel olarak

Takdir marjı, Sözleşme yorumlama ilkeleri ve insan hakları hukukunun ve uygulama mekanizmalarının tamamlayıcı niteliği dolayısıyla uluslararası insan hakları yükümlülükleri ve uygulamasının içeriğinde yer almaktadır²⁰¹⁹. Takdir marjının esaslı kapsamı ise en net şekilde AİHS'in 8-11. maddesinde yer alan sınırlama maddelerinde sergilenmektedir²⁰²⁰.

Takdir marjı, AİHS ile tanınmış olan bir hakkın sınırlandırılması konusunda taraf devlete verilmiş bir yetkidir. Bu bağlamda AİHS'te tanınmış haklar ve bu hakları korumakla yükümlü taraf devletlerin mevzuatı ve uygulamaları açısından bakıldığında *Lavrysen*'e göre takdir marjı doktrininin uygun uygulama anahtarı hakları yasayla korumadır²⁰²¹. Bu bağlamda devletin hakları yasayla koruma yeterliliği her zaman takdir marjının genişliğinin belirlenmesinde bir araç olmalıdır²⁰²². Nitekim ulusal makamlar belirli bir takdir marjına sahip olmakla birlikte ancak bu takdir marjı sınırsız olmayıp²⁰²³ Mahkeme'nin denetimine tabidir²⁰²⁴. *Yourow*'a göre ise tüm Sözleşme sistemi göz önünde bulundurulduğunda

²⁰¹⁷ Benvenisti, s. 847.

²⁰¹⁸ Nitekim 13 Şubat 2003 tarihli *Odkvre/Fransa* kararında olduğu gibi, Mahkemenin ölçütleri bağlamında mantıklı olarak alması beklenen karardan uzaklaştığı düşünülmektedir. (Marguénaud, s. 52).

²⁰¹⁹ Lugato, s. 53.

²⁰²⁰ Letsas, *Two Concepts*, s. 710.

²⁰²¹ Lavrysen, s. 129.

²⁰²² Lavrysen, s. 129.

²⁰²³ Akkurt, s. 245.

²⁰²⁴ Doğru, *Örgütlenme Özgürlükleri*, s. 43.

takdir marjının kapsamına hakkın özel önemi ve içeriği dikkate alınarak karar verilir²⁰²⁵.

Devletlerin sonuç yükümlülüğüne işaret eden takdir marjının kapsamı her somut olayda farklıdır. Bu bağlamda marjın dar yahut geniş olması hakkın niteliğine ve ilgili konuda ortak bir Avrupa standardının bulunup bulunmamasına göre değişmektedir²⁰²⁶. Örneğin bu marj, devletin planladığı ekonomik, mali ve sosyal politika alanlarında geniş tutulmuştur²⁰²⁷. Bunun yanı sıra çocukların korunması gibi konularda da söz konusu pay özellikle geniş tutulmuştur. Mahkeme, çocuk bakımı ve aileye devletin müdahalesi konusunda taraf devletlerde farklılık olduğunu kabul etmektedir ve Sözleşme kapsamında davaları incelerken bu durumu göz önünde bulundurarak, bu konuda hareket eden devletlere belirli bir takdir hakkı bırakır.

Gölcüklü'ye göre takdir marjı Sözleşme uygulamasına hem gerçeklik hem de yumuşaklık katmıştır²⁰²⁸. Takdir marjının bu niteliği hakların korunması ve ilkelerin yorumlanması açısından Mahkeme'ye de esneklik kazandırmıştır²⁰²⁹. Bu sebeple de kapsam korunan hakkın konusuna ve niteliğine göre genişlemekte yahut daralmaktadır.

(2) Pozitif Yükümlülükler Açısından Takdir Marjının Kapsamı

Takdir marjı politikasının altında yatan genel ilkeler kamu ahlakı, ulusal güvenlik, düzenin bozulmasının ve suçların önlenmesi, Avrupa konsensüsü ve son olarak pozitif yükümlülüklerdir²⁰³⁰. Bu bağlamda AİHM takdir marjını Sözleşme hükümleri bakımından devletin pozitif yükümlülüğü de için de uygulamaktadır²⁰³¹.

²⁰²⁵ Yourow, s. 106. Bu yönde Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of Languages in Education in Belgium”, App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 July 1968, par. 5.

²⁰²⁶ Greer, The Exceptions, s. 17; Lavrysen, s. 126

²⁰²⁷ Şerife Yiğit/Turkey, App. No. 3976/05, 2 November 2010, par. 100; James and others/United Kingdom, App. No. 8793/79, 21 February 1986, par. 46

²⁰²⁸ Gölcüklü, s. 115; Gölcüklü, Demokratik Toplum, s. 115.

²⁰²⁹ Perrone, s. 365; Macdonald, s. 122.

²⁰³⁰ Arai-Takahashi, s. 82.

²⁰³¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s.160; Arslan Öncü, s. 382; Atakan, s. 30, dp.5.

Pozitif yükümlülükleri önlem alma ve sonuç yükümlülüğü şeklinde gruplandırarak incelersek²⁰³² sonuç yükümlülüğü (obligation of result) esasında takdir marjına işaret etmektedir. Çünkü taraf devletin Sözleşme’ye aykırılık oluşturan eylemini, devlet takdir marjı çerçevesinde ortadan kaldırma yükümlülüğü altındadır²⁰³³.

AİHM pozitif yükümlülüklerin ihlalinin söz konusu olup olmadığı konusunda takdir marjı analizini araç olarak kullanmaktadır²⁰³⁴. Bu bağlamda takdir marjı, ulusal makamlar tarafından müdahaleyi haklı göstermek adına ileri sürülen gerekçelerin makul olup olmadığına ya da müdahalenin demokratik toplum için gerekli olup olmadığına ve kullanılan araçların güdülen meşru amaçla orantılı olup olmadığına karar vermek açısından önem taşımaktadır²⁰³⁵.

İnsan haklarının korunması amacı söz konusu olduğunda devletin müdahalesinin söz konusu olduğu durumlara kıyasla pozitif yükümlülüklerle daha geniş bir takdir marjı tanınmasının uygun olduğu düşünülmektedir²⁰³⁶. Bu bağlamda AİHM’in de negatif yükümlülüklerle kıyasla pozitif yükümlülüklerle ilişkin davalarda taraf devletlere daha geniş takdir marjı tanıdığı görülmektedir²⁰³⁷.

AİHM hakları korumak için bazı hükümleri devletin pozitif yönde hareket etmesi yönünde yorumlamıştır²⁰³⁸. Bu durum da her somut olayda farklı bir değerlendirme ve sınır çizme konusunda taraf devletlere geniş bir takdir marjı tanımayı gerektirir²⁰³⁹. Nitekim bazı konularda Sözleşme’nin metni esnek bazı konularda ise oldukça sınırlı yorumlanmıştır²⁰⁴⁰. Örneğin, Sözleşme’nin 8.

²⁰³² Arslan Öncü, pozitif yükümlülükleri “önlem alma yükümlülüğü” ve “sonuç yükümlülüğü” şeklinde iki başlık şeklinde gruplandırarak incelemiştir. Hak ihlallerini önlemeye yönelik yükümlülükler altında yasa çıkarma yükümlülüğü, denetim ve kontrol yükümlülüğünü incelemiştir. Hak ihlallerini ortaya çıkarma ve cezalandırma yükümlülüğü altında ise özen prensibi, etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü ele almıştır. (Arslan Öncü, s.47 vd).

²⁰³³ Arslan Öncü, s. 52.

²⁰³⁴ Brems, s. 246.

²⁰³⁵ Şirin, Takdir Marjı, s. 372.

²⁰³⁶ Campbell, s. 411; Lavrysen, s. 126; Clapham, Human Rights, 222

²⁰³⁷ Lavrysen, s. 126; Bu yönde Women on Waves and others/Portugal, App. No. 31276/05, 3 February 2009, par. 40.

²⁰³⁸ Greer, The Margin of Appreciation, s. 29.

²⁰³⁹ Sophia Guðrún Hansen/Turkey, App. No. 36141/97, 23 September 2003, par. 97-98; Christine Goodwin/United Kingdom, App. No. 28957/95, 11 July 2002, par. 72; Johnston and others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986, par. 55; Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 38-42; Kroon and others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 31.

²⁰⁴⁰ Örneğin, AİHS’in 5. maddesinin 3. fıkrası bir suç işlendiği şüphesi ile gözaltına alınan herkesin “derhal” bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılmasını düzenlemiştir. Bu konuda “derhal” kavramının yorumu ve uygulamasında hareket

maddesinin ikinci fıkrası özel hayatın gizliliğine istisna getirdiğinden dar yorumlanmalıdır²⁰⁴¹.

AIHM Rasmussen kararında²⁰⁴², takdir marjının kapsamının koşullara, konuya ve konunun arka planına göre değişeceğini; bu noktada, ilgili faktörlerden bir diğerinin ise taraf devletlerin mevzuatlarının ortak bir zemininin olup olmasına bağlı olduğunu ifade etmiştir. Bu doğrultuda AIHM de yeknesaklığın olmaması gerekçesiyle ulusal makamlara geniş bir takdir marjı tanımıştır²⁰⁴³. Dolayısıyla ortak bir Avrupa konsensüsünün henüz oluşmadığı konularda²⁰⁴⁴ takdir marjı geniştir²⁰⁴⁵. Özellikle dava hassas ahlaki ve etik sorunlarla ilgiliyse Mahkeme'nin taraf devlete tanıdığı takdir marjı geniş olacaktır²⁰⁴⁶. Ticari ve kültürel²⁰⁴⁷, politik, ulusal güvenlik, ahlaki ve etik konularda devletlerin takdir marjı daha geniştir²⁰⁴⁸. Bu bağlamda ortak bir Avrupa konsensüsü aynı zamanda kesinlik, öngörülebilirlik gibi hukuk alanında hayati önemi haiz kriterleri sağlamaya da yaramaktadır²⁰⁴⁹.

AIHM Ress kararında pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda ulusal makamlara tanınan takdir marjını şu şekilde ifade etmiştir: “...*özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda, “saygı” kavramının kesin bir tanımı yoktur;*

alanının oldukça sınırlı olduğunu söylemek mümkündür. (Bıçak, s. 108); Bu yönde Brogan and others/United Kingdom, App. No. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, 29 November 1988.

²⁰⁴¹ Loucaides, s. 185.

²⁰⁴² Rasmussen/Denmark, App. No. 8777/79, 28 November 1984, par. 40; Sunday Times/United Kingdom, App. No. 6538/74, App. No. 26 April 1979, par. 59.

²⁰⁴³ Dijk/Hoof, s. 87; Atakan, s. 33.

²⁰⁴⁴ Transseksüellere cerrahi müdahale ve isim değiştirme koşullarında henüz Avrupa konsensüsü oluşmamıştır. (Arai-Takahashi, s. 84). Mahkeme, bazı Avrupa ülkelerinde homoseksüeller arasındaki istikrarlı fiili birlikteliklerin hukuken tanınması yönünde artan eğilime rağmen, taraf devletlerin arasında dar bir ortak zeminin olması sebebiyle, bu alanın devletlerin takdir yetkisinin geniş olduğuna kanaat getirmiştir. (Roagna, s. 13). Taraf devletler arasında konsensüsün olmadığı konulardan biri olan transseksüellerin yeni cinsel kimliklerini tanıyıp tanımama konusunda da Mahkeme takdir marjının geniş olduğunu belirtmiştir. (Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 33-34, 35, 37; Cossey/United Kingdom, App. No. 10843/84, 27 September 1990, par. 36, 40; Sheffield and Horsham/United Kingdom, App. No. 22985/93, 23390/94, 30 July 1998, par. 56-58, 61). Yine aynı yönde transseksüellerin ve eşcinsellerin velayet hakları ve evlat edinebilmeleri konusunda taraf devletlere geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. (X., Y. and Z/ United Kingdom, App. No. 21830/93, 20 March 1997, par. 44; Fretté/France, App. No. 36515/97, 26 February 2002, par. 41).

²⁰⁴⁵ Dröge, s. 390; Lavrysen, s. 126; Letsas, Autonomous, s. 296; Reid, s. 60; Marshall, Personal Identity, s. 40; Arslan Öncü, s. 382; Atakan, s. 33; Akkurt, s. 245; Çoban, s. 214; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 359. Letsas yorumlama teorisinde sadece konsensüsün rol oynamadığını AIHM'in birçok davada konsensüsten korunan hakkın ahlaki gerçeğine doğru uzaklaşıldığını ileri sürmüştür. (Letsas, Autonomous, s. 297).

²⁰⁴⁶ Roagna, s. 45; Reid, s. 60; Arden, s. 504; Korff, s. 3; Akkurt, s. 245; Çoban, s. 214.

²⁰⁴⁷ Akkurt, s. 245.

²⁰⁴⁸ Reid, s. 60.

²⁰⁴⁹ Letsas, Autonomous, s. 305.

Sözleşmeci Devletlerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında, bu kavramın gerekleri olaydan olaya büyük ölçüde değişir. ...Devletlerin birçoğu, mevzuatı, yargısal içtihatları veya idari pratikleri vasıtasıyla, transseksüellere yeni kazandıkları kimliklerine uyacak şekilde şahsi statülerini değiştirme imkânı vermektedirler. Ancak Devletler, bu imkânı çeşitli ağırlık derecelerindeki şartlara tabi tutmuşlar ve örneğin daha önce üstlenilen yükümlülükler bakımından açık bazı çekinceler koymuşlardır. Böyle bir imkân, diğer bazı Devletlerde halen veya henüz bulunmamaktadır. O halde bu alanda Sözleşmeci devletler arasında pek küçük bir ortak temel bulunduğunu, bu konuda hukukun genel olarak bir geçiş aşamasında olduğunu söylemek doğru olur. O halde bu konuda Sözleşmeci Devletler, geniş bir takdir alanına sahiptirler.”²⁰⁵⁰.

AİHM’in takdir marjının kapsamı konusundaki tutumu yukarıda kategorize ettiğimiz şekilde her davada tutarlı değildir. Bu şekilde devletlere tanınan takdir marjı konusunda çelişkili bir yaklaşım ortaya koyması sebebiyle de doktrinde eleştirilmektedir²⁰⁵¹. Örneğin, Kroon ve Diğerleri kararında²⁰⁵², çocuk ve ebeveynlerin menfaatleri öne çıkarılarak devlete çok az bir takdir marjını tanınmışken, Gül/İsviçre kararında çocuğun ailesiyle birleşmesinin reddinin 8. maddenin ilk fıkrası bağlamında bir müdahale teşkil etmediğine karar vererek²⁰⁵³ devlete tanınan takdir marjını geniş yorumlanmıştır²⁰⁵⁴. Aynı şekilde Ahmut/Hollanda kararında²⁰⁵⁵ da Mahkeme geniş bir takdir marjına imkan tanımıştır²⁰⁵⁶.

Pozitif yükümlülükler alanında takdir marjının daha geniş olduğu sıklıkla söylene de içtihat hukuku ve normatif argümanların gösterdiği üzere durum böyle değildir²⁰⁵⁷. Ayrıca devletin takdir marjı kapsamındaki farklılığın pozitif

²⁰⁵⁰ Ress/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986. Kararın çevirisi için bkz. Doğru, Osman; İHAMİ, C. II, Birinci Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 132.

²⁰⁵¹ MacDonald, s. 85.

²⁰⁵² Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994.

²⁰⁵³ Gül/Switzerland, App. No. 23218/94, 19 February 1996, par. 38-43.

²⁰⁵⁴ Atak, s. 109.

²⁰⁵⁵ İlgili kararda AİHM, Hollandalı yetkililerin Ahmut’un bir süredir yaşadığı ülkeye 15 yaşındaki oğlunun girişine izin vermemelerinin 8. maddenin ihlali olmadığına hükmetmiştir. (Ahmut/Netherlands, App. No. 21702/93, 28 November 1996, par. 67-73).

²⁰⁵⁶ Atak, s. 109.

²⁰⁵⁷ Dröge, s. 390.

yükümlülüklerin Mahkeme'ye taşınabilirliği ve sorgulanabilirliği açısından eksiklik doğurduğu yönündeki iddia da geçerli değildir²⁰⁵⁸.

Pozitif yükümlülükler ile takdir marjının geniş kapsamı arasındaki simbiyotik (ortak yaşam) bağ taraf devletlerin ailelerin yeniden birleşmesine yönelik özel imkanlar ve hizmetler sağlaması gerektiğinde kendini gösterebilir²⁰⁵⁹. Örneğin Olsson kararında²⁰⁶⁰ Mahkeme ulusal otoritelerin takdiri doğrultusunda çocuğun öz anne babasıyla iletişim kurmasının 8. madde kapsamında çocuğun menfaatine zarar verebileceğini belirtmiştir²⁰⁶¹.

d. Takdir Marjı Doktrini ile Oranlılık İlişkisi

Yargı kararları yoluyla yaratılıp geliştirilen takdir marjı ve oranlılık ilkesi²⁰⁶² kanun koyucunun kanunu yasama sürecinden geçirirken makul bir neden göstermesinin yeterli olduğu 'rasyonellik denetimi'; ulusal bir tedbiri meşrulaştırmak için 'zorlayıcı devlet menfaati' veya 'önemli nedenler'in gösterilmesi gerekliliği konusunda farklı yoğunlukta yargı denetimini mümkün kılan referans çerçevesini ifade eder²⁰⁶³.

AİHM hem takdir marjı doktrini hem de oranlılık ilkesini çatışan Sözleşme haklarının çözümünde kullanmaktadır²⁰⁶⁴. Ayrıca AİHM takdir marjı doktrinini sadece "oranlılığın" açıkça görüldüğü hükümlere (Sözleşme'nin madde 8-11., 14., 15 ve Protokol No.1, madde 1 gibi) ilişkin olarak değil, Sözleşme'nin tümüne egemen genel ve merkez bir ilke sıfatıyla kullanmaktadır²⁰⁶⁵.

AİHM, kararlarında bir hakkın ya da hakka ilişkin sınırların yahut bir ihlal iddiasının yorumlanmasında "*ortak bir Avrupa standardı*" ifadesinin güçsüz kaldığı durumda hukuki ve daha güçlü olan orantılılık ve takdir marjı ölçütleri devreye sokulmaktadır.

²⁰⁵⁸ Dröge, s. 390.

²⁰⁵⁹ Arai-Takahashi, s. 86.

²⁰⁶⁰ Olsson/Sweeden (No. 2), App. No. 13441/87, 27 November 1992, par. 90.

²⁰⁶¹ Arai-Takahashi, s. 86.

²⁰⁶² Legg s. 178.

²⁰⁶³ Roagna, s. 45.

²⁰⁶⁴ Greer, The ECHR, s. 220.

²⁰⁶⁵ McBride, s. 23; Gözübüyük/Gölcüklü, s.160.

Oranlılık değerlendirmesine yönelik olarak devletin takdir marjı söz konusudur²⁰⁶⁶. Bu bağlamda takdir marjı doktrini oranlılık doktrini ile birlikte yürüyüp uygulanmaktadır²⁰⁶⁷ hatta takdir marjı doktrini oranlılık ilkesini bünyesinde barındırmaktadır²⁰⁶⁸. Ayrıca oranlılık ilkesi, çoğu zaman devletlerin, demokratik toplumlarda gereklilik ölçütüne dayanarak bazı haklara müdahalelerinde kullandıkları takdir marjını denetleme işlevini görmektedir²⁰⁶⁹. Bu bağlamda oranlılığı takdir marjını düzeltici ve sınırlayıcı bir ilke olarak tasvir etmek yanlış olmayacaktır²⁰⁷⁰. 8. madde kapsamında objektif bir demokratik toplumda gereklilik testi önerilmesine rağmen, oranlılık ilkesi de takdir marjının değişkenliğine imkan vermektedir²⁰⁷¹. Bu sebeple takdir marjı doktrininin oranlılık ilkesini sınırlayıp makul düzeye taşıyan bir tedbir olduğunu ileri sürenler de vardır²⁰⁷². Dolayısıyla ilke çok yönlü ve çok amaçlı bir rol üstlenmektedir. Nitekim *Arai-Takahashi*'nin ifadesiyle oranlılık ilkesini takdir marjının diğer tarafı olarak ifade etmek mümkündür²⁰⁷³.

Oranlılık ilkesinde olduğu gibi takdir marjı uygulamasında da bu yetkinin alanı uygulandığı hak ya da özgürlüğün mahiyetine göre genişlemekte ya da daralmaktadır. Örneğin; “genel ahlak”²⁰⁷⁴, “sağlık”, “ulusal güvenlik”, “kamu yararı” gibi kapsamının belirlenmesinin güç olduğu sınırlandırma sebeplerinde geniş, “demokratik toplum gerekleri” gibi ölçütlerinin evrensel standart kazandığı alanlarda ise dardır²⁰⁷⁵. Bu anlamda etkili koruma ve oranlılık ilkesine bağlı olarak takdir marjının ölçüsü, belirli bir pozitif yükümlülüğün nasıl yerine getirileceğine ilişkin olarak ortaya çıkar²⁰⁷⁶.

²⁰⁶⁶ Dröge, s. 390.

²⁰⁶⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s.160.

²⁰⁶⁸ Roagna, s. 45.

²⁰⁶⁹ Marguénaud, s. 53.

²⁰⁷⁰ Arai-Takahashi, s. 193; Matscher, s. 79.

²⁰⁷¹ Greer, The Margin of Appreciation, s. 10.

²⁰⁷² Gözübüyük/Gölcüklü, s.160; Atakan, s. 30; Bu yönde Mellacher and the others/Austria, App. No. 10522/83; 11011/84; 11070/84, 19 December 1989 par. 47; Heintz/France, App. No. 13616/88, 22 September 1994, par. 45-49.

²⁰⁷³ Arai-Takahashi, s. 14.

²⁰⁷⁴ İsviçre Raelyen Hareketi/İsviçre Kararı, ulusal makamların, bir afişin içeriğinin, ahlakın korunmasına ilişkin yasal kriterleri karşılayıp karşılamadığının incelenmesinin devletlerin takdir marjına bırakılmasına ilişkindir. (Mouvement raëlien suisse/Switzerland, App. No. 16354/06, 13 July 2012).

²⁰⁷⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s.160; Atakan, s. 32.

²⁰⁷⁶ Greer, The Margin of Appreciation, s. 30.

Takdir marjı, oranlılık ilkesinden daha geniştir ve içerisinde farklı seviyelerdeki yoğunlukta yargı denetimini mümkün kılan bir referans çerçevesini ifade etmektedir²⁰⁷⁷. *McBride*'a göre takdir marjı doktrininin potansiyel etkisi, oranlılık testinin etkisini zayıflatmaktır²⁰⁷⁸.

Oranlılık ilkesi devlete pozitif yükümlülük getirilmesini gerektiren durumların değerlendirilmesinde kullanılmaktadır²⁰⁷⁹. Bu ilke bazı vakalarda birey menfaatlerinin lehine, bazen de kamu menfaatlerinin lehine rol üstlendiğinden, ilkenin her zaman aynı mantığa hizmet ettiğini söylemek zordur²⁰⁸⁰. Devlet, 8. madde kapsamında özel hayat ve aile hayatını koruma yönteminin seçiminde de belirli bir takdir marjına sahiptir²⁰⁸¹. Dolayısıyla bu hakka müdahale ve müdahalenin amacı arasındaki dengenin değerlendirilmesinde de oranlılık önem kazanmaktadır²⁰⁸². Bu bağlamda takdir marjı doktrini de oranlılık ilkesi gibi menfaatler arasında denge kurma yahut iki durum arasında tercih yapmak gerektiği zaman ortaya çıkmaktadır²⁰⁸³. Çoğu durumda, takdir hakkını kullanırken, devletlerden, çakışan kişisel/kamusal yararları ile Sözleşme hakları arasında denge kurması beklenir²⁰⁸⁴. Bu açıdan dengeyi kurmada, oranlılık ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir. Mahkeme de, Sözleşme'yi yorumlarken, bireyin çıkarlarıyla, devletin genel çıkarları arasında bir uzlaşma sağlayabilmesi için, ulusal takdir marjı ve oranlılık gibi esnek ve şekillendirilebilen bu iki kavramı kullanarak en zor durumlardan bile sıyrılmaktadır²⁰⁸⁵.

Oranlılık ilkesi bir nevi nitelik değerlendirmesi, takdir marjı ise genişletici kavramları dengeleyen başlıca ölçüttür. Bu doğrultuda Mahkeme ulusal takdir marjı

²⁰⁷⁷ Roagna, s. 44.

²⁰⁷⁸ McBride, s.29.

²⁰⁷⁹ Arai-Takahashi, s. 91.

²⁰⁸⁰ Marguénaud, s. 53; Mahkeme'nin şu anda orantılılığı anlama biçimiyle ilgili sorunlardan biri hakların ön plana çıkma ilkesi Strazburg'da sürekli olarak tanınmadığından, başvuranın veya davalı devletin, söz konusu müdahalenin orantılı olduğunu kanıtlama yükünün olup olmadığı konusunda belirsizlik vardır. Strasbourg içtihatlarındaki Sözleşme haklarına müdahale etmenin gerekçeleri olarak sıkça kullanılan bazı ifadeler (müdahale “uygun ve yeterli” olmalı, “gerekliliği”, “istisnalar dar yorumlanmalı”, “acil bir sosyal ihtiyaç” ile meşru kılınmalı, kamu politikası “insan hakları açısından en az külfetli yol” olarak izlenmeli) hükümetin belirli bir müdahalenin orantılı olduğuna karar vermesinin yükünü taşıdığı görüşünü desteklemektedir. (Greer, The Interpretation, s. 11).

²⁰⁸¹ Kilkelly, s. 12.

²⁰⁸² Kilkelly, s. 12.

²⁰⁸³ Gözübüyük/Gölcüklü, s.160.

²⁰⁸⁴ Roagna, s. 45.

²⁰⁸⁵ Marguénaud, s. 52.

dolayısıyla genişlettiği kavramları oranlılık değerlendirmesine tabi tutmaktadır²⁰⁸⁶. Bir davada, ulusal makamlara tanınan takdir marjının kapsamı, oranlılık denetiminin yoğunluğunu da etkilemektedir. Nitekim takdir marjı ne kadar geniş tutulursa, ters orantılı olarak oranlılık denetiminin kapsamı o kadar daralmakta ve denetim yoğunluğu o ölçüde azalmaktadır²⁰⁸⁷. Takdir marjının sınırlandığı durumlarda Mahkeme ihtilaf konusunu değerlendirirken oranlılık ilkesine başvurmaktadır²⁰⁸⁸.

Doktrinde bazı koşullarda oranlılık ilkesi, sorumluluktan kaçınma ve objektif standartlardan feragat edildiği yönünde tartışılabilir²⁰⁸⁹, AİHM yargılamasının uluslararası niteliği dolayısıyla ona gerçekten ihtiyaç duyulup duyulmadığı sorgulanabilir²⁰⁹⁰. Bu kuramsal tereddüt, karşıt menfaatlerin her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesinden kaynaklanan başka bir tereddütlü durumun ortaya çıkmasıyla daha da güçlendiğinden AİHM'in oranlılık ilkesini uygulamasını ilk planda tutarlı olarak nitelemek yerinde değildir²⁰⁹¹.

Demokratik hukuk devletinde kamu otoritelerinin işlem ve eylemlerinde keyfiliğin önlenmesi için takdir marjının muhakkak oranlılık ilkesiyle birlikte yan yana uygulanması gerekir. Aksi takdirde birey haklarına yönelik keyfi müdahaleler takdir marjı doktrinin gölgesi altında kendisine meşru zemin bulacaktır²⁰⁹².

e. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Bakımından Takdir Marjı Doktrinin Uygulama Alanı

Pozitif yükümlülüklerin niteliği haklara göre farklılıklar taşımaktadır ve bu tür yükümlülüklerde takdir marjı doktrininin oynadığı rolü tam anlamıyla ortaya koyabilmek için her hak ve farklı nitelikteki pozitif yükümlülükler için ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır²⁰⁹³. Bu nedenle, özel hayata ve aile hayatına müdahaleyi gerektirecek kamuyu ilgilendiren bir sorunun varlığını ve çözüm yollarını takdir

²⁰⁸⁶ Kaboğlu, Yorum Yöntemleri, s. 326.

²⁰⁸⁷ Atakan, s. 36.

²⁰⁸⁸ McBride, s. 29.

²⁰⁸⁹ Dijk/Hoof, s. 586 vd. McBride, s. 29.

²⁰⁹⁰ McBride, s. 29.

²⁰⁹¹ Marguénaud, s. 53

²⁰⁹² Çoban, s. 190.

²⁰⁹³ Çoban, s. 206.

etmek, öncelikle ulusal makamların işidir. Ulusal makamların takdir yetkisi sadece idarenin değil, öte yandan yasama ve yargı organlarının takdir yetkisi kapsamaktadır²⁰⁹⁴.

Takdir marjı doktrininin en yoğun uygulama alanı bulduğu haklardan biri, özel ve aile hayatına saygı hakkıdır²⁰⁹⁵. Şöyle ki 8. maddenin özel niteliklerinden biri Mahkeme'nin devletlere geniş bir takdir marjı tanınmasına yol açmasıdır²⁰⁹⁶. Sözleşme'nin bu maddesi bakımından geniş bir takdir marjı tanınmasının²⁰⁹⁷ sebebi hükmün geniş kapsamlı olmasından kaynaklanmaktadır²⁰⁹⁸. Buna paralel olarak 8. madde kapsamında korunan farklı haklar bağlamında takdir marjı doktrinin uygulama alanı doğmuştur. Örneğin; eşcinsellik²⁰⁹⁹, gizli denetleme²¹⁰⁰, çocukların kamu tarafından korunması²¹⁰¹, yabancıların sınır dışı edilmesi²¹⁰², konutun aranması²¹⁰³ konularında takdir marjı analizi büyük rol oynamıştır²¹⁰⁴. Dolayısıyla takdir marjı analizinin davadan davaya değişmesinin altında yatan etken her davada hukuken korunan menfaatin farklı olmasıdır. Bu sebeple hakkın niteliği ve doğası taraf devletlerin, madde 8'e yönelik bir müdahalesinin orantılı olup olmadığına karar verilirken sahip olduğu takdir marjının darlığını ya da genişliğini belirleyen unsurların en önemlisidir²¹⁰⁵. Dolayısıyla, "sağlık", "genel ahlak", "ulusal güvenlik" gibi²¹⁰⁶ sübjektif meşru amaçların söz konusu olduğu durumlarda veya mülkiyet hakkı gibi kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda ulusal takdir marjına tanınan alanın geniş tutulduğu, buna karşın, "demokratik toplum gerekleri" gibi

²⁰⁹⁴ Şimşek, S., s. 8.

²⁰⁹⁵ Şirin, Takdir Marjı, s. 372.

²⁰⁹⁶ Akandji Kombe, s. 37.

²⁰⁹⁷ Reid, s. 61.

²⁰⁹⁸ Dröge, s. 390.

²⁰⁹⁹ Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, Norris/Ireland, App. No. 10581/83 26 October 1988.

²¹⁰⁰ Klass and others/Germany, App. No. 5029/71, 6 September 1978; Leander/Sweedon, App. No. 9248/81, 26 March 1987.

²¹⁰¹ Bu yönde Olsson/Sweden (No. 2), App. No. 13441/87, 27 November 1992; Eriksson/Sweden, App. No. 11373/85, 22 June 1989, Margareta and Roger Andersson/Sweden, App. No. 12963/87, 25 February 1992.

²¹⁰² Berrehab/Netherlands, App. No. 10730/84, 21 June 1988; Moustaquim/Belgium, App. No. 12313/86, 18 February 1991.

²¹⁰³ Funke/France, App. No. 10828/84, 25 February 1993; Cremieux/France, App. No. 11471/85, 25 February 1993; Mialhe/France (No.1), App. No. 12661/87, 25 February 1993; Murray/United Kingdom, App. No. 14310/88, 28 October 1994.

²¹⁰⁴ Brems, s. 244.

²¹⁰⁵ Arslan Öncü, s. 381; Atakan, s. 323.

²¹⁰⁶ Reid, s. 60; Yourow, s. 107.

artık evrensel bir standarda kavuşmuş olan ölçütlerin söz konusu olduğu durumlarda ise daraltıldığı belirtilmektedir²¹⁰⁷.

AIHS'in 8. maddesinde korunan haklardan kişinin varlığına ya da kimliğine ilişkin konularda ve bununla birlikte taraf devletler arasında yeknesak bir anlayışın ve uygulamanın söz konusu olduğu konularda takdir marjı dardır²¹⁰⁸. Takdir marjına ilişkin 8. madde kapsamında önde gelen davalardan biri olan Dudgeon davasında başvuru Kuzey İrlanda'da yetişkinler arası rızaya dayalı eşcinsel ilişkilerin mevzuatta suç olarak düzenlenmesine yöneliktir²¹⁰⁹, AIHM özel hayatı sadece sınırlama amacının niteliğinin değil aynı zamanda ilgili müdahalenin niteliğinin de takdir marjının kapsamını etkileyeceğini belirtmiştir. Ayrıca cinsellik gibi özel hayatın en mahrem yönleri söz konusu olduğunda takdir marjının dar olduğunu ve bu alana kamu tarafından müdahalede bulunulabilmesi için özellikle ciddi nedenlerin olması gerektiğini vurgulamış²¹¹⁰ ve 8. maddenin ihlal edildiğini belirtmiştir²¹¹¹.

Mahkeme, takdir marjı doktrininin taraf devletlere sınırsız bir takdir hakkı vermediğini belirtmiş ve Mahkeme'nin devletlerin Sözleşme'nin yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamaktan sorumlu olduğunu ifade etmiştir²¹¹². Bu nedenle, 8. madde söz konusu olduğunda, Sözleşme haklarından birine müdahalenin 8. maddenin ikinci fıkrası kapsamında haklı olup olmadığını belirleme konusunda nihai karar verme rolünü Mahkeme üstlenmiştir ve böylece ulusal takdir marjı, AIHM denetimiyle birarada düşünülmelidir²¹¹³.

Mahkeme, söz konusu takdir marjına iki temel durumda başvurmuştur. Bunlardan ilki, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına yapılan bir müdahalenin, ikinci fıkrada belirtilen kamu menfaati dayanağına göre yerinde olup olmadığını belirlerken yapılan değerlendirmedir. İkincisi ise, bir devletin, bu hüküm kapsamındaki pozitif yükümlülüklerine uymak için yeterince çaba sarf edip etmediğini değerlendirmedir²¹¹⁴.

²¹⁰⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 160; Atakan, s. 32.

²¹⁰⁸ Arslan Öncü, s. 381; Roagna, s. 45.

²¹⁰⁹ Greer, The Margin of Appreciation, s. 35; Jacobs/White, s. 191; Yourow, s. 84.

²¹¹⁰ Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 52.

²¹¹¹ Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 63.

²¹¹² Kilkelly, s. 12.

²¹¹³ Kilkelly, s. 12, Yourow, s. 85.

²¹¹⁴ Kilkelly, s. 11.

Özel ve aile hayatına saygı bağlamında takdir marjına uygulama alanı sağlayan bazı kavramlar mevcuttur. 8. maddede yer alan “saygı gösterilmesi” ifadesi, devletin sadece müdahalede bulunmamayı değil, aynı zamanda bu hakların fiilen kullanılmasına imkan verecek önlemleri alma hususunda pozitif yükümlülükleri olduğunu belirtmektedir²¹¹⁵. Devletler, madde kapsamındaki yükümlülükleri yerine getirirken kullanacakları araç ve tedbirleri seçme serbestisine sahiptirler. Bunun doğal bir sonucu olarak, Sözleşme organlarının taraf devletlere pozitif yükümlülük getirmeleri durumunda bu pozitif yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği konusunda, taraf devletlerin takdir marjı kapsamı geniştir²¹¹⁶. “Saygı” kavramının net bir tanımı olmadığından “saygı” kavramının gereklilikleri davadan davaya değişir²¹¹⁷.

Özel ve aile hayatına saygı bağlamında takdir marjının en önemli ve en geniş uygulama alanı ise “genel ahlaka” dayanan sınırlandırmalar konusundadır²¹¹⁸. Bunun sebebi Avrupa’da yeknesak genel ahlak anlayışının yokluğu ve taraf devletlerin belirli davalarda yerel değerleri değerlendirmede daha iyi bir konumda bulunmasıdır²¹¹⁹. Bu bakış açısı doktrinde, ahlaki görelilik fikrine ağırlık verilmesi ve insan haklarının evrenselliğini tehlikeye atması nedenleri ileri sürülerek eleştirilmektedir²¹²⁰. *Benvenisti*’ye göre bu doktrin, özgürce uygulanırsa, ulusal politikaların üstesinden gelen uluslararası insan hakları uygulama vaadini ciddi şekilde zayıflatabileceği gibi ayrıca uluslararası organlara başvurunun güvenilirliğini tehlikeye atabilir²¹²¹. Öte yandan içtihatlarda kamusal ahlak kavramının da en çok karşımıza çıktığı alanlardan biri özel hayatın korunmasıdır²¹²². Nitekim ahlak kuralları toplumdan topluma ve zamana göre değiştiğinden²¹²³ ve

²¹¹⁵ Atak, s. 108.

²¹¹⁶ Şirin, Takdir Marjı, s. 372.

²¹¹⁷ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 31; Abdülaziz, Cabales and Balkandali/United Kingdom, App No. 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28 May 1985, par. 67; X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 24; Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 37; Johnston and others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986, par. 55; Plattform “Ärzte Für Das Leben”/Austria, App. No. 10126/82, 21 June 1988, par.34. Cossey/United Kingdom, App. No. 10843/84, 27 September 1990, par. 37. B./France, App. No. 13343/87, 25 March 1992, par. 44.

²¹¹⁸ Letsas, Two Concepts, s. 723; Şirin, Takdir Marjı, s. 372.

²¹¹⁹ Letsas, Two Concepts, s. 723.

²¹²⁰ Benvenisti, s. 844.

²¹²¹ Benvenisti, s. 844.

²¹²² Çoban, s. 214.

²¹²³ Perrone, s. 366.

“ahlak” sosyolojik bir kavram olduğundan genel geçer bir sınırının çizilmesi ya da sınırlama sebebi olarak bu husustaki somut kriterlerin belirlenmesinin güçlüğü ortadadır.

Bu doğrultuda Mahkeme çözümü ahlaki veya etik sorunlar ileri sürüldüğünde, davalı devlete önemli derecede geniş takdir hakkı tanımada bulmuştur²¹²⁴. Örneğin Handyside davasında²¹²⁵ AİHM, farklı taraf devletlerin iç hukukuna göre Avrupa çapında tek bir ahlak kavramı oluşturma mümkün olmadığına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca ahlakın gerekleri konusunda ilgili kanunların benimsediği görüşlerin hızlı ve kapsamlı bir şekilde değiştiği günümüzde, ahlak kavramının zamana ve mekana göre değişkenlik gösterdiğini vurgulamıştır²¹²⁶. Bu minvalde özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı bakımından Strasbourg organları tarafından takdir marjının kapsamının belirlenmesinde taraf devletler arasındaki konsensüs belirleyici rol oynamaktadır. Bu noktada AİHM’in transseksüel hakları hakkındaki içtihadı²¹²⁷, takdir marjının belirlenmesinde sözleşmeciler devletler arasında uzlaşmanın temel bir yorumlayıcı ilke olduğu düşüncesine mükemmel bir örnektir²¹²⁸.

AİHM de Müller ve diğerleri/İsviçre kararında²¹²⁹ genel ahlakın korunması için getirilecek cezalar, sınırlamalar ve alınacak tedbirlerin gerekliliği konusunda “ulusal makamların uluslararası yargıçlara göre çok daha iyi bir pozisyonda olduğunu” vurgulamıştır²¹³⁰. Mahkeme ulusal yetkililerin, ulusal düzeyde belirlenen hassas ve karmaşık konulara daha yakın oldukları için, her bir davanın şartlarını daha iyi değerlendirebileceklerini ve en uygun çözüm yolunu belirleyebileceklerini kabul etmektedir. Örneğin, çocukların bakımı söz konusu olduğunda ulusal yetkililer, bakım konusunda önlem alma aşamasında veya alınan önlemler uygulandıktan hemen sonra ilgili kişilerle doğrudan temasa geçebilir²¹³¹.

²¹²⁴ Roagna, s. 46. Aynı yönde: Evans/United Kingdom, App. No. 6339/05, 10 April 2007, par. 77. Fretté/France, App. No. 36515/97, 26 February 2002, par. 41; Christine Goodwin/United Kingdom, App. No. 28957/95, 11 July 2002, par. 85.

²¹²⁵ Handyside/United Kingdom, App. No. 5493/72, 7 December 1976.

²¹²⁶ Kil Kelly, s. 12.

²¹²⁷ Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986.

²¹²⁸ Letsas, Two Concepts, s. 727.

²¹²⁹ Müller and others/Switzerland, App. No. 10757/84, 24 May 1988, par. 35.

²¹³⁰ Şirin, Takdir Marjı, s. 372.

²¹³¹ Kil Kelly, s. 12.

Bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında Sözleşme'nin 8. maddesine uygunluğu sağlamaya yönelik tedbirlerin seçimi, devletin üzerindeki yükümlülükler ister pozitif ister negatif olsun, kural olarak Sözleşmeciler devletlerin takdir marjı içine giren bir konudur. Özel hayata saygıyı güvenceye almanın farklı yöntemleri olsa da devletin yerine getirmesi gereken yükümlülüğün niteliği, özel hayatın ihtilafa konu olan spesifik boyutuna bağlıdır²¹³². Örneğin, bireyin varlığı veya kimliğinin özellikle önemli bir yönü tehlikede ise ya da söz konusu faaliyetler özel hayatın en mahrem yönünü ilgilendiriyorsa devlete tanınan takdir marjı o ölçüde dardır²¹³³.

AİHM Dudgeon kararında sadece sınırlama amacının niteliğinin değil, aynı zamanda kapsadığı eylemin doğasının da takdir marjının kapsamını etkileyen bir faktör olduğunu ifade etmiştir. Dava konusu olay, mahkemeye göre özel yaşamın en mahrem yönleriyle ilgili olması dolayısıyla ulusal makamlar tarafından gerçekleştirilen, bu konudaki müdahalelerin 8. maddenin ikinci fıkrası anlamında haklı olabilmesi için, özel olarak ciddi nedenlerin mevcut olması zorunludur²¹³⁴.

Genel olarak AİHM'in güncel içtihatları değerlendirildiğinde ise, transseksüellerin hukuki statülerinin kabul edilmesi²¹³⁵, soyadı hakkı konusunda, cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaması²¹³⁶ konularında devletlerin takdir marjının olmadığı görülmektedir²¹³⁷. Bunun yanında özel yaşamın dâhili öğeleri²¹³⁸, konut dokunulmazlığı²¹³⁹, kişisel verilerin korunması²¹⁴⁰, avukat ve müvekkili arasındaki yazışmaların mahremiyeti²¹⁴¹ ve eşcinsellerin evlat edinmeleriyle²¹⁴² ilgili konularda da ulusal makamların takdir marjının oldukça dar sayıldığı gözlemlenmektedir²¹⁴³. Neticede takdir marjının sınırlarının büyük ölçüde söz

²¹³² Söderman/Sweeden, App. No. 5786/08, 12 November 2013, par. 79; X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 24; Odièvre/France, App. No. 42326/98, 13 February 2013, par. 46, Von Hannover/Germany (No. 2), App. No. 40660/08 and 60641/08, 7 February 2012, par. 104.

²¹³³ Söderman/Sweeden, App. No. 5786/08, 12 November 2013, par. 79.

²¹³⁴ Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, (Çev. Sibel İnceoğlu), İHAMİ, C. I, s. 431; Atakan, s. 35.

²¹³⁵ Christine Goodwin/United Kingdom, App. No. 28957/95, 11 July 2002, par. 90-91.

²¹³⁶ Ünal Tekeli/Turkey, App. No. 29865/96, 16 November 2013, par. 58.

²¹³⁷ Şirin, Takdir Marjı, s. 373.

²¹³⁸ Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 52.

²¹³⁹ Gillow/United Kingdom, App. No. 9063/80, 24 November 1986, par. 76.

²¹⁴⁰ Z./Finland, App. No. 22009/93, 25 February 1997, par. 99.

²¹⁴¹ Campbell/United Kingdom, App. No. 13590/88, 25 March 1992, par. 53.

²¹⁴² Fretté/France, App. No. 36515/97, 26 February 2002, par. 42 vd.

²¹⁴³ Şirin, Takdir Marjı, s. 373.

konusu menfaatlere bağılı olduğu görülmektedir. Yani Mahkeme dava konusu özel hayatın önemli yönlerini ve temel değerlerini ne kadar yoğun içeriyorsa devlete o kadar az takdir marjı tanımaktadır²¹⁴⁴. Öte yandan takdir marjının etkisinin 8. madde bağlamında en belirgin şekilde çocukların koruma altına alınmasına ilişkin davalarda görüldüğü tartışmasızdır²¹⁴⁵.

Sonuç olarak, devletin 8. madde kapsamında özel hayatı ve aile hayatını koruma yönteminde belirli bir takdir marjına sahip olduğu açıktır ve takdir marjı da yapılan müdahalenin amacının dengelenmesi değerlendirilirken ortaya çıkmaktadır²¹⁴⁶.

III. ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI KAPSAMINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Mahkeme'nin 8. maddeye ilişkin içtihat hukuku oldukça geniştir²¹⁴⁷. Çünkü 8. madde pozitif yükümlülüklerin en yaygın şekilde üretildiği maddelerden biridir²¹⁴⁸. Dolayısıyla Mahkeme gittikçe artan ölçüde Sözleşme'de korunan haklar kapsamında pozitif yükümlülüklerin varlığını tanımaktadır²¹⁴⁹. Özellikle 8. madde kapsamında pozitif yükümlülüklerden sıklıkla bahsetmektedir²¹⁵⁰. Özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının AİHS kapsamında pozitif olarak korunması 8. ve 12. madde çerçevesinde olmaktadır. Fakat hem teoride hem de uygulamada meselenin temelinde 8. madde bulunmaktadır²¹⁵¹.

AİHM 8. maddenin ilk paragrafına yönelik olarak yaptığı incelemede öncelikle başvurunun Sözleşme'nin 8. maddesinin ilk fıkrasındaki haklardan birinin

²¹⁴⁴ Roagna, s. 46.

²¹⁴⁵ Kilkelly, Children, s. 73.

²¹⁴⁶ Kilkelly, s. 12.

²¹⁴⁷ Lawsen/Schermes, s. 24.

²¹⁴⁸ Greer, The Margin of Appreciation, s. 29; Arai-Takahashi, s. 85.

²¹⁴⁹ Mowbray, Positive Obligations, s. 128; Cullen, H., "Siliadin v France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention of Human Rights", Human Rights Law Review, Vol.6:3, 2006, 585–592; Marshall, s. 149.

²¹⁵⁰ Jacobs/White/Obey, s. 361; Greer, The Margin of Appreciation, s. 29; Arai-Takahashi, s. 85.

²¹⁵¹ Akandji Kombe, s. 37.

kapsamı içinde olup olmadığını araştırmaktadır. Şayet ihlal bu haklardan birine yönelikse, devletin bireyin bu hakkı üzerinde pozitif bir yükümlülüğü olup olmadığını ve şayet böyle bir yükümlülük söz konusu ise, yerine getirip getirmediğini değerlendirmektedir²¹⁵².

Sözleşme'nin 8. maddesinde özel hayata saygı hakkı ifadesi doğrudan özel hayatın gizliliği hakkı şeklinde düzenlenmediği için “saygı” kavramının hakkı koruma sınırı tartışılmaktadır. Burada sorun saygı hakkının devlete yüklediği yükümlülüklerin ne olduğunun belirlenmesidir²¹⁵³.

AİHM, ileriye düşünerek ölçülü şekilde yaptığı genişletici yorumlarla, Sözleşme’de güvence altına aldığı hak kataloğu alanını zenginleştirmekte²¹⁵⁴ ve Sözleşme’yi yeni yükümlülükler yaratacak şekilde yorumlamaktadır²¹⁵⁵. Örneğin; AİHS’in, özel yaşamın, aile yaşamının ve konutun korunmasına ilişkin 8. maddesinin geniş yorumlanması yoluyla çevreyi kirleten ya da çevre için tehlike yaratan etkinliklere karşı koruyucu önlemlerin yeterince alınmaması durumlarında, 8. maddenin ihlal edildiğine ilişkin kararları vardır²¹⁵⁶. Bu şekilde Sözleşme’de yer alan hakkın etkin ve somut bir nitelik kazanması için mantıksal gelişim sağlanmaktadır²¹⁵⁷.

Mahkeme pozitif yükümlülük doktrinine giderek artan şekilde iç hukukun ince, zayıf ve etkisiz noktalarını detaylı şekilde incelemek üzere özellikle mağdur başvuruları korumak amacıyla başvurmaktadır²¹⁵⁸. AİHS’in 8. maddesi de bu anlamda hem özel hayatın hem de aile hayatının korunması bağlamında mağduriyetin sıklıkla doğduğu alanların başında gelmektedir.

²¹⁵² Roagna, s. 11; Üzeltürk, s. 160.

²¹⁵³ Üzeltürk, s. 161.

²¹⁵⁴ Aybay, s. 236-237.

²¹⁵⁵ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 70.

²¹⁵⁶ Gomien, s. 99; Aybay, s. 237.

²¹⁵⁷ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 70.

²¹⁵⁸ Leach, s. 126.

B. Özel Hayata Saygı Hakkı Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri

1. Kişinin Kimliğinin Tanınması

a. İsim/Soyisim Tercihinin Resmi Olarak Tanınması

Mahkeme ismin ve soyismin hukuksal statüsünü kabul ederek temel olarak kişinin mevcut isminin muhafaza edilmesini ve kişilerin isim ve soyisim tercihlerinin resmi olarak tanınması hakkını korumaktadır²¹⁵⁹. Yani Mahkeme isim ve soyisim tercihinin kişinin özgür iradesine bağlı tutma eğilimindedir. Nitekim Daróczy/Macaristan kararında bu tutumunu açıkça ortaya koymuştur. “...Herhangi haklı ve uygun neden olmaksızın, bir kimsenin bir ismi taşıma ya da bir ismi değiştirme hakkına sınırlama getirilmesi kişinin kendi kaderini tayin etme ve kişiliğini geliştirme hakkını koruyan 8. maddenin amacına uygun değildir”²¹⁶⁰

Mahkeme’ye göre kişinin isim tercihinin resmi olarak tanınması hususunda özel hayata “saygı” kapsamında pozitif yükümlülükler söz konusudur²¹⁶¹. Öte yandan isim ve soyisim kişisel kimliğe sahip olma ve aileye aidiyet araçları olduğundan özel hayatın yanı sıra aile hayatını da ilgilendirmektedir²¹⁶².

İsim değişikliği konusunda taraf devletlerin iç hukukları arasında birlik olmadığı sürece, bu alanda geniş bir takdir marjına sahiptirler²¹⁶³. Bu takdir marjı; isimlerin kullanımının dilsel, dinî, kültürel ve tarihsel birçok farklı yönünün bulunması sebebiyle yerel otoritelerin, uluslararası mahkemelere ve yargıçlara göre daha iyi pozisyonda bulunmaları ile gerekçelendirilmektedir²¹⁶⁴. Fakat devletin

²¹⁵⁹ Kılınç, İsim Hakkı, s. 246.

²¹⁶⁰ Daróczy/Hungary, App. No. 44378/05, 1 July 2008, par. 32.

²¹⁶¹ Mowbray, Positive Obligations, s. 138; Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25 November 1994, par. 38; Johansson/Finland, App. No. 10163/2, 6 September 2007, par. 29.

²¹⁶² Arai-Takahashi, s. 82; Yıldırım, Özel Hayat, s. 393; Doğru/Nalbant, C. II, s. 4. Aynı yönde Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, par. 24; Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25 November 1994, par. 37; Guillot/France, App. No. 22500/93, 24 October 1996, par. 21; Boulgakov/Ukraine, App. No. 59894/00, 11 September 2007, par. 42; Kemal Taşkın and others/Turkey, App. No. 30206/04; 37038/04; 43681/04; 45376/04; 12881/05; 28697/05; 32797/05; 45609/05, 2 February 2010, par. 45.

²¹⁶³ Mowbray, Positive Obligations, s. 140; Yıldırım, Özel Hayat, s. 393; Salihpaşaoğlu, s. 239.

²¹⁶⁴ Salihpaşaoğlu, s. 239.

takdir marjı geniş olsa da bu durum pozitif yükümlülüklerinin gündeme getirilmesi için engel teşkil etmemektedir.

(1) İsim Tercihinin Tanınması

(i) Çocuğun İsmi

Strasbourg organları tarafından çocuğa isim verilmesinin ebeveynlerin hakkı olduğu ve bu hakkın da 8. madde kapsamında korunduğu teyit edilmiştir²¹⁶⁵. Bu yönde Mahkeme'nin daha önce soyisim konusunda vermiş olduğu kararların yanı sıra ilk kez ismi de incelediği²¹⁶⁶ Guillot davasında²¹⁶⁷ AİHM, ebeveynleri tarafından bir çocuğun isminin seçilmesinin kişisel, duygusal bir olay olduğunu; bu sebeple onların özel alanına girdiğini açıklamıştır²¹⁶⁸.

Çocuğa isim verilmesine ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülükleri konusunda ilk problem ebeveynlerin çocuklarına tercih ettikleri ismi verebilmelerine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır²¹⁶⁹. Bu tip durumlarda genelde ebeveynlerin çocuklarına verdikleri isimlerin yazımında kullanılmak istenen ya da istenmeyen harf ve eklerin kamu otoritelerince uygun görülmemesi şikayet nedeni olmaktadır²¹⁷⁰. Kamu otoritelerince uygun görülme nedeni olarak öne sürülen devletin resmi dilini korunması yoluyla kültürel ve dil kimliğinin muhafazası sebebidir²¹⁷¹. Mahkeme'ye göre de her taraf devlet resmî dilini ya da dillerini kimlik kartlarında ve diğer resmî dokümanlarda düzenleme ve uygulamaya koyma özgürlüğüne sahiptir²¹⁷².

Bir diğer problem alanı ise çocuklara ebeveynleri tarafından verilmiş isimlerin daha sonra değiştirilmek istenmesi durumudur²¹⁷³. Her iki durumda da AİHM tarafından gözetilen bazı ölçütler söz konusudur. Çocuğun yüksek

²¹⁶⁵ Guillot/France, App. No. 22500/93, 24 October 1996; Salonen/Finland, App. No. 27868/95, 2 July 1997; Johansson/Finland, App. No. 10163/2, 6 September 2007,

²¹⁶⁶ Gümüş, s. 290.

²¹⁶⁷ Guillot/France, App. No. 22500/93, 24 October 1996.

²¹⁶⁸ Roagna, s. 17.

²¹⁶⁹ Roagna, s. 17; Salihpaşaoğlu, s. 238; Gümüş, s. 289.

²¹⁷⁰ Salihpaşaoğlu, s. 238.

²¹⁷¹ Gümüş, s. 290.

²¹⁷² Boulgakov/Ukraine, App. No. 59894/00, 11 September 2007, par. 43/a.

²¹⁷³ Arslan Öncü s. 226 vd.; Salihpaşaoğlu, s. 238; Gümüş, s. 289.

menfaatine²¹⁷⁴ özel önem atfeden Mahkeme²¹⁷⁵ bu ölçütün korunup korunmadığını²¹⁷⁶ ilk planda gözetmektedir. Dolayısıyla Mahkeme tarafından çocuğa karşı önyargı oluşturabilecek, gülünç duruma düşürebilecek uygunsuz bir ismin seçilmemesi beklenmektedir²¹⁷⁷.

Guillot kararında²¹⁷⁸ Mahkeme ebeveynlerin kızlarına “Fleur de Marie, Armine, Angele” adını koymak istemelerine karşın nüfus memuru sadece “Armine Angele” yi kaydetmiştir.²¹⁷⁹ Ayrıca yerel mahkemeler Fleur de Marie isminin tuhaf olduğu ve çocuğun menfaatlerine zarar verebileceği gerekçesiyle nüfus kütüğüne kayıt talebinin reddini yerinde bulmuştur. Fakat temyiz mahkemesi “-de” bağlacı olmaksızın “Fleur Marie” olarak kullanılabileceğini de belirtmiştir²¹⁸⁰. Başvurucular AİHM’e yerel otoritelerin kızlarının ön adı olan “Fleur de Marie” nin kaydının reddedilmesinin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlali olduğunu ileri sürmüş ve AİHM çocuğun menfaatinin gözetildiği ve alternatif olarak Fleur Marie olarak kaydedilmesine engel olunmadığından bahisle 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir²¹⁸¹. AİHM, başvuranların şikayet ettiği rahatsızlığın, 8. maddenin ilk fıkrası uyarınca özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlaline neden olacak ağırlıkta olmadığı kanaatindedir²¹⁸². Bu karardan çıkan sonuç isim tercihinin resmi olarak tanınmasında ancak başvurucunun rahatsızlığının belli yoğunlukta yahut ciddi ölçüde olması durumunda pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediğinin ileri sürülebileceğidir. Kamu otoritelerince herhangi bir yapıcı alternatif sunulmuş ya da geçerli bir sebep öne sürülmüşse taraf devletin pozitif yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır.

²¹⁷⁴ Çocuğun yüksek menfaati hakkında bkz. Kilkelly, Ursula; “Effective Protection of Children’s Rights in Family Cases: An International Approach”, *Transnational Law&Contemporary Problems*, Vol. 12, Issue 2, 2002, s. 342.

²¹⁷⁵ Kilkelly, *Children*, s. 76.

²¹⁷⁶ Arslan Öncü s. 227; Gümüş, s. 289. Bu ölçüt ÇHS’nin 3. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiş olup hükme göre “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.” Sözleşme için bkz. (https://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html, E. T. 04.04.2017).

²¹⁷⁷ Arslan Öncü, s. 227; Gümüş, s. 289.

²¹⁷⁸ Guillot/France, App. No. 22500/93, 24 October 1996.

²¹⁷⁹ Mowbray, *Positive Obligations*, s. 141.

²¹⁸⁰ Guillot/France, App. No. 22500/93, 24 October 1996, par. 9.

²¹⁸¹ Mowbray, *Positive Obligations*, s. 141.

²¹⁸² Guillot/France, App. No. 22500/93, 24 October 1996, par. 27.

Pozitif yükümlülüklerin gündeme geldiği bir başka örnek Johansson/Finlandiya kararıdır. Bu davada, ebeveynler çocuklarına “Axl Mick” ismini koymak istemiş fakat bu talepleri yetkili yerel otoriteler ve mahkemeler tarafından reddedilmiştir²¹⁸³. İdare Mahkemesi’nin red gerekçesi seçilen ismin Finlandiya İsim Kanunu’na uygun olmamasıdır. Başvuranlar ismin üç kişi tarafından kullanıldığını ve bu ismin çocuklarının herhangi bir menfaatine zarar vermeyeceğini iddia etmişlerdir²¹⁸⁴. Ayrıca başvuranlar "Axl" isminin, "Alf" ve “Ulf” gibi Finlandiya’da yaygın olarak kullanılan isimlerden büyük ölçüde farklılık gösteremeyeceğini belirtmişlerdir²¹⁸⁵. AİHM mevcut davada, temel hususun İsim Kanunu uygulamasının, kamunun ve bireyin menfaatleri arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığına ilişkin olduğunu belirlemiştir²¹⁸⁶. Bu bağlamda AİHM ismin halihazırda kullanıldığını ve Finlandiya’da yaygın olarak kullanılan isimlerden farklı olmadığı dolayısıyla da Finlandiya’nın kültürel ve dilsel kimliğinin korunması için herhangi bir olumsuz sonuç doğurmadığı, ismin saçma ya da tuhaf olup çocuğu etkileyebilecek nitelikte olmadığı gerekçeleriyle²¹⁸⁷ ve kamu ve bireyin menfaatleri arasında adil dengenin gözetilmemesi nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır²¹⁸⁸. Kanımızca bu kararda menfaatler arasında adil dengenin gözetilmemesi aynı zamanda taraf devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğinin göstergesidir.

Çocuğa isim verilmesi ve isminin değiştirilmesi konularında taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri bağlamında bir değerlendirme yapacak olursak; devletin resmi dilini ve kültürel kimliğini koruması konusunda AİHM tarafından taraf devletlere geniş bir takdir marjı tanınarak kamu menfaati ile birey menfaatinin çatıştığı bu alanda kamu menfaatinin gözetildiği görülmekte ve taraf devletler için bu yönde pozitif yükümlülük öngörülmemektedir.

Kamu otoritelerince çocuğa verilen ismin herhangi bir makul nedenle uygunsuz görüldüğü durumlarda ise AİHM her ne kadar 8. madde kapsamında ebeveynin çocuğunun isim tercihi hakkını tanımış olsa da çocuğun yüksek

²¹⁸³ Johansson/Finland, App. No. 10163/2, 6 September 2007, par. 7-14.

²¹⁸⁴ Johansson/Finland, App. No. 10163/2, 6 September 2007, par. 13.

²¹⁸⁵ Johansson/Finland, App. No. 10163/2, 6 September 2007, par. 20.

²¹⁸⁶ Johansson/Finland, App. No. 10163/2, 6 September 2007, par. 30.

²¹⁸⁷ Johansson/Finland, App. No. 10163/2, 6 September 2007, par. 38.

²¹⁸⁸ Johansson/Finland, App. No. 10163/2, 6 September 2007, par. 39.

menfaatini gözeterek isim tercihlerinin resmi olarak tanınması bakımından taraf devlete pozitif yükümlülükler yüklememiştir. Bundan çıkan sonuç ise ebeveynin çocuğunun isim tercih hakkının mutlak olmadığıdır.

(ii) Kişilerin İsim Tercihi

Devletin pozitif yükümlülüğünün isim değişikliği ile ilgili davalarda gündeme gelmesi bakımından Güzel Erdagöz/Türkiye kararı güncel ve iyi bir örnektir. Başvuran nüfus kayıtlarında “Güzel” geçen soyisminin yakın çevresinin kendisine “Gözel” diye hitap ettiğini, adının ya yanlışlıkla ya da yetkililerin kendisine bildirmeden yaptığı bir değişiklikle “Güzel” olarak yazıldığını ifade ederek “Gözel” olarak değiştirilmesini talep etmiştir. Bilirkişi duruşma esnasında TDK’nın yayınladığı Türkçe sözlükte yer aldığı şekliyle “güzel” kelimesinin imlasının doğru olduğunu, “gözel” kelimesinin ise Türkçe sözlüklerde yer almayan fakat yöresel bir kullanım olduğunu belirtmiştir. Ulusal yargı mercileri buna dayanarak isim değişikliği talebini reddetmiştir. Bunun üzerine başvuran 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlali iddiasıyla AİHM’e başvurur. AİHM 8. maddenin asıl amacının güvence altına alınan hakkın kullanılmasında kamu erklerinin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumak olduğunu fakat buna ek olarak özel hayatın korunmasına saygı gösterilmesini sağlayacak pozitif yükümlülükler de getirebileceğini belirtmiştir²¹⁸⁹.

AİHM, kamu yararının gerekleri uyarınca (nüfusun eksiksiz olarak kaydedilmesi, kişisel kimlik saptaması, belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi) isim değiştirme imkanına yasal sınırlamalar getirilebileceğinin altını çizmiştir²¹⁹⁰. Fakat Mahkeme Türk Hukuku’nda isim tashihi taleplerine ilişkin kısıtlamalar konusunda yetkili makamların takdir marjının genişliğinin ve uygulama esaslarının yeterince açıklıkla ifade edilmediğini ve Hükümetin bu tür kısıtlamaların uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek

²¹⁸⁹Güzel Erdagöz/Turkey, App. No. 37483/02, 21 October 2008. Kararın özet çevirisi için bkz. ([http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["GÜZELERDAGÖZ"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS","DECISIONS"\],"itemid":\["001-89158"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)), E. T. 05.04.2017).

²¹⁹⁰Güzel Erdagöz/Turkey, App. No. 37483/02, 21 October 2008. Kararın özet çevirisi için bkz. ([http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["GÜZELERDAGÖZ"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS","DECISIONS"\],"itemid":\["001-89158"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)), E. T. 05.04.2017).

suistimallere karşı uygun koruma sağlayan hiçbir tedbirden bahsetmediğini belirtmiştir. AİHM, ulusal mahkemelerin, başvuranın talebine yönelik, açıkça belirlenmiş bir mevzuata dayanmayan ve yeterli ve uygun hiçbir gerekçesi olmayan red kararının “demokratik bir toplum için gereklilik” arz etmediği sonucuna varmaktadır. Bu nedenle AİHM, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir²¹⁹¹.

Kanımızca Güzel Erdagöz/Türkiye kararından çıkan sonuç; isim/soyisim değişikliği talebine ilişkin başvuruların dayandığı mevzuatın kalitesi ve ulusal yargı mercilerinin verdiği kararların dayanakları ve gerekçelerinin yeterliliğinin devletin pozitif yükümlülüklerinin tespitinde esas alındığıdır. Bu bağlamda devletin pozitif yükümlülüğü “hukukiliği”²¹⁹² ve aynı zamanda kişiyi ismini değiştirmeye iten ciddi nedenler ile kamu yararı arasında adil dengeyi sağlamaktır. Bu sayede taraf devlet demokratik toplumda gereklilik kriterini de yerine getirmiş olacaktır. Fakat kanımızca bu kararda demokratik toplumda gereklilik kriterinden öte öncelikle tartışılması gereken hukukilik kriterinin sağlanmasıdır.

Kişilerin isim değişikliği tercihi konusunda bir diğer örnek olarak Kemal Taşkın ve diğerleri davasında²¹⁹³ başvuruçular Türkçe olan isimlerinin Kürtçe olan “Dilxwaz”, “Xoşewist”, “Berxwedan”, “Ciwani”, “Xweşbin” ve “Bawer” olarak değiştirilmesini istemişlerdir²¹⁹⁴. Türk alfabesinde olmayan “q”, “w”, “x” gibi Kürtçe karakterler içeren isim değişikliği talebi ulusal makamlarca Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun’da bulunmayan harfleri içermesinden dolayı reddedilmiştir. Buna karşın, “Bawer” isminin, “Baver” olarak kaydedilmesine karar verilmiştir.

AİHM başvuruların isim değişikliği taleplerinin reddedilmesinin özel hayata saygı hakkına müdahale olduğunu söz konusu müdahalenin haklı sebeplere dayandığını ayrıca taraf devletin kendisine tanınmış takdir marjı çerçevesinde hareket ettiğini bu sebeple 8. maddenin ihlal edilmediğini tespit etmiştir²¹⁹⁵. Bu

²¹⁹¹ Güzel Erdagöz/Turkey, App. No. 37483/02, 21 October 2008. Kararın özet çevirisi için bkz. (

²¹⁹² Çalışmamızda hukukilik kriteri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. II. Bölüm, III., A., 1. başlığı.

²¹⁹³ Kemal Taşkın and the others/Turkey, App. No. 30206/04; 37038/04; 43681/04; 45376/04; 12881/05; 28697/05; 32797/05; 45609/05, 2 February 2010.

²¹⁹⁴ Kılıç, İsim Hakkı, s. 256.

²¹⁹⁵ Gümüş, s. 292-293.

bağlamda AİHM'in taraf devletlere yönelik resmi alfabesinde olmayan harfleri içeren isim değişikliğini tanıma yönünde pozitif yükümlülük yüklediği görülmektedir²¹⁹⁶.

(iii)Transseksüellerin İsim Tercihi

Transseksüellerin doğum belgelerinde cinsel kimliğinin tanınması konusunda yaptığımız açıklamalar²¹⁹⁷ aynı zamanda isim tercihlerinin resmi olarak tanınmasına ilişkin olarak da geçerlidir. Nitekim cinsiyeti değişen kişinin bu yeni cinsiyetine uygun bir isim seçme hakkının tanınması 8. madde kapsamında incelenmelidir²¹⁹⁸. Çünkü kişinin kimliğinin ayrılmaz parçalarını oluşturan cinsel kimliğin tanınması ve korunmasının transseksüeller için tam anlamıyla sağlanabilmesi için beraberinde isim tercihinin resmi olarak tanınması ve korunması gerekmektedir. Cinsiyet değişimine olanak tanıyan bir sistemin buna bağlı olarak isim değişikliği talebini de reddetmemesi lazım gelir. Çünkü cinsiyetiyle tezat bir isim taşımak zorunda bırakılan kişinin aynı zamanda 8. madde kapsamında manevi bütünlüğü de zedelenmektedir.

Geçmiş içtihatlardan farklı olarak Mahkeme bugün transseksüellerin hukuki statülerinin tanınması konusunda devletlerin takdir yetkilerinin olmadığı kanaatinde²¹⁹⁹. Bununla beraber 8. madde transseksüellerin özel hayatına saygı göstermek üzere taraf devlet tarafından daha kapsamlı pozitif eylemlerde bulunulmasını gerektirmektedir²²⁰⁰. Dolayısıyla transseksüellerin cinsiyetlerine uygun isim değişikliği tercihlerinin de tanınması devletin pozitif yükümlülüklerindedir.

Transseksüellerin isim değişikliği tercihinin tanınması söz konusu olduğunda kanımızca kamu menfaati karşısında birey menfaatine üstünlük tanınmalıdır. Çünkü transseksüellerin taraf devletlerin nüfus kanunları sınırları

²¹⁹⁶ Gümüş, s. 293.

²¹⁹⁷ Bkz. II. Bölüm, IV., B., 1., c., (1) başlığı.

²¹⁹⁸ Arslan Öncü, s. 230.

²¹⁹⁹ Roagna, s. 63.

²²⁰⁰ Mowbray, Alastair; Respect for Private Lives of Transsexuals, Tje Journal of Forensic Psychiatry, Vol. 10, No. 1, 1999, s. 155.

çerçevesinde kalan taleplerinin geri çevrilmesi 8. madde bağlamında devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde ele alınabilir. Her ne kadar değişen cinsel kimliğin hukuken tanınmasına ilişkin olarak iç hukuk sistemlerinde ortaya çıkan uygulamadaki sorunların çözümünde taraf devletlerin takdir marjı geniş olsa da²²⁰¹ isim tercihinin resmi olarak tanınmasında kanuni sınırlar içinde kalan taleplerin ulusal makamlarca karşılanabilmesi gerekmektedir. Aksi durumda ise AİHM'e 8. maddenin ihlali iddiasıyla başvurulabilir.

(2) Soyisim Tercihinin Tanınması

Toplumda insanların birbirinden ayırt edilmesini sağlamak üzere tarih boyunca ön ad ile birlikte ikinci bir ad olarak kullanılan soyisim²²⁰² günümüzde kişinin kimliğinin belirtilmesini, onun hangi aileye, soya ait olduğunun gösterilmesini ve böylelikle diğer ailelerin bireylerinden ayırt edilmesini sağlamaktadır²²⁰³.

AİHM kararları incelendiğinde soyadı tercihinin tanınması kişilerin soyadı değiştirme, kadının soyismi ve çocuğun soyismi konularında pozitif yükümlülüklerin tartışıldığı görülmektedir²²⁰⁴. Evlilik ve boşanma konularında kadının soyismi, yeni doğan bir çocuk söz konusu olduğunda ise çocuğun soyismi sorunsalı oluşmaktadır. AİHM'e soyisim değişiklikleri ise kişilerin isim değişiklikleri taleplerinde olduğu gibi benzer kriterlere tabidir.

(i) Soyisim Değiştirme

AİHM yerel otoriteler tarafından soyisim tercihinin tanınmasının 8. madde kapsamında olduğunu ilk kez Burghartz kararında kabul etmiştir²²⁰⁵. Kararda İsviçreli olan başvuru Schnyder, hem Alman hem de İsviçre vatandaşı Burghartz soyisimli bayanla Almanya'da evlenmiştir. Alman mevzuatı uyarınca, eşler kadının soyadı olan "Burghartz"ı aile soyismi olarak almışlardır. Başvuru Schnyder, ise

²²⁰¹ Heringa/Zwaak, s. 684.

²²⁰² Moroğlu, Nazan; "Kadının Kimlik Sorunu "Kadının Soyadı", TBB Dergisi, S. 99, 2012, s. 245.

²²⁰³ Moroğlu, s. 247.

²²⁰⁴ Gümüş, s. 294.

²²⁰⁵ Mowbray, Positive Obligations, s. 138.

bu soyismine kendi soyisinin de eklenerek “Schnyder Burghartz” olarak kaydedilmesini ister. Ancak, İsviçre otoritelerince başvuruçuların aile soyismi olarak “Schnyder”i kayıt edilmesi üzerine, başvuruçular ailenin ortak ismi olarak “Burghartz”ın, erkek eşin soyisinin de “Schnyder Burghartz” olarak kayıt edilmesini talep ederler. İsviçre Federal Mahkemesi, ailenin soyismi olarak “Burghartz”ı kabul eder, ancak erkek eş için “Schnyder Burghartz” soyisini alma talebini reddeder²²⁰⁶. Ulusal makamların red gerekçesi İsviçre mevzuatı uyarınca sadece bayan eşlerin kendi soyisimleriyle birlikte erkek eşin soyisini alabilmesidir²²⁰⁷. Başvuruçular AİHK’ya başvurarak özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir²²⁰⁸.

Mahkeme’ye göre cinsiyetler arasındaki eşitliği sağlama, taraf devletlerin temel hedeflerinden biri olup, sadece cinsiyete dayalı farklı muamele yapılmasında çok ciddi gerekçelerin bulunması gerekir. Aile soyismi olarak karının soyisinin seçilmesi ile kocanın soyisinin seçilmesi arasında bir fark yoktur. Bu nedenle kocaya karıdan farklı muamelede bulunmak için hiç bir objektif ve makul sebep bulunmamaktadır²²⁰⁹. Objektif ve makul sebep kıstası yerel otoritelerce soyisim tercihinin tanınmasında cinsiyet ayrımcılığına gidilerek Sözleşme’nin ihlalini tespitinde anahtar işlevi görmektedir²²¹⁰. Tüm bu sebeplerle de kararda özel hayata saygı hakkı ile aile yaşamına saygı hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır²²¹¹.

Taraf devletlerin soyadı değiştirmeye yönelik pozitif yükümlülüklerini Burghartz kararı çerçevesinde değerlendirecek olursak; Mahkeme’nin aile soyadına yaklaşımının eşler arasında eşitliğe ve cinsiyet ayrımcılığı yasağına dayandığı görülmektedir. Bu bağlamda Mahkeme tek başına 8. maddenin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesine gerek duymamaktadır. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır. Kanımızca Mahkeme’nin bu yaklaşımı yerinde olup nihayetinde devletin pozitif yükümlülüğü, cinsiyet ayrımcılığına dayanan uygulamaların önüne geçmesi ve aynı

²²⁰⁶ Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, par. 6-9.

²²⁰⁷ Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, par. 9.

²²⁰⁸ Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, par. 25.

²²⁰⁹ Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, par. 28.

²²¹⁰ Mowbray, Positive Obligations, s. 139.

²²¹¹ Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, par. 29.

zamanda eşler arasında eşitliği sağlayıcı idari, yasal ve yargısal çerçeveyi kurup uygulamayı da bu yönde geliştirmesidir.

Stjerna/Finlandiya kararında, başvuru yetkili makamlardan “Stjerna” isminin pratik hayatta telaffuzda zorluk çıkardığı, sık sık hatalı yazıldığını iddia ettiği “Stjerna”olan soyisminin “Tavaststjerna” olarak değiştirilmesini bu ismin ataları tarafından da kullanılması gerekçesiyle talep etmiştir²²¹². Bu talebinin ulusal makamlarca reddedilmesi üzerine, başvuru AİHM’e, soyisim değiştirme talebinin reddedilmesinin özel yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasıyla 8 ve 14. maddeyi ileri sürerek başvurmuştur. Mahkeme AİHM, başvuranın şikayet ettiği rahatsızlık kaynaklarının, madde 8’in ilk fıkrasındaki özel yaşama saygı göstermeme konusunu gündeme getirmek için yeterli olduğunu tespit etmemiştir²²¹³. Mahkeme, aynı zamanda başvuranın ayrımcı muamele gördüğüne ikna olmayarak 8. madde ile birlikte alınan 14. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir²²¹⁴.

Mahkeme Finlandiya makamlarınca soyadı değişikliği talebinin reddini müdahale olarak değerlendirmemiş fakat kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumak üzere pozitif yükümlülüklerin söz konusu olabileceğini belirtmiştir²²¹⁵.

Stjerna kararından yola çıkıldığında yarışan kamu menfaati ile birey menfaati arasındaki adil denge testi Mahkeme tarafından uygulanırken ve devletin pozitif yükümlülükleri tespit edilirken öncül koşul olarak başvurunun kullandığı soyismin yaratmış olduğu sıkıntının yeterli yoğunlukta ve ciddi olması yani değişiklik talebinin ikna edici ve belirli sebeplere dayanması gerekmektedir. Ancak bu durumda bireyin korunmaya değer menfaati ve bu kapsamda soyisim değişikliği yapma yönünde devletin pozitif yükümlülükleri gündeme gelir. Aksi durumda Mahkeme bireyin ileri sürdüğü gerekçeleri ikna edici bulmadığında taraf devletlerin iç hukuk sistemleri arasında ortak bir zemin mevcut olmadığından geniş bir takdir marjına sahip olduklarını ileri sürmekte ve ulusal makamların karar vermede daha iyi bir konumda olduğunu vurgulayarak ihlal tespit etmemektedir. Bireyin menfaatinin gözetilmesi gereğini sağlam şekilde temellendiremediği durumlarda

²²¹² Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25 November 1994, par. 9.

²²¹³ Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25 November 1994, par. 42.

²²¹⁴ Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25.11.1994, par. 51.

²²¹⁵ Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25.11.1994, par. 38.

yarışan menfaatlerden kamu menfaati ön plana çıkacak ve devletin pozitif yükümlülükleri söz konusu olmayacaktır.

(ii) Kadının Soyismi

Kadın kural olarak evleninceye değin doğumla kazandığı soyisini taşıır ve bu soyismi ile dış dünya ile ilişki kurar²²¹⁶. Kadının evlenme ile eşinin soyisini almak durumunda kalması ya da kendi soyadına eşinin soyadının eklenmesi durumu hem toplumda hem de doktrinde eşler arasında eşitlik tartışmalarının gündeme gelmesine sebep olmuştur²²¹⁷. Kadının kimliğinin bir parçasının değişmesine sebep olan bu durumda uygulama bazı devletlerde farklılık arz etmekle beraber geleneksel yaklaşımı sürdüren devletler de bulunmaktadır. Dolayısıyla AİHK²²¹⁸ ve AİHM’ de bu hususta kendisine yapılan başvuruları eşler arasında eşitliği sağlamaya yönelik olarak çözüme uğraşı vermiştir²²¹⁹. Şimdi bu kararları taraf devletlerin pozitif yükümlülüğü ışığında irdelemeye çalışacağız.

²²¹⁶ Ergene, s. 129.

²²¹⁷ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Goldin, Claudia/Shim, Maria; “Making a Name: Women’s Surnames at Marriage and Beyond”, Journal of Economic Perspectives, Vol. 18, No. 2, 2004, s. 143–160; Öden, Merih/Esen, Selin”; Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II, Ankara üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 817-836; Moroğlu, Nazan; Kadının Soyadı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1999; Abik, Yıldız; Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005; Moroğlu, Nazan; “Kadının Kimlik Sorunu “Kadının Soyadı”, TBB Dergisi, 2012, Sayı 99, ss. 246-268; Yılmaz, Merve; “Evli Kadının Soyadı”, TAAD, Y. 3, S. 10, 2012, s. 129-151; Ergene, Deniz; “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun’da Değişiklik Önerisi”, MHB, Y. 31, S. 2, 2011, s. 123-176; Oruç, Murat; “Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi”, TAAD, Y. 7, S. 27, 2016, s. 451-465; Altunel, Mesude; “Evli Kadının Soyadı”, Adalet Dergisi, S. 51, 2015, 177-200.

²²¹⁸ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na kadının soyadına ilişkin olarak yapılan ilk başvuru, Lucie Hagmann-Hüsler tarafından İsviçre’ye karşı yapılmıştır (Lucie Hagmann-Hüsler/ Switzerland, App. No. 8042/77, 15 December 1977.) Kararda bayan Lucie toplumda “Hüsler” soyismi ile bilindiğini ve bunu kullanmamasının seçilme olasılığını düşürdüğü gerekçeleriyle parlamento seçimlerine evlenmeden önceki soyismi “Hüsler” ile aday olmak istemiştir. İsviçre idari otoritelerinin bayan Lucie’nin “Hüsler”soyismi ile aday olmasına izin vermemesi üzerine bayan Lucie özel hayatın korunması ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla AİHK’na başvurmuştur. Komisyon, 1977 yılında verdiği kararda, parlamenter seçimlerin “özel hayat” kavramı içinde değerlendirilmesinin oldukça geniş bir yorum olduğunu tespit etmiştir. Günümüzde ise parlamenter seçimlere, toplum tarafından bilinen soysimi ile aday olmanın da özel hayatın korunması kapsamında yer aldığı kabul edilmektedir. (Ergene, s. 150).

²²¹⁹ AİHM’in Lucie Hagmann-Hüsler/Switzerland kararından sonra AİHM’in kadının soyadına ilişkin almış olduğu kararlarda bakış açısı değişmiş, özel hayat kavramını daha geniş yorumlama yoluna gitmiştir. (Ergene, s. 150).

Ünal Tekeli kararında stajyer avukat olan başvuran, yerel otoritelerin evlendikten sonra sadece bekarlık soyisini kullanmasına izin vermemelerinin özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiğini ayrıca yalnızca evli erkeklerin evlendikten sonra da ailesinin soyadlarını taşıyabilmesinin ayrımcılık olduğunu öne sürmüştür. Meslek hayatında bekarlık soyismi ile tanınan başvurucu, bu ismi yasalara göre aldığı eşinin soyisinin önüne eklemeyi sürdürmüştür. Ancak resmi işlemlerde her iki ismi de kullanamamaktadır. Bu bağlamda, tek başına ve 14. maddeyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 8. maddesine dayanarak ihlal iddiasında bulunmuştur²²²⁰. Hükümet ise Türk mevzuatının aile birliğini vurgulayan bir düzenlemeyi benimsediğini, kocanın soyadına dayalı ortak bir soyadının kadının ailedeki konumunu güçlendirmeye yönelik olduğunu ve doğum, evlilik ve ölüm kütüğünde yapılacak bir sistem değişikliğinin büyük zorluklar yaratacağını öne sürmektedir²²²¹. Mahkeme başvuruyu yalnızca 8. madde uyarınca incelemenin gerekli olmadığına, 8. madde ile birlikte düşünüldüğünde 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir²²²².

Ünal Tekeli kararında her ne kadar Mahkeme açıkça pozitif yükümlülükler temelinde inceleme yapmamış olsa da ulaştığı sonuçlar bu kapsamda ele alınmaya müsaittir. Adil denge testi bakımından Mahkeme hükümetin doğum, evlilik ve ölüm kütüğünde yapılacak bir sistem değişikliğinin büyük zorluklar yaratacağı iddiası karşısında bireylerin seçtikleri isme göre, saygınlık ve itibarla yaşamalarını sağlamak için toplumdan bir miktar sıkıntı çekmesini beklemenin makul olacağı kanaatine ulaşmıştır. Yani Mahkeme sistem değişikliğinin getireceği güçlülükleri öngörmekle beraber kamu menfaati karşısında bireyin menfaatinin daha korunmaya değer olduğu düşüncesindedir. Bu bağlamda devletin gerekli yasal düzenlemeleri yaparak kütük sisteminde değişikliğe gitmesi yönünde pozitif yükümlülüklerinin olduğu ileri sürülebilir²²²³.

Aynı yönde güncel bir örnek olarak AİHM'in 2013 yılında karara bağladığı Leventoğlu Abdülkadiroğlu/Türkiye kararında başvuru kadını yalnızca bekarlık soyisini kullanmak üzere yerel mahkemeye başvurmuş ancak bu talebi

²²²⁰ Ünal Tekeli/Turkey, App. No. 29865/96, 16 November 2004.

²²²¹ Ünal Tekeli/Turkey, App. No. 29865/96, 16 November 2004, par. 46, 48.

²²²² Ünal Tekeli/Turkey, App. No. 29865/96, 16 November 2004, par. 68.

²²²³ Gümüş, s. 303.

reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru evlenen erkeklere tanınan soyadı kullanma hakkının kadınlara tanınmamasının cinsiyet ayrımcılığı olduğu ve bu nedenle de özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur²²²⁴. Yine aynı yıl içerisinde karara bağlanan ve aynı hukuki sebeplere dayanan Tuncer Güneş/Türkiye²²²⁵, Tanbay Tüten/Türkiye²²²⁶ kararlarında da AİHM Ünal Tekeli kararına da sıkça atıfta bulunarak²²²⁷ benzer gerekçelerle yalnızca 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Kararlarda görüldüğü üzere AİHM'in evlenen kadının soyadına ilişkin tutumu tutarlı olup, taraf devletlerin bu konudaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmede daha hassas davranmaları gerekmektedir.

Kararlara ilişkin bir diğer pozitif yükümlülük yaklaşımı ise devletin eşler arasında eşitliği sağlamaya yönelik yasal, idari ve yargısal tedbirleri alması yükümlülüğüdür. Karı-kocanın aile isminin seçiminde eşit söz hakkına sahip olmasına yönelik Avrupa Konseyi'ne taraf devletlerde konsensüs oluştuğuna dikkat çeken Mahkeme²²²⁸ devlete bu konuda gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemektedir. Öncül yükümlülük kadının eşinin soyadını alma zorunluluğunu ortadan kaldırmak üzere yasal düzenlemeye gidilmesidir. Bu bağlamda taraf devletler Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Medeni Hukukta Eşlerin Eşitliğe ilişkin (78) 37 sayılı Kararı'nda²²²⁹ ve Soyadının Seçiminde ve Ebeveynlerin Soyadının Çocuklara Geçmesinde Erkek ile Kadın Arasında Ayrımcılık'a ilişkin 1271 (1995) sayılı Tavsiye Kararı'nda²²³⁰ belirtilen çözüm önerilerini dikkate almalıdır²²³¹.

²²²⁴ Leventoğlu Abdülkadiroğlu/Turkey, App. No. 79701/07, 28 May 2013, par. 3.

²²²⁵ Tuncer Güneş/Turkey, App. No. 26268/08, 3 September 2013.

²²²⁶ Tanbay Tüten/Turkey, B. No. 38249/09, 10 December 2013.

²²²⁷ Leventoğlu Abdülkadiroğlu/Turkey, App. No. 79701/07, 28 May 2013, par. 15, 16, 21.

²²²⁸ Ünal Tekeli/Turkey, App. No. 29865/96, 16 November 2004, par. 61.

²²²⁹ Resolution (78) 37 on Equality of Spouses in Civil Law, Adopted by the Committee of Ministers on 27 September 1978. Karar için bkz. (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e8e9e>, E. T. 05.04.2017.)

²²³⁰ Recommendation 1271 (1995) on Discrimination Between Men and Women in the Choice of a Surname and in the Passing on of Parents' Surnames to Children, Adopted by the Parliamentary Assembly on 28 April 1995. Karar için bkz. <http://www.kekidatabank.be/docs/Instrumenten/RvE/1995%20PACE%20Rec%201271%20on%20discrimination%20between%20men%20and%20women%20in%20the%20choice%20of%20a%20surname%20and%20in%20the%20passing%20of%20parents%20surnames%20to%20children.pdf>, E. T. 07.04.2017.

²²³¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Medenî Hukukta Eşlerin Eşitliğine adli (78) 37 sayılı Kararı'nın 6. maddesinde, aile soyismi belirlenmesinde taraf devletlere eşlerden birinin kendi soyadını değiştirerek diğerinin soyadını almasını yasal bir zorunluluk olmaktan çıkartmak üzere bir

Kanımızca 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlali iddialarında AİHM'in değerlendirmesinde ön plana çıkan nesnel ve makul gerekçe ve geçerli neden kıstası, bu tip davaların çözümünde ve AİHM'in müdahale olarak nitelendirmediği isim/soyisim değişikliği taleplerinin reddi karşısında devletin pozitif yükümlülüklerin tartışılabilmesinin önünü açan kilit bir ögedir.

(iii)Çocuğun Soyismi

Eşlerin dünyaya getirdiği ortak varlık olan çocuk aile birliğinin bir üyesidir. AİHM bu birliğin soyadı olarak; erkeğin soyadı, kadının soyadı ya da çift tarafından seçilen ortak bir soyadının kullanılmasının mümkün olduğu kanaatindedir²²³². Dolayısıyla çocuğun soyisminin de eşlerin özgür iradeleri ile belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda çocuğun soyisminin belirlenmesi hususunda eşler arasında eşitliğin sağlanmasına imkan tanıyacak düzenlemeler getirme husunda taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğunu düşünmekteyiz. Aşağıda bu yöndeki dayanaklarımızı inceleyeceğiz.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Medeni Hukukta Eşlerin Eşitliğine dair (78) 37 sayılı Kararı'nın 17. maddesinde²²³³ Avrupa Konseyi üyesi devletlere eşlerin ortak çocukları ya da evlat edindikleri çocukla ilgili olarak her iki eşin soyisimlerine göre eşit haklara sahip olmalarına izin vermek üzere taraf devletlerin gerekli adımları atma imkanını dikkate alarak iki sistem öngörmüştür. Bunlardan ilki ebeveynlerin ortak bir soyadı yoksa çocuğun, yasalarca kendisine verilmemiş

düzenlemeye gidilmesi ve bu yapılırken aşağıdaki örnek sistemlerden birine bağlı kalınması tavsiye edilmiştir Önerilen sistemler şu şekildedir:

- i.eşlerin ortak bir soyadı, özellikle de eşlerden birinin soyadı, her iki eşin soyadlarının birleştirilmesiyle oluşan bir soyadı ya da her iki eşe de ait olmayan bir soyadı üzerinde anlaşması;
- ii.her iki eşin de evlilikten önceki soyadlarını değiştirmemesi
- iii.yasalar uyarınca ortak soyadının her iki eşin soyadlarının birleştirilmesi suretiyle oluşturulması.

Ayrıca Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin "Soyadının Seçiminde ve Ebeveynlerin Soyadının Çocuklara Geçmesinde Erkek ile Kadın Arasında Ayrımcılık" adlı 1271 (1995) sayılı Tavsiye Kararı'nın 5. maddesinin ikinci fıkrasında evlilik durumunda eşlerden her biri için ortak bir soyisim seçme hususunda mutlak eşitliğin sağlanması da önerilen çözüm önerilerinden biridir.

²²³² Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994, par. 28; Ünal Tekeli/Turkey, App. No. 29865/96, 16 November 2004, par. 64.

²²³³ Resolution (78) 37 on Equality of Spouses in Civil Law, Adopted by the Committee of Ministers on 27 September 1978. Karar için bkz. (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e8e9e>, E. T. 05.04.2017.)

olan ebeveynin soyismini almasına izin vermek, ikincisi ise ebeveynlere çocukların soyadının ortak sözleşme ile seçilmesini sağlamaktır.

Yine aynı yönde Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin "Soyadının Seçiminde ve Ebeveynlerin Soyadının Çocuklara Geçmesinde Erkek ile Kadın Arasında Ayrımcılık" adlı 1271 (1995) sayılı Tavsiye Kararı'nın 5. maddesinde cinsiyet ayrımcılığını sürdüren devletlerden bazı uygun tedbirleri almasını tavsiye etmiştir. Bunlar; çocukların soyisminin belirlenmesinde ebeveynler arasında mutlak eşitliğin sağlanması, evlilik içi ve evlilik dışı doğan çocuklar arasında soyisim belirlenmesi hususunda yasal sistemdeki tüm ayrımcılığın ortadan kaldırılmasıdır.

Cusan ve Fazzo/İtalya kararında²²³⁴ başvuruçular, evlilik içi doğan çocuklarına annenin soyadının verilmesi talebiyle yetkili mercilere başvurularından ve yargı yolundan bir sonuç alamamışlardır. Bu sebeple cinsiyet ayrımcılığından ve eşler arasında eşitlik ilkesinin ihlal edildiğinden şikayet etmişlerdir. Mahkeme, İtalyan mevzuatının evlilik içinde doğan çocuklara babanın soyadının verilmesi kuralına hiç istisna tanınmadığını, soyadının geçişi bakımından çocuğun babası ile annesinin farklı muamele görmeleri nedeniyle 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin bu karardaki ihlal tespiti gerekçesinden yola çıkılarak taraf devlete öngördüğü pozitif yükümlülükler; evlilik içinde doğan çocuklara babanın soyadının verilmesi kuralına istisna getirecek yeni bir düzenlemeye yahut mevcut mevzuat hükmünün değişikliğine gidilmesi²²³⁵ ve bu sayede çocuğun soyisminin belirlenmesi hususunda eşler arasında eşitliğin hayata geçirilmesini sağlamaktır. Böylelikle özel hayata ve aile hayatına etkili saygı hakkı sağlanarak cinsiyet ayrımcılığı iddialarının da önüne geçilmiş olacaktır.

b. Kişinin Kökenleri ve Geçmişi Hakkında Bilgi Sahibi Olma Hakkının Tanınması

Bireyin kökenleri ve geçmişi hakkında bilgi sahibi olma hakkı aynı zamanda kimliğini öğrenme ve kimliğin tanınması sonucu kişinin kimliğinin detaylarını

²²³⁴ Cusan and Fazzo/Italy, App. No. 77/07, 7 January 2014.

²²³⁵ Gümüüş, s. 309.

oluşturması²²³⁶ için gereklidir. Nitekim AİHM, kişinin kökeni ve geçmişi hakkında bilgi sahibi olma hakkının kişinin ebeveynlerini de tanımayı içeren bir kimlik hakkı olduğunu ve özel hayat kavramının ayrılmaz bir parçası olduğunu vurgulamıştır²²³⁷. Dolayısıyla da bu hak bireylerin özel ve aile hayatına ilişkin verilere ulaşma sorununu da gündeme getirmekte²²³⁸ ve AİHS'in 8. maddesi kapsamında korunmaktadır²²³⁹.

Kişinin kökenleri ve geçmişi hakkında bilgi sahibi olma hakkı kapsamında hem biyolojik anne ve babasını öğrenmesi²²⁴⁰ hem de kendi geçmişini öğrenme hakkı²²⁴¹ yer almaktadır²²⁴². Bireyin kökenleri hakkında bilgi sahibi olma hakkı ilk izlenimde her ne kadar aile hayatıyla da ilgili gibi görünse de kişisel kimliğin bir parçası olduğundan Mahkeme içtihatlarında²²⁴³ özel hayat kapsamında değerlendirilmektedir²²⁴⁴.

(1) Kişinin Kökenleri Hakkında Bilgi Sahibi Olma Hakkı

(i) Kişinin Biyolojik Kökeni Hakkında Bilgi Sahibi Olma Hakkı

Kişinin biyolojik kökeni hakkında bilgi sahibi olma hakkı ile ebeveynlerin kimliklerini gizli tutmak suretiyle özel hayatlarını koruma hakkı arasında çatışma söz konusu olabilir²²⁴⁵. Bireylerin karşılıklı menfaatlerinin yarıştığı bu durumda Mahkeme biyolojik anne ve babanın kimliğini gizleme hakkına üstünlük tanımakta ve bu konuda taraf devlete pozitif yükümlülük yüklememekle birlikte devletlerin bu menfaatleri uzlaştırma amacına ulaşmak için en uygun olduklarını düşündükleri

²²³⁶ Mikulić/Croatia, App. No. 53176/99, 7 February 2002, par. 54; Ciubotaru/Moldovia, App. No. 27138/04, 27 April 2010, par. 49.

²²³⁷ Jäggi/Switzerland, App. No. 58757/00, 13 July 2006, par. 37.

²²³⁸ Yıldırım, Özel Hayat, s. 394.

²²³⁹ Mowbray, Positive Obligations, s. 142 vd; Santolaya, s. 341; Roagna, s.64; Kilkelly, s. 65; Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 372; Arslan Öncü, s. 245; Gümüş, s. 353; Salihpaşaoğlu, s. 239.

²²⁴⁰ Rasmussen/Denmark, App. No. 8777/79, 28 November 1984; Mikulić/Croatia, App. No. 53176/99, 7 February 2002, Jäggi/Switzerland, App. No. 58757/00, 13 July 2006; Odièvre/France, App. No. 42326/98, 13 February 2013.

²²⁴¹ Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989.

²²⁴² Gümüş, s. 353.

²²⁴³ Anayo/Germany, App. No. 20578/07, 21 December 2010, par. 62.

²²⁴⁴ Gümüş, s. 353.

²²⁴⁵ Gümüş, s. 353.

araçları belirlemelerini takdir marjlarına bırakmaktadır²²⁴⁶. Fakat muhalif görüş bu konuda taraf devletlerin bazı pozitif yükümlülükleri olduğunu ileri sürmektedir²²⁴⁷.

Odièvre kararında²²⁴⁸ annesinin istemiyle doğumu gizli tutulan ve Sağlık ve Sosyal Hizmetler departmanına yerleştirilen başvuran biyolojik annesi ve kardeşleri hakkında bilgi ve belgelere ulaşmak istiyordu. Fakat annesinin gizli tutulma talebi sonucu bu bilgileri öğrenmesi mümkün olmuyordu. Mahkeme başvuranın bu bilgilere ulaşmasının 8. madde kapsamında özel hayatın merkezi olduğunu belirtti. Aynı zamanda Mahkeme annenin güveninin (gizli tutulması talebine) ve yetişmiş çocuğunun aile hakkında bilgi edinme menfaati arasında yarışan menfaatlerinin uzlaştırılmasının kolay olmadığını vurgulamıştır²²⁴⁹. Fakat Mahkeme Fransız yasalarını göz önünde bulundurarak yediye karşı on oyla Devlet'in 8. maddeyi ihlal etmediğini belirtti. Karşı görüşteki yargıçlar ise kimliği belirli olmayacak şekilde bir doğum sistemi korunacaksa, taraf devletin, erişim izni verip vermeyeceğine karar verme yetkisine sahip, bağımsız bir otorite kurma konusunda pozitif bir yükümlülüğe sahip olduğunu belirtmiştir²²⁵⁰. Bu türden bağımsız bir makam, davanın tüm olgusal ve yasal yönlerini temel alarak ve muhalefet argümanını takiben, bu kişiye erişim izni verip vermeme kararını verme yetkisine sahip olmalıdır. Bu tür erişim uygun durumlarda koşullu yapılabilir veya belirli bir prosedüre bağlanabilir. Mevcut durumda, başvuranın kökenlerine ulaşma hakkı ile yarışan hakların dengesini sağlayacak herhangi bir mekanizmanın bulunmaması nedeniyle kaçınılmaz olarak sadece annenin çıkarına öncelik verilmiştir. Başvuru sahibinin bilgi talebi ise, çıkar çatışmalarının herhangi bir şekilde dengelenmesi veya bir çare ihtimali olmadan tamamen reddedilmiştir²²⁵¹.

Görüldüğü üzere kişinin biyolojik ebeveyni hakkında bilgi sahibi olma hakkında AİHM'in takdir marjını geniş tutarak taraf devletlere pozitif yükümlülük yüklemekten imtina ettiği açıktır. Bu minvalde bireylerin menfaatlerinin çatıştığı alanda harekete geçmekle yükümlü olan devlete düşen, taraflar arasındaki adil

²²⁴⁶ Odièvre/France, App. No. 42326/98, 13 February 2013, par. 49.

²²⁴⁷ Joint Dissenting opinion of Judges Wilhhaber, Sir Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens and Pellonpää, Odièvre/France, App. No. 42326/98, 13 February 2013, par. 18.

²²⁴⁸ Odièvre/France, App. No. 42326/98, 13 February 2013.

²²⁴⁹ Jacobs/White/Obey, s. 377.

²²⁵⁰ Jacobs/White/Obey, s. 378.

²²⁵¹ Joint Dissenting opinion of Judges Wilhhaber, Sir Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens and Pellonpää, Odièvre/France, App. No. 42326/98, 13 February 2013, par. 18.

dengeyi hakkaniyete uygun şekilde kurmasıdır.

AİHM, özellikle de çocuk statüsünde olan kişinin kimliğinin önemli bir parçası hakkındaki gerçeği öğrenebilmesi için vazgeçilmez olan bilgilerin edinilmesinin hayati önem taşıdığı kanaatindedir²²⁵². Fakat kişinin biyolojik kökenini öğrenme hakkı yaşla sınırlı değildir. Hem küçükler hem de yetişkinler bu haktan yararlanabilir²²⁵³. Nitekim Jaggi davasında 67 yaşında olan başvurucunun biyolojik babasının kim olduğunu öğrenme hakkı 8. madde kapsamında değerlendirilmiştir²²⁵⁴. Kanımızca haktan yararlanacak kişi küçük olduğunda çocukların üstün menfaatinin gözetilmesi ilkesi gereği adil denge testi çocuğun kökenini öğrenme hakkı lehine sonuçlandırılmalıdır. Dolayısıyla devlet pozitif yükümlülükleri gereği çocuğa hem yasal çerçevede güvence sağlamalı hem de uygulamada kökenine ulaşma imkanı tanıma yönünde etkili tedbirler almalıdır.

Kişinin biyolojik babasını öğrenme hakkı kapsamında soybağı tespiti için tıbbi müdahale yoluyla delil elde etmeye yönelik olarak yapılan DNA testleri aynı zamanda kişinin özel hayatı kapsamında fiziksel bütünlüğüne müdahale niteliği taşımaktadır²²⁵⁵. Konu ile ilgili pozitif yükümlülüklerin değerlendirildiği Mikulić davasında²²⁵⁶ başvuran, babası olduğunu iddia ettiği kişiye DNA testi yapılmasının zorunlu kılınmaması ve bu konuda bağımsız bir otoriteye başvuru imkanının tanınmamasından şikayetçidir. Bu bağlamda yerel mahkemelerin babalık iddialarına karar vermede yetersiz olduğu ve kişisel kimliğine ilişkin belirsizlik sürdüğünden özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir²²⁵⁷. AİHM, yargılamanın uzun sürmesi ve buna bağlı olarak başvuranın kişisel kimliğine ilişkin uzun süren bir belirsizlik durumunda bırakılması nedeniyle devletin özel hayata saygı hakkı kapsamında usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini ve dolayısıyla 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır²²⁵⁸.

Aynı konu ile ilgili davalardan Ebru ve Tayfun Engin Çolak kararı²²⁵⁹ Türkiye aleyhine sonuçlanmıştır. Evlilik dışı dünyaya gelmiş çocuk Tayfun ve

²²⁵² Ebru and Tayfun Engin Çolak/Turkey, App. No. 60176/00, 30 May 2006.

²²⁵³ Arslan Öncü, s. 246.

²²⁵⁴ Jaggi/Switzerland, App. No. 58757/00, 13 July 2006, par. 40-44.

²²⁵⁵ Arslan Öncü, s. 247.

²²⁵⁶ Mikulić/Croatia, App. No. 53176/99, 7 February 2002.

²²⁵⁷ Mikulić/Croatia, App. No. 53176/99, 7 February 2002, par. 47.

²²⁵⁸ Mikulić/Croatia, App. No. 53176/99, 7 February 2002, par. 66.

²²⁵⁹ Ebru and Tayfun Engin Çolak/Turkey, App. No. 60176/00, 30 May 2006.

annesi, 1992 yılında babası olduklarını iddia ettikleri E. ile çocuğun hukuki bağlarının belirlenmesi amacıyla yerel mahkemelere başvurmuştur. Mahkeme'nin talebi üzerine İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Kurumu tarafından yapılan kan muayeneleri ve genetik testler sonucunda 24 Ekim 1994 tarihinde düzenlenen raporda, Tayfun Engin Çolak'ın babasının %99,77 kesinlikle E. olduğu saptanmıştır. Yargıtay bu kararı onadıktan sonra kararın düzeltilmesi talebiyle Yargıtay'a yapılan başvuru üzerine bilirkişi raporunun Mahkeme tarafından belirlenen kurumca hazırlanmadığı gerekçesiyle kararını bozmuş ve dava dosyasını tekrar incelenmek üzere ilk derece mahkemesine göndermiştir. Mahkeme tarafından gerekli testlerin yapılması için Adli Tıp Kurumu'na gitmesi kararı alınan baba bu testleri yaptırmaktan 4 yıl boyunca imtina etmiştir. 17 Mayıs 2000 tarihinde Mahkeme, E.'nin Tayfun Çolak'ın babası olduğuna hükmetmiştir. 18 Ocak 2001 tarihinde Yargıtay ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. AİHM, davanın açılmasından yaklaşık sekiz yıl sonra, mahkemenin E.'nin babalığı konusunda ikinci defa karar verdiğinin altını çizmektedir. Mahkeme devletin takdir marjını göz önünde bulundurarak, DNA testinden imtina eden E.'yi bu testi yaptırmak zorunda bırakacak yaptırımlar öngörmeyen bir sistemin, ilke olarak, 8. maddeden kaynaklanan yükümlülüklerle uyumlu olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Fakat babalığın DNA testleriyle tespit edilemediği durumlarda dahi, soybağını öğrenmeye çalışan kişinin menfaatinin korunması gerektiğinin altını çizmiştir. Sonuç olarak ise; yerel mahkemelerin babalık sorununu ivedilikle çözüme ulaştıramamış olmaları başvuranları çocuğun kimliği hususunda uzun süren bir belirsizlik içinde bıraktığından 8.madde kapsamında pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediğine karar vermiştir²²⁶⁰.

Kanımızca kişinin özel hayatının korunması kapsamında kişinin biyolojik kökenlerine ulaşma hakkı ile fiziksel bütünlüğün korunması hakkı çatıştığında hukuki delil toplama amacıyla yapılan DNA testinin kişiye ciddi ve ağır fiziksel zarar vermeyeceği açık olduğundan ve soybağının tespitinin kamu düzeni gereği olduğu göz önüne alındığında çatışan bireysel menfaatlerden kişinin kökenlerine ulaşma hakkı lehine davranılması yerinde olacaktır. Ayrıca soybağı tespit edilen kişi açısından bu tespitten sonra doğması muhtemel hakların (örneğin; miras, nafaka)

²²⁶⁰ Ebru and Tayfun Engin Çolak/Turkey, App. No. 60176/00, 30 May 2006.

söz konusu olacak olması kökenine ulaşmaya çalışan kişinin menfaatinin korunmasının diğer bir sebebi olarak öne sürülebilir. Özellikle çocuk statüsünde olan kişinin kimliğinin vazgeçilmez bir parçası hakkındaki gerçeği öğrenebilmesi oldukça önemli olduğundan bu durumda üçüncü kişileri herhangi bir tıbbi tahlil özellikle de DNA testi yaptırmak zorunda bırakılması daha hayati değildir.

Bu bağlamda devletin yükümlülüğü DNA testi ve soybağının tespitine ilişkin yargısal süreci ivedi şekilde işleterek kişinin kimliğinin belirsiz kalmasını engelleyerek özel hayatın korunması kapsamında usule ilişkin pozitif yükümlülüklerine riayet etmektir.

(ii) Kişinin Etnik Kökeni Hakkında Bilgi Sahibi Olma Hakkı

Kişinin etnik kökeni hakkında bilgi sahibi olma hakkı aynı zamanda bu köken hakkında yanlış kaydedilen bilgilerin yetkili merciler tarafından düzeltilmesini de içermektedir. Nitekim Mihai Ciubotaru/Moldovya davasında 1952 yılında doğan başvuru Romanya’da doğan fakat kimliklerinde etnik kökenine ilişkin herhangi bir bilgi yer almayan annesi ve babasının Sovyet yetkilileri tarafından kimliğinin Moldovyalı olarak kaydedilmesi sonucu; bu bilginin doğru olmadığı anne babasının Romanyalı olduğu, bu nedenle kimliğinin bu yönde değiştirilmesini talep etmiştir²²⁶¹. Bu talebinin ulusal makamlarca reddedilmesi üzerine Mahkeme bu davada; “*kişisel özerklik*” kavramının Sözleşme’nin 8. maddesinde sağlanan teminatların yorumunda önemli bir ilke olduğunu belirtmiştir²²⁶². Bu ilkenin korunması çerçevesinde her kişiye bireysel olarak kimliklerinin detaylarının oluşturulmasını içeren kişisel bir alan verildiğini vurgulamıştır²²⁶³. Etnik köken bilgisinin değiştirilmesine ilişkin olarak başvuran tarafından yeterli ve ilgili dayanaklar sunulduğu takdirde devletin yanlış kaydı düzeltme yönünde pozitif yükümlülüğü söz konusudur. Bu sebeplerle de AİHM başvuru sahibinin talebinin ulusal makamlarca reddinin Sözleşme’nin 8. maddesi ile

²²⁶¹ Ciubotaru/Moldovia, App. No. 27138/04, 27 April 2010, par. 6-8.

²²⁶² Pretty/United Kingdom, App. No. 2346/02, 29 April 2002, par. 61; Jehovah’s Witnesses of Moscow and others/Russia, App. No. 302/02, 10 June 2010, par. 135.

²²⁶³ Ciubotaru/Moldovia, App. No. 27138/04, 27 April 2010, par. 49.

koruma altına alınan özel hayatın ihlali olduğuna karar vermiştir²²⁶⁴.

(2) Kişinin Geçmişi Hakkında Bilgi Sahibi Olma Hakkı

Kişinin geçmişi hakkında bilgi sahibi olma hakkı sadece kökeni ile ilgili bilgilere ulaşma hakkı ile sınırlı olmayıp kişinin tarihine, geçmişine ilişkin her bilgi bu hak kapsamında değerlendirilebilir²²⁶⁵. Aynı zamanda kişinin şahsi yönleri ve gelişimi de geçmişini yansıtmaktadır. AIHM kararlarında da ifade edildiği üzere herkesin bireysel insan olarak kimliklerinin detaylarını saptayabilmesi gerektiğinden²²⁶⁶ AIHS'e taraf devletlerin ayrıca bireylerin geçmişi ile ilgili bilgilere ulaşmalarını sağlama yükümlülüğü de söz konusudur.

Kişinin geçmişinin tam olarak anlamlandırıp hatırlayamadığı kısmını bebeklik ve çocukluk dönemleri oluşturur. Bu bağlamda kişilerin özel hayatlarının ve aile hayatlarının korunması bağlamında çocukluklarını öğrenmek ve anlamak için gerekli bilgileri edinmesi önemlidir. Öte yandan, kamu kayıtlarının gizliliğinin objektif ve güvenilir bilgi almak için önem taşıdığı ve bu gizliliğin üçüncü kişilerin korunması için de gerekli olabileceği akılda tutulmalıdır²²⁶⁷. Üçüncü kişilerin korunması genellikle ebeveynlerin kimliklerini gizleme amacıyla hareket ettiği durumlarda söz konusu olmaktadır.

Kişinin geçmişi hakkında bilgi sahibi olma talebine dayanan Gaskin kararında 2 Aralık 1959 doğumlu bir Britanya vatandaşı başvuran 1 Eylül 1960'da Liverpool Belediyesi tarafından koruma altına alınmıştır. Başvuran reşit olana değin (18 yaşına kadar) koruma altında bulundğu dönemin çoğunluğunda bakıcı ailelerin yanında kalmıştır²²⁶⁸. Başvuran, koruma altında bulundğu sırada kötü muamele gördüğünü iddia etmektedir. Başvurucu ergin olmasından itibaren kendisiyle ilgili problemleri aşabilmek ve geçmişi hakkında bilgi sahibi olabilmek için nerede, kimler tarafından ve hangi koşullarda tutulduğunu öğrenmek istemiştir²²⁶⁹. Fakat

²²⁶⁴ Ciubotaru/Moldovia, App. No. 27138/04, 27 April 2010, par. 59.

²²⁶⁵ Arslan Öncü, s. 245.

²²⁶⁶ Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 39; Van Kück/Germany, App. No. 35968/97, 12 June 2003; Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989; Ciubotaru/Moldovia, App. No. 27138/04, 27 April 2010, par. 49.

²²⁶⁷ Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 49.

²²⁶⁸ Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 10.

²²⁶⁹ Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 11.

ulusal mevzuat uyarınca hakkında tutulması zorunlu olan dosya kayıtlarına ulaşmasına izin verilmemesi ve dosyaya ulaşmasının katkıda bulunanların (tıp doktorları, okul öğretmenleri, polis ve gözetim memurları, sosyal hizmet uzmanları, sağlık ziyaretçileri, koruyucu aileler ve okul personeli) rızasına bağlı tutulması ve bu yönde taleplerinin reddedilmesi üzerine başvuran 8. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür²²⁷⁰. AİHM, bu tür bir sistemde, kayıtlara katkıda bulunanların bulunmadığı ya da uygunsuz bir şekilde izin vermediği durumlarda, özel ve aile hayatıyla ilgili kayıtlara erişmek isteyen kişinin çıkarlarının da güvence altına alınması gerektiğini düşünmektedir. Bu sebeple de katılımcının rıza göstermemesi veya sebepsizce reddetmesi durumunda erişime izin verilip verilmesi gerekmediğine bağımsız bir otoritenin karar vermesi gerektiğini düşünmektedir. Böyle bir bağımsız otoritenin öngörülmemiş olmaması dolayısıyla da 8. madde kapsamında pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği sonucuna ulaşmıştır²²⁷¹.

Kanımızca kişinin geçmişi hakkındaki bilgileri içeren dosyaların gizli tutulması hem kendi hem de üçüncü kişilerin menfaati gözetilerek olmaktadır. Yani bu durumda bireylerin menfaati çatışmaktadır. Bu sebeple kişinin geçmişi hakkındaki bilgilere ulaşma talebinin değerlendirilmesini tek tarafın rızasına bağlayan bir sistem, baştan usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemiş demektir. Nihayetinde gerek geçmişiyle ilgili bilgilere ulaşmak isteyen kişi açısından gerekse dosyadaki katılımcılar açısından bu bilgilere erişim ya da erişime rıza göstermeme bu yönde gösterilecek meşru gerekçelerle temellendirilmelidir.

Kişinin geçmişi hakkında bilgi sahibi olma hakkı aynı zamanda kişisel verilere ulaşma hakkını karşıladığından bu konuda inceleme aynı zamanda çalışmamızın Kişisel Verilerin Korunması ve Kişisel Verilere Erişimin Sağlanması başlığı altında da yapılmıştır.

²²⁷⁰ Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 34 vd.

²²⁷¹ Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 49.

c. Kişinin Cinsel Kimliğinin Tanınması ve Korunması

Cinsel kimlik kişinin kendi bedenini ve kişiliğini belli bir cinsiyet içinde algılayıp, kabullenmesidir²²⁷². Kişinin başta cinsel yönelimi²²⁷³ olmak üzere, cinsel hayatı onun cinsel kimliğini oluşturmaktadır²²⁷⁴.

Mahkeme cinsel hayatı kişinin özel hayatının esas boyutu olarak ele almakta²²⁷⁵ ve cinsel hayat formlarının 8. madde çerçevesinde özel hayatın önemli bir parçasını teşkil ettiğini kabul etmektedir.²²⁷⁶ Kişinin cinsel hayatı özel hayatının en mahrem alanlarından birini oluşturduğundan²²⁷⁷ devletin negatif yükümlülüğü bu alana “demokratik bir toplumda gerekli olmadığı” takdirde müdahale edilmemesini gerektirirken, pozitif yükümlülüğü ise bu alana yatay ilişkiler bağlamında yani üçüncü kişiler tarafından yönelecek tehditlerin ortadan kaldırılmasını gerektirmektedir²²⁷⁸.

(1) Transseksüalizm²²⁷⁹

Cinsel kimlik bağlamında üzerinde durulması gereken önemli bir husus transseksüalizm²²⁸⁰ olgusudur²²⁸¹. Kişinin kendisini karşı cinsiyette algılaması, biyolojik cinsiyetine ait özelliklerden çok rahatsızlık duyması, bunları gizleme

²²⁷² Keskin, Necla/Yapca, Gamze/Tamam, Lut; “Transseksüalizm: Klinik Özellikleri ve Yasal Konular”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Vol. 7(4), 2015, s. 436.

²²⁷³ Cinsel yönelim “erkeklerle, kadınlara, hem erkeklerle hem kadınlara, hiçbir cinsiyete veya daha farklı bir cinsiyete karşı duygusal, romantik veya cinsel çekim” şeklinde tanımlanmaktadır. Davies, Dominic; “Cinsel Yönelim”, (Çev. Gökçe Elif Sarıdoğan), (http://www.pinktherapy.com/portals/0/downloadables/Translations/TUR_SexualOrientation.pdf, E.T. 17.07.2016), s. 1.

²²⁷⁴ Arslan Öncü, s. 207.

²²⁷⁵ Mowbray, Cases, s. 347; Clements, s. 160.

²²⁷⁶ Clements, s. 160; Bu yönde Norris/Ireland, App. No. 10581/83 26 October 1988.

²²⁷⁷ Y. Y./Turkey, App. No. 14793/08, 10 March 2015, par. 60; Schlumpf/Switzerland, App. No. 29002/06, 8 January 2009, par. 104.

²²⁷⁸ Salihpaşaoğlu, s. 254.

²²⁷⁹ Transseksüel terimi, ilk kez 1949 yılında Dr. David Cauldwell tarafından ortaya atılmıştır ancak 1966 yılında Harry Benjamin’in “The Transsexual Phenomenon” adlı kitabından sonra yaygınlaşmıştır. (Busardò, Francesco Paolo/Ciancolini, Giorgia/Vegallo, Montanari Gianluca/Marinelli, Enrico/Ciallella, Constantino/Zaami, Simona/Frati Paola; “Legal Aspects of Transsexualism: the Italian Scenario in Comparison with Other European Vol. 2, No. 4, Prevention and Research Scientific, 2013, s. 156).

²²⁸⁰ Transseksüalizm, bir bireyin cinsiyetinin yeniden tayin edilmesine (değiştirilmesi) yönelik ilişki olarak tanımlanabilir. Ayrıca transseksüalizm ile ilgili teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hird, Myra J.; “For a Sociology of Transsexualism”, Sociology, Vol. 36, No. 3, August 2002, s. 578.

²²⁸¹ Arslan Öncü, s. 213.

çabası içerisinde olması ve karşı cinsin cinsiyet özelliklerine sahip olmak istemesi ile karakterize edilen cinsel kimlik sapması cinsel kimlik bozukluğu, transseksüalite olarak adlandırılmaktadır²²⁸². Bu bağlamda transseksüalizm “önce fiziksel sonrasında zihinsel olarak çift kişilikle karakterize edilen bir sendrom” olarak ifade edilmiştir²²⁸³.

Günümüzde tıp biliminin gelişmesiyle birlikte hormon tedavisi ve cerrahi operasyon yolu ile transeksüellerin ait olduklarını hissettikleri cinsiyete göre fiziksel görünümelerini değiştirmeleri mümkün olmuştur²²⁸⁴. Ancak bu durum beraberinde, transseksüalizm olgusunun sonuçlarının hukuk tarafından tanınması ve düzenlenmesini gündeme getirmiştir²²⁸⁵. Çünkü, transseksüellerin fiziksel cinsiyetini değiştirdikten sonra doğum belgesi, pasaport, sürücü belgesi gibi resmi belgelerini yeni cinsiyet kimliğine uygun olarak değiştirilmesi talebi söz konusu olmuştur²²⁸⁶. Bugün birçok dava cerrahi müdahalelerden sonra kamu otoritelerinin yeni statüye hukuki ve idari tanıma sağlamamasından kaynaklanmaktadır²²⁸⁷.

8. madde transseksüellerin cinsel kimlik değişimlerinin devlet tarafından tanınmasını korumaktadır²²⁸⁸. Bu sebeple transseksüeller uzun süredir taraf devletlerin daha lehte yaklaşımlarını sağlamak için 8. maddeyi kullanmaktadır²²⁸⁹. Bu konuda AİHK’in önüne gelen ilk dava Belçika otoritelerinin doğum belgesinin değişimi talebinin reddinin 8. maddenin ihlali olduğunun tespit edildiği Van Oosterwijck²²⁹⁰ davasıdır²²⁹¹. Bu bağlamda AİHK’in, cinsiyet değişikliğinden sonra, kişiye ait doğum belgesinin yeni cinsiyet kimliğine uygun olarak değiştirilmesi talebinin reddini Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlali olarak görmemesi

²²⁸² Keskin/Yapça/Tamam, s. 437.

²²⁸³ Busardò/Ciancolini/Vergallo/Marinelli/Ciallella/Zaami/Frati, s. 157.

²²⁸⁴ İlk cinsiyet değiştirme ameliyatı 1952 yılında “George” isimli bir hastaya yapılmış, bu kişinin “Christine” ismini almasıyla birlikte bu hastaya atfen bu ameliyatlar “Christine ameliyatı” olarak anılmıştır. (Keskin/Yapça/Tamam, s. 437).

²²⁸⁵ Her ne kadar hukuki düzenlemeler yapılmış olsa da transseksüalite bugün çelişki ve fikir ayrılıklarının söz konusu olduğu birçok konuyu kapsayan karmaşık bir sosyal olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. (Hird, Myra J.; “For a Sociology of Transsexualism”, Sociology, Vol. 36, No. 3, August 2002, s. 591).

²²⁸⁶ Arslan Öncü, s. 214

²²⁸⁷ Mowbray, Positive Obligations, s. 130.

²²⁸⁸ Clements, s. 161.

²²⁸⁹ Jacobs/White, s. 192.

²²⁹⁰ Van Oosterwijck/Belgium, App. No. 7654/76, 6 November 1980. Dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koering Joulin, s. 93-94.

²²⁹¹ Jacobs/White, s. 192.

taraf devletlere tanınan takdir marjı nedeniyledir²²⁹². Bu takdir marjı sınırsız olmayıp toplumsal yarar ile kişisel yarar arasında adil bir denge kurularak kullanılmalıdır²²⁹³. Transseksüellere ilişkin davalarda Mahkeme toplumun genel yararı ile bireyin haklarının dengelenmesinde toplumsal yararın lehine ağırlık vermiştir²²⁹⁴. Öte yandan Mahkeme uzun süre transseksüellerin 8. madde kapsamında insan onurunun korunması iddialarını reddetmiştir²²⁹⁵.

Mahkeme'nin, transseksüellerin Sözleşme kapsamındaki haklarını koruma ile ilgili iddialarını²²⁹⁶ ve bu yönde taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini değerlendirdiği ilk dava ise Rees/Birleşik Krallık²²⁹⁷ davasıdır²²⁹⁸. Bu davada hormon tedavisi sonucu erkek özellikleri kazanan ve daha sonra cinsiyet değişikliği operasyonu ile kadın cinsiyetine ilişkin fiziksel özelliklerden kurtulan başvuru adını da yeni erkek cinsiyetine uygun şekilde değiştirmiştir. Ancak doğum belgelerinde yer alan biyolojik cinsiyetinin değiştirilmesi talebi iç hukukta kabul edilmemiştir²²⁹⁹. Bu davada transseksüellerin tanınmasına yönelik olarak pozitif yükümlülüklerin varlığı ve kapsamı tartışılmıştır²³⁰⁰. Bu yönde Mahkeme kararlarında²³⁰¹, transseksüellere yeni cinsiyetlerine uygun bir statü değişikliği sağlanması konusunda AİHS'e taraf devletlerin iç hukukları arasında bir yeknesaklık olmaması dolayısıyla devletlerin bu hususta geniş bir takdir marjına sahip olduğu²³⁰² ve 8. maddeden doğan pozitif yükümlülüklerin ise bu kadar geniş tutulamayacağı belirtilmiştir²³⁰³.

²²⁹² Jonathan, s. 411; Salihpaşaoğlu, s. 240.

²²⁹³ Jonathan, s. 411; Aynı yönde Johansson/Finland, App. No. 10163/2, 6 September 2007, par. 30; Van Kück/Germany, App. No. 35968/97, 12 June 2003, par. 71; Sheffield and Horsham/United Kingdom, App. No. 31–32/1997/815–816/1018–1019, 30 July 1998 par. 76; Keegan/Ireland, App. No. 16969/90, 26 May 1994, par. 49; Stjerna/Finland, App. No. 18131/91, 25 November 1994, par. 38.

²²⁹⁴ Salihpaşaoğlu, s. 240.

²²⁹⁵ Heringa/Zwaak, s. 682.

²²⁹⁶ Arai-Takahashi, s. 72.

²²⁹⁷ Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986.

²²⁹⁸ Dijk/Hoof, s. 500; Akandji Kombe, s. 38; Mowbray, Positive Obligations, s. 130; Mowbray, Private Lives, s. 155.

²²⁹⁹ Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 30. Dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koering Joulin, s. 94-97.

²³⁰⁰ Mowbray, Positive Obligations, s. 131; Jacobs/White, s. 193.

²³⁰¹ Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 33-34, 35, 37; Cossey/United Kingdom, App. No. 10843/84, 27 September 1990, par. 36, 40; Sheffield and Horsham/United Kingdom, App. No. 22985/93, 23390/94, 30 July 1998, par. 56-58, 61.

²³⁰² Janis/Kay/Bradley, s. 442.

²³⁰³ Mowbray, Positive Obligations, s. 131; Bu yönde Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 44.

Bu davaya paralel şekilde karara bağlanan Cossey davasında²³⁰⁴ ise biyolojik olarak erkek ancak psikolojik olarak kadın cinsiyetine sahip başvuru cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmiş ve sonrasında doğum belgelerinin yeni kadın cinsiyetine uygun şekilde değiştirilmesi talebi iç hukuk organlarınca reddedilmiştir²³⁰⁵. Mahkeme Rees davasındaki gibi²³⁰⁶ bu davada da taraf devletlerin transseksüellerin statülerinin tanıma hususunda geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir²³⁰⁷. Yine her iki davada da Mahkeme pozitif yükümlülüğün var olup olmadığını belirlerken, AİHM’in Sözleşme’nin tamamının doğasında olan toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasındaki adil dengenin aranması gerektiğini vurgulamıştır²³⁰⁸.

Mahkeme bu görüşlerini Sheffield ve Horsham davasında da²³⁰⁹ yineleyerek²³¹⁰ başvurucuların yeni cinsiyetlerinin doğum belgelerine yansıtılması taleplerinin reddedilmesini pozitif yükümlülükler doktrini bağlamında ele almış²³¹¹ fakat Mahkeme taraf devletlerin transseksüellerin yeni cinsiyetlerine göre doğum kayıt sistemini değiştirme şeklinde bir pozitif yükümlülüklerinin bulunmadığını belirtip²³¹² 8. maddeye yönelik bir müdahale olmadığına karar vermiştir²³¹³.

Mahkeme’nin cinsiyet kimliği sorunlarına ilişkin yaklaşımı geçmişten bugüne değişmiştir²³¹⁴. Bu değişimin kaynağı Sözleşme’nin günün koşulları ışığında yorumlanması ilkesi olmuştur²³¹⁵. Mahkeme cinsiyet kimliği sorunlarına ilişkin yaklaşımından pozitif yükümlülükler doktrini çerçevesinde ele aldığı ve 2002

²³⁰⁴ Jacobs/White, s. 193.

²³⁰⁵ Cossey/United Kingdom, App. No. 10843/84, 27 September 1990, par. 27.

²³⁰⁶ Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 37.

²³⁰⁷ Cossey/United Kingdom, App. No. 10843/84, 27 September 1990, par. 40.

²³⁰⁸ Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 37; Cossey/United Kingdom, App. No. 10843/84, 27 September 1990, par. 37. Ayrıca Sheffield and Horsham/United Kingdom, App. No. 22985/93, 23390/94, 30 July 1998, par. 52; Christine Goodwin/United Kingdom, App. No. 28957/95, 11 July 2002, par. 72.

²³⁰⁹ Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mowbray, Alastair; Respect for Private Lives of Transsexuals, Tje Journal of Forensic Psychiatry, Vol. 10, No. 1, 1999, s. 149-156

²³¹⁰ Mowbray, Private Lives, s. 151-155; Letsas, Two Concepts, s. 727.

²³¹¹ Mowbray, Private Lives, s. 151.

²³¹² Sheffield and Horsham/United Kingdom, App. No. 22985/93, 23390/94, 30 July 1998, par. 53; Aynı yönde Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 35.

²³¹³ Sheffield and Horsham/United Kingdom, App. No. 22985/93, 23390/94, 30 July 1998, par. 77; Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 46; Cossey/ United Kingdom, App. No. 10843/84, 27 September 1990, par. 42;

²³¹⁴ Akandji Kombe, s. 39; Mowbray, Positive Obligations, s. 137 vd; Arslan Öncü, s. 218; Akkurt, s. 242; Çoban, s. 202.

²³¹⁵ Reid, s. 69; Burbergs, s. 319; Arslan Öncü, s. 219. Bu yönde Christine Goodwin/United Kingdom, App. No. 28957/95, 11 July 2002, par. 75.

yılında hükme bağladığı mihenk taşı niteliğinde Christine Goodwin davasıyla²³¹⁶ dönmüştür²³¹⁷. Mahkeme, transseksüellerin yeni cinsiyetlerinin yasal olarak tanınmamasının kişi yararı ile kamu yararı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi başvuru aleyhine bozulduğu gerekçesiyle kişinin özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine oybirliği ile karar vermiştir²³¹⁸. Ayrıca Mahkeme cinsiyet değişiminin kimlik belgelerinde de düzenlenmesi gerektiğine hükmetmiştir²³¹⁹. Fakat Christine Goodwin davası, transseksüeller konusundaki çığır açıcı bir karar olarak görülse de doktrinin özündeki zayıflıkları çözmeye yetmemiştir²³²⁰.

Mahkeme günümüzde transseksüellerin hukuki statülerinin tanınması konusunda devletlerin takdir yetkilerinin olmadığı kanaatindedir²³²¹. Fakat cerrahi müdahale sonrası değişen cinsel kimliğin hukuken tanınmasına ilişkin olarak iç hukuk sistemlerinde ortaya çıkan uygulamadaki sorunların çözümünde ise taraf devletlerin takdir yetkileri geniştir²³²². Bugün Avrupa Devletleri'nin çoğu transseksüellerin doğum belgelerinde yeni cinsiyetlerinin belirtilmesine izin vermektedir²³²³. Öte yandan Mahkeme de bu kişilerin hukuki statülerinin tanınması doğrultusunda 8. madde kapsamında devletlerin pozitif yükümlülüklerinin olduğunu belirtmektedir²³²⁴. *Mowbray*'a göre de 8. madde transseksüellerin özel hayatına saygı göstermek üzere devlet tarafından daha kapsamlı pozitif eylemde bulunulmasını gerektirir²³²⁵. Tanıma prosedürü konusunda ise Mahkeme, taraf devletlerin belirli ölçüde hareket serbestisinin olduğunu belirtmiştir²³²⁶. Aynı zamanda Mahkeme 2014 yılında verdiği bir kararda²³²⁷ devletlerin tanımayı belirli ön koşullara bağlamasının da mümkün olduğuna işaret etmiştir.

Evli ve çocuklu başvuran, erkekten kadına cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmiştir²³²⁸. Resmi belgelerde ismini değiştirse de cinsiyetinin erkek olduğunu

²³¹⁶ Christine Goodwin/United Kingdom, App. No. 28957/95, 11 July 2002.

²³¹⁷ Heringa/Zwaak, s. 683; Mowbray, Positive Obligations, s. 137 vd; Jacobs/White/Obey, s. 383; Santolaya, s. 340 ; Letsas, Two Concepts, s. 727-728.

²³¹⁸ Christine Goodwin/United Kingdom, App. No. 28957/95, 11 July 2002, par. 93.

²³¹⁹ Busardò/Ciancolini/Vergallo/Marinelli/Ciallella/Zaami/Frati, s. 158.

²³²⁰ Viljanen, s. 6.

²³²¹ Roagna, s. 63.

²³²² Heringa/Zwaak, s. 684.

²³²³ Janis/Kay/Bradley, s. 443.

²³²⁴ Mowbray, Positive Obligations, s. 137.

²³²⁵ Mowbray, Private Lives, s. 155.

²³²⁶ Doğru/Nalbant, C. II, s. 5; Roagna, s. 63.

²³²⁷ Hämaläinen/Finland, App. No. 37359/09, 16 July 2014.

²³²⁸ Hämaläinen/Finland, App. No. 37359/09, 16 July 2014, par. 10-11.

belirten kimlik numarasının değiştirilmesini sağlayamamıştır.²³²⁹ Yerel mevzuata göre kimlik numarasının değişebilmesi için başvuranın evli olmaması veya karısının, evliliğin medeni birlikteliğe dönüştürülmesine rıza göstermesi gerekmektedir²³³⁰. Karısı rıza göstermediğinden başvuranın nüfusa kadın olarak kaydedilme talebi reddedilmiştir. Başvuran, sadece evliliğinin medeni birlikteliğe dönüşmesi yoluyla, yeni cinsiyetinin resmi olarak tam anlamıyla tanınabilmesi konusunda şikayette bulunmuştur.²³³¹

Mahkeme, edinilmiş cinsiyetin hukuki olarak tanınmasının ön koşulu olarak, evliliğin medeni birlikteliğe dönüştürülmesi gereğinin yersiz olmadığını tespit etmiştir. Medeni birlikteliğin de eşcinsel çiftlere hukuki koruma sağlayan gerçek bir seçenek olduğunu belirtmiştir. Bu iki yasal konsept arasındaki küçük farklılıklar sebebiyle, devletin 8. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüğü açısından, Finlandiya hukuk sisteminin yetersiz olduğu kanısına varılmasının sağlanamayacağı sonucuna ulaşmıştır²³³². Bununla birlikte Mahkeme konu ile ilgili içtihatlarında taraf devletlere transseksüalizm ile ilgili yasal çerçevenin kabul edilmesini şiddetle önermektedir²³³³.

Konu ile ilgili güncel bir örnek olarak Mersin’de bir kadın cinsiyet değiştirme amacıyla cerrahi bir müdahaleye başvurmasına izin verilmediği gerekçesiyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Kadının cinsiyet değiştirme talebi yerel mahkeme tarafından reddedilince AİHM’e açtığı davada AİHM, başvuru Y.Y.’nin özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir²³³⁴. Mahkeme kararında 8. maddenin, cinsiyet değiştirme ameliyatı için koşulsuz bir hakkı güvence altına almadığını belirtse de transseksüelliğin ilgili kişilere yardım edilmesi için tedavi gerektiren tıbbi bir durum olduğunu uluslararası düzeyde geniş ölçüde kabul ettiğini daha önce de tespit ettiğini hatırlatmaktadır²³³⁵.

²³²⁹ Hämäläinen/Finland, App. No. 37359/09, 16 July 2014, par. 12.

²³³⁰ Hämäläinen/Finland, App. No. 37359/09, 16 July 2014.

²³³¹ Adalet Bakanlığı; “Cinsiyet Kimliği Sorunları”, 2015, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_TUR.pdf, E. T. 25.04.2016.

²³³² Adalet Bakanlığı; “Cinsiyet Kimliği Sorunları”, 2015, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_TUR.pdf, E. T. 25.04.2016.

²³³³ Busardò/Ciancolini/Vergallo/Marinelli/Ciallella/Zaami/Frati, s. 158.

²³³⁴ Y. Y./Turkey, App. No. 14793/08, 10 March 2015, par. 122; Aynı yönde Bourdov/Russia, App. No.59498/00,

²³³⁵ Christine Goodwin/United Kingdom, App. No. 28957/95, 11 July 2002, par. 81; Y. Y./Turkey, App. No. 14793/08, 10 March 2015, par. 65.

Mahkeme'nin 2017 yılında karara bağladığı A.P., Garçon and Nicot davasında²³³⁶ da trans başvuranlar, doğum belgesinde cinsiyet kimliklerinin değiştirilmesi taleplerinin reddedilmesi sebebiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Fransız hukukunda transseksüellerin doğum belgelerinin düzeltilerek cinsiyet kimliklerinin tanınması yasal olarak mümkünse de cinsiyet kimliği bozukluğundan muzdarip olduklarını ve görünüşlerindeki değişimin geri dönülemez olduğunu kanıtlamaları şart koşulmuştur. Bu nedenle ikinci ve üçüncü başvuranlar tarafından yapılan talepler, söz konusu koşulu yerine getirmedikleri gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkeme ise geri dönüşü olmayan bir değişimi gösterme gerekliliğinin devletin özel hayata saygı hakkını güvence altına alma konusundaki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi anlamına geldiğini vurgulamıştır. Bu nedenle de ikinci ve üçüncü başvuranlar açısından 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir²³³⁷. Bu bağlamda transseksüellerin tıbbi tedavi, cerrahi operasyon veya sterilizasyon geçirmemiş olması, talebin reddi için gerekçe teşkil etmemelidir. Dolayısıyla devletin pozitif yükümlülüğü yasal çerçevenin özel hayatın korunmasına imkan sağlayacak içerikte düzenlenmesi ve haktan yararlanma yollarını güçleştirecek yasal şartların kaldırılması yönündedir.

(2) Eşcinsel İlişkiler

Bireyin cinsel yöneliminin eşcinsel olması uzun süre bir cinsel bozukluk olarak görülmüş²³³⁸ fakat günümüzde bunun cinsel bozukluk olmadığı kabul edilmektedir²³³⁹. Eşcinsel ilişkiler ve bu doğrultuda eşcinsellerin hakları 8. maddeyle de doğrudan

²³³⁶ A.P., Garçon and Nicot/France, App. No. 79885/12, 52471/13 and 52596/13, 6 April 2017.

²³³⁷ A.P., Garçon and Nicot/France, App. No. 79885/12, 52471/13 and 52596/13, 6 April 2017, par. 135.

²³³⁸ Yüzyılı geçkin zamandır konu ile ilgili çalışan ve eşcinsellere yardımcı olan profesyoneller tarafından bu durum bir hastalık olarak görülmüştür. Bu sebeple de geçmişte insanları bu hastalıktan kurtarmak adı altında ağır işkenceler uygulanmıştır. Lezbiyenler ve geyler elektrik şoku tedavisine, aversif terapilere ve kaba psikocerrahi girişimlere maruz bırakılmışlardır. Bir kısmı ise toplumun ve terapistlerinin bunun bir hastalık ve sapkınlık olduğuna dair görüşlerini içeren uzun süreli, yoğun bir psikoterapi sürecine tabi tutulmuşlardır. Eşcinselliğin ruhsal hastalık sınıflamasından çıkarılması sonucu bu gibi kötü muameleler sonlandırılmıştır. (Davies, s. 2).

²³³⁹ Arslan Öncü, s. 207; Antropologlar ve tarihçilere göre, eşcinsellik ve biseksüelliğin dünya genelinde eski çağlardan bugüne varlığını sürdürmektedir. Eşcinselliğe her toplumun ve kültürün yaklaşımı farklı olmuştur. Bazı kültürlerde eşcinsellik doğal ve insan cinselliğinin normal bir varyasyonu olarak görülürken, bazı kültürlerde ise eşcinseller eleştirilmekte ve kötü muamele görmektedirler. Bu konuda doktrinde hemfikir olunan nokta ise herkes için aynı cinsin duyulan arzusunun doğal olarak gelişen bir fenomen olduğudur. (Davies, s. 1).

bağlantılı olmakla beraber²³⁴⁰ doktrinde yetişkin eşcinseller arası cinsel aktivitelerin cezai yaptırıma bağlanmasının 8. maddenin birinci fıkrası bağlamında mı yoksa 8. maddenin ikinci fıkrası bağlamında mı müdahale teşkil ettiği tartışmalıdır²³⁴¹. AİHK ve AİHM kararlarına bakıldığında eşcinsel cinsel aktivitelere getirilen yasakların bireylerin özel hayatlarına bir müdahale teşkil ettiğini²³⁴² fakat bu tür yasakların 8. maddenin ikinci fıkrası altında meşru kabul edilebileceğini ifade etmiştir²³⁴³.

Mahkeme Dudgeon kararında eşcinsel ilişkileri yasaklayan Kuzey İrlanda yasasının Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir²³⁴⁴. Başvurucu, bir eşcinsel olarak, erkekler arası eşcinsel aktiviteleri suç sayan yasanın varlığından ötürü korku ve stres yaşadığını ileri sürerek AİHS madde 8'in ihlalini iddia etmiştir²³⁴⁵. Bu konudaki diğer pilot vakalar Norris²³⁴⁶ ve Modinos²³⁴⁷ davalarında da²³⁴⁸ Bay Dudgeon'un aksine başvuru her hangi bir polis soruşturmasına tabi tutulmasalar da başvuru bazı homoseksüel eylemleri suçlayan yasal hükümler yüzünden kovuşturulma korkusundan dolayı çekilen zorluğa²³⁴⁹ ve yetişkin erkekler arasında rızaya dayanan homoseksüel uygulamaları cezalandıran kanunların varlığına karşı 8. maddenin ihlal edildiği iddiasında bulunmuşlardır²³⁵⁰.

Mahkeme de yetişkin erkekler arasındaki rızaya dayalı gizli eşcinsel ilişkileri yasaklayan mevzuatın yürürlükte olmasını her üç davada da Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulmuştur²³⁵¹. Bu sonuca varırken Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin büyük çoğunluğunda eşcinsel hareketlere ilişkin daha fazla anlayış ve

²³⁴⁰ Girard, Philip; "The Protection of the Rights of Homosexuals Under the International Law of Human Rights: European Perspectives", Osgoode Hall Law School of York University, Legal Studies Research Paper Series, Vol. 10, Issue. 11, 2014, s. 5.

²³⁴¹ Mowbray, Cases, s. 347.

²³⁴² Girard, s. 11 vd.

²³⁴³ X./Germany, App. No. 5935/72, 30 September 1975, par. 2. X./Almanya davası, Komisyon'un başvuru dayanakları yoksun bularak reddettiği fakat eşcinsellere yönelik olarak kişinin cinsel yaşamının özel hayatının bir parçası olduğunu kabul ettiği ilk vakalarından biridir. (Girard, s. 13).

²³⁴⁴ Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 63.

²³⁴⁵ Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 37.

²³⁴⁶ Norris/Ireland, App. No. 10581/83 26 October 1988.

²³⁴⁷ Modinos/Cyprus, App. No. 15070/89, 22 April 1993.

²³⁴⁸ Heringa/Zwaak, s. 679; Jacobs/White, s. 192; Jacobs/White/Obey, s. 386.

²³⁴⁹ Modinos/Cyprus, App. No. 15070/89, 22 April 1993, par. 7.

²³⁵⁰ Norris/Ireland, App. No. 10581/83 26 October 1988, par. 25; Modinos/Cyprus, App. No. 15070/89, 22 April 1993, par. 16.

²³⁵¹ Norris/Ireland, App. No. 10581/83 26 October 1988, par. 38; Modinos/Cyprus, App. No. 15070/89, 22 April 1993, par. 26; Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 63.

hoşgörü gösterildiğinin gözlenmekte olduğunu, homoseksüel davranışların artık ceza hukuku tedbirlerinin konusu olarak görülmediğine dikkat çekmiştir²³⁵². Bu nedenle de AİHM homoseksüelliği cezai yaptırıma bağlama konusunda ulusal makamlara bırakılan takdir marjına rağmen, gösterilen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı konusunda nihai değerlendirmeyi yapmanın Mahkeme'nin görevi olduğunu belirterek²³⁵³ Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda makamlarının bu konuda takdir marjının olmadığına hükmetmiştir²³⁵⁴.

Eşcinsellere yönelik aile hayatını ilgilendiren bir konu da evlat edinmelerine ilişkindir. Fretté davasında Paris Sosyal Hizmetler departmanı başvurusunun “anneliğe ait rol model olarak istikrarının olmaması” ve “bir çocuğun gelişiminin sebep olduğu karışıklığın pratikteki sonuçlarını öngörmedeki zorluklar” gerekçeleriyle özetle homoseksüel olması nedeniyle evlat edinmesine izin vermemiştir²³⁵⁵. Mahkeme de olayda oy çoğunluğu ile madde 8 ile birlikte ele alındığında 14. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir²³⁵⁶. Fakat güncel bir kararında Frette davasında verdiği karardan ayrılmış ve sadece cinsel yönelimi nedeniyle homoseksüel kişinin evlat edinme talebinin reddedilmesinin 8. madde ile birlikte ele alındığında 14. maddenin ihlali olduğuna karar vermiştir²³⁵⁷. Mahkeme kararlarının bu noktadaki problemlili olan yönü, istikrarlı bir uygulamasının olmamasıdır²³⁵⁸. Ayrıca Sözleşme uygulamasına bakıldığında eşcinsellerin, eşitliğe dayanan şikayetlerinin başarısız olduğu ya da tamamen kabul edilmediği, ancak özel hayatın gizliliğine dayanan şikayetlerinin daha ciddiye alındığı görülmektedir²³⁵⁹.

²³⁵² Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 60.

²³⁵³ Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 58.

²³⁵⁴ Çoban, s. 201. AİHM'in bu yaklaşımı başka mahkemeler tarafından da benimsenmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi 1986 yılında verdiği bir kararında homoseksüel ilişkileri yasaklayan Georgia yasasını ABD Anayasasının 14. Ekinde düzenlenen due process ilkesine aykırı bulmazken, 2003 yılında verdiği başka bir kararında bu konuda Amerikan toplumunda bir uzlaşmanın oluştuğu gerekçesiyle eski içtihadını değiştirmiş ve homoseksüel ilişkiyi yasaklayan Texas yasasının Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme bu sonuca ulaşırken AİHM'nin kararlarına da atıf yapmıştır. Her iki kararda da Amerikan toplumunun ahlak anlayışına ve uzlaşmaya atıf yapılırken ilkinde uzlaşmanın yasaklama yönünde, ikincisinde ise serbesti yönünde olduğuna karar verilmiştir. (Çoban, s. 201).

²³⁵⁵ Fretté/France, App. No. 36515/97, 26 Februry 2002, par. 10.

²³⁵⁶ Fretté/France, App. No. 36515/97, 26 Februry 2002, par. 43.

²³⁵⁷ E.B./France, App. No. 43546/02, 22 January 2008, par. 93-98

²³⁵⁸ Çoban, s. 205.

²³⁵⁹ Girard, s. 12.

Taraf devletlerin eş cinsel ilişkilere yönelik pozitif yükümlülükleri ise cinsel eylemlerinin suç olarak düzenlenmemesini sağlayarak 8. maddenin korunmasının önündeki yasal engelin kaldırılmasıdır. Her ne kadar eşcinsellerin cinsel eylemlerinin suç olarak düzenlenmesi 8. maddenin ilk fıkrası uyarınca müdahale teşkil etse de devletin pozitif yükümlülüğü bu müdahalenin öncesinde devreye girip harekete geçmeyi gerektirmektedir.

Taraf devletler kromozal olarak erkek ya da kadın olan fakat psikolojik ve sosyal olarak aksini hisseden kişilerin bu cinsel kimliğini tanımalıdır²³⁶⁰. Bu bağlamda mahremiyet hakkı özel hayatın bazı yönlerinin kamusal anlamda tanınmasını haktan etkin yararlanabilmek için gerekli kılmaktadır²³⁶¹.

(3) Ensest ve Sado-Mazoşist İlişkiler

AİHM'e göre ensest ve bazı sado-mazoşist ilişkiler aleni olmayan şekilde gerçekleşse de Sözleşme'nin 8. maddesinin sağladığı korumadan yararlanamazlar²³⁶². Nitekim bu konuda taraf devletlerin takdir marjı vardır ve bu tür ilişkilerin yasaklanması ve yaptırıma bağlanması özel hayatın ihlali olarak kabul edilmemektedir²³⁶³. Mahkeme Laskey, Jaggard ve Brown davasında²³⁶⁴ aleni olmayan şekilde gerçekleştirilen eşcinsel sado-mazoşist cinsel aktiviteler sonucu başvuruçuların hapis cezasına (saldırı ve yaralama fiilleri sebebiyle) çarptırılmasının özel hayata saygı hakkına bir müdahale teşkil etmediğine hükmetmiştir. Bu sebeple her cinsel aktivite kesin olarak 8. madde kapsamında girmez.²³⁶⁵ Dolayısıyla da 8. madde kapsamı dışında tutulan bu ilişkilere dönük olarak devletin pozitif yükümlülüklerinden de söz edilemez.

²³⁶⁰ Girard, s. 11.

²³⁶¹ Girard, s. 11.

²³⁶² Salihpaşaoğlu, s. 254.

²³⁶³ Stubing/Germany, App. No. 43547/08, 12 April 2012, par. 66.

²³⁶⁴ Laskey, Jaggard ve Brown/United Kingdom, App. No. 21627/93; 21628/93; 21974/93, 19 February 1997.

²³⁶⁵ Arslan Öncü, s. 212.

2. Kişinin Fiziksel ve Psikolojik Bütünlüğünün Korunması

Pozitif yükümlülükler bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne yönelik fiziksel ve cinsel saldırılar, tıbbi müdahaleler ve onurunu ve itibarını zedeleyen sözler karşısında söz konusu olabilir²³⁶⁶. Nitekim 8. madde bağlamında devletin bireylerin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne etkili olarak saygı göstermek konusunda pozitif yükümlülükleri vardır²³⁶⁷. Bu yükümlülükler, özel hayata saygı hakkının korunmasının etkili ve erişilebilir araçlarla sağlanması da dahil olmak üzere birtakım önlemlerin alınmasını içerebilir²³⁶⁸. Nitekim Mahkeme kararlarında belirtildiği üzere özel hayat kavramı kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü de kapsamaktadır²³⁶⁹.

Devletin bireylerin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün ihlal edilmesine karşı bireyleri hem kendi eylemlerinden hem de üçüncü kişilerin (başkalarının) eylemlerinden koruma yönünde pozitif yükümlülükleri vardır²³⁷⁰. Devletin bireyleri üçüncü kişilerin eylemlerinden koruması etkili yasa çıkarma, yargılama, yaptırım uygulama yahut denetim ve kontrol tedbirleri almasıyla mümkün olur. Örneğin, X. and Y./Hollanda kararında zihinsel engelli olan 16 yaşındaki Y'nin kaldığı özel bakımevinde cinsel saldırıya uğraması ve bizzat kendisinin şikayetçi olamaması nedeniyle kamu davası açılmaması ve babasının da yaptığı şikayetin cinsel saldırının takibi şahsi şikayete bağlı suç olması nedeniyle reddedilmesine ilişkindir. Hollanda ceza hukukundaki mevcut boşluk, başvurusunun hukuki korunma yolunun

²³⁶⁶ Doğru/Nalbant, C. II, s. 3.

²³⁶⁷ Alković/Montenegro, App. No. 66895/10, 5 December 2017, par. 64; Hämäläinen/Finland, App. No. 37359/09, 16 July 2014, par. 63; Glass/United Kingdom, App. No. 61827/00, 9 March 2004, par. 74; P. S./Poland, App. No. 57375/08, 30 October 2012, par. 96; Sentges/Netherlands, App. No. 27677/02, 8 July 2003.

²³⁶⁸ McGinley and Egan/United Kingdom, App. No. 10/1997/794/995-996, 9 June 1998, par. 101, Roche/United Kingdom, App. No. 32555/96, 19 October 2005, par. 162,

²³⁶⁹ Pretty/United Kingdom, App. No. 2346/02, 29 April 2002, par. 61, Ciubotaru/Moldovia, App. No. 27138/04, 27 April 2010, par. 49; X and Y/Netherlands, 26 March 1985, par. 22; Y.F./Turkey, App. No. 24209/94, par. 33, S. and Marper/United Kingdom, App. No. 30562/04, 30566/04, 4 December 2008, par. 66.

²³⁷⁰ Arslan Öncü, s. 56; Salihpaşaoğlu, s. 252; Aynı yönde; D. P. and J. C./United Kingdom, App. No. 38719/97, 10 October 2002, par. 118; A./Croatia, App. No. 55164/08, 14 October 2010, par. 60; X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 22, 23, 118; M. C./Bulgaria, App. No. 39272/98, 04.12.2003, par. 150, 152; Bevacqua and S./Bulgaria, App. No. 71127/01, 12 June 2008, par. 65; Costello-Roberts/United Kingdom, App. No. 13134/87, 25 March 1993, par. 36

kaplanmasına yol açtığından başvuruçunun fiziksel bütünlüğü ihlal edilmiştir²³⁷¹. Sonuç olarak devlet, bu kişinin fiziksel bütünlüğünün korunması konusunda pozitif yükümlülüğünü yerine getirmedeğinden 8. madde ihlal edilmiştir²³⁷².

Sözleşme'nin 8. maddesi, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü konusunda, Sözleşme'nin 3. maddesinden²³⁷³ daha geniş çerçevede koruma sağlamaktadır²³⁷⁴. Çünkü AİHM içtihatlarına göre fiziksel ve psikolojik şiddetin işkence yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için “*asgari bir şiddet düzeyine*” ulaşması gerekmektedir²³⁷⁵. AİHS madde 8 nazarında ise AİHS madde 3'teki aranan şiddet düzeyine oranla daha hafif düzeyde bir şiddetten etkilenmiş olmak yeterlidir²³⁷⁶. Bu şiddet düzeyi belirlenirken muamelenin süresi, doğurduğu fiziksel ve psikolojik etkiler, mağdurun cinsiyeti, yaşı²³⁷⁷ ve sağlık durumu gibi çeşitli faktörler nazara alınmaktadır²³⁷⁸. Bu faktörler değerlendirilerek “*asgari bir şiddet düzeyine*” ulaşmamış kötü muameleler, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir²³⁷⁹.

Bununla birlikte AİHM 2003 yılından bu yana Sözleşmenin 3. ve 8. maddelerini sıklıkla birlikte uygulamaktadır²³⁸⁰. Bu bağlamda ilk dava, 1995 yılında henüz 14 yaşında iken iki kişi tarafından tecavüze uğrayan kadının iç hukukta başlattığı soruşturmanın kadının sekse zorlandığına ilişkin yetersiz kanıt olması sonucuna binaen açtığı M.C/Bulgaristan davasıdır²³⁸¹. Tecavüzü cezalandırma ve

²³⁷¹ Ahmet Acartürk Başvurusu, B. No. 2013/2084, 15.10.2015, par. 49, (RG. T. 18.12.2015, S. 29566); Adnan Oktar (3), B. No. 2013/1123, 2.10.2013, par. 32.

²³⁷² Kilkelly, s. 73.

²³⁷³ AİHS madde 3-“(1)Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”

²³⁷⁴ Salihpaşaoğlu, s. 248.

²³⁷⁵ Yazgül Yılmaz/Turkey, App. No. 36369/06, 1 February 2011, par. 40; Raninen/Finland, App. No. 152/1996/771/972, 16 December 1997, par. 54.

²³⁷⁶ Arslan Öncü, s. 93.

²³⁷⁷ Örneğin; Yazgül Yılmaz/Türkiye kararında 16 yaşında gözaltına alınan şahsın kendisinin yahut yasal temsilcisinin rızası alınmaksızın jinekolojik muayeneye tabi tutulmasının şikayet konusu yapıldığı davada AİHM başvuranın kişisel durumu, genç yaşı itibarıyla savunmasız olarak nitelendirmiş ve toplumun en savunmasız kişileri kategorisine girmesi dolayısıyla, onu koruma ve 3. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerle uygun önlemler alma yükümlülüğünü Türk Devleti'ne yüklemiştir. (Yazgül Yılmaz/Turkey, App. No. 36369/06, 1 February 2011, par. 42).

²³⁷⁸ Yazgül Yılmaz/Turkey, App. No. 36369/06, 1 February 2011, par. 40; Raninen/Finland, App. No. 152/1996/771/972, 16 December 1997, par. 55; Mouisel/France, App. No. 67263/01; Gennadi Naoumenko/Ukraine, App. No. 42023/98, 10 February 2004, par. 108.

²³⁷⁹ Salihpaşaoğlu, s. 249; Wainwright/United Kingdom, App. No. 12350/04, 26 September 2006, par. 43.

²³⁸⁰ Salihpaşaoğlu, s. 250.

²³⁸¹ M. C./Bulgaria, App. No. 39272/98, 4 December 2003, par. 9-10.

tecavüz davalarını araştırma konusunda devletin pozitif yükümlülüklerinin incelendiği bu davada AİHM, Sözleşme'nin hem 3. hem de 8. madde altında davalı Devlet'in pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varmıştır²³⁸².

Fiziksel ve psikolojik bütünlüğün korunmasında devletin pozitif yükümlülüğü, etkili soruşturma yapmadığı durumlarda da söz konusu olmaktadır. Örneğin, Janković davasına²³⁸³ konu olayda sözlü ve fiziksel olarak saldırıda bulunan kişilerin şikayet edilmesi üzerine takipsizlik kararı verilmiştir. AİHM şahsi dava açılmasının fiili imkansızlığı ile ceza hukuku mekanizmalarının bu husustaki eksikliği dolayısıyla devletin 8. maddeden doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini ve 8. maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir²³⁸⁴. Fiziksel müdahalelerin yanı sıra kişinin şeref ve haysiyetine yönelen sözlü müdahaleler de aynı ölçüde korunmaktadır. Bu bağlamda devlet öncelikle Sözleşme'nin 8. maddesindeki pozitif yükümlülükleri doğrultusunda özel yaşamın bir unsuru olan kişinin şeref ve haysiyetinin korunması hakkı ile diğer tarafın Sözleşme'nin 8. maddesinde koruma altına alınan ifade özgürlüğü arasında adil bir denge kurmakla yükümlüdür²³⁸⁵.

a. Kürtaj

Kürtajın yasal olarak düzenlenmesinin 8. maddenin ikinci fıkrası bağlamında kadının özel hayatına müdahale olup olmadığı tartışılabilir²³⁸⁶. Devletin kürtaj konusunda yaptığı yasal düzenlemeler, mahremiyet ile kamu yararı arasındaki geleneksel dengeyi ilgilendirmekle beraber, tedavi gereği kürtaj durumunda devletin anne adaylarının 8. madde kapsamında fiziksel bütünlüklerini koruma amacıyla pozitif yükümlülükleri olduğu ileri sürülebilir²³⁸⁷. Bu yükümlülükler, hem özel hayatın korunması için etkin ve erişilebilir araçların sağlanması dahil olmak üzere, önlemlerin alınmasını hem de hakların korunması için yargı ve uygulama

²³⁸² M. C./Bulgaria, App. No. 39272/98, 4 December 2003, par. 187.

²³⁸³ Janković/Croatia, App. No. 38478/05, 5 March 2009, par. 58.

²³⁸⁴ Roagna, s. 61.

²³⁸⁵ Doğru/Nalbant, C. II, s. 4; Bu yönde Chauvy and others/France, App. No. 64915/01, 29 June 2004, par. 70.

²³⁸⁶ Clements, s. 160.

²³⁸⁷ Doğru/Nalbant, C. II, s. 3.

mekanizmalarının düzenleyici bir çerçevesinin sağlanıp uygulanmasını ve gerektiğinde kürtaj bağlamında özel tedbirlerin alınmasını içerebilir²³⁸⁸.

Sözleşme'nin 8. maddesi gebeliğin sona erdirilmesi (kürtaj) hakkı tanıdığı şeklinde yorumlanamaz. Fakat sağlığın korunması amacıyla yapılan kürtajın yasaklanması kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü kapsamında özel hayata saygı hakkı kapsamına giren bir müdahale olarak görülmektedir²³⁸⁹. Ayrıca ceninin yaşama hakkı ile annenin özel hayatının korunması karşı karşıya geldiğinde annenin özel hayatına öncelik verilmektedir²³⁹⁰.

Tysiac davasında²³⁹¹ Mahkeme, annenin göz bozukluğunun ciddi bir şekilde ağırlaşması riskine rağmen tıbbi kürtaja izin verilmemesi sonucu doğum sonrasında görme yetisinin ciddi şekilde bozulmasını değerlendirmiştir. Mahkeme olayda hamile olan bir kadının özel hayatının fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü içerdiğini ve devletin vatandaşlarının bu bütünlüğünü koruma konusunda pozitif yükümlülüklerinin olduğunu belirtmiştir²³⁹². Bu bağlamda Polonya, başvurunun

²³⁸⁸ A, B and C/Ireland, App. No. 25579/05, 16 December 2010, par. 245; Tysiac/Poland, App. No. 5410/03, 20 March 2007, par. 110.

²³⁸⁹ Doğru/Nalbant, C. II, s. 23.

²³⁹⁰ Doğan, İnsan Hakları, s. 590.

²³⁹¹ “Üçüncü bebeğine gebe kaldığı zaman başvurucuda uzun yıllardan kalan ağır bir miyopluk vardı. Bu gebeliğin sağlığı üzerindeki sonuçlarından endişe duyan başvuru tıbbi görüş almaya karar vermiştir. Görüşüne başvurduğu üç göz hekiminin üçü de, başvurunun retinasında oluşan patolojik değişikliklere dayanarak, gebelik ve doğumun başvurunun görüşü için ciddi riskler oluşturacağı sonucuna varmışlardır. Ancak başvurunun taleplerine rağmen, bu doktorlar retina akmasının muhtemel ancak kesin olmadığı gerekçesiyle kürtaj için başvurucuya bir rapor vermeyi reddetmişlerdir. Başvuru aynı zamanda bir pratisyen doktora danışmış ve bu doktor kendisine retinadaki problemlerle bağlantılı gebelikle ilgili riskler ve iki sezaryen doğumdan sonra gelecek bir doğumun sonuçlarını aktaran bir rapor düzenlemiştir. Gebeliğin ikinci ayında başvurunun miyop hastalığı iki gözde de iyice ağırlaşmıştır. Başvuru bir devlet hastanesinin kadın hastalıkları ve doğum bölüm başkanı olan doktor R.D. tarafından muayene edilmiş ve bu doktora kürtajı gerektirecek bir nedenin olmadığı sonucunda varmıştır. Sonuç olarak, başvuru kürtaj olanağından yararlanamamış ve üçüncü çocuğunu da sezaryen yoluyla dünyaya getirmiştir. Doğum sonrasında retinada oluşan kanama sonucunda başvurunun görüşü çok ciddi bir şekilde bozulmuştur. Başvurucuya retinadaki hasarın çok ilerlemiş olmasından dolayı cerrahi müdahaleyle düzeltilmesinin mümkün olmadığı bildirilmiştir. Doktorlardan oluşan bir kurul başvurunun durumunun önemli bir sakatlık oluşturduğunu ve başvurunun sürekli bakıma ve günlük işleri için yardıma muhtaç olduğunu tespit etmiştir. Başvuru, doktor R.D. hakkında şikâyetle bulunmuş, ancak kanama oluşması ihtimalinin her durumda bulunduğu ve dolayısıyla doktorun kararıyla başvurunun görüşünün bozulması arasında bir neden sonuç ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle, savcı kovuşturmayla yer olmadığına karar vermiştir. Ortada bir meslek hatası bulunmadığı gerekçesiyle doktora hiçbir disiplin cezası verilmemiştir. Üç çocuğunu tek başına büyüten başvuru, ağır derecede sakat olarak kabul edilmiş olup ileride görüşünü tamamen kaybetme riski taşımaktadır.” (Tysiac/Poland, App. No. 5410/03, 20 March 2007). Kararın Türkçe çevirisi için bkz. ([http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["tysiac"\],"languageisocode":\["TUR"\],"article":\["8"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)), "documentcollectionid2": ["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"], "itemid":["001-119624"], E. T. 20.08.2017).

²³⁹² Tysiac/Poland, App. No. 5410/03, 20 March 2007, par. 107.

tedavi amaçlı kürtaja hak sahibi olup olmadığına ilişkin ihtilaf bağlamında özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını koruma pozitif yükümlüğünü yerine getirememiştir²³⁹³. Bu koruma yükümlülüğü, taraf devletlere hem özel hem devlet hastanelerini, operasyonun sonuçlarını tamamen anlama ve bilmeye, herhangi bir tıbbi müdahale gerçekleşmeden önce alınması gereken rızaya dayanan, hastalarının fiziksel bütünlüğü için gerekli tedbirleri almaya zorlayacak düzenlemeler getirme görevi yüklemektedir²³⁹⁴. Mahkeme'ye göre *“ilgili mevzuat tıbbi kürtaj için alınacak kararlar konusunda görece basit ve hızlı bir mekanizma öngörmekle birlikte, hamile kadınla doktorları veya doktorların kendileri arasında çıkabilecek anlaşmazlıklara bakmak ve bunları çözmek için hiçbir mekanizma öngörmemektedir. Şüphesiz yasa bir doktorun bir meslektaşından ikinci bir görüş istemesine izin vermektedir, ancak bu durum anlaşmazlık durumunda bir hastaya başka bir doktor görüşü isteme ya da verilen görüşe karşı çıkmaya izin verecek hiçbir usul garantisi sunmamaktadır. Ayrıca, yasa, özellikle kanuni yollardan kürtaj yapmak isteyen hamile bir kadının durumunu da düzenlememektedir. Dolayısıyla, olayda uygulandığı şekliyle Polonya mevzuatının kanuni kürtajdan yararlanmak için yerine getirilmesi gerekli şartların başvurucunun olayında oluşup oluşmadığını belirlemeyi sağlayacak etkili bir mekanizma içerdiği gösterilememiştir.”*²³⁹⁵. Tüm bu sebeplerle etkili bir mekanizma oluşturulamamasından ötürü devlet pozitif yükümlülüğünü yerine getiremediğinden annenin özel hayatına saygı hakkı ihlal edilmiştir²³⁹⁶. Nitekim devletin bu bağlamdaki yükümlülüğü, yasal düzenlemeler yapma, gereken durumlarda özel tedbirlerin uygulanmasını sağlayan bir mekanizma oluşturmayı içerir²³⁹⁷.

Mahkeme Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin birçoğunda kürtaja izin verilmesi hususunda konsensüs olduğunu, fetüs ile annenin hakları arasındaki çatışmayı daha çok kürtaj imkanının sağlanması lehinde çözdükleri tespit edilmiştir²³⁹⁸.

²³⁹³ Tysiac/Poland, App. No. 5410/03, 20 March 2007, par. 108, 128, 129.

²³⁹⁴ Codarcea/Romania, App. No. 31675/04, 2 June 2009, par. 102.

²³⁹⁵ Tysiac/Poland, App. No. 5410/03, 20 March 2007, par. 124 vdo

²³⁹⁶ Tysiac/Poland, App. No. 5410/03, 20 March 2007, par. 130.

²³⁹⁷ Doğru/Nalbant, C. II, s. 23; Aynı yönde; R. R./Polonya, App. No. par. 184.

²³⁹⁸ Doğru/Nalbant, C. II, s. 23.

b. Tıbbi İhmal ve Müdahaleler

Kişinin fiziksel bütünlüğünün korunması, genellikle tıbbi ihmaller ya da müdahaleler sonucu kişinin sağlığının zarara uğradığı durumlarda söz konusu olmuştur. Kasten ya da ihmalen uygulanan yanlış tedavi yahut müdahale sonucu kişinin özel hayatının kapsamında yer alan sağlığının korunması husunda yetkililerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiasıyla yargı yoluna gidilmektedir. Fakat her tıbbi müdahaleyi Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zira kişinin özel hayatına yönelik kamu otoritesinin müdahalesini meşru kılan çeşitli nedenler vardır. Bunlardan en önemlilerinden biri de toplumun ve kişinin sağlığının korunmasıdır²³⁹⁹.

Fiziksel bütünlüğün korunması 2. ve 8. maddenin koruma alanının kesişiminde yer almaktadır. Bu bağlamda Mahkeme'nin 2017 yılında verdiği Erdinç Kurt ve diğerleri kararı²⁴⁰⁰ devletin Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüklerine paralel şekilde 8. maddesi kapsamında pozitif yükümlülüklerinin tespitine ilişkin önemli bir karardır. Karara göre devletin, özel ve kamu hastanelerinin hastalarının fiziksel bütünlüğünü koruması için uygun tedbirleri almaya zorlayan bir mevzuatı uygulamaya koyma pozitif yükümlülüğü vardır. Bununla birlikte, devletin tıbbi ihmal mağdurlarına gerektiği takdirde, bedensel hasarları için tazminat elde etmelerini sağlayacak bir prosedür sağlama yükümlülüğü de bulunmaktadır²⁴⁰¹. Karara göre kişilerin sağlık çalışanlarının ihmali ya da müdahalesi sonucu fiziksel bütünlüklerinin ihlallerinde devletin pozitif yükümlülüklerinden biri etkin ve bağımsız bir yargı mekanizması kurmasıdır²⁴⁰².

Bununla birlikte Mahkeme, tıbbi ihmal iddiasında bulunulan davalarda, bilirkişi raporlarının mahkemeler tarafından değerlendirilmesinin, devlete Sözleşme'nin 8. maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirirken gereksiz veya orantısız külfet yükleyemeyeceğini belirtmektedir²⁴⁰³.

²³⁹⁹ Salihpaşaoğlu, s. 251.

²⁴⁰⁰ Erdinç Kurt and others/Turkey, App. No. 50772/11, 6 July 2017.

²⁴⁰¹ Erdinç Kurt and others/Turkey, App. No. 50772/11, 6 July 2017, par. 51. Aynı yönde Jurica/Croatia, App. No. 30376/13, 2 May 2017 par. 84.

²⁴⁰² Erdinç Kurt and others/Turkey, App. No. 50772/11, 6 July 2017, par. 54-55.

²⁴⁰³ Erdinç Kurt and others/Turkey, App. No. 50772/11, 6 July 2017, par. 63.

AİHM kararlarında sıklıkla karşılaşılan bir diğer durum fiziksel bütünlüğün hukuka aykırı uygulanan jinekolojik muayeneler sonucu ihlal edilmesidir²⁴⁰⁴. AİHM bazı kararlarında başvurana dayatılan jinekolojik muayenenin, mevcut koşullarda, özel hayata saygı gösterilmesi hakkı kapsamında korunan fiziksel bütünlük hakkına müdahale edilmesine sebebiyet verdiği kanısındadır²⁴⁰⁵.

I.G., M.K. ve R.H adlı Roman kökenli 3 kadın Slovakya’da hastanede “çingene odası” denen odalara alındıklarını²⁴⁰⁶, sezaryen operasyonu sırasında rızaları dışında kısırlaştırıldıklarını iddia etmişlerdir. Bu olay sonucunda sosyal statülerinin bozulduğunu²⁴⁰⁷, çocuk sahibi olamayacaklarından dolayı partnerleriyle sorunlar yaşadıklarını²⁴⁰⁸ ve bu işlemlerin ciddi tıbbi yan etkilerini yaşadıkları iddiasıyla AİHM’e başvurmuşlardır. AİHM de bu başvuruda özel hayat kapsamında birinci ve ikinci başvuranların üreme sağlığının etkin şekilde korunması hususunda devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğinden bahisle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir²⁴⁰⁹. Yine V.C. davasında²⁴¹⁰ bir Roman kadının ikinci çocuğunu devlet hastanesinde doğururken tıbbi personel daha fazla çocuk isteyip istemediğini sormuş ve bir başka çocuk sahibi olmak isterse, bebeğinin ya da kendisinin ölebileceğini belirtmiştir. Bu durumda başvuru da “ne yapmak istersen onu yap” şeklinde cevap vermiştir²⁴¹¹. Bunun üzerine personel başvurucudan tıbbi dosyasındaki ‘kısırlaştırma için talep’ şeklindeki bir cümleyi imzalamasını istemiştir. Başvurucu kısırlaştırmanın ne demek olduğunu anlamamasına ve sonuçlarının ne olduğunu bilmemesine rağmen imzalamıştır. Zarara ilişkin talepleri yerel mahkemeler tarafından reddedilmiştir. Mahkeme başvurucunun üreme sağlığının korunmasının 8. madde kapsamında olduğunu belirterek, bir Roman kadın olarak başvurucunun üreme sağlığına özel önem verilmesine ilişkin güvencelerin yokluğunu ve davalı Devlet koruma sağlama konusunda pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğinden özel ve aile yaşamına

²⁴⁰⁴ Örneğin, AİHM gözaltına alınma başlangıcında herhangi tıbbi veya yasal bir zorunluluk olmaksızın gerçekleştirilen bakirelik kontrolünün 3. maddenin esasen ve usulen ihlali olduğunu tespit etmiştir. (Salmanoğlu and Polattaş/Turkey, App. No. 15828/03, 17 Mart 2009).

²⁴⁰⁵ Juhnke/Turkey, App. No. 52515/99, 13 May 2008, par. 77.

²⁴⁰⁶ I.G., M.K. ve R.H./Slovakia, App. No. 15966/04, 13 November 2012, par. 31.

²⁴⁰⁷ I.G., M.K. ve R.H./Slovakia, App. No. 15966/04, 13 November 2012, par. 57.

²⁴⁰⁸ I.G., M.K. ve R.H./Slovakia, App. No. 15966/04, 13 November 2012, par. 17, 21.

²⁴⁰⁹ I.G., M.K. ve R.H./Slovakia, App. No. 15966/04, 13 November 2012, par. 145, 146.

²⁴¹⁰ V.C./Slovakia, App. No. 18968/07, 8 February 2012.

²⁴¹¹ V.C./Slovakia, App. No. 18968/07, 8 February 2012, par. 15.

saygı hakkının etkin şekilde korunmasının başarısızlıkla sonuçlandığına kanaat getirmiştir²⁴¹².

3. Kişinin İtibarının Korunması

AİHM'in güncel kararlarında da açıkça belirtildiği üzere, kişinin itibarı (reputation), özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında korunmaktadır²⁴¹³. Kişinin itibarının ve aynı zamanda mahremiyet hakkının korunmasında devletin özel hayata saygı hakkını sağlamaya ilişkin pozitif yükümlülükleri genellikle basın-yayın organlarının faaliyetleri sebebiyle gündeme gelmektedir. Bu bağlamda AİHS'in 8. maddesi ile 10. maddesi çatışmakta ve Mahkeme bu iki hak arasında denge kurulurken²⁴¹⁴ pozitif yükümlülük doktrininin de yararlanılmaktadır.

Von Hannover/Almanya davasında²⁴¹⁵, fotoğraflarının²⁴¹⁶ yayınlanmasının özel hayatının gizliliğini ihlal ettiğini iddia eden davacı Monako Prensesi Caroline, Alman Mahkemeleri tarafından verilen kararların yeteri kadar hukuki koruma sağlamadığı gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. Davada başvuru, Devletin

²⁴¹² V.C./Slovakia, App. No. 18968/07, 8 February 2012, par. 154.

²⁴¹³ Chauvy and others/France, App. No. 64915/01, 29 June 2004, par. 70; White/Sweden, App. No. 42435/02, 19.09.2006, par. 26; Cumpăna and Mazăre/Romania, App. No. 33348/96, 17 December 2004, par. 91. Pfeifer/Austria, App. No. 12556/03, 15 November 2007, par. 35; Mikolajová/Slovakia, App. No. 4479/03, 18 January 2011, par. 53; Aurelian Oprea/Romania, App. No. 12138/08, 19 January 2016, par. 60.

²⁴¹⁴ Leach, ECHR, s. 317.

²⁴¹⁵ Von Hannover/Germany, App. No. 59320/00, 24 June 2004.

²⁴¹⁶ 22 Temmuz 1993 tarihli Freizeit Revue dergisinin 30. sayısında davacı Monako Prensesi Caroline ile aktör Vincent Lindon'u Fransa'da bir bahçeli lokantada birlikte gösteren beş adet fotoğraf "Vincent ile aşklarının en sıcak fotoğrafları" ve "Bu fotoğraflar çağımızın en sıcak aşkının belgeleridir" başlıklarıyla yayınlamıştır. 5 Ağustos 1993 tarihli Bunte dergisinde davacıyı ata binerken, çocukları ile birlikteyken gösteren birer fotoğrafı yayınlamıştır. Bu fotoğraflar da "Caroline: Ben bir erkek için ideal kadın olduğuma inanmıyorum" başlığını taşıyan yazıya ilişkindir. 19 Ağustos 1993 tarihli Bunte dergisinin 34. sayısında "Sade Mutluluk" başlıklı yazı ile beraber, davacının kızı ile kanoda, gezinti yaparken, bisiklete binerken, Vincent Lindon ile lokantada, oğlu ve Lindon ile beraberken, koruması eşliğinde alışveriş yaparken çekilen fotoğrafları yer almıştır. 27 Şubat 1997 tarihli Bunte dergisinin 10. sayısında davacının kayak tatilinde iken izinsiz çekilen fotoğrafları, 12. sayısında ise Prens Ernst August Von Hannover ile birlikte çekilen fotoğrafları "Öpücük. Ya da Artık Saklanmıyorlar" başlığıyla yayınlamıştır. Yine aynı dergide davacıyı evinden ayrılırken gösteren fotoğraflar da bulunmaktadır. Derginin 10 Nisan 1997 tarihli sayısında ise davacının yine Prens Ernst August Von Hannover ile birlikte tenis oynarken ve bisiklete binerken çekilmiş fotoğrafları yayınlamıştır. Neu Post dergisi ise, davacının bir plajda tesis edilen özel bir işletmede banyo havlusuna sarılmış şekilde ayağı takılıp düşerken çekilen birden fazla fotoğrafını haber yapmıştır (Von Hannover/Germany, App. No. 59320/00, 24 June 2004, par. 11-16).

herhangi bir eyleminden ziyade özel hayatının yeterli devlet korunmasının bulunmamasından şikayetçi olmuştur²⁴¹⁷. Başvuruya konu olayda topluma mal olmuş bir kimsenin fotoğraflarının kendisinden habersiz olarak çekilip yayınlanması karşısında özel hayata saygı hakkı ile bu fiilin ifade özgürlüğü kapsamında bulunduğu iddiası çatışmaktadır²⁴¹⁸. Başvurusunun konusunu, Prensesin Alman dergilerinde yayınlanan, ata binerken, bisiklet üzerinde, koruması ile alışveriş yaparken, kayak yaparken, Ernst August von Hannover ile konutundan ayrılırken, yine onunla tenis oynarken ve bir plajda tesis edilen özel bir işletmede düşerken çekilmiş fotoğrafları oluşturmaktadır²⁴¹⁹. Somut olayda Alman Mahkemeleri ifade özgürlüğüne, özel hayatın korunması hakkının aleyhinde üstünlük tanımış²⁴²⁰, AİHM ise bu davada fotoğraflar kamusal alanlarda çekilmesine rağmen, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir²⁴²¹. Ayrıca devletin kişinin özel hayatına üçüncü kişiler tarafından saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlü olduğuna hükmetmiştir²⁴²².

Mahkeme, 8. maddenin esas olarak kamu görevlilerinin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumayı amaçladığını belirtmekle birlikte, söz konusu maddenin sadece devletin bu tür müdahalelerde bulunmasından kaçınmasını sağlamayı amaçlamadığını bununla birlikte maddede bahsedilen negatif yükümlülüklerin yanı sıra devletin özel hayata ve aile hayatına etkin bir saygının sağlanması amacıyla birtakım pozitif yükümlülüklerini de ihtiva ettiğini belirtmektedir. Bu yükümlülükler, kişilerin birbirleri ile olan ilişkilerini de

²⁴¹⁷Von Hannover/Germany, App. No. 59320/00, 24 June 2004, par. 56.

²⁴¹⁸ Karabağ Bulut, Nil; “Basın Özgürlüğü ile Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı Arasında Kurulacak Olan Dengenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Von Hannover v. Almanya Vakasına İlişkin 24 Haziran 2004 Tarihli Kararı Işığında Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 1072. Mahkemenin bu tür davalarda dikkat ettiği en önemli husus, Sözleşmenin ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddesi ile özel hayatı düzenleyen 8. maddesi arasında adil bir dengenin (a fair balance) kurulup kurulmadığıdır. Salihpaşaoğlu, s. 243. Ayrıca bkz. Von Hannover/Germany, App. No. 59320/00, 24 June 2004, par. 57; A./Norway, App. No. 28070/06, 9 April 2009, par. 65; Pfeifer/Austria, App. No. 12556/03, 15 November 2007, par. 38; Chauvy and Others/France, App. No. 64915/01, 29 June 2004, par. 70.

²⁴¹⁹AİHM, 8 Temmuz 2003 tarihinde vermiş olduğu kabul edilebilirlik kararında, başvurusunun çocukları ile birlikte çekilen ayrıca Vincent Lindon ile bir restoranın bahçesinde çekilen fotoğraflarının başvuru kapsamında olmadığını belirtmiştir.

²⁴²⁰ Nohlen, Nicolas; “Von Hannover v. Germany”, The American Journal of International Law, Vol. 100, No.1, 2006, s. 198.

²⁴²¹Von Hannover/Germany, App. No. 59320/00, 24 June 2004, par. 80.

²⁴²² Roagna, s. 40.

kapsayacak şekilde, özel hayata saygının güvence altına alınması amacıyla bir takım tedbirler alınmasını gerektirebilir²⁴²³.

Von Hannover/Almanya (No. 2) davasında ise Prenses Caroline von Hannover ve eşi Prens Ernst August von Hannover'ın, iki Alman dergisinde Saint-Moritz'teki kayak tatilleri sırasında gezerken çekilen ve makaleyle birlikte yayınlanmış fotoğraflarının yeniden yayımlanmasının yasaklanması talebinin Alman mahkemeleri tarafından reddedilmesinden şikayet etmektedirler²⁴²⁴. İnceleme konusu olan davada devletin bir eylemine değil ama ulusal yargı mercilerinin başvuru sahiplerinin özel hayatlarına sağladıkları korumanın yetersiz olması iddiasına dayanılmıştır²⁴²⁵. Başvuru sahipleri, AİHM'in von Hannover/Almanya davasına ilişkin 2004 tarihli kararının yerel mahkemeler tarafından yeterince dikkate alınmadığını iddia etmiştir²⁴²⁶. Buna karşın AİHM, Federal Adalet Mahkemesi'nin Von Hannover kararı sonrasında içtihadını değiştirdiğini ve Federal Anayasa Mahkemesi'nin de bu içtihadı onaylamakla kalmayıp aynı zamanda Mahkeme içtihadının detaylı bir analizini yaptığını belirtmiştir²⁴²⁷. Ulusal yargı mercilerinin farklı çıkarları dengelerken bu konuda sahip oldukları takdir marjlarını dikkate alan Mahkeme özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile ifade özgürlüğü arasında denge kurarken²⁴²⁸, yerel mercilerin Sözleşme'nin 8. maddesi altındaki pozitif yükümlülüklerine uydukları sonucuna varmıştır²⁴²⁹.

Yine aynı sebebe ve gerekçelere dayanılarak açılan Von Hannover/Almanya (No. 3) kararında da AİHM Von Hannover/Almanya (No. 2) içtihadını yineleyerek taraf devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiği sonucuna ulaşmış ve 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir²⁴³⁰.

²⁴²³ Von Hannover/Germany, App. No. 59320/00, 24 June 2004, par. 57.

²⁴²⁴ Von Hannover/Germany (No. 2), App. No. 40660/08, 60641/08, 7 February 2012, par. 74.

²⁴²⁵ Von Hannover/Germany (No. 2), App. No. 40660/08, 60641/08, 7 February 2012, par. 98.

²⁴²⁶ Von Hannover/Germany (No. 2), App. No. 40660/08, 60641/08, 7 February 2012, par. 84.

²⁴²⁷ Von Hannover/Germany (No. 2), App. No. 40660/08, 60641/08, 7 February 2012, par. 125.

²⁴²⁸ AİHM içtihadında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile ifade özgürlüğü arasında denge kurarken şu başvuru kriterlerini göz önünde bulundurup mevcut olaya uygulayarak karar vermiştir. Bunlar; fotoğraf ve makalelerin basında yayınlanmasının kamusal nitelikli bir tartışmaya katkısı, kişinin ünlülük derecesi ve röportajın konusu, ilgili kişinin röportajın yayımlanmasından önceki davranışı ya da ihtilaflı fotoğraf ile ona bağlı bilgilerin daha önce yayımlanmış olması, kişinin fotoğrafın çekilmesi ve yayımlanmasına rıza gösterip göstermediği, bir röportaj veya fotoğrafın yayımlanma şekli ve hedef alınan kişinin orada sunulma biçimidir. (Von Hannover/Germany (No. 2), App. No. 40660/08, 60641/08, 7 February 2012, par. 108-113).

²⁴²⁹ Von Hannover/Germany (No. 2), App. No. 40660/08, 60641/08, 7 February 2012, par. 126.

²⁴³⁰ Von Hannover/Germany (No. 3), App. No. 8772/10, 19 September 2013, par. 58.

Kanımızca yargı mercilerinin AİHM içtihatlarına uygun şekilde içtihatlarını değiştirmeleri AİHM'in taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerine uydukları sonucuna ulaşmasına etki etmiştir. Öte yandan AİHM, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi kurmada taraf devletlerin takdir marjına yollamada bulunarak demokrasilerde basının ifade özgürlüğünün önemi ve haberlerin kamusal ya da politik tartışmaya olan katkısını belirlemede esas olarak devletin etkin rolünü benimsemiştir.

Devlet eliyle işletilmeyen basın kuruluşları tarafından bireylerin kişisel itibarlarının sarsılması durumunda taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerinin ihlali bireylerin özel hayatlarına saygı hakkını sağlamak üzere gerekli tedbirleri almadığı durumlarda söz konusu olur²⁴³¹. Çünkü neticede devlet özel hayatın gizliliğini üçüncü kişilere karşı da korumakla yükümlüdür. Devlet eliyle işletilen basın kuruluşlarının faaliyetlerinden ise doğrudan sorumlu olup, yetkili organlarının eylemi negatif yükümlülük kapsamında bir müdahale olarak nitelendirilir.

AİHM tarafından Craxi/İtalya davasında verilen karar, kişinin özel hayatının gizliliğinin ve bu bağlamda korunan kişisel itibarının özel basın kuruluşu tarafından ihlal edildiğine ilişkin iyi bir örnektir. Dava, İtalya eski başbakanı hakkında yürütülmekte olan rüşvet ve yolsuzluk kovuşturması bağlamında basına yansıyan haberlerle ilgilidir. Başvuran, yargılaması esnasında savcılık tarafından duruşmada ifşa edilen bir telefon konuşmasının tüm ayrıntılarının daha sonra basında yayımlanmasını şikayet konusu yapmıştır. Çünkü söz konusu telefon görüşmesinde politikacının tamamen özel hayatına ilişkin hususlar da yer almaktadır. Mahkeme de, somut olayda, başvuranın gizli telefon dinlemesinin basında yayımlanan dökümünde tamamen özel nitelikte olan hususların da bulunduğunu not etmiştir²⁴³². Mahkeme taraf devletin söz konusu olayda kişinin dava dosyasındaki özel konuşmalarının basına sızdırılmasını önlemekle ve bu eylemi gerçekleştiren kişileri etkili şekilde soruşturmakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır²⁴³³. Mahkeme devletin kişinin özel hayatına saygı hakkını ve bu bağlamda kişisel itibarını koruma amacıyla gereken tedbirleri almadığından hareketle 8. madde kapsamında pozitif

²⁴³¹ Viljanen, s. 9 vd.

²⁴³² Craxi/Italy (No. 2), App. No. 25337/94, 17 June 2003, par. 66.

²⁴³³ Craxi/Italy (No. 2), App. No. 25337/94, 17 June 2003, par. 75.

yükümlülüklerini yerine getirmediği ve dolayısıyla 8. maddeyi ihlal ettiği yönünde karar vermiştir²⁴³⁴.

Hem pozitif yükümlülük hem de negatif yükümlülük açısından, devlet tarafından bireyin ve toplumun yarışan menfaatleri arasında adil dengenin sağlanması gerekir²⁴³⁵. Devletin bu dengeyi sağlarken gözetmesi gereken ilk husus topluma mal olmuş kişilerin özel hayat alanının daraldığıdır²⁴³⁶. Bu sebeple devlet sıradan kişiler ile topluma mal olmuş kişiler arasındaki farkı netleştirmekle yükümlüdür²⁴³⁷. Bu ayrımın altını çizen kriter açıkça mevzuatta ya da içtihatlarda belirtilmelidir²⁴³⁸.

4. Kişisel Verilerin Korunması ve Kişisel Verilere Erişimin Sağlanması

İnternet ve bilgisayar ortamında saklanan kişisel verilerin korunması teknolojik imkanların artması ve bu imkanların bazı kişiler tarafından kötü niyetli kullanılması sonucu tehlikeye düşmüş ve bu verilerin güvenliğini sağlamak her geçen gün daha da önemli olmuştur. Bu teknolojik gelişmelere paralel olarak kişisel bilgilerin ve verilerin korunmasında devletin pozitif yükümlülükleri daha sık gündeme gelmeye başlamıştır²⁴³⁹.

AİHM, kişilerin özel hayatı ile ilgili veri toplanmasını, bu verilerin saklanmasını ve kullanılmasını Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir²⁴⁴⁰. Kamu otoriteleri tarafından elde edilen kişisel bilgilerin 8. maddede korunan özel hayat kapsamında olup olmadığı tespit edilirken ise Mahkeme'nin ilgili bilginin kaydedildiği ve saklandığı somut olaya özgü şartlara, kaydın niteliğine, saklama süresine, bu kayıtların kullanım ve işleminden geçme

²⁴³⁴ Craxi/Italy (No. 2), App. No. 25337/94, 17 June 2003, par. 83-84.

²⁴³⁵ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 382; Nohlen, s. 197.

²⁴³⁶ Gemalmaz, Haydar Burak; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Prenses Caroline Paparazzilere Karşı" Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Proje Yöneticisi İçel, Kayıhan, Hazırlayan Ünver, Yener, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 171.

²⁴³⁷ Akandji Kombe, s. 41; Roagna, s. 65.

²⁴³⁸ Akandji Kombe, s. 41.

²⁴³⁹ Viljanen, 19 vd.

²⁴⁴⁰ Leander/Sweden, App. No. 9248/81, 26 March 1987, par. 48; Amann/Switzerland, App. No. 27798/95, 16 February 2000, par. 65; Rotaru/Romania, App. No. 28341/95, 4 May 2000, par. 44; Mitkus/Latvia, App. No. 7259/03, 2 October 2012, par. 137.

şekline ve elde edilen sonuca bakması gerekmektedir²⁴⁴¹. Kişisel verilerin korunması söz konusu olduğunda yasaya uygunluk değerlendirmesi katı bir şekilde yapılmaktadır²⁴⁴². Ayrıca gizli denetim ve veri toplama söz konusu olduğunda da yasanın öngörülebilirlik niteliği kesin surette aranmaktadır²⁴⁴³. Bu sebeple kişisel verilere müdahaleye imkan tanıyan yasalar yeterince açık, kesin ve erişilebilir olmalı²⁴⁴⁴, ayrıca yasanın kötüye kullanılmasına karşı yeterli ve etkili garantiler içermeli²⁴⁴⁵ ve bunlara riayet edilmesi gerekmektedir²⁴⁴⁶. Nitekim devletin kişisel verilerin korunmasına ilişkin yasal çerçeveyi kaliteli şekilde oluşturması da pozitif yükümlülüklerindendir.

Kişisel verilerin güvenlik sistemlerinde kayıtlı olması tek başına 8. maddenin ihlalini oluşturmaz, aynı zamanda bu verilerin üçüncü kişilere açıklanması yahut yayınlanması 8. maddenin ihlalini oluşturur²⁴⁴⁷. Bu bağlamda AİHM kişisel verilerin korunması konusunda devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülüklerinin olduğunu kararlarında ele almıştır. Örneğin Leander davasında kişisel verilerin korunması konusunda devletin negatif yükümlülüğünü²⁴⁴⁸, sonrasında Gaskin davasında²⁴⁴⁹ ise pozitif yükümlülüklerini incelemiştir²⁴⁵⁰.

Gaskin davasında, çocukluğunu sosyal hizmetlerin bakımı altında geçirmiş olan başvuru, geçmiş hakkındaki bilgi ve raporların kendisine açıklanmasını istemiş fakat bu talebi mevcut sosyal hizmet sisteminin iyi işlemlerini engelleyebileceği gerekçesiyle reddedilmiştir²⁴⁵¹. Burada başvuruçunun şikayet ettiği şey devlet otoriteleri tarafından özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına yapılan doğrudan bir müdahale değil, bu hakkın yasal ve idari anlamda korunmasındaki başarısızlığıdır. Bu bağlamda hükümet de ne hukuki ne de idari sistemde kişisel verilere erişimi kesin ve sınırsız şekilde sağladığını kabul

²⁴⁴¹ Roagna, s. 19.

²⁴⁴² Arai-Takahashi, s. 74.

²⁴⁴³ Arai-Takahashi, s. 74.

²⁴⁴⁴ Leander/Sweeden, App. No.9248/81, 26 March 1987, par. 50-51; Malone/United Kingdom, App. No. 8691/79, 2 August 1984, par. 66-67.

²⁴⁴⁵ Klass and the others/Germany, App. No. 50298/71, 6 September 1978, par. 50.

²⁴⁴⁶ Şimşek, Kişisel Veri, s. 38.

²⁴⁴⁷ Clements, s. 166.

²⁴⁴⁸ Mowbray, Positive Obligations, s. 143-144.

²⁴⁴⁹ Leander/Sweeden, App. No.9248/81, 26 March 1987, par. 2.

²⁴⁵⁰ Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 40.

²⁴⁵¹ Mowbray, Positive Obligations, s. 143; Dijk/Hoof, s. 492; Atak, Kişisel Veriler, s. 106.

etmiştir²⁴⁵². Ayrıca bu tür pozitif yükümlölüklerin varlığının devletlere geniş bir takdir marjı verdiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda davada çocukları koruma sisteminin etkin işleyişı konusunda kamunun menfaati ile başvuranın kişisel verilerine ulaşması konusundaki bireysel menfaati arasındaki çıkar çatışmasında adil dengenin olup olmadığı nazara alınmalıdır²⁴⁵³. Mahkeme'nin uyguladığı adil denge testi sonucu on bire karşı altı oyla İngiliz sistemi başvuranın kişisel dosyalarına erişim hakkına saygı için yeterli kurumsal güvence sağlamadığından 8. maddenin ihlal edildiğı sonucuna ulaşılmıştır²⁴⁵⁴.

AİHM kişisel verilerin korunmasını esasen önemsemekle birlikte özellikle tıbbi verilere 8. madde kapsamında karar verirken önem atfetmiştir²⁴⁵⁵. I./Finlandiya kararında²⁴⁵⁶ da başvurucunun hemşire olarak çalışmakta olduğu devlet hastanesinde yapılan tetkiklerinde HIV pozitif olduğunun ortaya çıkması üzerine bu bilgiye hastanedeki diğer personellerin ulaşabilmesinin özel hayatının gizliliğini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bu şikayet üzerine hastane, hastayı sahte bir isim ve sosyal güvenlik numarasıyla kaydederek tedaviyi yapan personel dışında diğer personelin bu kayıtlara ulaşması yasaklayarak tıbbi verilerin korunması için gerekli önlemleri almıştır²⁴⁵⁷. Fakat bu önlemlerin alınmasında başvuru açısından geç kalınmıştır²⁴⁵⁸. Ayrıca Mahkeme iç hukukta, başvurucunun kişisel verilerinin hukuka uygun olmayan bir şekilde açıklanmış olmasından dolayı gördüğü zararın tazminine ilişkin sunulan olanakların başvurucunun özel hayatının gizliliğinin korunması açısından yeterli olmadığına kanaat getirmiştir. Hastanenin devlet hastanesi olmasından ötürü eylemlerinden Sözleşme'nin amaçları doğrultusunda devletin sorumlu olduğunu belirtmiştir²⁴⁵⁹. Bu nedenlerle, başvurucunun özel hayatına saygı hakkının güvence altına alınabilmesi için Sözleşme'nin 8. maddesinin yüklemiş olduğu pozitif yükümlölüğün devlet tarafından yerine getirilmediğı sonucuna ulaşılmıştır²⁴⁶⁰.

²⁴⁵² Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 40.

²⁴⁵³ Gaskin/United Kingdom, App. No. 10454/83, 7 July 1989, par. 40.

²⁴⁵⁴ Mowbray, Positive Obligations, s. 144.

²⁴⁵⁵ Arai-Takahashi, s. 75.

²⁴⁵⁶ I./Finland, App. No. 20511/03, 17 July 2008.

²⁴⁵⁷ Atak, Kişisel Veriler, s. 117.

²⁴⁵⁸ I./Finland, App. No. 20511/03, 17 July 2008, par. 42.

²⁴⁵⁹ I./Finland, App. No. 20511/03, 17 July 2008, par. 35.

²⁴⁶⁰ I./Finland, App. No. 20511/03, 17 July 2008, par. 48-49.

Mahkeme 2017 yılında verdiği Yonchev kararında başvuran, İç İşleri Bakanlığı Psikoloji Enstitüsü tarafından uluslararası bir görevde polis gözlemcisi olması için yapılan psikolojik uygunluk değerlendirmelerini içeren personel dosyasına uzun yıllar erişime imkan tanınmaması dolayısıyla 8. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür²⁴⁶¹. AİHM, davalı Devlet'in, başvuranın, psikolojik uygunluk değerlendirmesini anlamasına imkân tanıyacak tüm ilgili bilgilere erişebilmesini sağlamayı mümkün kılan etkili ve erişilebilir bir usul sağlama yönünde pozitif yükümlülüğü yerine getirmemesinden ötürü 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır²⁴⁶². Bu bağlamda kişisel verilere erişimin sağlanmasında devletin usule ilişkin pozitif yükümlülüklerinin ön plana çıktığı görülmektedir.

Sözleşme sisteminde tıbbi verilerin ifşasının özel hayatın gizliliğinin ciddi bir ihlali olduğu kanaati hakimdir²⁴⁶³. Kişisel bilgilerin diğer kurumlara veya basına ifşa edilmesinde²⁴⁶⁴ bu bilgileri saklamakla yükümlü devletin ihmali söz konusu ise, bu bilgilerin aleniyete kavuşmasından ötürü devletin hakkı etkili şekilde korumak konusunda pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğine işaret edilebilir. Nitekim hakkın etkili korunmasına yönelik prosedürel güvencelerin sağlanması yoluna gidilebilir.

İnternet ortamında bir kişinin özel hayatının bir başka kişi tarafından hukuka aykırı eylemlerle ihlali söz konusu olduğunda taraf devletlerin bu kişinin kimliğinin ortaya çıkarılması konusunda pozitif yükümlülüğü söz konusu olabilecektir²⁴⁶⁵. Örneğin K.U/Finlandiya davasında²⁴⁶⁶ kimliği belirlenemeyen bir kişi, 12 yaşında olan bir kişinin bilgisi olmaksızın adına bir internet buluşma sitesinde bir reklam yayınlamıştır. Reklam, kişinin yaşını ve doğum yılını belirtip, fiziksel özelliklerinin detaylı bir tanımını, o sırada bulunduğu web sayfasının resmini gösteren bir bağlantısını ve telefon numarasını doğru bir şekilde yayınlamıştır. Reklamda, 12 yaşındaki kişinin kendi yaşında veya daha büyüklerle samimi bir ilişki aradığı

²⁴⁶¹ Yonchev/Bulgaria, App. No. 12504/06, 7 December 2017, par. 32.

²⁴⁶² Yonchev/Bulgaria, App. No. 12504/06, 7 December 2017, par. 62-63.

²⁴⁶³ Arai-Takahashi, s. 75.

²⁴⁶⁴ Z/Finland, App. No. 22009/93, 25 February 1997; M.S./Sweden, App. No. 74/1996/693/885, 27 August 1997.

²⁴⁶⁵ Jacobs/White/Obey, s. 376; Lazăr, s. 134.

²⁴⁶⁶ K.U/Finland, App. No. 2872/02, 2 December 2008, par. 7-12

belirlenmektedir. Başvuran, bir erkekten onunla görüşme teklifi içeren bir e-posta aldığı anda internetteki reklamın farkına varmıştır. Başvuranın babası polise, yasal işlem başlatmak için reklamı koyan kişinin bulunmasını talep etmiştir. Bununla birlikte, servis sağlayıcı sözde dinamik Internet Protokolü (IP) adresinin sahibinin kimliğini, yasayla tanımlanan telekomünikasyon gizliliğine dayanarak açıklamayı reddetmiştir. Polis daha sonra Helsinki Bölge Mahkemesine servis sağlayıcıdan Ceza İncelemeleri Yasası'nın 28. bölümü uyarınca bu bilgileri ifşa etmesini zorunlu tutmuştur. Bölge Mahkemesi, 19 Ocak 2001'de yayınlanan bir kararla, hizmet sağlayıcının telekomünikasyon tanımlama verilerini mesleki gizlilik ilkesine aykırı olarak açıklamasına izin veren açık bir yasal hüküm bulunmadığı için reddetmiştir. Yargıtay'da kararı onamıştır. AİHM, başvuranın pratik ve etkili bir şekilde korunmasının, faili, yani reklamı yerleştiren kişiyi tespit etmek ve kovuşturmak için etkili adımların atılması gerektiğini düşünmektedir. Dolayısıyla da Finlandiya'nın başvurana ilişkin pozitif yükümlülüğünü yerine getiremediğine²⁴⁶⁷ ve 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir²⁴⁶⁸. Bu karar ulusal otoritelerin internette bu tür ihlallere karşı ne gibi koruyucu önlemler alması gerektiği ve bireyleri diğer bireylerin ihlalden koruyan yasal çerçevenin neler içermesi gerektiği konusunda daha kapsamlı ve geniş değerlendirme gerektiren bazı önemli konuları gündeme getirmiştir²⁴⁶⁹. Kanımızca olayda internet servis sağlayıcısının kullanıcısının kimliğini açıklayabilmesini düzenleyen herhangi bir yasal düzenleme olmaması da bizi özel hayatın korunması bakımından devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna ulaştırmaktadır. Nitekim etkin hukuk düzeni kurmak devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülükleri arasındadır.

Muscio/İtalya davasında²⁴⁷⁰ katalolik ebeveynlerden oluşan bir derneğin başkanı olan başvuran mail adresine gelen pornografik içerikli spam maillerin bilinmeyen gönderenine karşı şikayetin reddedilmesi üzerine AİHM'e başvurmuştur²⁴⁷¹. Mahkeme, istenmeyen maillerin alınmasının özel hayata müdahale olarak görülebileceğini tespit etmiştir. Ancak internete bağlandıklarında e-mail kullanıcılarının artık özel hayatlarının etkili bir şekilde korunmasından

²⁴⁶⁷ K.U/Finland, App. No. 2872/02, 2 December 2008, par. 49.

²⁴⁶⁸ K.U/Finland, App. No. 2872/02, 2 December 2008, par. 50.

²⁴⁶⁹ Lazăr, s. 134.

²⁴⁷⁰ Muscio/Italy, App. No. 31358/03, 13 November 2007.

²⁴⁷¹ Lazăr, s. 136.

yararlanamayacağını ve bilgisayar filtreleri kullanarak kontrol edebilecekleri istenmeyen maillerin, resimlerin yahut bilgilerin alınmasına maruz kalabileceklerini belirtmiştir²⁴⁷². Mahkeme bir dizi ülkenin ve şebeke operatörünün spam olgusuyla mücadelede ve bu tür gönderilerin göndericilerinin izlenmesinde teknik kaynaklar her zaman yardımcı olmadıgından objektif güçlüklerle karşılaştığını vurgulamıştır. Nihayetinde Mahkeme, Devlet'in 8. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek için ek çaba göstermesi gerektiği kanaatini taşımamaktadır²⁴⁷³. Kanımızca devlet tarafından her birey nazarında engellenmesinin teknolojik açıdan imkansız gözüktüğü bu spam maillerin bireysel çaba ile engellenmesi kolayca mümkün iken bu konuda devlete pozitif yükümlülük yüklemek ölçüsüz olacağından AİHM'in kararı yerindedir. Belirtmek gerekir ki devlete gerçekleştirilmesi imkansız yahut bireylerin bizzat kendi alacakları önlemlerle haklarını koruyabilecekleri durumlarda pozitif yükümlülükler yüklemek bu alanın içeriğini boşaltır ve hakları koruma çemberini zedeler.

Kişisel verilere erişimin engellenmesinin özel hayata ve aile hayatına müdahale olup olmadığı bu kararı haklı göstermek için devlet tarafından ileri sürülen meşru amaçlara ve engellenmenin demokratik bir toplumda gerekli olması ve elde edilmek istenen amaçla orantılı olmasına bağlıdır²⁴⁷⁴. Şayet devletin yetkili organları eliyle bir müdahalesi söz konusu değilse bu durumda verilerin saklanması, korunması ve işlenmesine yönelik devletin pozitif yükümlülükleri gündeme gelir. Nitekim Avrupa Bakanlar Komitesinin İyi İdare Konusunda CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararının²⁴⁷⁵ 9. maddesinde belirtilen mahremiyete saygı ilkesi taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerine de işaret etmektedir. Bu ilkeye göre idare, özellikle kişisel verilerin işlenmesinde, mahremiyet ilkesine uymakla ve kişisel veri ve dosyaların, özellikle elektronik ortamda işlenmesi yetkisi bulunduğu mahremiyeti güvence altına alan tüm zorunlu önlemleri almakla yükümlüdür.

Devletin ulusal güvenliği sağlamak üzere veri topladığı durumlarda bu

²⁴⁷² Lazăr, s. 136.

²⁴⁷³ Muscio/Italy, App. No. 31358/03, 13 November 2007.

²⁴⁷⁴ Roagna, s. 20.

²⁴⁷⁵ Recommendation CM/Rec (2007) 7 of the Committee of Ministers to member states on good administration, [https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2007\)7E.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2007)7E.pdf), E. T. 16.04.2017.

veriler için yeterli garantileri sağlaması gerekmektedir²⁴⁷⁶. Bu garantiler hem esasa hem de usule ilişkin güvenceleri kapsamına almaktadır. Aynı zamanda kişisel verilere müdahale sadece devletin yetkili organları eliyle olmaz öte yandan bu alan üçüncü kişilerin de müdahalesine açıktır. Nitekim her iki durumda da hakkın korunmasının muhatabı bu bilgileri muhafazayla yükümlü devlettir. Üçüncü kişilerin müdahalesi söz konusu olduğunda devlet koruma yükümlülüğü çerçevesinde sorumlu tutulur. Üçüncü kişilerin kişisel verilerin korunması alanına müdahalesi söz konusu olduğunda öncelikli olarak usule ilişkin pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği dikkate alınır.

C. Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Toplumun doğal ve temel bir ögesi olarak aile devletten korunma hakkına sahiptir²⁴⁷⁷. Burada iki yönlü bir güvence söz konusudur. Devletin müdahale etmeme yükümlülüğü yanında, özel ve aile hayatına saygıyı sağlama yönünde pozitif yükümlülüğü de söz konusudur²⁴⁷⁸. Bu da özellikle bireyler arası ilişkide özel ve aile hayatına saygıyı amaçlayan önlemlerin kabulünü gerektirir²⁴⁷⁹.

Aile hayatının korunması konusunda devletlerin hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri söz konusudur. Devletin negatif yükümlülüğü, aile yaşamının korunması amacıyla belirli eylemleri yapmaktan kaçınmayı gerekli kılar. Örneğin, vatandaş olmayan kişinin bir taraf devletin ülkesinden gönderilmesi eğer o kişinin aile yaşamına bir müdahale oluşturacaksa, devletin negatif yükümlülüğü söz konusu olur. Devlet bu tür bir yükümlüğün gereği olarak o kişiyi sınır dışı etmekten kaçınmalıdır²⁴⁸⁰.

AIHM 8. maddede güvenceye bağlanan aile hayatına saygı hakkını sistematize ettiği pozitif yükümlülükler etrafında yeniden yapılandırmıştır²⁴⁸¹.

²⁴⁷⁶ Leander/Sweeden, App. No.9248/81, 26 March 1987, par. 51.

²⁴⁷⁷ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 170.

²⁴⁷⁸ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 171.

²⁴⁷⁹ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 171.

²⁴⁸⁰ Atak, s. 108.

²⁴⁸¹ Yıldırım, Özel Hayat, s. 416.

AIHM içtihatlarına bakıldığında 8. madde'den kaynaklanan başlıca iki pozitif yükümlülük söz konusudur. İlki, aile bağlarını hukuken tanıma yükümlülüğü, ikincisi ise aile hayatını korumak için harekete geçme yükümlülüğüdür²⁴⁸². Bu bağlamda devletin pozitif yükümlülüğü, aile hayatının korunması amacıyla somut ve olumlu adımlar atmasını gerektirir. Örneğin bireyleri aile içi şiddetten korumak yahut ailenin birleşmesi amacıyla bir aile üyesinin ülkeye giriş yapmasına izin vermek bu tür bir yükümlülüğün sonucudur²⁴⁸³.

1. Aile İçi Şiddetten Koruma

a. Kadına Karşı Şiddet

Kadına karşı şiddet, kamu yetkilileri tarafından uygulanabildiği gibi²⁴⁸⁴, genellikle özel hukuk kişileri tarafından uygulanmaktadır²⁴⁸⁵. AIHS sisteminde taraf devletlerin kadına karşı aile içi şiddetle mücadele aracı olarak pozitif yükümlülüklerine işaret edilirken, BM sisteminde bunlar özen prensibi olarak ifade edilmektedir²⁴⁸⁶.

Devletin kadına şiddete karşı pozitif eylemde bulunması yükümlülüğü Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin²⁴⁸⁷ ilk maddesinde geçen “sağlama (ensure)”²⁴⁸⁸ ve AIHS'in ilk maddesinde geçen “koruma (secure)” ifadesinden kaynaklanmaktadır²⁴⁸⁹. Bu doğrultuda hem pozitif yükümlülükler hem de özen yükümlülüğü aracılığıyla taraf devletler kadına karşı şiddeti önleme, soruşturma, kovuşturma, cezalandırma ve mağduriyetlerini gidermekle yükümlüdür²⁴⁹⁰. Bu bakımdan insan haklarının üçüncü kişiler tarafından ihlalinde devletin bireyleri korumaya yönelik AIHM içtihatlarıyla gelişen pozitif yükümlülüklerinin kapsamı

²⁴⁸² Akandji Kombe, s. 42; Roagna, s. 69.

²⁴⁸³ Atak s. 109.

²⁴⁸⁴ Farrior, s. 150; Khrystova, s. 119.

²⁴⁸⁵ Cook, s. 151; Arslan Öncü, s. 146; Dündar Sezer, s. 767.

²⁴⁸⁶ Arslan Öncü, Gülay; “Avrupa İnsan Hakları Sisteminde Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Araçları”, MHB, Y. 32, S. 2, 2012, s. 23.

²⁴⁸⁷ Sözleşme metni için bkz. (<http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, E. T. 20.08.2017.

²⁴⁸⁸ Hofstötter, s. 530).

²⁴⁸⁹ Farrior, s. 150.

²⁴⁹⁰ Arslan Öncü, Aile İçi Şiddet, s. 23.

özen prensibi ile çok sıkı ilişki içinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır²⁴⁹¹.

İnsan hakları savunucuları tarafından toplumsal cinsiyete dayalı şiddet uygulamalarında gittikçe artan ölçüde başvurulmuş bu prensip²⁴⁹² genel olarak kadına karşı şiddete karşı devletin ne gibi eylemlerde bulunması gerektiğini belirten bir standart olarak kullanılmaktadır²⁴⁹³.

Özen prensibi çelişkili bir biçimde devleti hem temsilci yapıp, kadınlara karşı ihlallerin önlenmesine yeteri kadar özen göstermemesinden ötürü öncelikli olarak sorumlu yapmakta hem de daha fazla özen göstermesi sonucu kadınlara karşı ihlallerin kırılmasının temel ve önemli bir aracı yapmaktadır²⁴⁹⁴. Devletlerin kadına karşı şiddetle mücadeledeki özen yükümlülüğü şiddet eylemlerinin soruşturulması, kovuşturulması ve yaptırıma bağlanmasından ibaret olmayıp, şiddetin önlenmesi de bu yükümlülüğe dahildir²⁴⁹⁵. Bu bağlamda devlet tarafından kadınlara ve çocuklara yönelik cebir ve şiddetin önlenmesi için özel tedbirler alınması gerekebilir²⁴⁹⁶. Örneğin, kadına karşı şiddetin kaynağını oluşturan toplumsal cinsiyet kalıplarının ve değerlerin dönüştürülmesi de devletin yükümlülüğüdür²⁴⁹⁷. Öte yandan cinsiyete dayalı şiddete tepkisiz kalması da devletin sorumluluğunu doğurabilir²⁴⁹⁸. Bu bağlamda devletlerin yükümlülüğü, yasama ve yürütme eylemleri, ceza adaletini sağlamaya yönelik faaliyetler ve sponsorluğundaki hizmetlere kadar birçok farklı biçimde ortaya çıkabilir²⁴⁹⁹.

BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin²⁵⁰⁰ (KKAÖS)²⁵⁰¹ 24. maddesinde özen

²⁴⁹¹ Dröge, s. 388; Khrystova, s. 119; Lavrysen, Scope of Obligations, s. 169; Goldscheid/Liebowitz, s. 327 vd.

²⁴⁹² Goldscheid/Liebowitz, s. 302.

²⁴⁹³ Khrystova, s. 119.

²⁴⁹⁴ Marshall, s. 149.

²⁴⁹⁵ Arslan Öncü, Aile İçi Şiddet, s. 24.

²⁴⁹⁶ Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 200.

²⁴⁹⁷ Arslan Öncü, Aile İçi Şiddet, s. 24.

²⁴⁹⁸ Goldscheid/Liebowitz, s. 303.

²⁴⁹⁹ Goldscheid/Liebowitz, s. 303.

²⁵⁰⁰ KKAÖS, BM tarafından 1979'da kabul edilmiş, 1980 tarihinde imzaya sunulmuş, 3 Eylül 1981 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir. Birçok ülkenin taraf olduğu "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"ne Türkiye'nin katılımı 11.6.1985 tarih ve 3232 Sayılı Kanunla uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunca 24.07.1985 tarihinde 85/9722 sayılı kararla onaylanmış, 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁵⁰¹ Sözleşme'nin İngilizce adı "The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women" (CEDAW) olup, orjinal metni için bkz. (<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm#article4>, E. T. 26.09.2016).

prensibine yer verilmiş²⁵⁰² devletler Sözleşme ile tanınan hakların tam olarak gerçekleştirilmesi için ulusal seviyede gerekli bütün önlemleri almayı taahhüt etmişlerdir²⁵⁰³. Görüldüğü üzere 24. maddede devletin pozitif yükümlülükleri açıkça öngörülmüştür²⁵⁰⁴. Uluslararası hukuka yeni bu prensip ile, KKAÖS üyesi ülkelerin kadına yönelik şiddetin ortadan kaldırılmasını sağlamak için belirli yükümlülüklerinin olduğu ileri sürülmüştür²⁵⁰⁵. Kadınlara Karşı Ayrımcılığı Önleme Komitesi'nin (KKAÖK) "Kadına Karşı Şiddet" konulu 19 Nolu Genel Tavsiye Kararını güncelleyerek oluşturduğu 14 Haziran 2017 tarihli 35 Nolu Genel Tavsiye Kararı'nın²⁵⁰⁶ 24. maddesi devletin devlet dışı aktörlerin ihmal ve eylemleri sebebiyle özen yükümlülüğünden doğan sorumluluklarını düzenlemiştir. Kararın 26. maddesinde ise, devletin yasama, yürütme ve yargı düzeyinde alması gereken tedbirlere ayrıntılı şekilde yer verilmiştir.

35 Nolu Genel Tavsiye Kararı'nın 26. maddesine göre pozitif yükümlülükler bağlamında devletin alması gereken yasama tedbirleri; kadın ve kız çocuklarına karşı her türlü cinsiyete dayalı şiddeti yasaklayan, iç hukuku Sözleşme ile uyumlu hale getiren, etkin yasal koruma içeren mevzuat oluşturma, mevcut herhangi bir dini ya da geleneksel adalet sistemi normlarının Sözleşme standartlarıyla uyumlaştırılmasını sağlama, şiddete ve ayrımcılığa neden olan yasaları yürürlükten kaldırmadır.

Yürütme düzeyinde alınması gereken tedbirler; kadınları toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten korumaya yönelik kamu politikaları oluşturma, bunları yürütme mekanizmalarını geliştirme, yetkili ulusal mahkemelerin kurulması veya finanse edilmesi, mağduriyetlerin tekrarını önlemek ve mağdurlara tazminat için kaynak ya da erişilebilir, uygun ve yeterli hizmetleri sağlamak, kadınlara yönelik toplumsal

²⁵⁰² Hasselbacher, s. 192 vd.

²⁵⁰³ Cook, s. 163.

²⁵⁰⁴ Dündar Sezer, s. 768.

²⁵⁰⁵ Hasselbacher, s. 193. Kadına karşı şiddeti önlenmesinin yanı sıra Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Yönelik Uluslararası Sözleşme'nin 2. maddesi, devletlere kadınlara yönelik her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılması yükümlülüğünü de getirmektedir. Bu maddede ayrımcılığın önlenmesi için devletin tüm organları her alanda yükümlü kılınmıştır. Ayrıca devlete bireyler arası ilişkiler alanında dahi ayrımcılığı önleme görevi yüklenmiştir. (Dündar Sezer, Tijen; Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin R.K.B/Türkiye Kararı ve Kararda Benimsenen Görüşlerin Olası Etkileri, Anayasa Hukuku Dergisi, C. II, S. 4, 2013, s. 414-415).

²⁵⁰⁶ General Recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, Karar metni için bkz. (http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_35_8267_E.pdf, E. T. 20.08.2017).

cinsiyete dayalı şiddet oluşturan ya da izin veren kamu görevlilerinin kurumsal ve bireysel davranışlarını ortadan kaldırmak, şiddetin kayıt altına alınması ve etkili soruşturma yapmak ve kadınlara yönelik ayrımcılık yaratan uygulamaları kaldırmaktır.

Yargı düzeyinde alınması gereken tedbirler; herhangi bir ayrımcılık veya cinsiyete dayalı şiddet eylemini yaptırma bağlayan tüm ceza hukuku hükümlerini sıkı bir şekilde uygulamak, bu iddialarının bulunduğu davalarda yapılan yasal işlemlerin tarafsız ve adil olmasını sağlamak, yasal hükümlerin kalıplaşmış cinsiyet klişelerine dayanan veya ayrımcılık gözetten yorumundan etkilenmemektir²⁵⁰⁷.

Pozitif yükümlülükleri destekleyen özen prensibi BM tarafından kabul edilen Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Hakkında Bildiri'nin²⁵⁰⁸ 4/(c) fıkrasında da normatif olarak yer almıştır²⁵⁰⁹. İlgili hükümde devletin hem özel kişiler hem de devlet yetkilileri tarafından işlenen kadınlara yönelik şiddet eylemlerini önleme, soruşturma ve ulusal mevzuatı uyarınca cezalandırma konusunda gereken özeni göstermekle yükümlü oldukları belirtilmiştir²⁵¹⁰.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (2002) 5 Sayılı Kadınların Şiddete Karşı Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı'nda²⁵¹¹ devletin kadına karşı şiddeti engelleme, soruşturma ve cezalandırma konusunda gerekli özeni gösterme ve mağdurları korumakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Kararda üye ülke hükümetlerine; mevzuat ve politikalarının kadının insan haklarını korumak ve

²⁵⁰⁷ Kadınlara Karşı Ayrımcılığı Önleme Komitesi'ne yapılan bireysel başvurular sonucu verilen kararlarda yasama, yürütme veya yargı organları tarafından yapılması gerekenler belirtilse de bu görüşlere iç hukukta hukuki etki tanınmasına izin veren yasal düzenlemelerin bulunmaması yani kararların bağlayıcı değil tavsiye niteliğinde olması sebebiyle Komite kararlarının yerine getirilmesi amacıyla ulusal mahkemelere yapılan başvurular reddedilmektedir. Fakat bu görüşlerin gereklerine uymak, insan haklarına saygı duyan devletler için bir itibar ve prestij meselesidir. Dolayısıyla bu yönde tutum ülkemiz açısından da Anayasa'da yer alan insan haklarına saygılı devlet ilkesine uygun olacaktır (Dündar Sezer, R.K.B/Türkiye, s. 424).

²⁵⁰⁸ Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge (Declaration on the Elimination of Violence against Women) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20.12.1993 tarih ve 44/104 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Bildirinin orijinal metni için bkz. (<http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm>, E. T. 15.05.2016).

²⁵⁰⁹ Arslan Öncü, s. 21. Bu hüküm, Pekin Dördüncü Dünya Kadın Konferansında (1995) kabul edilen "Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu" bildirgesinin 124 (b) maddesinde de tekrar edilmiştir. (Doğan, Özen Yükümlülüğü, s. 97).

²⁵¹⁰ Hasselbacher, s. 193; Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge'nin (Declaration on the Elimination of Violence against Women) Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, M. Semih; İnsan Hakları Belgeleri (Human Rights Instruments) C. V., 2004, s. 129-145.

²⁵¹¹ Recommendation (2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence, Karar için bkz. ([www.coe.int/t/pace/campaign/stopviolence/Source/rec2002\(5\)_en.doc](http://www.coe.int/t/pace/campaign/stopviolence/Source/rec2002(5)_en.doc), E. T. 03.08.2017).

şiddeti önlemek amaçlarıyla gözden geçirilmesi²⁵¹², kadına karşı şiddetle mücadeleyi hedefleyen eylemlere erkeklerin katılımını teşvik etme, kadınlara karşı şiddetle mücadele eden tüm kurumları eylem planı oluşturmaya teşvik etme, ulusal ve uluslararası düzeyde araştırma, veri toplama ve ağ kurulmasını destekleme, kadınlara karşı şiddet başta olmak üzere eşitlik konusuyla ilgili, yüksek öğrenim programları ve araştırma merkezleri kurulmasını destekleme tavsiyelerinde bulunulmuştur.

Kadına karşı şiddeti önlemek üzere yapılan uluslararası düzenlemelerden bir diğeri 2011 yılında Türkiye tarafından da imzalanan “Avrupa Konseyi Kadına Karşı Ve Ev İçi Şiddetle Mücadele ve Bunun Önlenmesi Sözleşmesi” kısa adıyla “İstanbul Sözleşmesi”dir²⁵¹³. Sözleşme’nin²⁵¹⁴ ilk maddesinde kadına karşı şiddeti önlemeye yönelik benimsenen amaçlar düzenlenmiştir²⁵¹⁵. Hem İstanbul Sözleşmesi’nde (m. 12-57) hem de Bakanlar Komitesi’nin (2002) 5 Sayılı Tavsiye kararında devletin yerine getirmesi gereken önleyici ve koruyucu pozitif yükümlülöklere oldukça ayrıntılı şekilde işaret edilmiştir.

AİHS uyarınca devletin yükümlölüklerini yerine getirmede devlet dışı aktörler için sorumluluğı AİHM’in özen prensibini tanıması ile başlamıştır²⁵¹⁶.

²⁵¹² Bu amaçlar şu şekilde sıralanmıştır: “1. kadınlara insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınması, bunları kullanma, bunlardan yararlanma ve bu hakların korunmasını teminat altına almak; 2. gerektiğinde, kadınların ekonomik ve sosyal haklarını özgür ve etkin bir şekilde kullanmalarını sağlayacak önlemleri almak; 3. bütün önlemlerin ülke çapında eşgüdümlemesini, mağdurların ihtiyaçlarına odaklanmasını ve ilgili devlet kurumlarıyla sivil toplum örgütlerinin, özellikle bu tavsiye kararında belirtilen gerekli önlemlerin kararlaştırılıp uygulanmasıyla bağlantılandırılmasını sağlamak; 4. kadınlara karşı şiddetle mücadele eden sivil toplum örgütlerinin çalışmalarını her düzeyde teşvik etmek ve uygun lojistik ve maddi destek verilmesi dahil, bu örgütlerle aktif işbirliğini sağlamak.”

²⁵¹³ Arslan Öncü, Aile İçi Şiddet, s. 8; Sever, Çiğdem; “Kadına Karşı Eviçi Şiddette Devletin Sorumluluğı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Opuz v. Türkiye Kararı”, Atılım Sosyal Bilimler Dergisi, C. I, S. 2, 2012, s. 20.

²⁵¹⁴ Sözleşme hakkında bilgi için bkz. Bakırcı, Kadriye; “İstanbul Sözleşmesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2015, s. 133-204.

²⁵¹⁵ Bu amaçlar Sözleşme’de şu şekilde ifade edilmiştir “kadınları her türlü şiddete karşı korumak ve kadına karşı şiddeti ve aile içi şiddeti önlemek, kovuşturmak ve ortadan kaldırmak; kadına karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve kadınları güçlendirmek de dahil olmak üzere, kadınlarla erkekler arasında önemli ölçüde eşitliği yaygınlaştırmak; kadına karşı şiddet ve aile içi şiddetin tüm mağdurlarının korunması ve bunlara yardım edilmesi için kapsamlı bir çerçeve, politika ve tedbirler tasarlamak; kadına karşı şiddeti ve aile içi şiddeti ortadan kaldırma amacıyla uluslararası işbirliğini yaygınlaştırmak; kadına karşı şiddet ve aile içi şiddetin ortadan kaldırılması için bütüncül bir yaklaşımın benimsenmesi maksadıyla kuruluşların ve kolluk kuvvetleri birimlerinin birbiriyle etkili bir biçimde işbirliği yapmalarına destek ve yardım sağlamak” Sözleşme metni için bkz. (<https://rm.coe.int/1680462545>, E. T. 03.08.2017).

²⁵¹⁶ Hasselbacher, s. 200.

AIHM, dönüm noktası niteliğinde Bevacqua and S./Bulgaristan²⁵¹⁷ ve Opuz/Türkiye²⁵¹⁸ kararlarında özen prenbi kadına karşı şiddet bağlamında ele almıştır²⁵¹⁹.

Bevacqua ve S./Bulgaristan kararında²⁵²⁰ evli ve bir oğlu olan başvuru bayan, eşiyle arasındaki ilişkinin bozulması sonucu kocasının agrasifleşmesinden sonra kendi ailesinin evine yerleşerek boşanma davası açmıştır. Ayrıca çocuğunun zarar görmemesi için geçici koruma tedbiri alınmasını talep etmiştir. Uzun süren yargısal süreç boyunca başvuru eşi tarafından birkaç kez saldırıya uğramış ve dövülmüştür. Başvuru suç duyurusunda bulunmuş fakat yasal takibatta bulunan yetkililer bu suç duyurusunu mevcut bir şahsi dava olması sebebiyle reddetmişlerdir²⁵²¹. AIHM, ulusal makamların başvurucuyu olumsuz etkileyen bu durumda gecikmesizin geçici koruma tedbirlerinin alınmaması, çocuğun refahı ve Bay N'nin başvuru ve oğluna yönelik davranışlarına tepki olarak yetkililer tarafından yeterli önemlerin alınmaması 8. madde kapsamında devletin özel hayatı ve aile hayatını koruma yükümlülüğüne aykırı olduğundan bu maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir²⁵²².

Mahkeme 8. madde kapsamında incelediği Bevacqua and S./Bulgaristan kararında özel ve aile hayatına etkili saygı hakkına içkin pozitif yükümlülüklerinin bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında önlemlerin alınmasını içerebileceğini belirtmiştir²⁵²³. Bu davada Mahkeme yetkililerin pozitif yükümlülüğünün 8. madde kapsamında başvuru kadın ve çocuğun özel hayatı ve aile hayatına saygıyı korumak üzere geçici önlemler alınması başvurusunun gecikmesizin ve gerekli özen gösterilerek incelenmesi olduğunu vurgulamıştır²⁵²⁴. Sözleşme'nin 8. maddesinin ilk fıkrasının bu şekilde uygulanması özel hayatın gizliliğine üçüncü kişilerden gelecek müdahalelerden de devletin sorumlu tutulmasına imkan

²⁵¹⁷ Bevacqua and S./Bulgaria, App. No. 71127/01, 12 June 2008.

²⁵¹⁸ Opuz/Turkey, App. No. 33401/02, 9 June 2009.

²⁵¹⁹ Hasselbacher, s. 200; Goldscheid/Liebowitz, s. 327.

²⁵²⁰ Bevacqua and S./Bulgaria, App. No. 71127/01, 12 June 2008.

²⁵²¹ Khrystova, s. 117.

²⁵²² Bevacqua and S./Bulgaria, App. No. 71127/01, 12 June 2008, par. 84.

²⁵²³ Bevacqua and S./Bulgaria, App. No. 71127/01, 12 June 2008, par. 64.

²⁵²⁴ Bevacqua and S./Bulgaria, App. No. 71127/01, 12 June 2008, par. 73.

sağlamıştır²⁵²⁵. Nitekim kişiler arası ilişkilerde haklara saygı gösterilmesi için gerekli tedbirlerin alınması devletin pozitif yükümlülüğüdür²⁵²⁶.

Bevacqua ve S./Bulgaristan kararında önemle üzerinde durulması gereken husus, Bulgaristan'ın bu davada kadının kocasından şiddet görmesini “özel bir eylem” olarak nitelendirmesidir²⁵²⁷. AİHM, bu argümanı kesin surette reddetmiş²⁵²⁸ ve böyle bir argümanın taraf devletlerin 8. madde çerçevesindeki yükümlülükleriyle bağdaşmadığı içtihadında bulunmuştur²⁵²⁹.

AİHM'in Türkiye aleyhine 2009 yılında ihlal kararı verdiği Opuz kararında²⁵³⁰ kadına karşı şiddeti önlemeye yönelik devletin pozitif yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmuştur²⁵³¹. Davada başvuran, devlet yetkililerinin kendisini ve annesini kocasının şiddetinden koruyamadığını, bunun annesinin ölümü ve kendisinin de kötü muameleyle uğramasıyla sonuçlandığını iddia etmiştir²⁵³². Söz konusu davada Mahkeme, yerel makamların başvuran ile annesine yöneltilen şiddetin önlenmesi için, özellikle mağdurlar tarafından şikayetlerden vazgeçilmesine rağmen H.O. aleyhinde gerekli cezai veya diğer uygun önleyici tedbirleri alarak gerekli titizliği gösterip göstermediklerine yoğunlaşmıştır²⁵³³. Hükümet, yerel makamlarca yapılacak herhangi bir müdahalenin, AİHS'in 8. maddesi kapsamındaki haklarını ihlal edeceği argümanına dayanmıştır, fakat AİHM, makamların, söz konusu ihtilafın “özel mesele” olması dolayısıyla yardıma ihtiyacın bulunmadığı, şeklindeki görüşünün, başvuranın haklarından faydalanmasını garanti altına alacak pozitif yükümlülükleriyle çatıştığını belirtip Bevacqua S./Bulgaristan kararına atıf yapmıştır. Ayrıca, AİHM yerel otoritelerin kişilerin özel ve aile hayatına yapacakları müdahalelerinin bazı

²⁵²⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 351.

²⁵²⁶ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 23, Plattform “Ärzte Für Das Leben”/Austria, App. No. 10126/82, 21 June 1988, par. 32; Costello-Roberts/United Kingdom, App. No. 13134/87, 25 March 1993, par. 27.

²⁵²⁷ Bevacqua and S./Bulgaria, App. No. 71127/01, 12 June 2008, par. 63.

²⁵²⁸ Arslan Öncü, Aile İçi Şiddet, s. 17.

²⁵²⁹ Bevacqua and S./Bulgaria, App. No. 71127/01, 12 June 2008, par. 84.

²⁵³⁰ Opuz/Turkey, App. No. 33401/02, 9 June 2009.

²⁵³¹ Goldscheid/Liebowitz, s. 327.

²⁵³² Opuz/Turkey, App. No. 33401/02, 9 June 2009, par. 3.

²⁵³³ Opuz/Turkey, App. No. 33401/02, 9 June 2009, par. 131.

durumlarda, başka bireylerin sağılığını ve haklarını korumak ve suç oluşturan fiillerin işlenmesini engellemek için gerekli olabileceğini yinelemiştir²⁵³⁴.

Kanımızca Opuz kararında 8. madde bakımından herhangi bir ihlal iddiası ve tespiti söz konusu olmasa da yerel otoritelerin aile içi şiddete karşı pasif tutumlarını “özel mesele” savunmasına dayandırmalarının önü kapanmıştır. Nitekim yerel otoritelerin aile içi şiddeti engellemeye yönelik müdahalede bulunmasının meşru amaçlara dayanabileceğinin altını çizen AİHM, aksine bir tutumun başvuranın özel hayata ve aile hayatına saygı hakkından faydalanmasını garanti altına alacak pozitif yükümlölükleriyle bağdaşmayacağını belirtmiştir.

Opuz kararı, Türkiye’deki konu ile ilgili mevzuatı ve pratiğı değerlendirme, öte yandan kadına karşı şiddetin hukuki nitelendirilmesi ve devletlerin yükümlölüğü açısından yeni ölçütler getirmesi bakımından önem taşımaktadır²⁵³⁵. Ayrıca bu kararda AİHM tarafından ilk kez kadına yönelik şiddet ayrımcılık yasağıının ihlali olarak değerlendirilmiştir²⁵³⁶. Öte yandan Mahkeme bu kararında, Bevacqua kararından farklı şekilde bu tür suçların şikayete tabi olmasını Sözleşme hükümlerine aykırılık anlamına gelecek şekilde yorumlamıştır²⁵³⁷.

Özen prensibinin kapsamının oldukça muğlak olduğu ve belki de toplumsal cinsiyete karşı ihlaller ile mücadelede her zaman en iyi standart olmadığı ileri sürülse de²⁵³⁸ insan hakları normlarının yeniden yorumlanması sürecinde kadınlara ilişkin hükümleri geliştirme potansiyeliyle kesinlikle rol oynadığı gerçektir²⁵³⁹. Nitekim hem normatif belgelerde hem de içtihat hukukunda belirtildiğı üzere devletin kadına karşı şiddeti engelleme hususunda geniş kapsamlı pozitif yükümlölüklerinin olması sağılam politikalar yaratmasına ve programlı şekilde ilerlemesine neden olmaktadır²⁵⁴⁰.

²⁵³⁴ Opuz/Turkey, App. No. 33401/02, 9 June 2009, par. 144. Kararda AİHM, başvuranın annesinin ölümüne ilişkin olarak AİHS’in 2. maddesinin ihlal edildiğine; yetkili makamların başvuranı eski kocasının uyguladığı aile içi şiddete karşı korumamasına ilişkin olarak AİHS’in 3. maddesinin ihlal edildiğine; AİHS’in 2 ve 3. maddeleriyle beraber okunduğunda 14. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. (Opuz/Turkey, App. No. 33401/02, 9 June 2009).

²⁵³⁵ Sever, s. 19.

²⁵³⁶ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye, s. 429.

²⁵³⁷ Sever, s. 34.

²⁵³⁸ Holtmaat, R; “Preventing Violence Against Women: The Due Diligence Standard with respect to the Obligation to Banish Gender Stereotypes on the Grounds of Article 5a CEDAW”, p. 23.

²⁵³⁹ Marshall, s. 149.

²⁵⁴⁰ Goldscheid/Liebowitz, s. 303.

b. Çocuğa Karşı Şiddet

A./United Kingdom kararında²⁵⁴¹ AİHM, üvey babası tarafından fiziksel şiddete maruz bırakılan çocuğa yönelik bu eylemlerin üvey babasının makul ceza nedenine dayandırması sonucu ceza yargılamasından kurtulması hakkında²⁵⁴² 3. ve 8. maddeye dayanılarak yapılan başvuruda 8. maddeye ilişkin şikayetlerin dikkate almaya gerek olmadığına 3. maddenin ise ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, Sözleşme'nin 1. maddesi altındaki sözleşmeci tarafların Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte ele alınan hak ve özgürlüklerini kendi yargı alanındaki herkese güvence altına alma yükümlülüğünün, işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya, özel kişiler tarafından maruz kalanları da kapsadığını belirtmiştir²⁵⁴³. Görüldüğü üzere çocuğa şiddet söz konusu olduğunda pozitif yükümlülükler temelinin 1. ve 3. maddeden almakta, 8. madde dikkate alınmamaktadır. Çocukları şiddetten korumak için gerekli önlemlerin etrafında daha fazla fikir birliğinin geliştirilmesi için 3. maddeye göre devletler üzerindeki pozitif yükümlülüklerin geliştirilmesi ve bu bağlamda fiziksel cezanın ortadan kaldırılması desteklenmelidir²⁵⁴⁴.

Genel olarak, içtihat hukukunun gösterdiği gibi AİHM, yalnızca çocuğun bakış açısıyla yeni insan hakları koruma standartları geliştirmeyi mümkün kılmakla kalmaz, aynı zamanda şu an var olanları ÇHS ve rehber araçlar altında inşa etmeye de isteklidir²⁵⁴⁵. Bu sebeple özellikle çocuklar ve diğer savunmasız kişiler, ciddi kişisel bütünlük ihlallerine karşı etkili ve caydırıcı şekilde devlet tarafından korunma hakkına sahiptirler²⁵⁴⁶.

Mahkeme sıklıkla pozitif yükümlülüklerle güvenme ihtiyacının özellikle çocuklara ve savunmasız kişilere zarar verilmesinin etkili ve caydırıcı şekilde engellenmesini sağlamak amacıyla olduğunu belirtmektedir²⁵⁴⁷. Örneğin, çocuğa yönelik şiddeti meşru gören yerleşik eğitim anlayışının, devletin alacağı pozitif

²⁵⁴¹ A./United Kingdom, App. No. 100/1997/884/1096, 23 September 1998.

²⁵⁴² Clapham, s. 356.

²⁵⁴³ A./United Kingdom, App. No. 100/1997/884/1096, 23 September 1998, par. 20.

²⁵⁴⁴ Kilkelly, Positive Obligations, s. 261.

²⁵⁴⁵ Kilkelly, Positive Obligations, s. 261.

²⁵⁴⁶ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985, par. 21-27; A./United Kingdom, App. No. 100/1997/884/1096, 23 September 1998, par. 22.

²⁵⁴⁷ Leach, s. 124.

tedbirlerle değiştirilmesi sonucu çocukların şiddete maruz kalması etkili ve caydırıcı şekilde engellenebilir²⁵⁴⁸.

2. Çocukların Koruma Altına Alınması

Mahkeme'nin çocukların devlet koruması altına alınmasına ilişkin pozitif yükümlülük yaklaşımı, ilk kez, çocukları koruma altında olan ebeveynlerin çocuklarının kendilerine geri dönmemesinden şikayet ettiği kamu hizmeti bağlamında kurulmuştur. Bu tür durumlarda Mahkeme istikrarlı bir şekilde, anne ve babanın çocuklarıyla yeniden bir araya gelmesini sağlamak üzere ulusal makamların eylemde bulunmakla yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır²⁵⁴⁹.

AİHM, çocukların koruma altına alınması alanında mutlak yasal hassaslığın sağlanamayacağını ve aşırı katılığı önlemenin ve değişen koşullara ayak uydurmanın gereğinin, kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edildiğini (sağlığın ve ahlakın korunması gibi) göz önüne almıştır²⁵⁵⁰. Bu bağlamda da çocukların devlet tarafından koruma altına alınmasında devlete oldukça geniş takdir marjı tanınmıştır.²⁵⁵¹ Bunun sebebi, çocuğun yüksek menfaatinin nasıl sağlanacağını devlet makamlarınca çoğu kez daha iyi çözebilecek durumda olduğu²⁵⁵² karmaşık ve hassas doğasıdır²⁵⁵³. Fakat devletin takdir marjının genişliği, ilgili prosedürlerin aşamasına göre değişir. Çocuğun menfaatinin tehlikeye grime riskinin tahmin edildiği durumlarda hızlıca çocuğun evinden uzaklaştırılıp korunmasına ilişkin ilk karar alınırken bu marj en geniştir²⁵⁵⁴. Bu bağlamda çocuğun menfaatlerinin risk altında olduğu durumlarda çocuğun korunması konusunda devletin harekete geçmekte gecikmesi ise 8. madde kapsamında çocuğun fiziksel ve psikolojik bütünlüğü açısından pozitif yükümlülüklerinin ihlalini oluşturur²⁵⁵⁵.

8. madde açıkça prosedürel garantiler içermese de 1980'lerin sonundan bu yana Mahkeme 8. maddeyi çocukların devletin korumasına alınmasında yerel

²⁵⁴⁸ Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 200.

²⁵⁴⁹ Kilkelly, Positive Obligations, s. 255.

²⁵⁵⁰ Kilkelly, Children, s. 72.

²⁵⁵¹ Roagna, s. 49.

²⁵⁵² Legg, s. 159.

²⁵⁵³ Scozzari and Giunta/Italy, App. No. 39221/98 and 41963/98, 13 July 2000.

²⁵⁵⁴ Janis/Kay/Bradley, s. 418.

²⁵⁵⁵ Janis/Kay/Bradley, s. 418.

otoritelere prosedürel yükümlülükler getirecek şekilde yorumlamıştır²⁵⁵⁶. Yani Mahkeme çocukların devlet tarafından korunması söz konusu olduğunda hem idari hem de yargısal prosedürel gerekliliklerin aile hayatına saygıyı sağlamaya yardımcı olma amacı taşıdığını ve bu prosedürel yükümlülüklerin 8. maddeye içkin olduğunu benimsemektedir. Bunlara alternatif koruma tedbirleri de dahildir²⁵⁵⁷.

Çocukların koruma altına alınmasında devletin pozitif yükümlülüğü ilk kez W./Birleşik Krallık davasında²⁵⁵⁸ açık bir şekilde ifade edilmiştir²⁵⁵⁹. Evliliklerine ilişkin problemleri olan başvuran ve karısı üçüncü çocuklarını gönüllü şekilde yerel otoritelerinin korumasına bırakmışlardır. Birkaç ay sonra başvuran ve karısının haberi olmaksızın otoriteler S'nin velayet hakkını üzerlerine almışlardır. Evlat edinme komitesi başvuran ve karısına danışmadan resmi makamlardan gelen S'nin uzun dönem evlatlık edilmesi önerilerini uygun bulmuştur. Sonrasında sosyal hizmet direktörü tarafından S'nin evlat edinen aileyle ilişkisinin gelişmesinin sağlanması amacıyla başvuran ve karısının S'yi ziyaret etmesine izin verilmemiştir. Yerel Mahkeme S'nin öz ailesine dönmesinin S'nin yararına olmayacağına hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme ise S'ye bakan ailenin evlat edinme başvurusunu kabul etmiştir²⁵⁶⁰. Bunun üzerine AİHK başvuran ve karısının aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme aile hayatına etkili saygı hakkının pozitif yükümlülükler içerdiğini belirtmiştir. Bu kapsamda koruma kararları prosedürü işletilirken ebeveynlerin görüşü yeteri derecede göz önünde bulundurulmalıdır²⁵⁶¹. Ayrıca devletin, çocuğu koruması altında tutmak için gereken şartları, ailenin durumunun değerlendirmesinin güncelliğini sağlamak amacıyla düzenli şekilde kontrol etme yükümlülüğü söz konusudur²⁵⁶². Çünkü devlet aynı zamanda koruma altındaki çocukların öz aileleriyle birleşmesi amacıyla girişimde bulunma yönünde pozitif yükümlülük altındadır²⁵⁶³. Çocuğun koruma altına alınması kararının orantılılığı yerel otoritelerin, çocuğun yüksek menfaatlerini

²⁵⁵⁶ Mowbray, Positive Obligations, s. 155; Christoffersen, s. 468; Clements, s. 158-159.

²⁵⁵⁷ Christoffersen, s. 121-122.

²⁵⁵⁸ W./United Kingdom, App. No. 9749/82, 8 July 1987.

²⁵⁵⁹ Mowbray, Positive Obligations, s. 155.

²⁵⁶⁰ Mowbray, Positive Obligations, s. 155.

²⁵⁶¹ Mowbray, Positive Obligations, s. 156.

²⁵⁶² K. A./Finland, App. No. 27751/95, 14 January 2003.

²⁵⁶³ Mowbray, Positive Obligations, s. 162. Aynı yönde Eriksson/Sweden, App. No. 11373/85, 22 June 1989, par. 71

korumak ve aile hayatına saygı göstermek arasında doğru denge sağlayıp sağlamadığına ilişkindir²⁵⁶⁴.

Kamu otoritelerinin koruma kararı alınmasında takdir hakkı olsa da, Mahkeme bu tarz tedbirlerin geçici çözümler olarak görülmesini ve öz ebeveynlerle çocuğun yeniden bir araya getirilmesi nihai amacına uygun olması gerektiğini belirtmiştir²⁵⁶⁵. Çünkü AİHM, 8. maddeye uygun olarak aile yaşamı ilişkisini sürdürmek için ebeveynler ve koruma altında olan çocuklar arasındaki temasın yaşamsal niteliğini vurgulamaktır²⁵⁶⁶. Aile bütünlüğünün nihai amacı, aile üyeleri arasındaki iletişime getirilecek herhangi bir sınırlamanın kuvvetli sebeplere dayanmasını ifade etmektedir²⁵⁶⁷. Katı kısıtlamalar, ancak çocuğun üstün menfaatiyle ilgili acil ihtiyaç nedeniyle haklı görülebilir²⁵⁶⁸. Tüm bu sebeplerle çocukların devletin korumasına alınmasına karar verilmesi ve öz ailelerinin kendilerine erişmesinin düzenlenmesi hassas ve oldukça zordur²⁵⁶⁹.

Çocuklar kişisel gelişimlerine engel teşkil eden herşeye karşı etkili ve önleyici korunmaya ihtiyaç duymaktadır²⁵⁷⁰. Buna bağlı olarak pozitif yükümlülük doktrininin ve yatay etkilerinin aile ilişkisi bağlamında uygulanması son derece önemlidir²⁵⁷¹.

3. Gayrisahih Nesepli Çocuklar ile Ebeveynleri Arasındaki Aile Bağının Hukuken Tanınması

Özellikle çocuklar ve diğer korunmasız bireyler etkili şekilde korunma hakkına sahiptir²⁵⁷². Dolayısıyla gayrisahih nesepli çocuklar ile ebeveynleri arasındaki aile bağının hukuken kurulması önem arz etmektedir. Bu bağlamda gayrisahih nesepli çocuk ile anne arasındaki hukuki ilişkinin kurulmasına ilişkin

²⁵⁶⁴ Kil Kelly, Children, s. 73; Oppromolla, s. 47; Ayrıca bkz. Olsson/Sweden (No. 2), App. No. 13441/87, 27 November 1992; Johansen/Norway, App. No. 17383/90, 27 June 1996; L./ Finland, App. No. 25651/94, 27 April 2000.

²⁵⁶⁵ Olsson/Sweden (No. 2), App. No. 13441/87, 27 November 1992, par. 27.

²⁵⁶⁶ Kil Kelly, Children, s. 74.

²⁵⁶⁷ Kutzner/Germany, App. No 46544/99, 26 February 2002.

²⁵⁶⁸ Gnahoré/France, App. No. 40031/98, 19 September 2000.

²⁵⁶⁹ Mowbray, Positive Obligations, s. 155.

²⁵⁷⁰ Oppromolla, s. 56.

²⁵⁷¹ Oppromolla, s. 56.

²⁵⁷² Doğru/Nalbant, C. II, s. 1.

ayrıntılı şekilde incelediğimiz Marckx kararı²⁵⁷³ aile hayatına etkili saygı hakkı ve pozitif yükümlülük konusunda mihenk taşı niteliğinde yargılamasıyla²⁵⁷⁴ en önemli içtihatlardan birini teşkil etmektedir²⁵⁷⁵.

Kroon ve diğerleri/Hollanda davasında başvuran bayan Kroon'un ikinci başvuru Ali Zerrouk ile evlilik dışı istikrarlı bir ilişkisi olmuş, bu ilişkiden 1987 yılında üçüncü başvuru olan oğulları Samir dünyaya gelmiştir. O sırada Kroon Omar M'Hallem-Driss ile evli gözükmemektedir²⁵⁷⁶. Bayan Kroon M'Hallem-Driss'ten boşandıktan sonra bay Zerrouk ile birlikte nüfus müdürlüğünden Samir'in babasının bay Zerrouk'un çocuğunu tanınmasına izin vermesini istemişlerdir. Nüfus müdürü Hollanda hukukuna göre M'Hallem-Driss tarafından babalığın reddi davası açılmadıkça, çocuğun başkası tarafından tanınmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Kroon ve Zerrouk'un bu işlemin iptali amacıyla açtıkları davada yerel mahkeme tarafından reddedilmiştir²⁵⁷⁷. Netice olarak doğal baba evlilik içinde doğan çocuğun babasının koca olduğuna ilişkin karine nedeniyle çocuğunu tanıyamamıştır. Mahkeme olayda uygulanan iç hukuk hükmünün aile yaşamına saygı hakkına aykırı olduğunu tespit etmiştir²⁵⁷⁸. Başvurucuların ilişkisini "aile yaşamı" şeklinde nitelendiren Mahkeme²⁵⁷⁹, M'Hallem-Driss'in babası olduğunu inkâr etmedikçe Zerrouk'un Samir'i çocuğu olarak tanınmasının imkansız olması başvuruğunun özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini imkansız kılmıştır. Bu da 8. maddenin getirdiği pozitif yükümlülüğün ihlali anlamına gelmektedir²⁵⁸⁰. Dolayısıyla yetkili makamların bay Zerrouk ile Samir arasında mümkün olduğu kadar kısa süre içinde hukuki aile bağının tamamlanması hususunda pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır²⁵⁸¹.

AİHM içtihatlarında belirtildiği üzere gayrisahih nesepli çocuklar ile ebevenyeleri arasındaki aile bağının kanıtlandığı durumlarda devlet Sözleşme yükümlülüklerini yerine getirmek üzere ileriye etkili önlemler alarak²⁵⁸² bu bağın

²⁵⁷³ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979.

²⁵⁷⁴ Bates, s. 335.

²⁵⁷⁵ Bkz. I. Bölüm, III., D., 2., b., (4), i. başlığı.

²⁵⁷⁶ Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994.

²⁵⁷⁷ Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994.

²⁵⁷⁸ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 212.

²⁵⁷⁹ Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 36.

²⁵⁸⁰ Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 35.

²⁵⁸¹ Kroon and Others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 36.

²⁵⁸² Mowbray, Positive Obligations, s. 152.

geliştirilmesini ve tanınmasını sağlamalıdır²⁵⁸³. Aile hayatına etkili “saygı” konusuna içkin pozitif yükümlülükler²⁵⁸⁴ devletin bazı aile bağlarına ilişkin rejimi düzenlerken örneğin gayrisahih nesepli çocuk ve annesi arasındaki bağ gibi bu kişilerin normal bir aile hayatı sürdürmelerine izin verecek şekilde ve bu durumu hesaba katarak hareket etmesini gerektirmektedir²⁵⁸⁵.

Doğum anından itibaren veya bundan sonra mümkün olur olmaz çocuğun ailesi ile bütünleşmesi hukuki tanıma ile olur²⁵⁸⁶. Hukuki tanıma her şeyden önce mevzuat ile kurulmalıdır²⁵⁸⁷. Nitekim Mahkeme’ye göre, aile hayatına saygı, özellikle, doğum anından itibaren çocuğun ailesine entegrasyonunu mümkün kılan, iç hukuktaki yasal güvencelerin var olmasını gerektirir²⁵⁸⁸. Bu bağlamda devletin çeşitli seçenekleri vardır, fakat bu şartı karşılamayan bir mevzuat, ikinci fıkra altında incelemeye gerek kalmaksızın, 8. maddenin ilk fıkrasını ihlal eder²⁵⁸⁹. Yani 8. maddenin gereklerini karşılayan bir mevzuatın kabul edilmesi tek başına yeterli olmayıp, bu mevzuatın ayrıca uygun bir şekilde uygulanması ve ulusal mahkemeler tarafından uygun şekilde yorumlanması gerekmektedir²⁵⁹⁰. Dolayısıyla AIHM içtihatları, ulusal mahkemelerin mevzuatlarını Sözleşme uyarınca yorumlama yükümlülüğünü getirmektedir²⁵⁹¹. Lakin bu yükümlülüğe ilişkin olarak devletin sorumluluğu ancak açık ve bariz bir yorum hatası yaptığında doğacaktır. Bu sebeple ulusal mahkemelerin olayları veya iç hukuku yorumlaması açıkça mantıksız, Sözleşme’nin temel ilkeleriyle çelişen nitelikte yahut keyfi olmaması gerekir²⁵⁹².

Mahkeme tarafından, 8. madde uyarınca aile hayatına saygı duyulmasının, toplumsal ve biyolojik bağların yasal olarak tanınmasını gerektirdiği kabulünün, çocukları ve ebeveynlerini etkileyen pratikteki ciddi sorunlara uygulanması çok önemli bir adımdır²⁵⁹³. Pozitif yükümlülükler yaklaşımı ise, Mahkeme’nin bu

²⁵⁸³ Akandji Kombe, s. 42; Kilkelly, Positive Obligations, s. 251; Madde 8, kamu otoritelerine çocukların alternatif bakım gereksinimlerini yerine getirme yönünde doğrudan bir yükümlülük yüklemektedir; bu yükümlülük, çocukların aile bireyleriyle doğrudan ve sık sık temas kurmalarını sağlamaktadır. (Kilkelly, Children, s. 75).

²⁵⁸⁴ Heringa/Zwaak, s. 739.

²⁵⁸⁵ Mowbray, The Creativity, s. 72.

²⁵⁸⁶ Kroon and others/Netherlands, App. No. 18535/91, 27 October 1994, par. 32.

²⁵⁸⁷ Akandji Kombe, s. 42.

²⁵⁸⁸ Mowbray, The Creativity, s. 72.

²⁵⁸⁹ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 31.

²⁵⁹⁰ Pla and Puncernau/Andorra, 13 July 2004; Akandji Kombe, s. 42.

²⁵⁹¹ Akandji Kombe, s. 42; Roagna, s. 69.

²⁵⁹² Akandji Kombe, s. 42; Roagna, s. 69.

²⁵⁹³ Kilkelly, Positive Obligations, s. 251.

ilkelerinin geliştirilmesinde merkez olmuştur²⁵⁹⁴. Aynı zamanda çocuğun söz konusu olduğu tüm davalarda üstün menfaatinin gözetilmesinin temel bir kriter²⁵⁹⁵ olarak benimsenmesi de oldukça yerindedir.

4. Çocukların Aileleri İle Biraraya Getirilmesi

a. Çocukların Ebeveynleri İle Biraraya Getirilmesi

(1) Tedbir ve Koruma Kararları Çerçevesinde

8. madde kapsamında aile hayatına saygı göstermek, açıkça ebeveynlerin çocuklarıyla tekrar bir araya getirilmesi konusunda pozitif yükümlülük içermektedir²⁵⁹⁶. Bu bağlamda devlet tarafından koruma altına alınmış çocukların ebeveynleri ile biraraya getirilmesine yönelik tedbirlerin alınmamış olması pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden ötürü 8. maddenin ihlalidir²⁵⁹⁷.

Bu yöndeki pozitif yükümlülük genellikle, çocuğun bakımını devlete veren geçici korumaya artık ihtiyaç duyulmadığında ortaya çıkar. Mahkeme, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için, çocuğun devletin bakımında kalması ile ebeveynin çocuğu ile tekrar biraraya gelmesi arasında adil bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir²⁵⁹⁸. Aile birleşimini kolaylaştıran önlemler alma, koruma sürecinin başlamasından itibaren gittikçe artan ölçüde yetkili makamların pozitif yükümlülüğüdür. Ulusal otoriteler ailenin biraraya getirilmesi konusunda elinden gelen çabayı gösterirken, bu konuda herhangi bir baskı uygulama yükümlülüğü çocuğun üstün yararı ile sınırlı olmalıdır²⁵⁹⁹.

Koruma kararları şartlar elverdiğinde sona erdirilmesi gereken geçici önlemler olduğundan bu tedbirler ebeveyn ve çocuğun bir araya getirilmesi nihai

²⁵⁹⁴ Kilkelly, Positive Obligations, s. 251.

²⁵⁹⁵ Kilkelly, Ursula; “Effective Protection of Children’s Rights in Family Cases: An International Approach”, Transnational Law&Contemporary Problems, Vol. 12, Issue 2, 2002, s. 342.

²⁵⁹⁶ Kilkelly, s. 91.

²⁵⁹⁷ K. and T./Finland, App. No. 25702/94, 12 July 2001 par. 149-151.

²⁵⁹⁸ Kilkelly, s. 91.

²⁵⁹⁹ K. and T./Finland, App. No. 25702/94, 12 July 2001, par. 194.

amacına uygun şekilde uygulanmalıdır²⁶⁰⁰. Yani makul şartlar aranmalı ve bu şartlar mümkün olur olmaz çocuk ailesiyle biraraya getirilmelidir.

Çocuğun ebeveyni ile biraraya getirilmesi yönünde devletin pozitif yükümlülüğü öz anne yahut baba olmadığı sonradan anlaşılan lakin çocuğa belirli bir süre bakmış ebeveynler için de geçerlidir. Nitekim bu kişilerin çocukla paylaşımının devam ettirilmesinin çocuğun menfaatine olacağı yetkili uzmanlar tarafından anlaşıldığında, devletin bu kişilerin çocukla her türlü iletişim imkanını sağlama yönünde pozitif yükümlülükleri söz konusu olacaktır. Bu yönde 2015 yılında karara bağlanan Nazarenko/Rusya davasında²⁶⁰¹ başvuran hakkında açılan babalık davası neticesinde beş yılı aşkın bir süredir büyütüp baktığı çocukla iletişim kurma hakkı da dahil olmak üzere tüm babalık haklarını kaybetmiştir. Çocukla biyolojik bir bağın bulunmaması, 8. madde uyarınca, aile hayatının varlığına engel sayılmadığından²⁶⁰² AİHM, yetkili makamların, başvuran ve A. arasındaki aile bağlarının devam etmesi için imkân sağlama konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna ulaşarak başvuranın aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir²⁶⁰³.

Çocukların ebeveynleri ile biraraya getirilmesi konusunda Sophia Guðrún Hansen/Türkiye kararı²⁶⁰⁴ da içtihat hukukunda önemlidir. İzlanda vatandaşı anne, İzlanda Mahkemesi tarafından geçici velayeti kendisine verilmiş olan iki kızının babaları ile Türkiye'ye tatile gitmeleri için rıza göstermiş fakat sonrasında baba başvuran ile iletişim kurmayı reddetmiştir. Başvuranın 1992-98 yılları arasında kızlarını görmek için yaptığı teşebbüsler olumsuz sonuçlanmıştır²⁶⁰⁵. Bunun üzerine başvuran Türk otoritelerini 8. maddedeki pozitif yükümlülükleri uyarınca çocuklarıyla şahsi ilişki kurma hakkının etkili olarak icrasını sağlayamamaları nedeniyle şikayet etmiştir²⁶⁰⁶. AİHM içtihatlarında sıkça tekrarlandığı üzere 8. madde ebeveynlere, çocuklarıyla yeniden biraraya getirilmelerine izin verilecek önlemlerin alınması hakkını, yerel otoritelere ise bu

²⁶⁰⁰ Roagna, s. 71.

²⁶⁰¹ Nazarenko/Russia, App. No. 39438/13, 16 July 2015.

²⁶⁰² Kopf and Liberda/Austria, App. No. 1598/06, 17 January 2012.

²⁶⁰³ Nazarenko/Russia, App. No. 39438/13, 16 July 2015, par. 68.

²⁶⁰⁴ Sophia Guðrún Hansen/Turkey, App. No. 36141/97, 23 September 2003.

²⁶⁰⁵ Sophia Guðrún Hansen/Turkey, App. No. 36141/97, 23 September 2003, par. 92.

²⁶⁰⁶ Sophia Guðrún Hansen/Turkey, App. No. 36141/97, 23 September 2003, par. 91.

hususta harekete geçme yükümlülüğü iermektedir²⁶⁰⁷. Burdan yola çıkan Mahkeme, Türk otoritelerinin başvuranın çocuklarıyla şahsi ilişki kurmasını sağlamada etkili ve yeterli çaba göstermediğinden 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiřtir²⁶⁰⁸.

(2) Uluslararası ocuk Kaçırma Olayları erevesinde

Uluslararası ocuk kaçırma olaylarında²⁶⁰⁹, AIHM 8. maddenin taraf devletlere yklediğ yükümlülükleri, özellikle Uluslararası ocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi ve HS dikkate alınarak yorumlamaktadır²⁶¹⁰.

Lahey Sözleşmesi'nin amacı taraf devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak ve taraf bir devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğerk taraf devletleri etkili biçimde riayet ettirmektedir. İkinci madde uyarınca taraf devletler, ülkelerinin sınırları içinde, Sözleşme'nin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere, uygun bütün önlemleri alırlar. Bu amaçla, en süratli usllere başvurmakla ykmldrlər²⁶¹¹.

Hromadka ve Hromadkova/Rusya kararında²⁶¹² ek vatandaşı olan ilk başvuran 2003 yılında Rus vatandaşı biriyle evlenmiştir. Çift, ek Cumhuriyeti'ne yerleşmiştir ve 2005 yılında ikinci başvuran olan kızları olmuştur. İki yıl sonra başvuranın eşi boşanma işlemlerine başlamıştır ve hem ilk başvuran hem de eşi çocuğın velayetini istemişlerdir. 2008 yılında, yargılamalar derdestken, ilk

²⁶⁰⁷ Sophia Guğrn Hansen/Turkey, App.No. 36141/97, 23 September 2003, par. 97. Aynı yönde: Eriksson/Sweden, App. No. 11373/85, 22 June 1989; Margareta and Roger Andersson/Sweden, App. No. 12963/87, 25 February 1992, par. 91; Olsson/Sweedden, (No. 2) App. No. 13441/87, 27 November 1992, par. 90; Hokkanen/Finland, App. No. 19823/92, 23 September 1994, par. 55; Nuutinen/Finland, App. No. 32842/96, 27 June 2000, par. 128; Ignaccolo-Zenide/Romania, App. No. 31679/96, 25 January 2000, par. 94; Slyvester/Austria, App. No. 36812/97, 40104/98, 24 April 2003, par. 58.

²⁶⁰⁸ Sophia Guğrn Hansen/Turkey, App. No. 36141/97, 23 September 2003, par. 108.

²⁶⁰⁹ Uluslararası ocuk kaçırma olaylarına Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı için bkz. III. Bölüm, V., B., 2. başlığı.

²⁶¹⁰“Uluslararası ocuk Kaçırma”, Tematik Bilgi Notu, (http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_TUR.pdf, E. T. 12.04.2017, s. 1).

²⁶¹¹Szleşme'nin Türkçe ve İngilizce metinleri için bkz. (http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/turkce_lah28.pdf; http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/lah28_ing.pdf, E. T. 11.04.2017).

²⁶¹² Hromadka and Hromadkova/Russia, App. No. 22909/10, 11 December 2014.

başvuranın rızası olmadan, eşi çocuğu Rusya'ya götürmüştür. İlk başvuranın Çek mahkemeleri tarafından kendisine tanınan velayet kararının tanınması ve uygulanmasına yönelik tüm talepleri Rus makamları tarafından reddedilmiştir. AİHM'e başvuran baba çocuğun haksız surette ülkeden çıkarılıp Rusya'da tutulduğundan, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde Rus makamlarının harekete geçmesini ve başvurana çocuğuyla tekrar bir araya gelmesine yardımcı olmasını talep etmiştir. AİHM de çocuğun velayetine ilişkin yargılamanın son bulması ve çocuğun ülkeden çıkarılması arasında uluslararası çocuk kaçırmaya hızlı bir şekilde müdahale etmeyi sağlayan gerekli yasal çerçevenin Rusya'da bulunmaması sebebiyle Rusya'nın Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğine hükmederek Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir²⁶¹³.

Taraf devletlerin aile hayatının korunmasına yönelik olarak 8. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin içeriğinin Lahey Sözleşmesi çerçevesinde belirlenmesi noktasında Küçük/Türkiye ve İsviçre kararı²⁶¹⁴ önemli kararlardan biridir²⁶¹⁵. Davada başvuran, mahkeme kararlarının derhal uygulanmasını sağlamak için gerekli önlemleri alma ve Lahey Sözleşmesi gereğince oğlunun Türkiye'deki mutlak ikametgahı olan babasının evine geri dönmesine yardımcı olma yönünde Türk ve İsviçre'li makamların pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri iddiasına dayanmaktadır²⁶¹⁶. AİHM, çocuğun kaçırılması ile Türkiye'ye geri dönüşü arasında belli bir süre geçmesine rağmen, Türk ve İsviçre yetkili makamlarının iç hukukları ile uluslararası sözleşmelerin gerektirdiği tüm adımları atarak, başvuranlar tarafından arzulanan sonuca ulaştıkları ve ihtilaflı olaydan kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirdikleri sonucuna varmıştır²⁶¹⁷. İlker Ensar/Türkiye kararında eşiyle birlikte ABD'de yaşayan başvuranın eşi başvurayı terk edip Türkiye'ye dönmüş ve bir daha kızıyla ABD'ye geri dönmemiştir²⁶¹⁸. Başvuran ulusal yargı organlarınca Lahey Sözleşmesi'ne riayet edilmemesinden, adil

²⁶¹³ Kararın Türkçe çevirisi için bkz. ([http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-168748"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)), E. T. 12.04.2017).

²⁶¹⁴ Küçük/Turkey and Switzerland, App. No. 33362/04, 17 May 2011.

²⁶¹⁵ Nebioğlu Öner, Şebnem; "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İhtihat Analizi", TBB Dergisi, S. 155, 2014, s. 506.

²⁶¹⁶ Küçük/Turkey and Switzerland, App. No. 33362/04, 17 May 2011, par. 47.

²⁶¹⁷ Küçük/Turkey and Switzerland, App. No. 33362/04, 17 May 2011, par. 77.

²⁶¹⁸ İlker Ensar/Turkey, App. No. 6032809, 3 May 2012, par. 7, 9.

yargılama yapılmamasından, kararın gerekçesinin yetersiz olmasından ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına aykırı karar verilmesi sebebiyle 8. ve 6. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, devletin ebeveyn ve çocuğu birleştirmek için uygun tedbirleri alması gerektiğini belirtip somut olayın Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında incelenmesine ve ayrıca 6. maddeye ilişkin inceleme yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir²⁶¹⁹. Ayrıca, Mahkeme, iç hukuktaki karar alma sürecindeki işlemlerin, Sözleşme'nin 8. maddesinde belirtilen usuli gerekliliklere uygun olmadığı kanaatinde olup Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır²⁶²⁰.

Görüldüğü üzere AİHM'e uluslararası çocuk kaçırma olaylarına ilişkin olarak çokça başvuru olmakla birlikte AİHM içtihatlarının birçoğunda Lahey Sözleşmesi'nde belirtilen yükümlülüklerin AİHM tarafından aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde pozitif yükümlülükler bazında değerlendirildiği görülmektedir²⁶²¹. Bu kararlarda AİHM, çocuğun ebeveyni ilişki kurma hakkının AİHS'in 8. maddesinde korunan bir hak olduğuna ve özellikle taraf devletlerin bu hakkın etkin kullanımının sağlanması hususundaki pozitif yükümlülükleri Lahey Sözleşmesi hükümlerini esas alarak yorumlamak suretiyle, Lahey Sözleşmesi'nin etkinliğini arttırmıştır²⁶²². Bu bağlamda Mahkeme'nin uluslararası çocuk kaçırma olaylarının birçoğunda taraf devletlerin Lahey Sözleşmesi çerçevesindeki yükümlülükleri doğrultusunda çocuğun ivedi şekilde iadesinin sağlanması hususunda yeterli önlemlerin alınmasında başarısız olunması, çocuğun mutlak ikametne dönüşünün sağlanmasında özenli davranılmaması ve iadeye ilişkin talep

²⁶¹⁹ İlker Ensar/Turkey, App. No. 6032809, 3 May 2012, par. 33.

²⁶²⁰ İlker Ensar/Turkey, App. No. 6032809, 3 May 2012, par. 62.

²⁶²¹ Ignaccolo-Zenide/Romania, App. No. 31679/96, 25 January 2000; Iglesias Gil and A. U. I./Spain, App. No. 56673/00, 29 April 2003, par. 39; Sylvester/Austria, App. No. 36812/97; 40104/98, 24 April 2003, par. 55-58; Bianchi/Switzerland, App. No. 7548/04, 22 June 2006, par. 76-78; Bajrami/Albania, App. No. 35853/04, 12 December 2006, par. 50, 51, 55; Shaw/Hungary, App. No. 6457/09, 26 July 2011, par. 63, 68, 72; Karrer/Romania, App. No. 16965/10, 21 February 2012, par. 38; Carlson/Switzerland, App. No. 49492/06, 6 November 2008, par. 69-70; Serghides/Poland, App. No. 31515/04, 2 November 2010, par. 63-65; İlker Ensar Uyanık/Turkey, App. No. 60328/09, 3 May 2012, par. 49; Raw and others/France, App. No. 10131/11, 7 March 2013, par. 78; López Guió/Slovakia, App. No. 10280/12, 3 June 2014, par. 83, 84, 86, 87; Blaga/Romania, App. No. 54443/10, 1 July 2014, par. 72; R.S./Poland, App. No. 63777/09, 21 July 2015, par. 55, 57-59; M.A./Austria, App. No. 4097/13, 15 January 2015, par. 96, 104, 105, 108, 132, 135; G.S./Georgia, App. No. 2361/13, 21 July 2015, par. 49, 67; Henrioud/France, App. No. 21444/11, 5 November 2014, par. 76; K.J./Poland, App. No. 30813/14, 1 March 2016, par. 72-73.

²⁶²² Nebioğlu Öner, s. 501.

hakkında yürütülen yargılamanın gereğinden uzun sürmesi nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştığı görülmektedir²⁶²³. Bu husustaki belirleyici nokta, mevzuat ya da yargı kararlarıyla ebeveyne tanınan velayet, ziyaret ya da birlikte yaşama hakkının icrasını kolaylaştırma noktasında taraf devletlerden beklenen tüm makul önlemlerin yetkili makamlar tarafından alınıp alınmadığıdır²⁶²⁴.

Belirtmek gerekir ki AİHM içtihatlarında ebeveyn ile çocuğun birleştirilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda usule ilişkin gerekler bağlamında gündeme gelebilecek adil yargılanma hakkını ihlal iddialarını sadece 8. madde kapsamında aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülük değerlendirmesinin içeriğine dahil etmekte ayrıca 6. madde kapsamında bir değerlendirmeye gitmemektedir²⁶²⁵. Bu bağlamda aile hayatına saygı hakkı kapsamında devletin usule ilişkin pozitif yükümlülüklerinin yargısal süreçlerin ivedi şekilde, açık ve adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerine riayetle edilmesi şeklinde olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

AİHM kararlarına bakıldığında da aile hayatına saygı hakkının korunmasında çocuğun annesine ya da babasına iadesine ilişkin yargı kararlarının icrasında yetkililerin aldığı tedbirlerin yetersizliği²⁶²⁶, ulusal mahkemelerin çocuğun iadesi konusunda süratli ve etkili bir çaba sarfetmedeki başarısızlıkları²⁶²⁷, başvurana pratik ve etkili bir koruma sağlayan herhangi bir alternatif yol sunulmaması²⁶²⁸ gibi sebeplere dayanılarak devletin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirmediği iddia edilmektedir. Fakat AİHM'in Severe kararında vurguladığı üzere 8. madde ulusal makamlara ebeveynin çocuğuyla birleşmesi amacıyla önlem

²⁶²³ Iglesias Gil and A. U. I./Spain, App. No. 56673/00, 29 April 2003, par. 56-63; Sylvester/Austria, App. No. 36812/97; 40104/98, 24 April 2003, 67-72; Carlson/Switzerland, App. No. 49492/06, 6 November 2008, par. 70-82; Serghides/Poland, App. No. 31515/04, 2 November 2010, par. 72-75; Hromadka and Hromadkova/Russia, App. No. 22909/10, 11 December 2014.

²⁶²⁴ Neulinger and Shuruk/Switzerland, App. No. 41615/07, 6 July 2010, par. 132.

²⁶²⁵ İlker Ensar/Turkey, App. No. 6032809, 3 May 2012, par. 33; Aynı yönde yaklaşım için bkz. Amanalachioai/Romania, 4023/04, 26 May, 2009, par.63; Raban/Romania, App. No. 25437/08, 26 October 2010, par. 23; Bergmann/Czech Republic, App. No. 8857/08, 27 October 2011, par. 39.

²⁶²⁶ Stochlak/Poland, App. No. 38273/02, 22 September 2009, par. 55-67; P.P./Poland, App. No. 8677/03, 8 January 2008; Bianchi/Switzerland, App. No. 7548/04, 22 June 2006, par. 76-78.

²⁶²⁷ Severe/Austria, App. No. 53661/15, 21 September 2017, par. 86; Carlson/Switzerland, App. No. 49492/06, 6 November 2008, par. 81; Leschiutta and Fraccaro/Belgium, App. No. 58081/00 and 58411/00, 17 July 2008, par. 35.

²⁶²⁸ Bajrami/Albania, App. No. 35853/04, 12 December 2006., par. 67.

alma yükümlülüğünü içermekle birlikte, bu yükümlülük mutlak değildir. Çünkü ebeveynin çocuğuyla birleşmesi hazırlık önlemlerinin alınmasını gerektirebilir²⁶²⁹.

b. Kardeşlerin Biraraya Getirilmesi

Devletin aile hayatını korumaya yönelik pozitif yükümlülüğü aynı zamanda yargı kararıyla ayrılmış olan kardeşlerin iletişimini kolaylaştırma görevini de kapsamaktadır²⁶³⁰. AİHS'in 8. maddesinin ilk fıkrası kapsamında "aile hayatı" olarak kurulan bağ, ebeveynler ve çocukları arasında oluşmakla beraber bu aile bağı, ebeveynlerin ayrılması ya da boşanmaları sonucunda çocuğun ebeveynlerinden biriyle yaşaması sonucu kardeşiyle görüşmesine son verilmesi şeklinde koparılamaz. Çünkü kardeşler de aile bağıyla birbirlerine bağlı olduklarından kardeşleriyle biraraya getirilmesinin gözetilmesi ve bu yönde gerekli tedbirlerin alınması devletin pozitif yükümlülüklerinden biridir. Bu hususta yetkili otoritelerin, aile bağlarını koruma ve geliştirme amacıyla hareket edip etmediklerinin incelenmesi gerekmektedir.

AİHM'e 2010 yılında konu olan olayda ulusal mahkemeler, boşanmasına hükmettiği çiftin gelirlerini ve iki çocuğunun yaşını göz önünde bulundurarak kız çocuğunun velayetini annesine, erkek çocuğunun velayetinin de babasına verilmesine ve ebeveynlerin çocuklarını her yıl 1 ve 15 Şubat arasında, Temmuz ayı boyunca ve iki dini tatil süresinde toplam dört gün süreyle değişmelerine karar vermiştir²⁶³¹. AİHM, ulusal mahkemelerin, başvuranların davasını ailenin çıkarlarını göz önüne almaksızın inceleyerek Devlet'in pozitif yükümlülüğünü yerine getiremediği kanatine ulaşmıştır²⁶³². Bu doğrultuda AİHM, ulusal mahkeme kararının iki kardeşin birbirlerini görmelerini engellemesinin yanı sıra başvuran babanın da her iki çocuğuyla birlikte zaman geçirmesini olanaksız kıldığını²⁶³³ ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi haklarına müdahale teşkil ettiği kanaatine ulaşmıştır²⁶³⁴.

²⁶²⁹ Severe/Austria, App. No. 53661/15, 21 September 2017, par. 97.

²⁶³⁰ Roagna, s. 71.

²⁶³¹ Mustafa and Armağan Akın/Turkey, App. No. 4694/03, 6 April 2010 par. 7.

²⁶³² Mustafa and Armağan Akın/Turkey, App. No. 4694/03, 6 April 2010, par. 30.

²⁶³³ Mustafa and Armağan Akın/Turkey, App. No. 4694/03, 6 April 2010, par. 21.

²⁶³⁴ Mustafa and Armağan Akın/Turkey, App. No. 4694/03, 6 April 2010, par. 30.

5. Boşanma

Boşanma bir hak olarak tanınmış olmasa da²⁶³⁵ eşlerin ilişkilerinin telafi edilemez şekilde bozulduğunda ayrılmalarına olanak sağlanması da devletlerin aile hayatına saygı hakkı kapsamında pozitif yükümlülükleri arasındadır²⁶³⁶.

Airey kararında başvuru Bayan Airey, kendisine fiziksel ve ruhsal şiddet uygulayan kocasından boşanmak üzere karar verilmesini talep etmektedir. İrlanda Hukuku'nda bu kararlar sadece Yüksek Mahkeme'den edinilebilmektedir. Yüksek Mahkeme'de taraflar davalarını şahsen yürütebilirse de Ocak 1972'den Aralık 1978'e kadar İrlanda'da başlatılan 255 boşanma davasının her birinde tarafların bir avukat tarafından temsil edildiğini ortaya koymaktadır. AİHK, yasal olarak temsil edilen bir dilekçenin maruz kaldığı maliyetlerin ise yaklaşık aralığının, çekişmesiz bir eylemde £500-£700, çekişmeli bir eylemde £800-£1.200 olduğunu ve kesin tutarın tanık sayısı ve ilgili konuların karmaşıklığı gibi faktörlere göre değiştiğini belirtmiştir²⁶³⁷. Mahkeme önündeki yasal temsilcilik masrafları bayan Airey'in karşılayabileceğinin ötesinde olmakla birlikte İrlanda'da bu konuda hukuki yardım müessesesi de mevcut değildir²⁶³⁸.

Bayan Airey kocasından boşanması hususunda aile hukuku konularında erişilebilir bir hukuki prosedürün bulunmadığını belirterek, İrlanda devletinin aile hayatına saygı göstermeyi başaramadığından 8. maddeyi ihlal ettiğini ileri sürmüştür²⁶³⁹. İrlanda'da, evlilik konusunda, karı ve koca ilke olarak birlikte yaşama yükümlülüğü altındadır, fakat bazı durumlarda özel ya da aile hayatının korunması eşlerin birlikte yaşama yükümlülüğünden bağımsız tutulmasını gerektirmektedir²⁶⁴⁰.

Özel veya aile hayatına etkin bir şekilde saygı duyulması, İrlanda'nın bu koruma araçlarını, uygun olduğunda, başvurmak isteyen herkese etkili bir şekilde erişilebilir kılmasını zorunlu kılar. Bununla birlikte, başvuran için koruma yolları etkili bir şekilde erişilebilir olmamıştır: Yüksek Mahkemeye başvurabileceği bir pozisyona getirilmemiştir ve kocasından fiilen ayrılmasının hukuk tarafından

²⁶³⁵ Jonathan, s. 433.

²⁶³⁶ Mowbray, Positive Obligations, s. 169.

²⁶³⁷ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 11.

²⁶³⁸ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 11.

²⁶³⁹ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 31.

²⁶⁴⁰ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 33.

tanınması sağlayamayacak durumdadır²⁶⁴¹. Tüm bu nedenlerle aile hayatının etkili korunması kapsamında taraf devlet pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemiştir²⁶⁴².

Johsnton ve diğerleri davasında ise 1937 yılında yürürlüğe giren İrlanda Anayasası ile boşanma yasaklanmıştır. Ancak İrlanda mahkemeleri, İrlanda vatandaşlarının, yurtdışında ikametgahları bulunmaları koşuluyla, yurtdışında gerçekleştirdikleri boşanmaları tanımaktadır²⁶⁴³. Roy Johnston'un boşanma imkanının bulunmaması ve bunun sonucu olarak, Janice Williams-Johnston ile evlenememesi nedeniyle, Sözleşme'nin 12 ve 8. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir²⁶⁴⁴. Mahkeme, Sözleşme'nin 12. maddesi kapsamında görmediği boşanma hakkının, daha genel bir amacı ve kapsamı bulunan 8. maddeden türetililebileceğini belirtmiştir. Davada başvurucuların aile yaşamlarına etkili bir şekilde "saygı" göstermenin, boşanma izni verme gibi tedbirler alması için İrlanda'ya bir pozitif yükümlülük yükleyip yüklemediği sorusuna yanıt aranmıştır²⁶⁴⁵. Başvurucuların 15 yıllık birliktelikleri evlilik dışında sürmüş de olsa, kendilerinin 8. maddenin korumasından yararlanabilecekleri kararda belirtilmiş fakat Mahkeme İrlanda'nın Sözleşme'nin 8. maddesiyle verdiği taahhüdün, başvurucuların istedikleri boşanmaya ve yeniden evlenmeye imkan veren tedbirleri yürürlüğe koyma yükümlülüğünü kapsamadığından aile yaşamlarına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir²⁶⁴⁶.

Kanımızca Mahkeme'nin bu kararı yerinde değildir. Zira fiili birlikleri de aile hayatı kapsamında değerlendiren Mahkeme'nin bu birlikteliğin resmi birlikteliğe dönüşmesinin önündeki engel olan boşanma yasağı karşısında pozitif yükümlülük doktrini uygulamasıyla aile hayatına etkili saygı hakkı çerçevesinde tutum takınabilirdi. Aile hayatına müdahale mevzuattan kaynaklanmış olsa dahi hakkın pratik ve etkili şekilde korunması yönünde harekete geçme yükümlülüğü çerçevesinde bu yasağın 8. maddeyi ihlal ettiğini tespit edebilirdi. Kaldı ki pozitif yükümlülük doktrinin amacı ve kapsamı göz önünde bulundurulduğunda hakkı

²⁶⁴¹ Airey/Ireland, App. No. 6289/73, 9 October 1979, par. 33.

²⁶⁴² Mowbray, Positive Obligations, s. 170.

²⁶⁴³ Johnston and others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986, par. 12, 16, 19.

²⁶⁴⁴ Johnston and Others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986, par. 49.

²⁶⁴⁵ Johnston and Others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986, par. 56.

²⁶⁴⁶ Johnston and Others/Ireland, App. No. 9697/82, 18 December 1986, par. 57-58.

işlevsiz ve etkisiz hale getirecek sınırlamaların önüne geçme yükümlülüğü İrlanda tarafından boşanmaya imkan veren tedbirlerin sağlanmasını gerektirdiğini düşünmekteyiz.

6. Göç Kararlarının Yabancı Aile Üyelerini Kapsaması

8. madde kapsamında göç davalarında takdir marjı, taraf devletlerin kendi bölgelerini kontrol etmede egemen olmasına yönelik bir araç görevini üstlenmektedir²⁶⁴⁷. Yabancı aile üyelerinin sınır dışı edilmesinin 8. maddenin ikinci fıkrası kapsamında müdahale teşkil edip etmediği demokratik toplum için gerekli olup olmadığı yönünden değerlendirilirken²⁶⁴⁸, yabancı aile üyelerinin ülkeye girişlerinin engellenmesi pozitif yükümlülük kapsamında değerlendirilmektedir²⁶⁴⁹. Pozitif yükümlülük yüklenerek taraf devletlerin yabancı aile üyelerini sınır dışı etmelerinin sınırlandırılması dolaylı olarak Sözleşme’de korunan özel hayat ve aile hayatın saygı hakkının korunmasını sağlamaya yöneliktir²⁶⁵⁰. Bu bağlamda başvuruçuların yabancı aile üyelerinin ülkeye girişinin devlet tarafından engellenmesinin 8. maddenin ihlali olduğu iddiasıyla AİHM’e birçok başvuru olmuştur²⁶⁵¹. Davaların birçoğunda²⁶⁵² da aile hayatına odaklanılmıştır²⁶⁵³.

Gül/İsviçre kararında epilepsi hastası olan eşi ve çocuğuyla İsviçre’de yaşayan başvuruçunun Türkiye’de yaşayan 6 yaşındaki çocuğunu İsviçre’ye getirme talebi, başvuruçunun ailesine tanıyabilecek yeterli finans kaynağı bulunmaması sebebiyle yerel otoritelerce reddedilmiştir²⁶⁵⁴. AİHM’e yaptıkları başvurunun ise Türkiye’yi ziyaret edebildikleri, İsviçre’de yerleşim iznine sahip olmadıkları, ancak insani gerekçelerle sadece oturma izni tanındığından ve geri çekilebileceğinden

²⁶⁴⁷ Arai-Takahashi, s. 86.

²⁶⁴⁸ Sherlock, s. 64.

²⁶⁴⁹ Pekel, s. 137.

²⁶⁵⁰ Sherlock, s. 75.

²⁶⁵¹ Abdülaziz, Cabales and Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986; Gül/Switzerland, App. No. 23218/94, 19 February 1996; Ahmut/Netherlands, App. No. 21702/93, 28 November 1996.

²⁶⁵² Moustaquim/Belgium, App. No. 12313/86, 18 February 1991; Berrehab/Netherlands, App. No. 10730/84, 21 June 1988; Boughanemi/France, App. No. 22070/93, 24 April 1996.

²⁶⁵³ Sherlock, s. 68; Janis/Kay/Bradley, s. 407.

²⁶⁵⁴ Gül/Switzerland, App. No. 23218/94, 19 February 1996, par. 15.

İsviçre yasalarına göre aile birleşimi hakkı tanınmadığı gerekçeleriyle 8. madde kapsamında ihlal oluşturmadığına karar verilmiştir²⁶⁵⁵.

Abdulaziz, Cabales ve Balkandali davasında²⁶⁵⁶ başvuruçular İngiliz göç otoritelerince kocalarının Birleşik Krallık'a gelip onlara katılmasının reddedilmesini 8. madde kapsamında aile hayatına saygı hakkının ihlali iddiasıyla Mahkeme'ye başvurmuşur²⁶⁵⁷. Birleşik Krallık iki argümana dayanmıştır. Bunlardan ilki başvuruçuların korunacak bir aile hayatı olmadığı ve çiftlerin şimdiye kadar hiç ev kurmadığı, ikincisi ise başvuruçuların kocalarının yaşadıkları ülkede beraber yaşamalarına ilişkin herhangi bir engelin bulunmadığıdır²⁶⁵⁸. Göç söz konusu olduğunda, Mahkeme'ye göre madde 8'in taraf devlete kendi ülkesinde evli çiftlerin evlilik ikametlerini seçmelerine, oturma izni hakkı elde etmeye²⁶⁵⁹, ailenin yeniden birleşimine²⁶⁶⁰, ulusal olmayan eşlerin ülkesinde yerleşmesini kabul etmeye saygı gösterme hususlarında genel bir yükümlülük yükleyecek şekilde genişletilemez²⁶⁶¹.

²⁶⁵⁵ Gül/Switzerland, App. No. 23218/94, 19 February 1996, par. 41-43. Karara karşı oy yazan Yargıç Martens'e göre başvuran ve karısından çocukları ile yeniden birleşebilmeleri için İsviçre'den ayrılmalari ve Türkiye'ye dönmeleri makul bir şekilde talep edilemez. Çünkü başvuran ve karısı için, söz konusu tercih, sadece oğullarını terk etmek veya İsviçre'de kazandıkları pozisyondan vazgeçmek değil, aynı zamanda oğlu Ersin'i ya da İsviçre'de yaşamış ve eğitim görmüş küçük kızları Nursal'ın çıkarlarını da geride bırakmayı gerektirmektedir. İkincisi başvuranın eşinin, kesinlikle İsviçre'de tıbbi bakıma bağımlı olmasıdır. Üçüncüsü, Türk makamlarının ziyaretçiyi ülkeye girerken derhal tutuklamamasının, kalıcı bir şekilde tekrar yerleşmeye çalışması durumunda başının derde girmeyeceği anlamına gelmemesidir. Son olarak da başvuranın eşinin 1982'den beri epilepsiden muzdarip iken 1987'de korkunç bir kaza geçirmiş olması ve başvuranın 1990 yılında engelli olması sebebiyle merhamet gösterilmesini hak ettiklerini belirtmiştir. Martens, tüm bu gerekçelerle İsviçre makamlarının bu talebi reddetmesinin orantısız olduğu ve bu nedenle de demokratik bir toplumda gerekli olmadığı şeklinde bazı özel hususlara dikkat çekerek ilgili menfaatler arasında doğru bir denge sağlanamadığını belirtmiş ve dolayısıyla 8. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Dissenting Opinion of Judge Martens, Gül/Switzerland, App. No. 23218/94, 19 February 1996, par. 15.

²⁶⁵⁶ Abdülaziz, Cabales and Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986.

²⁶⁵⁷ Heringa/Zwaak, s. 705; Mowbray, Cases, s. 370; Jacobs/White, s. 183; Mowbray, Positive Obligations, s. 171; Sherlock, s. 64.

²⁶⁵⁸ Jacobs/White, s. 184.

²⁶⁵⁹ Sisojeva and others/Latvia, App. No. 60654/00, 15 January 2007, par. 79.

²⁶⁶⁰ Gül/Switzerland, App. No 23218/94, 9 February 1996, par. 38; Slivenko/Latvia, App No. 48321/98, 9 October 2003, par. 97.

²⁶⁶¹ Mowbray, Cases, s. 370-371; Mowbray, Positive Obligations, s. 172; Heringa/Zwaak, s. 706; Bu yönde Tuquabo-Tekle and others/Netherlands, App. No. 60665/00, 1 December 2005, par. 43; Rodrigues Da Silva and Hoogkamer/Netherlands, App. No. 50435/99, 31 January 2006, par 39; Abdülaziz, Cabales and Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 67; Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 67; Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 68; Gül/Switzerland, App. No. 23218/94, 19 February 1996, par. 38; Ahmet/Netherlands, App. No. 21702/93, 28 November 1996, par. 67; AİHM, konunun sadece aile yaşamıyla değil, aynı zamanda göçle de ilgili olduğunu ve köklü uluslararası bir hukuk meselesi olarak ve antlaşma yükümlülüklerine tabi olmak kaydıyla bir devletin kendi topraklarında olmayan

Nitekim 8. madde bireylere Sözleşme'ye taraf devletlerde ikamet etme hakkı tanıyan bir düzenleme değildir²⁶⁶². Dolayısıyla 8. madde mevcut aileyi korurken bir bireyin aile kurma amacıyla bir ülkeye girmesini korumamaktadır²⁶⁶³.

Mahkeme tarafından yabancı aile üyelerinin ülkeye girişi bakımından uygulanabilir ilkeler, şu şekilde belirtilmiştir²⁶⁶⁴.

a) Bir ülkenin yerleşmiş göçmenlerin yakınlarını topraklarına kabul etme yükümlülüğü, ilgili kişilerin özel koşullarına ve kamu yararına göre değişir.

b) Yerleşik uluslararası hukuk bakımından ve antlaşma yükümlülüklerine tabi olarak, bir devlet, yurttaş olmayanların topraklarına girmesini kontrol etme hakkına sahiptir.

c) Göçmenlik söz konusu olduğunda, madde 8 bir devlete göçmenlerin ikamet ettikleri ülkenin seçimine saygı göstermek ve kendi topraklarında aile birleşimini sağlamak konusunda genel bir yükümlülük getirmez.

Sözleşme'ye taraf devletler yabancıların özel ve aile hayatını aktif şekilde korumak amacıyla olumlu tedbirler almalıdır²⁶⁶⁵. Bu bağlamda yetkili makamların yabancı aile üyelerine ikamet izni verilmesi doğrultusunda aile hayatına etkili saygı gösterme yönünde pozitif yükümlülüğü söz konusu olabilir²⁶⁶⁶. Bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediği tespit edilirken ülkeye giriş izninin reddedilmesindeki devletin çıkarları, ilgili kişilerin yaşları, menşe ülkelerindeki durumları ve akrabalarına bağımlılık derecelerini göz önünde bulundurarak bireyin çıkarları karşısında kamunun menfaatlerin tartılmalıdır²⁶⁶⁷. Yani devletin yerleşmiş göçmenlerin yakınlarını topraklarında kabul etme yükümlülüğünün kapsamı, ilgili kişilerin özel koşullarına göre değişecektir²⁶⁶⁸. Bu bağlamda Devlet'in yükümlülüklerinin kapsamını belirlemek için davanın gerçekleri göz önüne

vatandaşların girişini kontrol etme yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir. (Abdülaziz, Cabales and Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 67.)

²⁶⁶² Sherlock, s. 74.

²⁶⁶³ Clements, s. 159.

²⁶⁶⁴ Ahmut/Netherlands, App. No. 21702/93, 28 November 1996, par. 67; Gül/Switzerland, App. No. 23218/94, 9 February 1996, par. 38; Şen/Netherlands, App. No. 31465/96, 21 December 2001, par. 36.

²⁶⁶⁵ Thym, s. 104.

²⁶⁶⁶ Dijk/Hoof, s. 515-516.

²⁶⁶⁷ Dijk/Hoof, s. 519. Bu yönde Ahmut/Netherlands, App. No. 21702/93, 28 November 1996, par. 52.

²⁶⁶⁸ Abdülaziz, Cabales and Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 67.

alınmalıdır²⁶⁶⁹. Aynı zamanda madde 8'in aile hayatını kurmak ve geliştirmek için en uygun yeri seçme hakkı vermediğini göz önünde bulundurmak gerekir²⁶⁷⁰.

Taraf devletlerin göç alanındaki takdir marjları konuya ilişkin yargı kararlarında iki kat önem ifade eder²⁶⁷¹ ve taraf devletlerin yabancıların ülkelerine girişini kontrol etme hakkı olduğundan²⁶⁷² bu marjın geniş olduğu söylenebilir²⁶⁷³. Bu konuda taraf devletlerin takdir marjı, pozitif yükümlülükleri yerine getirmede farklı yöntemleri seçme yetkisine dayanmaktadır²⁶⁷⁴.

Göç kararlarının yabancı aile üyelerini kapsamaması konusunda çelişik kararları olan Mahkeme genel olarak ebeveynler ve çocuklar arasındaki ayrılığın tercihe dayandığı durumlarda ve ebeveynlerin çocuklarının bulundukları ülkeye giderek onlarla birleşmesi önünde herhangi bir engelin söz konusu olmadığı durumlarda devletlerin bu birleşmeyi sağlama yönünde pozitif yükümlülükleri olmadığı kanaatindedir. Öte yandan Mahkeme aile hayatına saygı hakkı kapsamında yabancı eşin ülkeye kabul edilmesi hususu²⁶⁷⁵ ile yabancı çocukların aileleriyle birleşmek üzere ülkeye kabul edilmeleri hususu arasında farklı bir yaklaşım sergilemektedir²⁶⁷⁶. Nihayetinde 8. madde kapsamında yabancı eşin ülkeye kabul edilmesi konusunda taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri olmadığı belirtilirken²⁶⁷⁷ yaşı küçük yabancı çocukların kabulünün taraf devletlerin pozitif yükümlülüğü olduğu ileri sürülebilir²⁶⁷⁸. Mahkeme ayrıca, uluslararası hukuk da dahil olmak üzere, çocuklarla ilgili tüm kararlarda, onların menfaatlerinin en üst düzeyde olması gerektiği fikrini destekleme yönünde geniş çapta fikir birliğine varmıştır²⁶⁷⁹. Bu amaçla, aile birleşimi ile ilgili davalarda, AİHM, ilgili küçük

²⁶⁶⁹ Gül/Switzerland, App. No. 23218/94, 9 February 1996, par. 38.

²⁶⁷⁰ Janis/Kay/Bradley, s. 417.

²⁶⁷¹ Tyhm, s. 104; Arai-Takahashi, s. 68.

²⁶⁷² Janis/Kay/Bradley, s. 408.

²⁶⁷³ Heringa/Zwaak, s. 706.

²⁶⁷⁴ Tyhm, s. 104. Ayrıca Mowbray, 171–176.

²⁶⁷⁵ Darren Omoregie and others/Norway, App. No. 265707, 31 July 2008.

²⁶⁷⁶ Tuquabo-Tekle and others/Netherlands, App. No. 60665/00, 1 December 2005.

²⁶⁷⁷ Concurring Opinion Of Judge Jebens, Darren Omoregie and others/Norway, App. No. 265707, 31 July 2008.

²⁶⁷⁸ Berisha/Switzerland, App. No. 948/12, 30 July 2013; Şen/Netherlands, App. No. 31465/96, 21 December 2001, par. 33.

²⁶⁷⁹ Berisha/Switzerland, App. No. 948/12, 30 July 2013, par. 51; Neulinger and Shuruk/Switzerland, App. No. 41615/07, 6 July 2010, par. 135. İlgili paragrafta Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 24. maddesinin üçüncü fıkrasına atıf yapılmıştır. Fıkırdaki belirtildiği üzere, "çocuğun menfaatlerine aykırı olmadıkça, çok çocuğun düzenli olarak kişisel bir ilişki ve hem anne hem de babası arasında doğrudan temas kurma hakkı olacaktır."

çocukların koşullarına, özellikle de yaşlarına, menşe ülkelerindeki durumlarına ve ailelerine bağımlı olmalarına dikkat çekmektedir²⁶⁸⁰. Bu yöndeki Berrehab kararında²⁶⁸¹ Mahkeme, kız çocuğun yaşının küçük olması ve babası ile yakın bağları olduğunu gözeterek, babanın sınır dışı edilmesine ilişkin, hükümetin dayandığı meşru amaç olan ülkenin ekonomik durumu ile küçük kızın menfaatleri arasında adil denge kurulamadığına ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir²⁶⁸². Nitekim kız çocuğunun Hollanda Fas arasında seyahat etmesi kendisinden beklenemeyecektir²⁶⁸³. Mahkeme'nin bu tip davalarda gözettiği kriterlerden biri başvuranın aile bağlarını yeniden kurabilmesinin güç olup olmadığıdır.

Görüldüğü üzere 8. maddede aile hayatı korunmuş olsa da yabancıların aile üyeleri ile birleşimi söz konusu olduğunda devletin egemen yetkisi sonucu takdir marjı geniş olduğundan birey menfaati ile kamu menfaatinin karşı karşıya geldiği bu durumlarda kamu menfaatinin gözetildiği açıktır. Lakin çocuklar söz konusu olduğunda korunmaya muhtaç olduklarından ve ailelerinin bakımına ihtiyaç duyduklarından çocukların ailesiyle birleşimi yönündeki menfaatin kamunun menfaatine üstün tutulması yerindedir.

7. Azınlıklara Geleneksel Yaşam Tarzlarını Sağlama

Geleneksel yaşam tarzlarını sürdürme gayesi güden azınlıklara ilişkin olarak Mahkeme sürekli olarak ulusal azınlıkların kültürel geleneklerini sağlamada devletin pozitif yükümlülüklerinin önemini vurgulamıştır²⁶⁸⁴. Bu bağlamda kişinin sosyal ve kültürel kimliği azınlıklara geleneksel yaşam tarzlarını sağlama konusunda pozitif yükümlülükler bakımından önem arz etmektedir. Konuya ilişkin olarak azınlık grubu olarak kabul edilen Romanların özel durumuyla ilgili AİHM'de bir dizi dava bulunmaktadır²⁶⁸⁵. AİHM, taraf devletlerin 8. madde çerçevesinde

²⁶⁸⁰ Berisha/Switzerland, App. No. 948/12, 30 July 2013, par. 51; Tuquabo-Tekle and others/Netherlands, App. No. 60665/00, 1 December 2005, par. 44.

²⁶⁸¹ Berrehab/Netherlands, App. No. 10730/84, 21 June 1988, par. 29.

²⁶⁸² Sherlock, s. 64.

²⁶⁸³ Janis/Kay/Bradley, s. 409.

²⁶⁸⁴ Mowbray, Positive Obligations, s. 176.

²⁶⁸⁵ Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001, Connors/United Kingdom, App. No. 66746/01, 27 May 2004 Codona/United Kingdom, App. No. 485/05, 7 February 2006.

çingenelerin hayatını kolaylaştırma yönünde (çevrede dolaşan ve farklı yerlere yerleşen) pozitif yükümlülüklerinin olduğunu kabul etmiştir²⁶⁸⁶.

AİHM'ye göre, Avrupa Konseyi'ne taraf devletler arasında azınlıkların özel ihtiyaçlarını, güvenliklerini, kimliklerini, yaşam tarzlarını korumaya yönelik devletin pozitif yükümlülükleri olduğunu kabul eden bir uluslararası konsensüs doğmaktadır²⁶⁸⁷. Dolayısıyla Avrupa düzeyinde hükümetlerin çingeneleri korunmasını sağlamaya yönelik olarak birçok adım atılmıştır²⁶⁸⁸. Bunlara örnek olarak 1995 tarihli Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşmesi'nin 4. maddesinin ikinci fıkrası verilebilir²⁶⁸⁹. Hükme göre taraf devletler gerektiğinde azınlıklara mensup kişilerin ekonomik, sosyal, politik ve kültürel hayatlarının tüm alanlarında çoğunluğa mensup kişilerle tam ve etkili şekilde eşitliğini sağlamaya yönelik olarak yeterli önlem almayı taahhüt ederler. Çerçeve Sözleşme, genel ilke ve amaçları içermekle birlikte, taraf devletler arasında bunların uygulanmasına ilişkin bir görüş birliği bulunmamaktadır²⁶⁹⁰. Yine 1993 sayılı Azınlıkların Haklarına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Protokol²⁶⁹¹ de azınlıkları koruma yaklaşımıyla düzenlenmiştir.

Chapman kararı²⁶⁹² bu yönde pozitif yükümlülüklerin kapsamının ve niteliğinin incelendiği davalardan biridir²⁶⁹³. Başvuran, davada arazisine karavanlarını yerleştirme için planlama izninin reddinin ve arazisinin kullanımına ilişkin alınan uygulama önlemlerinin AİHS'in 8. maddesinin ihlal ettiğini iddia etmiştir²⁶⁹⁴. Mahkeme'ye göre Çingenelerin bir azınlık olarak savunmasız konumları, onların ihtiyaçlarına ve farklı yaşam biçimlerine hem ilgili mevzuat planlama çerçevesinde hem de belirli davalarda kararlara ulaşmada özel önem gösterilmesini gerektirir. Bu bağlamda, Çingenelerin azınlık olarak savunmasız

²⁶⁸⁶ Kucs/Sedlova/ Pierhurovica, s. 109.

²⁶⁸⁷ Akkurt, s. 243.

²⁶⁸⁸ Mowbray, Positive Obligations, s. 177.

²⁶⁸⁹ The Framework Convention for the Protection of National Minorities, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c10cf>, E. T. 15.04.2017.

²⁶⁹⁰ Akkurt, s. 243

²⁶⁹¹ Recommendation 1201 (1993), Additional Protocol on the Rights of Minorities to the European Convention on Human Rights, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.Asp?fileid=15235&lang=en>, E. T. 16.04.2017.

²⁶⁹² Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001.

²⁶⁹³ Mowbray, Positive Obligations, s. 176.

²⁶⁹⁴ Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001, par. 68.

konumları, hem belirli mevzuat çerçevesinde hem de belirli durumlarda karar vermede kendi ihtiyaçlarına ve farklı yaşam biçimlerine²⁶⁹⁵ özel önem verilmesi gerektiği anlamına gelmektedir²⁶⁹⁶.

Mahkeme, çingene olan başvuranın karavanında yaşamasının, bu azınlığın geleneksek yaşam biçiminin ve etnik kimliğinin ayrılmaz bir parçası olduğunu düşünmektedir²⁶⁹⁷. Bununla birlikte, çoğunlukla farklı olan geleneksel bir yaşam tarzına sahip bir azınlığa ait olma gerçeğinin, çevre gibi toplumun bütün varlıklarını korumak amacıyla genel yasalar tarafından dokunulmaz kılınamayacağını belirtmiştir²⁶⁹⁸. Nihayetinde Mahkeme sorumlu planlama yetkililerinin davanın özel şartlarıyla ilgili olarak çatışan menfaatlerde takdir yetkilerini kullanmaları sonucu karar aldıklarını ve başvuranın haklarının kullanılmasına ilişkin müdahaleleri haklı kılmak için, 8. maddenin amaçları bakımından, ilgili ve yeterli sebeplere dayanılarak hazırlanan başvuru konusu kararları almak üzere ulusal yetkililerin yerini almanın Mahkeme'nin yetkisinde olmadığını vurgulamıştır. Aynı zamanda müdahale izlenen meşru amaçla orantısız olmadığından 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir²⁶⁹⁹. Karara muhalif görüşte ise Sözleşme'nin 8. maddesinin otoritelere, Çingenelerin konutlarına ve geleneksel yaşam tarzlarına uygun olarak özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterme hakkından yararlanacak pratik ve etkin bir fırsata sahip olmasını sağlamak için pozitif bir yükümlülük getirdiği fakat Çingenelere sunulan diğer sitelerde, sitenin çevresel değerinin korunması ile Çingene ailesinin orada oturması arasındaki dengede birinci menfaate üstünlük tanındığı gerekçeleriyle 8. maddenin ihlal edildiği savunulmuştur²⁷⁰⁰.

Chapman kararında Mahkeme'nin çoğunluk görüşünde her ne kadar 8. maddenin ihlali bulunmasa da planlama kararlarının azınlıkların etnik kimlik ve geleneksel yaşam tarzına etkisinin 8. madde kapsamında aile hayatı ile ilişkisi

²⁶⁹⁵ Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001, par. 96.

²⁶⁹⁶ Kucs/Sedlova/Pierhurovica, s. 109.

²⁶⁹⁷ Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001, par. 73.

²⁶⁹⁸ Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001, par. 96.

²⁶⁹⁹ Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001, par. 114-116.

²⁷⁰⁰ Joint Dissenting Opinion of Judges Pastor Ridruejo, Bonello Tulkens, Straznicka, Lorenzen, Fischbach and Casadevall, Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001, par. 8-10.

ortaya konmuştur²⁷⁰¹. Bu tespit devletlerin azınlık gruplarının yaşadıkları toplumda kültürel kimliklerinin korunmasını desteklemek üzere tedbir alma yönünde devletin pozitif yükümlülüklerinin başlangıç deneyimi olarak kendini gösterir²⁷⁰².

Ulusal düzeyde çevre, şehir planı gibi başka bir sonuca destek olabilecek insancıl düşünceler, başvuranın ulusal planlama yasaları çerçevesinde hareket etmesini gerekli kılabilir²⁷⁰³. Bu durumda kamunun menfaati ile bireyin menfaati karşı karşıya gelmektedir. Azınlıkların kültürel farklılıkları ve bu kültürü sürdürme gayeleri göz önünde tutulduğunda buna imkan veren alternatifler sağlandığı takdirde devlet pozitif yükümlülüklerini yerine getirmiş olacaktır. Nihayetinde azınlıkların yaşam tarzlarının korunması ve bu bağlamda devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerin amacı salt azınlıkların çıkarlarını korumak değil, aynı zamanda kültürel farklılıkların da gözetilmesini ve korunmasını sağlamaktır²⁷⁰⁴.

Belirtilmelidir ki azınlıkların yaşam tarzlarının korunmasına yönelik AİHM içtihatları istikrar göstermekte²⁷⁰⁵ ve AİHM 8. maddenin ihlaline devletin bu yaşam tarzlarını koruması yönünde pozitif yükümlülükleri olduğundan hareketle karar vermektedir. Fakat AİHM, azınlıkların korunması konusunda tutucu bir yaklaşım sergileyip devletin pozitif yükümlülüğünü kabul etmekle birlikte, bu korumayı sağlamakta edilgen davranmaktadır²⁷⁰⁶. Öte yandan 1995 tarihli Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme'ye²⁷⁰⁷ rağmen AİHM, azınlık haklarının henüz bir uluslararası hukuk normu niteliğini kazanmadığını ileri sürerek bu çekingen tavrını gerekçelendirmektedir²⁷⁰⁸. Kanımızca AİHM'in azınlıkların geleneksel yaşam tarzlarının taraf devletlerce sağlanması hususunda pozitif yükümlülük teşhisleri yerinde olmakla birlikte edilgen tavrının sebebi ülkelerin konsensüs sağlayamadığı azınlık meselelerinin her ülkenin politik konjüktürü çerçevesinde çözülmesi beklentisidir.

²⁷⁰¹ Mowbray, Positive Obligations, s. 179.

²⁷⁰² Mowbray, Positive Obligations, s. 179.

²⁷⁰³ Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001, par. 115.

²⁷⁰⁴ Akkurt, s. 243.

²⁷⁰⁵ Buckley/United Kingdom, App. No. 20348/92, 29 September 1996; Chapman/United Kingdom, App. No. 27238/95, 18 January 2001.

²⁷⁰⁶ Akkurt, s. 243.

²⁷⁰⁷ Sözleşme için bkz. (<http://www.ihd.org.tr/ulusal-azinliklarin-korunmasina-k-rve-slee/>, E. T. 17.08.2017).

²⁷⁰⁸ Akkurt, s. 243.

D. Konuta Saygı Hakkı Kapsamında Pozitif Yükümlülükler

Konuta saygı hakkı kapsamında şikayetlerin birçoğu konuta yakın ticari işletmelerin verdiği rahatsızlardan dolayı 1 Nolu Protokolün²⁷⁰⁹ 1. maddesine dayanılarak²⁷¹⁰ yapılsa da bu tür şikayetler için²⁷¹¹ aslında daha iyi bir temel şikayetin 8. madde kapsamında konuta saygı hakkı çerçevesinde yapılmasıdır²⁷¹². Bu sebeple müdahaleler genellikle 8. maddede korunan konut ile ilişkili²⁷¹³ olmakla birlikte bu kapsamda bireylerin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne de etki etmektedir.

Devlet'in AİHS'in 8. maddesi uyarınca kişilere konut sağlama yükümlülüğü bulunmasa da²⁷¹⁴ yine bu maddede korunan konuta saygı hakkı çerçevesinde pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır²⁷¹⁵. Devlet bireylere özel ve aile hayatlarını geliştireceği ve konutlarından yararlanabileceği imkanlar sağlamakla yükümlüdür²⁷¹⁶. Kişinin konut hakkının korunması kapsamında pozitif yükümlülüklerin ihlali özel kişilerin yahut kamu otoritelerinin eylemleri sebebiyle söz konusu olmaktadır. Kişinin konuta saygı hakkının özel kişiler yahut kamu otoritelerinin eylemleriyle engellenmesine ilişkin davaları incelerken, 8. madde kapsamında öngörülen pozitif yükümlülüklerin ihlaline sebep olabilecek durumları genel olarak çevrenin korunması, ve konutun özel kişilerin müdahalesine karşı korunması olarak iki grupta incelememiz mümkündür.

²⁷⁰⁹ 1 Numaralı Protokol, 20 Mart 1952 tarihinde Paris'te imzalanmış ve 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Ek Protokol'ü 20 Mart 1952 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde onaylamıştır. 6366 Sayılı Onay Kanunu 19 Mart 1954 gün ve 8662 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

²⁷¹⁰ Madde 1 - Mülkiyetin korunması

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

²⁷¹¹ 1 No'lu Protokolün 1. maddesi, genellikle kamulaştırma, tahliye ve kira bedeli gibi kira ödemelerinin bazı yönleri ile ilgili taleplerin temelini oluşturmaktadır. (Kucs/Sedlova/Pierhurovica, s. 108).

²⁷¹² Jacobs/White, s. 195.

²⁷¹³ Kucs/Sedlova/Pierhurovica, s. 108. 8. maddeye yapılan müdahaleler şunları içerir: tahliye, evin kasıtlı imha edilmesi, yerinden olmuş kişilerin evlerine dönmelerine izin verilmemesi, polis tarafından yapılan arama ve kayıt, planlama kararları, zorunlu satın alma emri, çevre sorunları, telefon kayıtları, evle ilgili kişisel eşyaları koruma başarısızlığı, gece uçuşlarından kaynaklanan gürültü. (Kucs/Sedlova/Pierhurovica, s. 108).

²⁷¹⁴ Jacobs/White/Obey, s. 360.

²⁷¹⁵ Kucs/Sedlova/Pierhurovica, s. 109; Janis/Kay/Bradley, s. 394.

²⁷¹⁶ Janis/Kay/Bradley, s. 394.

1. Çevrenin Korunması

AİHS'in 8. maddesi çerçevesinde özel hayatın korunması bağlamında her gün daha da güncel hale gelen bir mesele çevresel haklardır²⁷¹⁷. Dünyada yüzü aşkın ulusal anayasada çevre ile ilgili hak ve ödevleri tanınmaktadır²⁷¹⁸. Anayasal gelişim devlete çevreyi koruma ödevi yüklemekte, hatta insan hakkı olarak tanıma yönündedir²⁷¹⁹. Ulusal anayasalarda çevre hakkının korunması insan haklarını bölgesel koruma modellerine de yansımıştır²⁷²⁰.

Çevrenin korunmasını 8. madde kapsamında değerlendiren AİHM²⁷²¹, bu hususta içtihadını, büyük ölçüde Çevre Konularında Bilgiye Erişim, Karar Alma Sürecinde Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuruya İlişkin Aarhus Sözleşmesi'nde (ECE/CEP/43) yer alan ilkeler temeline oturtmuştur²⁷²². Bu bağlamda AİHM önünde birçok davada başvuruçular çevre kirliliğine karşı konutlarının etkili korunması yönünde devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğinden bahisle şikayette bulunmuşlardır²⁷²³.

Çevre hakkının uygulamaya konulması önleyici tedbirlerden hareketle çevrenin korunması ve iyileştirilmesi yönünde üç usuli hakkın tanınmasını gerektirir. Bu bağlamda bilgilendirme hakkı; ilgililerin çevreye zarar verecek nitelikteki proje, çalışma ya da programlarından haberdar edilmesidir. Halk için çevrenin korunmasının ön koşulu olup, bu hususta haber ve bilgi zinciri kurmak devletin yükümlülüğüdür.

²⁷¹⁷ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 390.

²⁷¹⁸ Palmer, s. 142.

²⁷¹⁹ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 301.

²⁷²⁰ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin San Salvador Protokolü madde 11-“(1) Herkes sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına ve temel kamu hizmetlerine erişme hakkına sahiptir. (2) Taraf Devletler çevrenin korunması, muhafazası ve iyileştirilmesini teşvik edeceklerdir.”, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı madde 24 “Bütün halkların, kendi gelişmelerine elveren genel olarak tatmin edici bir çevreye sahip olma hakkı olacaktır.” Stockholm Bildirgesi de uluslararası çevre hukukunun temeli olarak kabul edilmektedir. Stockholm Bildirgesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pallemarts, Marc; “Stockholm'den Rio'ya Uluslararası Çevre Hukuku: Geleceğe Doğru Geri Adım mı?”, (Çev. Bülent Duru) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C LII, S. 1, 1997, s. 613 vd. Stockholm bildirgesi metni için bkz. (<http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=97&articleid=1503>, E. T. 26.09.2016).

²⁷²¹ Reid, s. 411; Heringa/Zwaak, s. 719.

²⁷²² Taşkın and the others/Turkey, App. No. 49517/99, 4 December 2003, par. 99, 119; Demir and Baykara/Turkey, App. No. 34503/97, 12 November 2008, par. 83.

²⁷²³ Mowbray, Positive Obligations, s. 181.

Nitekim çevre kirliliğine ilişkin davalar bakıldığında²⁷²⁴ devletin bilgi sağlama ve ihlale ilişkin tavsiyede bulunma yönünde pozitif yükümlülüğü vurgulanmaktadır²⁷²⁵. Katılma hakkı, ilgililerin çevre konusunda alınacak kararlara katılabilmeleridir. Bu hakkın sağlanması amacıyla devletin katılımcı demokrasiyi geliştirme yönünde harekete geçmesi gerekmektedir²⁷²⁶. Başvuru hakkı, çevreye zarar verilmesi ya da çevrenin korunmasına yönelik kurallara uyulmaması durumunda ilgililerin idare ve yargı makamlarına başvuru yollarının tanınması ve ilgili makamların etkili kararlar alma işlevine sahip olmasıdır²⁷²⁷.

AIHS'te çevrenin korunması ile ilgili herhangi bir hüküm olmasa da²⁷²⁸ AIHM kararlarına bakıldığında, çevre konusunda önemli ölçüde içtihat geliştirdiği görülmektedir²⁷²⁹. AIHM, son gelişmeler ve güncel içtihatları²⁷³⁰ doğrultusunda çevrenin korunmasını, pozitif yükümlülük doktrinini geniş ve derin şekilde yorumlaması sonucu²⁷³¹ 8. madde kapsamında değerlendirmektedir²⁷³². Ayrıca AIHM çevre ve gürültü kirliliğinin tüm bireylerin insana yaraşır ve onurlu yaşama standartlarının garanti edilmesiyle bağlantısını da ortaya koymaktadır²⁷³³. Güncel kararlarında AIHM²⁷³⁴, çevre kirliliğinin kişinin sağlığı üzerindeki olumsuz etkilerini de vurgulamaktadır²⁷³⁵.

Çevrenin korunması 8. maddenin içerisinde bağımsız bir hak olarak düzenlenmediğinden bu madde kapsamında özel bir yer işgal etmekte²⁷³⁶ ve konuta saygı bağlamında değerlendirilmektedir. AIHM de bireyin gürültü yahut başka sebeplerle oluşan çevre kirliliğinden doğrudan ve ciddi biçimde etkilenmesi söz

²⁷²⁴ Lopez Ostra/Spain, App. No. 16798/90, 9 December 1994; Guerra and Others/Italy, App. No. 14967/89, 19 February 1998; McGinley and Egan/United Kingdom, App. No. 21825/93, 25414/94, 28 January 2000.

²⁷²⁵ Starmer, Positive Obligations, s. 154.

²⁷²⁶ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 303.

²⁷²⁷ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 303

²⁷²⁸ Reid, s. 409.

²⁷²⁹ Beijer, s. 131.

²⁷³⁰ Jugheli and others/Georgia, App. No. 38342/05, 13 July 2017, par. 73; Udovičić/Croatia, App. No. 27310/2009, 24 April 2014, par. 137 vd.

²⁷³¹ Leach, s. 125; Lavrysen, Scope of Obligations, s. 173; Arai-Takahashi, s. 80; Palmer, s. 141; Jacobs/White/Obey, s. 361.

²⁷³² Clements, s. 162.

²⁷³³ Oehling De Los Reyes, s. 30.

²⁷³⁴ Jugheli and others/Georgia, App. No. 38342/05, 13 July 2017, par. 62 ; Otgon/Republic of Moldova, App. No. 22743/07, 25 October 2016, par. 17; Udovičić/Croatia, App. No. 27310/09, 24 April 2014, par. 134.

²⁷³⁵ Reid, s. 412.

²⁷³⁶ Akandji Kombe, s. 47.

konusu olursa 8. maddeye ilişkin bir sorunun ortaya çıkabileceğini açıkça belirtmiştir²⁷³⁷. Moreno Gómez kararında da AİHM, bireyin konutuna saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğunu bu hakkın da sadece gerçek fiziksel alan hakkını değil aynı zamanda o bölgenin sessizce keyfini çıkarma anlamına geldiğini belirtmiştir. Öte yandan karara göre 8. madde kapsamında korunan konuta saygı hakkı, bir kişinin konutuna izinsiz giriş gibi somut veya fiziksel ihlallerle sınırlandırılmamakla birlikte, gürültüye, emisyonu, kokuya veya diğer somut ya da fiziksel olmayan müdahalelere karşı da koruma sağlar. Ciddi bir müdahalenin bir kişinin konutuna saygı gösterilmesi hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurması, kişinin konutunun olanaklarından yararlanmasının engellenmesi durumunda söz konusu olur²⁷³⁸.

Çevrenin korunması konusunda da genellikle bireyin ve kamunun menfaati karşı karşıya gelmektedir. Hatta bazı durumlarda pozitif yükümlülük bireylere de yüklenebilir. Örneğin, arazi sahibinin arazisinde belirli bir çeşit ağaç ekmesi aynı zamanda çevrenin korunmasına yönelik olarak kamunun menfaatine ise bu pozitif yükümlülük bireye yöneliktir²⁷³⁹.

AİHM içtihatlarına bakıldığında 8. madde kapsamında çevrenin korunması ve bu bağlamda çevre hakkının ihlali birçok farklı sebeple gündeme gelmektedir. Bunlar devlet tarafından yürütülen tehlikeli faaliyetler, özel kişilerin devlet tarafından izin verilmiş faaliyetleri ve özel kişilerin çevrede ikamet edenlerin huzuru bozacak eylemleri şeklinde kategorize edilebilir. Özel kişilerin eylemleri de yatay etki kapsamında değerlendirilebilir²⁷⁴⁰. Her halükarda bireylerin devletin yahut devlet tarafından izin verilmiş faaliyetler dolayısıyla çevre kirliliğinden doğrudan ve ciddi şekilde etkilenmiş olması 8. maddenin ihlali sonucunu doğurabilir²⁷⁴¹. Hangi faaliyet sebebiyle olursa olsun pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesinde kamunun ve

²⁷³⁷ Cuenca Zarzoso/Spain, App. No. 23383/12, 16 January 2018, par. 43; Moreno Gómez/Spain, App. No. 4143/02, 16 November 2004, par. 53; Hatton and others/United Kingdom, App. No. 36022/97, 8 July 2003, par. 96; Powell and Rayner/United Kingdom, App. No. 9310/81, 21 February 1990, par. 40; Lopez Ostra/Spain, App. No. 16798/90, 9 December 1994, par. 51; Guerra and others/Italy, App. No. 14967/89, 19 February 1998, par. 57.

²⁷³⁸ Moreno Gómez/Spain, App. No. 4143/02, 16 November 2004, par. 53.

²⁷³⁹ Reid, s. 410.

²⁷⁴⁰ Akandji Kombe, s. 48.

²⁷⁴¹ Reid, s. 412; Jacobs/White/Obey, s. 361.

bireyin menfaati arasında adil denge gözetilir ve devlet Sözleşme'ye uyma amacıyla hangi adımları atacağına ilişkin olarak takdir marjından yararlanır²⁷⁴².

a. Devlet Tarafından Yürütülen Tehlikeli Faaliyetler

Pozitif yükümlülüğe ilişkin içtihat hukukunda²⁷⁴³ yaygın görüş devletin aleni bilgilendirme ve devlete danışma görevini yerine getirmesi gerekliliğidir²⁷⁴⁴. Örneğin nükleer silah testine katılan askerlere bilgi sağlanmasına ilişkin McGinley ve Egan kararında²⁷⁴⁵ belirtildiği üzere devletin kamu sağlığını olumsuz yönde etkileme riski taşıyan faaliyetleri üstlendiğinde bilgi sağlamak üzere etkili ve erişilebilir bir prosedür oluşturma görevi söz konusudur²⁷⁴⁶.

Oranlılık ilkesi kamunun ve bireyin menfaatini değerlendirmede anahtar düşüncedir²⁷⁴⁷. Mahkeme başvuranın ve toplumun yarışan menfaatlerinin değerlendirilmesinde adil denge testini uygulamaktadır. Bu yolla davada 8. madde kapsamında devletin pozitif yükümlülüğünün mü yahut doğrudan müdahalesinin mi mevcut olduğunu tespit etmektedir²⁷⁴⁸. Böylelikle şikayetin ulusal mevzuat ya da düzenlemelerden kaynaklanıp kaynaklanmadığı ayrıca kirliliğin önlenmesine ya da azaltılmasına yönelik adımların atılıp atılmadığı analiz edilir²⁷⁴⁹. Çünkü Sözleşme'nin 8. maddesinin ilk fıkrası uyarınca kişilerin özel ve aile hayatlarını olumsuz etkileyecek şekilde esenliklerini etkileyebilecek ve konutlarını kullanmalarını önleyebilecek ağır çevre kirliliğinden bireyleri korumak için devlet uygun ve makul tedbirleri alma yönünde pozitif yükümlülük altındadır²⁷⁵⁰. Bu yükümlülük kamu otoritelerinin çevre raporlarını değerlendirirken aktif rol almalarını gerektirmektedir²⁷⁵¹. Dolayısıyla devlet tarafından öncelikle çevresel etki değerlendirme sürecinde bireylerin maruz

²⁷⁴² Jacobs/White/Obey, s. 361.

²⁷⁴³ Guerra and others/Italy, App. No. 14967/89, 19 February 1998 (gübre fabrikasının yanında ikamet eden kimselerin yaşama riski hakkında bilgi sağlanması) McGinley and Egan/United Kingdom, App. No. 21825/93, 25414/94, 28 January 2000 (nükleer silah testine katılan askerlere bilgi sağlanması) Öneriyıldız/Turkey, App. No. 48939/99, 30 November 2004 (potansiyel olarak tehlikeli bir atık ucunda yaşayanlara bilgi sağlanması).

²⁷⁴⁴ Leach, s. 126.

²⁷⁴⁵ McGinley and Egan/United Kingdom, App. No. 21825/93, 25414/94, 28 January 2000, par. 101.

²⁷⁴⁶ Leach, s. 126, Mowbray, Positive Obligations, s. 145; Akandji Kombe, s. 48.

²⁷⁴⁷ Reid, s. 411.

²⁷⁴⁸ Leach, s. 125.

²⁷⁴⁹ Leach, s. 125.

²⁷⁵⁰ Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 207.

²⁷⁵¹ Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 207.

kalacakları muhtemel tehlikeli faaliyetlerin yaratacağı sonuçların, özel ve aile hayatlarına etkisi göz önünde tutulmalıdır²⁷⁵². Bu noktada taraf devletlerin bireylerin yaşamlarına ilişkin riskleri değerlendirebilmesini sağlayacak gerekli bilgileri temin etmek şeklinde yükümlülükleri bulunmaktadır²⁷⁵³.

Kanımızca doğrudan devlet eliyle işletilen işletmelerden kaynaklanan kirlilik, gürültü gibi çevrenin korunmasına etki eden durumlarda devletin pozitif yükümlülüğü doğrudan 8. madde kapsamında doğmaktadır. Bu durumda devletin gerekli korumayı sağlama yönünde pozitif yükümlülüğü sadece tedbir almakla sınırlanamaz. Aynı zamanda devletin konuta saygı hakkı kapsamında bu faaliyeti yürütmekten de bizzat sorumluluğu doğacaktır.

b. Özel Kişilerin Devlet Tarafından İzin Verilmiş Faaliyetleri

Özel kişiler yahut şirketler tarafından sebep olunan çevresel zararlarda yarışan menfaatlerin dengesini kurmak daha karışık ve tartışmalıdır²⁷⁵⁴. Nitekim özel kişilerin devlet tarafından izin verilmiş faaliyetleri söz konusu olduğunda devletin pozitif yükümlülüğü önleme, denetim ve halkı bilgilendirme konusunda yeterli tedbir alıp almadığına göre tespit edilir. Özel kişilerin devlet tarafından izin verilmiş faaliyetleri genellikle ticari olmakla birlikte başvuruçuların mağduriyetleri bu faaliyetlerin konutlarına yakın olmasından doğmaktadır ve bu konuda AİHM içtihadı zengindir. Örneğin Heathrow havaalanını kullanan uçakların neden olduğu aşırı gürültü ile ilgili davada²⁷⁵⁵ Mahkeme, aşırı gürültünün başvuruçunun özel hayatını ve konutundaki konforunu doğrudan etkileyeceğini belirterek bu tür durumların da 8. madde kapsamında değerlendirileceğini ortaya koymuş²⁷⁵⁶ ve Birleşik Krallık'ın makul ve uygun tedbirler alma yönünde pozitif yükümlülükleri ihlal edip etmediği sorusuna yanıt aramıştır²⁷⁵⁷. Havaalanı devlete ait olmadığından ve devlet tarafından işletilmediğinden Birleşik Krallık'ın ciddi bir ihlali söz konusu olmasa da gece

²⁷⁵² Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 207.

²⁷⁵³ Starmer, Positive Obligations, s. 154.

²⁷⁵⁴ Arai-Takahashi, s. 80.

²⁷⁵⁵ Powell and Rayner/United Kingdom, App. No. 9310/81, 21 February 1990, par. 40.

²⁷⁵⁶ Heringa/Zwaak, s. 726; Dijk/Hoof, s. 527; Mowbray, Positive Obligations, s. 181; Clapham, s. 389; Greer, The ECHR s. 260; Salihpaşaoğlu, s. 252-253.

²⁷⁵⁷ Greer, The ECHR, s. 261; Mowbray, Positive Obligations, s. 183; Dijk/Hoof, s. 527.

uçuşlarını ve gürültü kirliliğini önlemeye yönelik tedbir alma bakımından devletin pozitif yükümlülüklerinin olduğu ileri sürülebilir²⁷⁵⁸.

Lopez Ostra davasında başvurunun evinin on iki metre uzaklığında bir kamu arazisi üzerinde sıvı ve katı atıkların işleneceği bir fabrika kuran şirket sağlıklı, zararlı ve tehlikeli faaliyetleri için Belediye makamlarından alınması gereken ruhsatı almadan hatta başvuru dahi yapmadan 1988 yılında faaliyete geçmiştir. Belediye tedbir olarak bu çevrede yaşayanları Temmuz, Ağustos ve Eylül aylarında tahliye ederek kent merkezinde ücretsiz oturabilecekleri konutlara taşımıştır. Başvurucu ve ailesi Ekim ayında buradan ayrılarak tekrar kendi konutuna dönmüş ve Şubat 1992'ye kadar burada oturmuşlardır²⁷⁵⁹. Çok sayıda şikayette bulunulmasından ve sağlık ve çevre ile ilgili kuruluşların raporlar vermelerinden sonra belediye, 9 Eylül 1988 tarihinde atık fabrikasının kimyasal ve organik maddeleri su tankları içinde toplama faaliyetini durdurmuş, ancak krom katılmış atık suların işlenmesi faaliyetine devam edilmiştir. Bayan Lopez Ostra, 9 Eylül 1988'de işletmenin kısmen kapatılmasına rağmen yayılan dumanları, tekrarlayan gürültüsü ve güçlü kokular yaymaya devam etmesi ve bunların da ailesinin yaşam koşullarını dayanılmaz hale getirip ciddi sağlık sorunları yarattığını ve bu bağlamda, konutuna saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir²⁷⁶⁰. İşletme bölgenin ekonomik refahı ve deri endüstrisi için gerekli iken²⁷⁶¹ ve devletin bu konuda takdir marjı geniş olmasına rağmen başvurunun zararın boyutunun sınırı aşmış olması bireyin ve kamunun yarışan menfaatler dengesinde başvurunun lehine kabul edilebilir görülmüştür²⁷⁶². Mahkeme, ağır çevresel kirliliğin bireylerin refahını etkileyebileceğini ve sağlıklarını ciddi şekilde tehlikeye atmaksızın evlerinden çıkmalarını önleyebileceğini ve bu durumun özel ve aile hayatlarını olumsuz etkileyeceğini belirtmiştir²⁷⁶³. Bu bağlamda 8. maddenin ilk fıkrasında korunan haklardan olan konuta saygı hakkı konusunda makul ve uygun tedbir alma konusunda devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikten hareketle²⁷⁶⁴ 8. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirilmiştir²⁷⁶⁵.

²⁷⁵⁸ Jacobs/White/Obey, s. 396.

²⁷⁵⁹ Lopez Ostra/Spain, App. No. 16798/90, 9 Demceber 1994, par. 7-8.

²⁷⁶⁰ Lopez Ostra/Spain, App. No. 16798/90, 9 December 1994, par. 47.

²⁷⁶¹ Mowbray, Positive Obligations, s. 183.

²⁷⁶² Jacobs/White, s. 195; Mowbray, Positive Obligations, s. 183.

²⁷⁶³ Lopez Ostra/Spain, App. No. 16798/90, 9 December 1994, par. 51.

²⁷⁶⁴ Lopez Ostra/Spain, App. No. 16798/90, 9 December 1994, par. 51.

²⁷⁶⁵ Lopez Ostra/Spain, App. No. 16798/90, 9 December 1994, par. 58.

Yine aynı yönde Fadeyeva/Rusya kararında²⁷⁶⁶ başvuru sahibi evinin yakınında bulunan bir özel sektör çelik tesisinden kaynaklanan yoğun kirliliğin sonucu olarak konutuna ve özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir²⁷⁶⁷. Mahkeme'ye göre devlet hem kirliliği önlemek hem de kirliliği engellemek ve derecesini azaltmakla yükümlüdür. Bu nedenle de genelde çevre kirliliğine devlet dışı aktörler neden olsa da²⁷⁶⁸ oluşumu ile devlet arasında 8. madde kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerinin doğmasına sebep olan yeterli bağ mevcuttur²⁷⁶⁹. Bu bağlamda madde 8 toksik emisyon seviyesinin sağlığa zararlı olduğu gösterilen sanayi tesislerine yakın yaşayanlara devletin yeniden ev almasını gerektirebilir²⁷⁷⁰.

Moreno Gómez davasında²⁷⁷¹, başvuru konutunun yakınındaki bar, pub ve diskoteklerin geceleyin devamlı gürültüsünün konutunda uyumasını imkansız kılması nedeniyle²⁷⁷² İspanyol makamlarının sorumlu olduğunu ve ortaya çıkan gürültü şiddetinin 8. maddede günvece altına alınan konuta saygı hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir²⁷⁷³. Devletin başvuru konutunun şikayetlerin eylemsizliği, birkaç yıl boyunca başvuru konutunun uykusunda ciddi rahatsızlığa sebep olmuştur²⁷⁷⁴. Bu başvuruda Mahkeme yalnızca 8. madde ihlalini tespitle kalmamıştır. Ayrıca Mahkeme 8. madde kapsamında korunan konuta saygı gösterilmesi hakkının, yalnızca gerçek fiziksel alan hakkını değil aynı zamanda o alandan gürültüsüzce yararlanma hakkını da koruduğunu vurgulamıştır. Konuta saygı hakkına yönelik ihlallerin, bir kişinin konutuna yetkisiz giriş gibi somut veya fiziksel ihlallerle sınırlandırılmamakla birlikte, gürültü, emisyon, koku veya diğer somut ve fiziki olmayan müdahaleleri de kapsamaktadır. Bir müdahale, eğer bir kişinin konutunun olanaklarından yararlanmasını engelliyorsa bu müdahalenin ciddi olduğu sonucuna ulaşılır. Aynı zamanda bu müdahale o kişinin konutuna saygı gösterilmesi hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir²⁷⁷⁵. Mahkeme, belediye tarafından yetkilendirilen uzmanların yasal sınırların üzerine

²⁷⁶⁶ Fadeyeva/Russia, App. No. 55723/00, 9 June 2005, par. 92.

²⁷⁶⁷ Leach, s. 125.

²⁷⁶⁸ Clapham, s. 389.

²⁷⁶⁹ Leach, s. 125.

²⁷⁷⁰ Jacobs/White/Obey, s. 395.

²⁷⁷¹ Moreno Gómez/Spain, App. No. 4143/02, 16 November 2004.

²⁷⁷² Moreno Gómez/Spain, App. No. 4143/02, 16 November 2004, par. 10.

²⁷⁷³ Moreno Gómez/Spain, App. No. 4143/02, 16 November 2004, par. 46.

²⁷⁷⁴ Roagna, s. 75.

²⁷⁷⁵ Moreno Gómez/Spain, App. No. 4143/02, 16 November 2004, par. 53. Aynı yönde Hatton and others/United Kingdom, App. No. 36022/97, 8 July 2003, par. 96

ıkan gürültüden kaynaklı akustik bir yoğunluğun olduğunu belirten raporlarına rağmen gece kulüplerine onay verildiğini g zlemlemiřtir²⁷⁷⁶. Öte yandan bu raporlara rağmen belediyenin yıllarca harekete geçmediği kanıtlanmıřtır²⁷⁷⁷. Bu şartlar altında AİHM, davalı Devletin, başvuranın AİHS'in 8. maddesine aykırı olarak konutuna ve özel hayatına saygı gösterilmesini güvence altına alma yönündeki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğini tespit etmiřtir²⁷⁷⁸.

Guerra ve diğerleri davasında²⁷⁷⁹ Mahkeme, başvurucuların yaşadığı bölgenin yakınında bulunan bir fabrikanın kimyasal madde üretimi esnasında büyük miktarda tehlikeli gazın havaya karıştığı, bu hususta devlet tarafından önlem alınmadığı ve o bölgede yaşayanlar risk hakkında bilgilendirilmediği iin²⁷⁸⁰ Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği ve devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiasını yerinde bulmuřtur²⁷⁸¹. Mahkeme bu davayla 8. madde kapsamında devletin pozitif yükümlülüğünü özel işletmenin sebep olduğu çevresel ve sağlık riski hakkında halkı bilgilendirmek olarak belirlemiřtir²⁷⁸². Bu sebeplerle de 8. maddenin ihlaline karar vermiştir.

Kanımızca devletin özel kişilerin tehlikeli faaliyetleri söz konusu olduğunda denetim, kontrol ve bilgilendirme yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Bu yönde verilen 2013 yılında Vilnes ve Diğerleri Norveç kararında²⁷⁸³ başvurucular petrol şirketinde petrol arama içinde Kuzey Denizinde derin deniz dalgıcı olarak çalışmışlardır. Bu dalma faaliyetleri ciddi sağlık problemlerine neden olmuştur. Başvurucular  zel bir şirkette çalışmış olsalar da devletin güvenlik önlemlerinden muafiyet noktasında şirketlere geniş yetkiler verdiğini ve böylelikle şirketlerin işçi maliyetlerini azaltmak için daha düşük dekompresyon sürelerini kullanabildiğini ve iş müfettişleri tarafından yapılan denetimlerin yetersiz olduğu gerekçeleriyle Norveç Devletin sorumlu olduğunu belirtmişlerdir. Yine başvurucular devletin dalgıçların sağlıklarını ve yaşamlarını koruma noktasında gerekli adımları atmadığını ve başvurucuları hem derin dalış hem test dalışları sırasında meydana gelebilecek risklere

²⁷⁷⁶ Roagna, s. 75.

²⁷⁷⁷ Akandji Kombe, s. 47.

²⁷⁷⁸ Moreno G mez/Spain, App. No. 4143/02, 16 November 2004, par. 62.

²⁷⁷⁹ Guerra and others/Italy, App. No. 14967/89, 19 February 1998

²⁷⁸⁰ Mowbray, Positive Obligations, s. 145; Clapham, s. 390.

²⁷⁸¹ Guerra and others/Italy, App. No. 14967/89, 19 February 1998.

²⁷⁸² Arai-Takahashi, s. 81; Jacobs/White/Obey, s. 391.

²⁷⁸³ Vilnes and the others/Norway, App. No. 52806/09, 22703/10, 5 December 2013.

karşı yeterli bilgi sunmadıklarını iddia etmişlerdir. Mahkeme bireylerin endüstriyel faaliyetlerden kaynaklanan sağlık riskleri hakkında bilgilendirilmesi gerektiğini belirtilip, başvuruyu 8. madde açısından değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre bu davada yetkili makamlar hızlı dekompresyon tablosuna ilişkin gerekli bilgileri başvuruculara sağlasaydı başvurucular meydana gelecek riskleri değerlendirebilirdi ve başvurucular, söz konusu şirketin aşırı hızlı dekompresyon tablolarını başvurucuların sağlığını ve güvenliklerini dikkate almaksızın kendi ticari amaçları için kullanmasını daha kısa sürede engelleyebilirlerdi. Nitekim davalı devlet bunu yapmayarak Sözleşme'nin 8 maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini tam anlamıyla yerine getirmemiştir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 8 maddesi ihlal edilmiştir.

Kanımızca çevrenin korunması kapsamında devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali en yoğun şekilde özel kişilerin devlet tarafından izin verilmiş faaliyetleri dolayısıyla söz konusu olmaktadır. AİHM içtihatlarından da açıkça anlaşıldığı üzere devletin özel sanayi düzenlemesindeki başarısızlığı nedeniyle sorumluluğu doğabilecektir²⁷⁸⁴. Bu konuda taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri için sarf etmeleri gereken çaba, somut olayın koşullarına göre değişmektedir²⁷⁸⁵. Bu bağlamda gürültüye, kokuya yahut kirliliğe maruz kalma yoğunluğu ve süresi ölçütlerinin, devletlerin sorumluluğunun belirlenmesinde kritik öneme sahip olduğu anlaşılmaktadır²⁷⁸⁶. Belirtmek gerekir ki bu gibi davalarda madde 8'in yatay etkisi söz konusu olup daha az kesinlik durumu oranlılık ilkesinin uygulamasını çevrelemektedir²⁷⁸⁷.

AİHM'e göre bu konudaki çevresel davalarda temel mesele devletin özel sanayiye düzenlemek suretiyle başvurucuların özel hayatını ne şekilde koruduğunu tespit etmektedir²⁷⁸⁸. 2006 tarihli Ledyayeva/Rusya kararı²⁷⁸⁹ bu konuda yol göstericidir²⁷⁹⁰. Özel kişiler tarafından yürütülen faaliyetin ulusal mevzuatı ihlal ettiği durumlarda resmi makamların bu faaliyete son vermek için gerekli adımları atması

²⁷⁸⁴ Leach, s. 125.

²⁷⁸⁵ Roagna, s. 75.

²⁷⁸⁶ Roagna, s. 76.

²⁷⁸⁷ Nield, s. 161.

²⁷⁸⁸ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 390.

²⁷⁸⁹ Ledyayeva and the others/Russia, App. No. 53157/99, 53247/99, 53695/00, 56850/00, 26 October 2006.

²⁷⁹⁰ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 390.

veya faaliyetin mevzuata uymasını sağlamaları gerekmektedir²⁷⁹¹. Aynı zamanda bu faaliyetlere ve etkilerine ilişkin risk taşıyan bireylerin de bilgilendirilmesi gerekmektedir²⁷⁹².

2. Konutun Özel Kişilerin Müdahalesine Karşı Korunması

Kişinin, özel hayatını yoğun olarak yaşadığı konutun özel hayatın korunmasında ayrı bir yeri vardır²⁷⁹³. Konuta saygı hakkına müdahale korunan hukuki değer, aynı zamanda özel hayat ve mevcut ise aile hayatıdır²⁷⁹⁴. Bu bağlamda özel hayata saygı hakkı şemsiye işlevi görüp²⁷⁹⁵ altında konuta saygı hakkı hatta daha özelinde haberleşmeye saygı hakkı korunmaktadır. Yani konuta her müdahale aynı zamanda üst perdede özel hayata saygı hakkına müdahaledir²⁷⁹⁶. Öte yandan konuta saygı hakkına yönelik müdahaleler davanın şartlarına göre aile hayatına saygı hakkına da bir müdahale teşkil edebilir²⁷⁹⁷.

Devletin konuta saygı hakkına müdahale etmeme yönünde negatif yükümlülüğü olsa da özel kişilerin konuta müdahalesinde ayrıca pozitif yükümlülüğü de söz konusu olmaktadır. Örneğin, konuta saygı hakkının özel kişiler tarafından ihlal edilmesi ile ilgili Novosseletskiy/Ukrayna kararı²⁷⁹⁸ Mahkeme içtihatlarına yeni boyut kazandırmıştır²⁷⁹⁹. İşveren olan bir devlet enstitüsü tarafından başvuranın sınırsız süreli şekilde bir dairede oturmasına izin verilmiştir. Başvuran, doktora tezini hazırlamak için Rusya'ya, eşi ise tıbbi tedavi almak için başka bir şehre taşınmıştır. Bunu üzerine Enstitü, başvuranın oturma iznini iptal edip konutu T ailesine vermiştir. Başvuranın yokluğunda, T ailesi konuta taşınmıştır. Bu süreçte başvuranın eşyalarından bazıları ise kaybolmuştur. Başvuran ve eşi, dönüşlerinde, zaten işgal edilmiş olan eve taşınamamış ve başka bir hanenin üyeleriyle yaşamaya mecbur

²⁷⁹¹ Akandji Kombe, s. 48.

²⁷⁹² Guerra/Italy, App. No. 14967/89, 19 February 1998; McGinley and Egan/United Kingdom, App. No. 21825/93, 25414/94, 28 January 2000; Öneriyıldız/Turkey, App. No. 48939/99, 30 November 2004.

²⁷⁹³ Korkmaz, s. 101.

²⁷⁹⁴ Arslan/Öncü, s. 194.

²⁷⁹⁵ Jacobs/White/Obey, s. 401.

²⁷⁹⁶ Heringa/Zwaak, s. 723.

²⁷⁹⁷ Arslan Öncü, s. 194.

²⁷⁹⁸ Novosseletskiy/Ukraine, App. No. 47148/99, 22 February 2005.

²⁷⁹⁹ Akandji Kombe, s. 46.

kalmışlardır. Başvuran, daireyi kurtarmak ve maddi ve manevi zararlarını karşılamak için dava açmıştır. Başvuran konuttan özgürce yararlanma hakkı bakımından davasını kazanmıştır. Yerel mahkeme, talep edilen zararlar ilgili olarak, ev sahipleri ve kiracı uyuşmazlıklarında manevi tazminatların yasalarca karşılanmadığına dikkat çekmiştir. Bu arada, daire T ailesine Enstitü'nün izni ile satılmıştır. Daire işgal edildikten sonra yerel makamlar (icra memuru, savcılık servisi ve mahkeme), başvuranın lehine yargı kararını uygulamak için harekete geçmiştir. Başvuran lehine verilen yargı kararından sonra iki yıldan fazla bir süre için icra emri verilmiştir. Bu arada, başvuran ve eşi, evin yaşanamaz durumunun evlerine geri dönmelerini imkansız hale getirmesi nedeniyle beş yıldan daha uzun bir süre başka bir ailenin evinde yaşamak zorunda kalmıştır. Bu durum, başvuran tarafından alınan önlemlere rağmen ve verilen icra emrinin ardından üç yıldan fazla sürmüştür. AİHM ise yerel mahkemelerin, başvuru sahibinin özel ve aile hayatını yargılama sırasında korumak için tüm yollarını kullanmadığını belirtmiştir. Çünkü yerel yargılama başvuranın konutuna ve aynı zamanda özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının yeniden kurulmasıyla sonuçlanmamıştır. Başvuru sahibinin lehine verilen karar, bu arada Enstitü'nün izniyle T ailesinin konutu satın alması nedeniyle hızla uygulanamamıştır. Enstitü, başvuranın durumuna, örneğin başvuranın lehine karar verildikten sonra kendisine geçici olarak konaklama sağlamasıyla daha uygun tepki verebilecekken, böyle bir önlem almamıştır. Tüm bu sebeplerden ötürü AİHM taraf devlet, başvuranın konutuna ve özel ve aile hayatına saygı gösterme hakkından etkili yararlanma konusundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğine hükmetmiştir²⁸⁰⁰.

Mahkeme konuta saygı hakkının taraf devlet açısından pozitif yükümlülüklerine özellikle yasanın ulusal mahkemeler tarafından özenli ve dikkatli olarak uygulanması ve malikin veya o konutta oturanların hakkını teyit eden ulusal mahkemenin nihai kararının ivedilikle uygulanması gereken durumlarda hükmetmiştir²⁸⁰¹. Pibernik davasında²⁸⁰² Mahkeme konutun kanuni sahiplerinin konutu izinsiz işgal edenlerin tahliyesine yönelik başlattıkları süreçte yerel makamlar, başvurana söz konusu daireyi kullanma hakkı tanımış ve dolayısıyla tahliye edilmesini

²⁸⁰⁰ Novosseletskiy/Ukraine, App. No. 47148/99, 22 February 2005.

²⁸⁰¹ Akandji Kombe, s. 46.

²⁸⁰² Pibernik/Croatia, App. No. 75139/01, 4 March 2004, par. 70.

emretmiştir²⁸⁰³. Fakat yasal prosedürünün ulusal mahkemede yıllarca sürmesi ve taraf devletin bu başarısızlığı, başvuranın konutundan çok uzun bir süre yararlanmasını engellenmiştir. AİHM de davada 8. madde çerçevesinde konuta saygı hakkının sağlanmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiğini tespit etmiştir²⁸⁰⁴.

Konutun fiziksel güvenliğinin korunması da devletin pozitif yükümlülüğüdür²⁸⁰⁵. Kanımızca konutun özel kişilere karşı korunması söz konusu olduğunda devletin hem esasa hem de usule ilişkin pozitif yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Konuta saygı hakkının korunmasına yönelik olarak hakka yönelen müdahaleleri önleme yükümlülüğü esasa ilişkin pozitif yükümlülüğü olup, gerçekleşen hak ihlallerini etkili soruşturma ve yaptırıma bağlama yükümlülüğü ise usule ilişkin pozitif yükümlülüğüdür.

E. Haberleşmeye Saygı Hakkı Kapsamında Pozitif Yükümlülükler

8. madde kapsamında inceleme yapılırken davanın somut koşullarına göre spesifik olarak haberleşmeye saygı hakkı ihlali de söz konusu olabilecektir. Haberleşmeye saygı hakkı bireylerin engel olunmaksızın ve sansür edilmeksizin diğer bireylerle iletişim kurma yönünde hukuksal menfaatini güvence altına aldığından²⁸⁰⁶ bu kapsamda pozitif yükümlülükler de öncelikle haberleşmenin önündeki engelleri kaldırmaya yöneliktir. Nitekim 8. madde birçok mahpusun haklarını özellikle de haberleşme hakkını koruma aracı olarak kullanılmaktadır²⁸⁰⁷.

Günümüzde mahpuslara uygulanan ceza politikası yaklaşımı değişmiş ve yalnızca ıslahı öngören anlayış değişmiş ve mahpusların yeniden sosyalleştirilmesi suretiyle toplumsal hayata geri kazanılmalarını amaçlayan yalışımlara dönülmüştür²⁸⁰⁸. Dolayısıyla da mahkumların haberleşmesini sağlayacak imkan sunmak devletin pozitif yükümlülükleri arasında sayılmıştır.

AİHM, cezaevlerinde gerçekleştirilen haberleşmeye yönelik her türlü müdahaleyi 8. maddede güvenceye bağlanan haberleşmeye saygı hakkı

²⁸⁰³ Pibernik/Croatia, App. No. 75139/01, 4 March 2004, par. 64.

²⁸⁰⁴ Janis/Kay/Bradley, s. 403.

²⁸⁰⁵ Tezcan/Erden/Sancakdar/Önok, s. 386.

²⁸⁰⁶ Kilkelly, s. 19.

²⁸⁰⁷ Jacobs/White, s. 197; Jacobs/White/Obey, s. 398.

²⁸⁰⁸ Altınsoy, s. 38.

kapsamında incelemektedir²⁸⁰⁹. Dolayısıyla da haberleşmeye saygı hakkı kapsamında birçok dava mahpusların haberleşmesine getirilen sınırlamalara ilişkindir²⁸¹⁰. Bu müdahaleler genellikle 8. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ulusal güvenlik, kamu güvenliği ve suçun önlenmesi amaçlarına dayandırılmaktadır²⁸¹¹. Haberleşmede ilke, hakkın öznesinin dilediği kişilerle iletişiminin engellenmemesi ve bu haberleşmenin ilgilerin izin yahut onayı olmaksızın üçüncü kişilerin müdahalesinden korunmasıdır.²⁸¹² Fakat Mahkeme mahkumların dış dünya ile iletişimlerinin belli ölçüde kontrolünün gerekli olduğunu kabul etmektedir. O yüzden bu anlamda haberleşmenin gizliliğine yapılan her müdahale, doğrudan 8. maddenin ihlalini teşkil etmemektedir²⁸¹³. AİHS'in 8. maddesi uyarınca haberleşme özgürlüğü ancak çok istisnai durumlarda ihlal edilebilmeli ve bu ihlal demokratik toplumda gereklilik ölçütüne uygun bir biçimde gerçekleştirilmelidir²⁸¹⁴. Nitekim 8. madde kapsamında mahpusların haberleşmesine saygı söz konusu olduğunda yasanın kalitesi ayrıntılı ve sıkı şekilde değerlendirilmekte ve daha katı bir öngörülebilirlik yahut kesinlik testi uygulanmaktadır²⁸¹⁵. Haberleşmenin gizliliğine yapılan her müdahale, doğrudan 8. maddenin ihlalini teşkil etmemekle birlikte devlet yetkili organlarının herhangi bir müdahalesi söz konusu olmaksızın da mahpusun haberleşmeye saygı hakkını pozitif yükümlülüklerini yerine getirmeme suretiyle ihlal edebilmektedir.

Devletin haberleşmeye saygı hakkı kapsamında pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin değerlendirildiği kararlardan biri Cotlet/Romanya kararıdır. Bu kararda 8. maddenin belirli koşullarda cezaevi makamları için bir mahpusa haberleşmesi için imkan sağlamaya yönelik pozitif bir yükümlülük getirdiği belirtilmiştir²⁸¹⁶. Söz konusu davada olduğu gibi, haberleşme ile ilgili kuralların cezaevi yönetmeliğine dayanmadığı, haberleşme aracı imkanlarının yetersiz sağlandığı (örneğin ayda iki zarf)²⁸¹⁷ ve mükerrer taleplerin dikkate

²⁸⁰⁹ Kil Kelly, s. 19.

²⁸¹⁰ Clements, s. 164.

²⁸¹¹ Clements, s. 164.

²⁸¹² Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 170.

²⁸¹³ Roagna, s. 46.

²⁸¹⁴ Yavuz, H., s. 240.

²⁸¹⁵ Arai-Takahashi, s. 11.

²⁸¹⁶ Cotlet/Romania, App. No. 38565/97, 3 June 2003, par. 60-65

²⁸¹⁷ Cotlet/Romania, App. No. 38565/97, 3 June 2003, par. 62.

alınmadığı özel durumlarda 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır²⁸¹⁸.

Öte yandan AİHM içtihatlarında, Sözleşme'nin 8. maddesinin devletlerin tüm mahpusların yazışmalarında posta ücreti ödemelerini zorunlu kılmadığını ve mahpusların yazı malzemesinin seçimini garanti etmediğini hatırlatmaktadır²⁸¹⁹. Bununla birlikte, mahkumun yazışması maddi imkanların yetersizliği nedeniyle ciddi şekilde engellenmişse bir sorun ortaya çıkabilir²⁸²⁰.

Mehmet Nuri Özen ve diğerleri/Türkiye kararında başvuruçuların ailelerine yazdıkları Kürtçe mektupları ilgili adreslere göndermeyen cezaevi disiplin kurulu, mektupların tercümesini gerçekleştirmek için ne personel ve ne de gerekli kaynağın olmadığını belirtip, bu mektupların başvuranların masrafları üstlenmesi koşuluyla yeminli tercüman tarafından çevrildikten ve içeriklerinin sakıncalı olmadığı anlaşıldıktan sonra alıcı adreslere gönderilebileceğini belirtmiştir²⁸²¹. Dosyayı karara bağlayan ceza infaz hakimi Cumhuriyet Savcısı'nın "resmi dil dışında yazılan mektupların 5275 sayılı Kanun'un 68. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak kontrol edilebilmesi için tercüme edilmeleri gerektiğini; tercüme masraflarının cezaevi yönetimi tarafından karşılanmasını zorunlu kılan bir yasal hüküm olmadığını; mevcut durumda, masraflar ilgili şahıslar tarafından da karşılanmadığı için itiraz edilen kararda hiçbir yasa dışılık bulunmadığını" belirten talepten aldıkları sonra, başvuranın itirazını reddetmiştir²⁸²². AİHM ise, somut olayda, devlete bu konuda pozitif bir yükümlülük atfederek²⁸²³, 8. madde kapsamında mahpusun haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır²⁸²⁴.

Bu bağlamda mahpusların haberleşmesine yönelik olarak cezaevi idarelerine bazı pozitif yükümlülüklerin düştüğü açıktır. Örneğin AİHK, mektupların gönderilmesi ve alınması konusunda cezaevi yönetiminin görevlendirilmesi halinde, mektubun akıbeti hakkında mahpusu bilgilendirme konusunda devletin pozitif bir

²⁸¹⁸ Akandji Kombe, s. 47.

²⁸¹⁹ Boyle/United Kingdom, App. No. 9659/82, 6 March 1985, par. 91; Farrant/United Kingdom, App. No. 7291/75, 18 October 1985, par. 5; Cotlet/Romania, App. No. 38565/97, 3 June 2003, par. 61.

²⁸²⁰ Cotlet/Romania, App. No. 38565/97, 3 June 2003, par. 61.

²⁸²¹ Mehmet Nuri Özen/Turkey, App. No. 15672/08; 24462/08; 27559/08; 28302/08; 28312/08; 34823/08; 40738/08; 41124/08; 43197/08; 51938/08 and 58170/08, 11 January 2011, par. 12.

²⁸²² Mehmet Nuri Özen/Turkey, App. No. 15672/08; 24462/08; 27559/08; 28302/08; 28312/08; 34823/08; 40738/08; 41124/08; 43197/08; 51938/08 and 58170/08, 11 January 2011, par. 11.

²⁸²³ Altınsoy, s. 48.

²⁸²⁴ Mehmet Nuri Özen/Turkey, App. No. 15672/08; 24462/08; 27559/08; 28302/08; 28312/08; 34823/08; 40738/08; 41124/08; 43197/08; 51938/08 and 58170/08, 11 January 2011, par. 61.

yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir²⁸²⁵.

AIHM'in konu ile ilgili 2017 yılında karara bağladığı Lebois davasında başvuran, tutuklandıktan sonra on iki gün boyunca, ailesiyle veya başkalarıyla temasta bulunamadığını ve özgürlüğünden mahrum bırakıldığını bildiremediğini ve bu süreçte ziyaretleri kabul etmek ve telefonda ailesiyle konuşmak üzere yeterli olanakların sağlanamamasından şikayetçi olmuştur²⁸²⁶. AIHM, tutuklanan veya gözaltına alınan bir aile üyesinin, kısa bir süre için bile olsa ortadan kaybolmasının ailesi için derin kaygıya neden olabileceğini göz önünde bulundurarak gözaltına alındıktan sonra bu kişinin ailesinden biriyle hızla temas kurabilmesini sağlamanın 8. madde uyarınca devletin pozitif yükümlülüğünü olduğunu belirtmiştir²⁸²⁷.

Avrupa Cezaevi Kuralları'nın 24.1 ve 2. bendine göre²⁸²⁸, mahpusların, aileleriyle, diğer kişilerle veya dışarıdaki örgütlerin temsilcileriyle mektup, telefon veya diğer iletişim araçlarıyla olabildiğince sık iletişim kurmalarına izin verilmelidir. Düzen, asayiş ve güvenlik sebebiyle bu imkan sınırlanabilse de makul bir asgari düzeyde iletişime izin verilmelidir. Sonuç olarak, haberleşmeye saygı hakkının yerine getirilmesi hususunda kaynak yokluğu makul bir gerekçe olarak kabul edilmeyip mahpusların dış dünya ile ilişki kurup toplumla yeniden bütünleşmesini kolaylaştıracak şekilde infaz sürecinin yürütülmesi konusunda devletler pozitif yükümlülüklerini yerine getirmelidir²⁸²⁹.

Haberleşmeye saygı hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerinin ileri sürüldüğü bir diğer konu ise işverenlerin çalışanlarının bilgisayarından internet iletişiminin (mail, messenger) izlemesi sonucu özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkına müdahaleye ilişkindir. 2017 yılında AIHM'de Bărbulescu kararına²⁸³⁰ konu olan olayda başvuran işyerinde Yahoo messenger hesapları üzerinden yaptığı görüşmelerin izlenmesi ve kaydedilmesi sonucu işten atılmasını şikayet konusu yapmıştır. Özel hayata ve haberleşmeye üçüncü kişilerin müdahalesine örnek teşkil eden bu olayda AIHM, davayı Devlet'in pozitif yükümlülükleri açısından

²⁸²⁵ Altınsoy, s. 49.

²⁸²⁶ Lebois/Bulgaria, App. No. 67482/14, 19 October 2017, par. 48.

²⁸²⁷ Lebois/Bulgaria, App. No. 67482/14, 19 October 2017, par. 53.

²⁸²⁸ Recommendation Rec(2006) 2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules. Bkz. (https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d8d25#_ftn1, E.T. 15.04.2017).

²⁸²⁹ Altınsoy, s. 38.

²⁸³⁰ Bărbulescu/Romania, App. No. 61496/08, 5 September 2017.

incelemiştir.

AİHM, yerel mahkemelerin, özellikle, başvuranın, Yahoo Messenger'daki iletişimlerinin izlenebileceği uyarısını işvereninden önceden alıp almadığı, izlemenin niteliği, kapsamı ya da özel hayatına ve haberleşmesine müdahale derecesine ilişkin bilgi sahibi olmadığı gerçeğini dikkate almadığını vurgulamıştır. Buna ek olarak yerel mahkeme, izleme önlemlerinin uygulanmasını haklı gösteren özel sebeplerin olup olmadığını saptamamıştır. Ayrıca işverenin, başvuranın özel hayatına ve yazışmalarına daha az müdahale eden tedbirleri alıp alamayacağını ve haberleşmesinin bilgisi dışında erişilmiş olup olmadığını tespit etmemiştir²⁸³¹.

Devletin takdir marjına rağmen, AİHM, yetkili makamların, başvuranın özel hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkının yeterli bir biçimde korunmasını gözetmediği sonucuna ulaşmıştır. Bununla birlikte çalışanın özel hayatına ve haberleşmesine saygı hakkı ile işverenin menfaatleri arasında adil denge kurmanın devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir²⁸³². Tüm bu sebeplerle de 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir²⁸³³. Ayrıca Mahkeme, bu alandaki hızlı gelişmeler dolayısıyla keyfiliğe karşı oranlılığa ve usule ilişkin güvencelerin sağlanmasının gerektiğini belirtmektedir²⁸³⁴.

Mahkeme yazışmaların işverene ait bilgisayar ve kurumsal mail hesabı üzerinden yapılmasının özel hayatın gizliliğine yapılan müdahaleyi meşrulaştırmayacağı kanaatindedir. Çünkü işveren izleyeceği iletişimin tüm kapsam ve boyutları hakkında işçiyi önceden açıkça bildirimde bulunmakla yükümlüdür²⁸³⁵.

Yargıtay'ın işçinin elektronik postalarının işverence denetlenmesine ilişkin 2010 yılında verdiği karar²⁸³⁶ aksi yöndedir. Karara göre; işçinin işlerini yürütmesi amacıyla kendisine işveren tarafından verilen bilgisayar ve e-mail adreslerini kullanarak işle ilgili olmayan elektronik yazışmalarını işverenin her zaman denetleme yetkisi bulunmaktadır.

Kanımızca haberleşmenin gizliliğine üçüncü kişilerin müdahalesi söz

²⁸³¹ Bărbulescu/Romania, App. No. 61496/08, 5 September 2017, par. 140.

²⁸³² Bărbulescu/Romania, App. No. 61496/08, 5 September 2017, par. 124. Aynı yönde López Ribalda and Others/Spain, App. No. 1874/13 and 8567/13, 9 January 2018, par. 61.

²⁸³³ Bărbulescu/Romania, App. No. 61496/08, 5 September 2017, par. 141.

²⁸³⁴ Bărbulescu/Romania, App. No. 61496/08, 5 September 2017, par. 121.

²⁸³⁵ Bărbulescu/Romania, App. No. 61496/08, 5 September 2017, par. 121.

²⁸³⁶ Yar. 9 HD., E. 2009/447, K. 2010/37516, T. 13.12.2010 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/yargitay/yd51.htm>, E. T. 01.02.2018).

konusu olduğuunda devletin sorumluluğu koruma yükümlülüğünden doğmaktadır. Bu bağlamda birey-birey ekseninde menfaat dengesi kurulurken, müdahalenin ağırlığı karşısında edinmesi beklenen menfaatin gerekliliğı tartışılabilir. Söz konusu olayda işverenin iş disiplinini, çalışanlarının verimliliğini, şirket kaynaklarının kişisel amaçlarla kullanılmamasını sağlamak gibi amaçları olduğu ileri sürülebilir. Fakat işverenin bu amaçlarına çalışanlara haberleşmenin izleneceğı bildiriminde bulunarak da ulaşması mümkündür. Dolayısıyla bu alanda artan ihlalleri önlemek üzere devlet işçi-işveren arasındaki bu konuya ilişkin yasal ya da idari düzenlemeler ile pozitif yükümlülüğünü yerine getirebilir. Nitekim işverenin işyerinde denetim ve disiplin yetkisi, işçinin haberleşmeye saygı hakkına doğrudan müdahaleye imkan vermemelidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN 8. MADDESİ İŞİĞİNDA
TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA
DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ
VE DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukuktaki Yeri

Emredici ve bağlayıcı içeriği ile üstün hukuk kuralı niteliği taşıyan²⁸³⁷ aynı zamanda insan hakları alanında Türkiye’nin taraf olduğu en önemli Sözleşme olan AİHS’in²⁸³⁸ iç hukukta yerinin saptanması, yasama organına AİHS’e aykırı bir yasayı yapmama yükümlülüğünü, yargı organına ise AİHS’e aykırı bir mevzuatı uygulamama yükümlülüğü getirebilir²⁸³⁹. Bu sebeple de devlet erklerinin yükümlülüklerini saptamadan önce AİHS’in iç hukuktaki yerini belirlemek gerekmektedir.

Anayasa’nın²⁸⁴⁰ 90. maddesinin son fıkrası gereğince²⁸⁴¹ usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir²⁸⁴². Bunlar

²⁸³⁷ Çağlar, Yargıçlar Zamanı, s. 61.

²⁸³⁸ AYMK, E. 1990/25, K. 1991/1, T. 10.01.1991, (RG. T. 05.03.1992, S. 21162).

²⁸³⁹ Inceoğlu, Sibel; “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Ed. Sibel Inceoğlu), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 7.

²⁸⁴⁰ Çalışmamızda “Anayasa” ifadesi 1982 Anayasası’nı belirtmek üzere kullanılmıştır.

²⁸⁴¹ Bu hüküm, Anayasa’nın Sözleşme’nin iç hukuktaki yeri konusunda “monist” (tek düzen) yaklaşımın benimsendiğini göstermektedir. Bu yaklaşıma göre andlaşmanın iç hukukta da bağlayıcı olması sağlanmakta ve ayrıca bir iç hukuk düzenlemesi yapılmasına gerek yoktur. (Akıllıoğlu, AİHS, s. 157. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 21, 23; Tunç, s. 179; Türmen, s. 33; Surlu, Aydan Ömür; “İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması”, TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 161; Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 19).

²⁸⁴² Birleşik Krallık, İrlanda ve Norveç dışında kalan üye devletlerde AİHS iç hukukta doğrudan etkiye sahiptir. Avusturya, Fransa ve İsviçre’de Sözleşme normlar hiyerarşisi bakımından anayasal düzeyde yer alır. Macaristan, Lüksemburg ve Hırvatistan ve İspanyol hukukunda sözleşme anayasa-üstü norm niteliğindedir. Almanya ve İtalya’da Sözleşme kanun değerindedir. (Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 131; Çavuşoğlu, Naz; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayını, 1994, s. 86; Fendoğlu, Hasan Tahsin, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm’ veya ‘Destek Ölçü Norm’ Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVII, Ankara, 2000, s. 372). Portekiz ve Türkiye’de ise Sözleşme Anayasa ile kanun arasında bir değere sahiptir. (Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 131; Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 224; Fendoğlu, s. 372).

hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacaktır²⁸⁴³.

Görüldüğü üzere 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile²⁸⁴⁴ isabetli bir biçimde sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere yasalar karşısında öncelik tanınması sonucu insan hakları alanında ulusal hukuk-uluslararası hukuk çatışmasında AİHS'in mi, yahut Anayasa'nın bir hükmünün mü; AİHM kararlarının mı, yoksa ulusal takdir marjı (margin of appreciation) içinde ulusal yargıçların verdikleri kararların mı üstün olduğu tartışması sonlanmıştır. Temel problem, AİHS'in yorumlanıp uygulanması sonucu oluşan AİHM kararlarının ulusal makamlar tarafından pratikte nasıl uygulanacağına ilişkindir²⁸⁴⁵.

Doktrinde AİHS gibi insan haklarına güvence sağlayan uluslararası sözleşme ile çatışan bir kanun hükmünü yasama organının yürürlüğe koymasının Anayasa'ya aykırılık yarattığı, bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin 90. maddenin son fıkrası gereği kanunu iptal etme yetkisine sahip olması gerektiğine işaret edilmiştir²⁸⁴⁶. Bu bağlamda yapılan tartışmalarda kimi yazarlar²⁸⁴⁷ AİHS'in yasalarla eşdeğerde olduğunu savunmakta iken kimi yazarlar²⁸⁴⁸ AİHS'in temel hak

²⁸⁴³ 7 Mayıs 2004 tarihli 5170 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile fıkraya eklenmiştir. (RG. T. 22.05.2004, S. 25469).

²⁸⁴⁴ 07.05.2004 tarih 5170 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 7. maddesi ile Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümle şu şekildedir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır".

²⁸⁴⁵ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 194.

²⁸⁴⁶ İnceoğlu, İHAS, s. 10.

²⁸⁴⁷ AİHS'in Anayasa'nın 90. maddesinde belirtildiği üzere kanun gücünde kabul edilmesi nedeniyle, Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesinin sözleşmenin yasaya yahut Anayasa'ya üstün olduğu şeklinde değerlendirilemeyeceği yönündedir. (Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayını, Ankara 2011, s. 411. Şahbaz, İbrahim; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", TBB Dergisi, S. 54, 2004, s. 204); Özbudun'a göre Anayasa Mahkemesi'ne bir kanunu milletlerarası andlaşmaya aykırılık gerekçesiyle iptal etme yetkisi tanınmamış olduğundan bu andlaşmalar anayasallık bloğunun bir parçası değildir. (Özbudun, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 423); Bu görüşün aksine Arslan ise Anayasa ile Sözleşme arasındaki uyumsuzluğun nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda Anayasa Mahkemesi'nin sözleşme hükümlerini Anayasa'ya üstün kabul etmesini savunmaktadır. (Arslan, Uyum Sorunu, s. 278). Gözler ise, Sözleşme'nin anayasa-üstü değer taşıdığını ileri süren yazarların bu bakış açısının hukukî değil, tamamen moral olduğu yönünde eleştirmiştir. (Gözler, Kemal; "İnsan Hakları Normlarının Anayaüstülüğü Sorunu", Türkiye'de İnsan Hakları, Ankara, TODAİE Yayını, 2000, s. 35-38).

²⁸⁴⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 23; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 279; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 505; Necmi; Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHFY, İstanbul, 1993, s. 4, 5, 13, 34; Savcı,

ve hürriyetlere ilişkin olmasından ötürü yasaüstü değer taşıdığını ileri sürmektedir. Aksini savunan yazarlardan olan *Gözler* ise, AİHS ile Türk Anayasası arasında bir hiyerarşi olmadığını vurgulayarak, Anayasa Mahkemesi, AİHS'e aykırı olduğu gerekçesiyle bir kanunu iptal ederse, Türk kanunlarıyla AİHS arasında bir hiyerarşi kurulmuş olacağını ve bu durumun Türkiye Cumhuriyetinin egemen bir devlet olarak sonu olacağını belirtmiştir²⁸⁴⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin hiçbirinde de AİHS'in anayasalardan üstün olduğunu düzenleyen bir norm mevcut değildir²⁸⁵⁰. Nitekim gerek Türk hukukunda gerekse Avrupa Konseyi ülkelerinin hukukunda AİHS, anayasanın üstünde değildir²⁸⁵¹.

Anayasa Mahkemesi de bugüne kadar uluslararası sözleşme ile çatışan herhangi bir normu ne AİHS'e ne de 90. maddenin son fıkrasına dayanarak iptal etmiştir²⁸⁵². Fakat Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarının karşıoy gerekçelerinde bazı kanunların ilgili hükmünün AİHS'i ihlal ettiğinden bahisle Anayasa'nın 90. maddeye aykırı olduğu savunulmuştur²⁸⁵³. Ancak diğer uluslararası belgeler gibi

Bahri; "İnsan Hakları Üzerine Uluslararası Alanda "Norm-İlkeler" ve Türk İç Hukuku", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, C. XXXV, S. 1, 1980, s. 18; Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 19; Memiş, s. 132, 135; Akıllıoğlu, Tekin; "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, C. I, Mayıs-Eylül 1991, S. 2-3, s. 41-42; Akıllıoğlu, AİHS, s. 164; Arslan, Uyum Sorunu, s. 278; Batum, AİHS, s. 135; Yüzbaşıoğlu, Necmi; "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, C. II, Mayıs 1994, S. 1, s. 28.

²⁸⁴⁹ Gözler, Kemal; "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstü Sorunu", Türkiye'de İnsan Hakları, Ankara, TODAİE Yayını, 2000, s. 39.

²⁸⁵⁰ Altıparmak/Kerem/Karahanoğulları, Onur; "Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasa'nın Zımnen İptali", İnsan Hakları Yıllığı, C. XIX-XX, TODAİE, Ankara, 1997-1998, s. 225.

²⁸⁵¹ Altıparmak/Karahanoğulları, s. 232.

²⁸⁵² AYMK, E. 2008/22, K. 2010/82, T. 17.06.2010 "Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde oldukları vurgulanmış ve bu andlaşmalardan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, mahkemelerin bakmakta oldukları davalarda temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir kanun hükmünün uluslararası andlaşmalarla farklı hükümler içerdiğini saptamaları durumunda, milletlerarası andlaşma hükümlerini uygulayacağı açıktır. Açıklanan nedenlerle, iptali istenen fıkranın, Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmediğinden iptal isteminin reddi gerekir." (RG. T. 11.01.2011, S. 27812).

²⁸⁵³ Anayasa Mahkemesi üyesi Engin Yıldırım, 5952 sayılı Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 9. maddesinin ilk fıkrasının (b) bendinin, (1) numaralı alt bendinde, Müsteşarlığın ana hizmet birimlerinden olan Araştırma-Geliştirme Daire Başkanlığının, "terörle mücadele alanında; veri, bilgi ve belgeleri toplamak, tasnif etmek, analiz ve değerlendirmeler" yapmakla görevli olduğu hükmünün "veri, bilgi ve belgeleri toplamak, tasnif etmek", kısmının iptali isteminin reddedildiği davada ilgili hükmün Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 17. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesini ihlal ettiğinden bahisle Anayasa'nın 90. maddesine de aykırı olduğunu belirtmiştir. AYMK, E. 2010/40, K. 2012/8, T. 19.01.2012, (RG. T. 06.03.2013, S. 28579).

AİHS normları da anayasallık bloğu²⁸⁵⁴ içinde bağımsız ölçü norm değil, destek ölçü normlardır²⁸⁵⁵. Bir başka ifadeyle Türk Anayasa Mahkemesi, insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmaları “referans norm” olarak kabul etmektedir²⁸⁵⁶. Hatta Anayasa Mahkemesi sadece AİHS’i değil AİHM kararlarını da destek ölçü norm olarak kullanmakta ve bu kararlara sıkça atıfta bulunarak kararlarını gerekçelendirmektedir²⁸⁵⁷. Böylelikle Sözleşme’ye taraf tüm devletlerde anayasaların, AİHS’in gerekleri doğrultusunda yorumlanmasıyla temel hak ve özgürlükler alanında yeni bir anayasal yorum biçiminin geliştiği de ileri sürülebilir²⁸⁵⁸.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Hiyerarşik Yeri Karşısında Devlet Erklerinin Yükümlülükleri

AİHS’e taraf devletler yasama, yürütme ve yargı organlarının tüm işlem ve uygulamalarında Sözleşme hükümlerine uygun şekilde davranmalarını taahhüt etmişlerdir²⁸⁵⁹ ve dolayısıyla devlet Sözleşme’nin uygulanmasında yasama, yürütme ve yargı şeklinde üç erk (AİHS m. 1, 3, 19) düzeyinde sorumlu bulunmaktadır²⁸⁶⁰. Bu yönde AİHK da bir kararında “Sözleşme’nin taraf devletlerin yasama organı dahil bütün kurumlarını bağladığı”nı vurgulamıştır²⁸⁶¹.

²⁸⁵⁴ Anayasallık bloğu hakkında ayrıntılı çalışma için bkz. Yüzbaşıoğlu, Necmi; Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1993.

²⁸⁵⁵ Özbudun, s. 423; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 423; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 500; Inceoğlu, İHAS, s. 14; Altıparmak/Karahanoğulları, s. 220-221; Arslan, Uyum Sorunu, s. 282; Tunç, s. 187. Aynı yönde “İnsanın içinde yaşadığı ulusun bireyi olması kadar, aynı zamanda insanlığın da üyesi bulunması, çağımızda insan hak ve hürriyetlerini, yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarmış ve evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu bakımdan İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ile İnsan Hakları Sözleşmesini de, itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur” AYMK, E. 1979/38, K.1980/11, T. 29.01.1980, (RG. T. 15.05.1980, S. 16989); AYMK, E.1992/8, K.1992/39, T. 16.6.1992, (RG. T. 06.10.1992, S. 21367).

²⁸⁵⁶ Fendoğlu, s. 373; Fakat Anayasa Mahkemesi’nin AİHS hükümlerini bağımsız ölçü norm olarak değil de destek ölçü norm olarak kullandığı ayrıca kendi gerekçelerini güçlendirmek ve AİHS ile Anayasa arasında çatışma olmadığı şeklinde değerlendirmelerde bulunduğu dikkate alındığında, bu savın Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nde askeri üye bulundurulmasını düzenleyen Anayasa’nın 143. maddesinde AİHM kararı doğrultusunda gerçekleştirilen değişiklik karşısında yerinde olmadığı ileri sürülmektedir. (Şahbaz, Türk Yargı Sistemi, s. 188; Türmen, s. 38).

²⁸⁵⁷ Inceoğlu, İHAS, s. 15.

²⁸⁵⁸ Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 224.

²⁸⁵⁹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 67.

²⁸⁶⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 24; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 67.

²⁸⁶¹ Arslan, Uyum Sorunu, s. 278.

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinin temel amacı, bireyi özgürleştirmek ve bu özgürlüğü sınırlandırabilecek iktidar odaklarına karşı meşru bir güçle donatmaktır. Ancak, sözleşmenin onaylanması ile, bu özgürleştirme ve güçlendirme işlevi kendiliğinden gerçekleşmez. Sözleşme’de korunan normlar ancak, devletin yasama, yürütme, ve yargı organları eliyle gerçek hayatta etki eder²⁸⁶². Çünkü Sözleşme’nin etkili şekilde uygulanabilmesi için tüm taraf devletlerin yasama, yürütme ve yargı organları tarafından çeşitli tedbirlerin alınması gerekmektedir. Sözleşme ile üstlenilen yükümlülüklerin tam ve gereği gibi yerine getirilebilmesi için, aynı zamanda bu üç organın aldıkları tedbirlerin birbirini tamamlaması gerekir²⁸⁶³.

AİHS sistemi gibi uluslararası mekanizmaların oynadığı hayati role rağmen insan haklarının etkili şekilde korunması ulusal düzeyde başlayıp bitmektedir. AİHM sisteminde iç hukuk yollarının tüketilmesinin anlamı da hak ve özgürlüklerin teminat altına alınmasındaki esas sorumluluğun yerel otoritelerin sorumluluğunda olduğudur²⁸⁶⁴. Bu sebeple de insan haklarının korunmasında yasama, yürütme ve yargının yükümlülükleri ilk planda önem arzeden konudur.

AİHM’e başvurular, Sözleşme’ye taraf devletlerin yasama, yürütme ve yargı organlarının iş ve eylemlerinin gözden geçirilmesi talebiyle yapılır. Bu doğrultuda Sözleşme, taraf devletlerin egemenlik hakları ile Sözleşme kurumlarının denetim yetkisi arasında bir denge oluşturma çabası içerisindedir²⁸⁶⁵. Sonuç olarak AİHS’in Türk anayasal düzenine ve bu bağlamda yasama, yürütme ve yargı erklerinin yükümlülüklerine etkisi önem arz etmektedir.

²⁸⁶² Gül, İdil Işıl; “Yasamanın İnsan Haklarına İlişkin Yükümlülükleri”, 9 Kasım 2012, Afyonkarahisar, http://engelli.eyh.gov.tr/sozlesme/dosyalar/sunumlar/afyon_yasama/idil_isil_gul_yasamanin_insan_haklari_sozlesmelerine_iliskin_yukumlulukleri.pptx, s. 2., E. T. 25.10.2016.

²⁸⁶³ Gül, s. 3.

²⁸⁶⁴ Tulkens, s. 9. Bu görüş doğrultusunda AİHM Başkanı Luzius Wildhaber de, AİHM’nin ulusal otoritelerin rolünü üstlenemeyeceği, kural olarak ulusal otoritelerin sözleşme veya eki protokollerin düzenlediği hususlarda uygun gördükleri önlemleri almada serbest olduklarını, bu Mahkemenin denetiminin de sadece söz konusu önlemlerin sözleşme gereklerine uygun olup olmadığı ile sınırlı olduğunu belirtmiştir. (Wildhaber, s. 26).

²⁸⁶⁵ Bıçak, s. 106.

1. Yasama Erkinin Yükümlülükleri

AİHS’i onaylayan devletler 1. madde uyarınca otomatik olarak ulusal mevzuatlarını Sözleşme ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına girerler²⁸⁶⁶. Bu gereklilik aynı zamanda genel karakterli çekinceler koyma yasağı getiren AİHS’in 57. maddesi²⁸⁶⁷ ile de pekiştirilmiştir²⁸⁶⁸.

Ülkemizde Anayasa ve taraf olduğumuz AİHS’e uygun kanun yapma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi’nindir. Bu bağlamda devletin yükümlülüğü, yasama yetkisini kullanarak hak ve özgürlükleri anayasa ve kanunlarla güvence altına almak ve geliştirici düzenlemeler yapmaktır. Nitekim yasama erkinin görevlerinin düzenlendiği Anayasa’nın 87. maddesinde kanun koyma, değiştirme ve kaldırmanın TBMM’nin görev ve yetkisi olduğu açıkça belirtilmiştir²⁸⁶⁹. Bu bağlamda hak ve özgürlükleri tanıma ve sınırlama makamı olarak yasamanın²⁸⁷⁰ AİHS’e aykırı kanuni düzenlemeleri değiştirme²⁸⁷¹ aynı zamanda AİHS ile çatışan nitelikte kanuni düzenleme yapmama yükümlülüklerindendir²⁸⁷². Dolayısıyla kanun koyucunun Sözleşme hükümlerine aykırı normlar kabul etmemesi gerekmektedir²⁸⁷³. Fakat bu

²⁸⁶⁶ Gomien, s. 15.

²⁸⁶⁷ Madde 57-“(1)Bu Sözleşme’nin imzası ve onaylama belgesinin sunulması sırasında her devlet, Sözleşme’nin belirli bir hükmü hakkında, ülkesinde yürürlükte olan bir yasanın bu hükümle bağdaşmazlığı konusunda bir çekince koyabilir. Bu madde genel nitelikte çekinceler konmasına izin vermez. (2) Bu madde uyarınca konulacak her çekince, sözü edilen yasayla ilgili kısa bir açıklama içerir.”

²⁸⁶⁸ Gomien, s. 15.

²⁸⁶⁹ Anayasanın 87. maddesinde, TBMM’nin görev ve yetkileri genel olarak düzenlenmiştir. 87. maddenin son cümlesinde “...Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri ve görevleri yerine getirmektir” ifadesiyle bu yetkilerin sınırlayıcı nitelikte kaleme alınmadığı anlaşılmaktadır. (Başar, s. 22).

²⁸⁷⁰ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 59.

²⁸⁷¹ Kaboğlu, İbrahim Ö.; “Türkiye’nin Anayasal Düzeni Açısından Hukuk Devleti İlkesi”, Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa, Fazıl Sağlam 65 Yaş Armağanı (Haz. Osman Can, Ülkü Azrak, Yavuz Sabuncu), İmaj Yayınevi, Ankara, 2006, s. 298.

²⁸⁷² Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 22; İnceoğlu, İHAS, s. 10.

²⁸⁷³ Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca kanun koyucu konu itibarıyla sınırlandırılmamıştır, anayasaya aykırı olmamak şartıyla, istediği her konuyu kanunla düzenleyebilir. Anayasanın “yasama yetkisini” düzenleyen 7. maddesi bu yetkiyi Türkiye Büyük Millet Meclisine vermekle birlikte yasama yetkisinin ve yasamanın düzenleme alanının anlam ve kapsamına ilişkin herhangi bir ayrımı içermemektedir. (Özbudun, , s. 213; Teziç, Erdoğan; Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 17; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 237; Gözler, Genel Esaslar, s. 356; Başlar, Kemal; “Anayasa Mahkemesi’nin Yasama Yetkisinin Genelliği İlkesi ile İlgili Bir Kararının Düşündürdükleri”, Yasama Dergisi, S. 7, 2007, s. 18); Tanör ve Yüzbaşıoğlu yasama yetkisinin genelliğini şu şekilde ifade etmiştir: “...Klasik parlamenter rejimlerde, anayasa çerçevesinde herhangi bir alanı “ilk-el düzenleme” yetkisi, yasama organıdır. Parlamentonun bu “ilk-el” düzenleme yetkisi “genel ve aslı” bir yetkidir. Hukukumuzda yasama yetkisinin genelliği kanunla düzenleme alanının konu bakımından sınırlı olmadığı, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla her

durum ancak Sözleşme'nin kanundan daha güvenceli bir düzenleme içerdiği varsayımına dayandığında doğrudur²⁸⁷⁴.

Türk hukukunda AİHS'e taraf olmanın gereği ve buna bağlı olarak AİHM kararlarının yerine getirilmesi genellikle yasama işlemine yol açmaktadır²⁸⁷⁵. Türkiye'nin AİHS'e taraf olması sonucu anlaşmaya uyma, anlaşmaya yasalardan üstün bir nitelik tanıma, anlaşmaya karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvuramama pacta sunt servanda (ahde vefa) ilkesinin²⁸⁷⁶ de bir gereği olup²⁸⁷⁷, ilkenin uygulanması siyasi bir sorun teşkil etmektedir. Böyle bir sorunun takdiri ise, yasama ve yürütme organına aittir. AİHS hükümlerinin ihlalinin mevcut iç hukuk düzenlemelerimizden kaynaklandığı durumlarda yasamanın yükümlülüğü bu durumu tespit ettikten sonra çağdaş insan hakları anlayışına yaraşır şekilde mevzuat değişikliğine gitmektir²⁸⁷⁸.

Anayasa'nın 90. maddesinin son cümlesi insan haklarına koruma getiren uluslararası sözleşmeyle çatışan kanunun uygulanmamasını emrettiğine göre, kanun koyucunun usulüne göre yürürlüğe konmuş insan hakları sözleşmeleriyle çatışan bir kanunu kabul etme özgürlüğüne sahip olduğu söylenemez²⁸⁷⁹. Bu sebeple yasama organı AİHS ile ters düşen hükümleri iç hukukuna koymamakla yükümlüdür²⁸⁸⁰. Yasa koyucunun bu konudaki hassasiyeti insan haklarının korunmasının önündeki hukuki engellerden en büyüğünü yıkacaktır. Nitekim Türk iç hukukuna

konunun kanunla düzenlenebileceği anlamına gelir. Bu çerçevede yasama organı anayasa sınırları içinde kalmak koşuluyla tüm sosyal ilişkilerin belirleyicisi ve hukuk düzeninin yaratıcısıdır. Yasama yetkisinin genelliği, aynı zamanda yasama organının, bir konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı olarak düzenleyebileceğini de ifade eder. Kuşkusuz, bir konunun genel ilkelerinin çerçevesinin yasama organınca belirlendikten sonra, ayrıntılı düzenlemenin yürütme organına bırakılması, bu iki organın yapıları ve işleyişleri bakımından doğal ve ideal olanıdır. Ancak, yasama organının bir konuyu en ince ayrıntıları ile düzenlemesi, yürütme ve idareye düzenleme alanı bırakmaması hukuken mümkündür" (Tanör/Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku, s. 280).

²⁸⁷⁴ Başlar, Kemal; "Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Yetkisinin Genelliği İlkesi ile İlgili Bir Kararının Düşündürdükleri", Yasama Dergisi, S. 7, 2007, s. 18.

²⁸⁷⁵ Gözlüğü, s. 528.

²⁸⁷⁶ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin ahde vefa (pacts sunt servanda) başlıklı 26. maddesine göre "Yürürlükteki her andlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir." Uluslararası hukukta yerleşmiş ve en önemli ilkelerden biri olan "Pacta sunt servanda" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Vienna Convention on the Law of Treaties, (Eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach), Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012, s. 427 vd.

²⁸⁷⁷ Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 19.

²⁸⁷⁸ Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 22; Örneğin; Anayasa Mahkemesi'nin TBKP'yi kapatma kararına karşı AİHM'in Türkiye'yi AİHS'in 11. maddesinin ihlali nedeniyle mahkum etmesi sonucu yapılan başvuruyu Anayasa Mahkemesi reddetmişse de 1999 yılında yapılan Anayasa Değişikliği ile AİHS ve AİHM'in anayasa-üstü konumu kabul edilmiştir. (Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 23).

²⁸⁷⁹ İncoğlu, İHAS, s. 10.

²⁸⁸⁰ Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 22; İncoğlu, İHAS, s. 10.

bakıldığında, uluslararası belgelerin tüm olumlu yönlerinin geliştirilerek kabul edildiği hatta insan haklarına ilişkin uluslararası belgeleri iç hukukun bir parçası sayıldığı görülmektedir (AY. m. 90/IV)²⁸⁸¹.

Yasama erkiyle ilgili olarak kanun taslaklarının, mevcut yasaların ve idari uygulamaların en kısa sürede AİHS’te belirtilen standartlara uygunluğunun teyit edilmesi gerekliliktir²⁸⁸². Bazı durumlarda davalı devletin, AİHM’in ihlal kararı üzerine mevzuatını Sözleşme ile uyumlu hale getirmek üzere yasa tasarısı hazırladığını bildirmesi durumunda Bakanlar Komitesi’nin bu bilgiyi davalı devletin yükümlülüğünü yerine getirmesi için yeterli saydığına ilişkin kararları da vardır²⁸⁸³. Fakat bundan AİHS’in iç hukuka aktarılması yahut iç hukukun bir bölümü haline getirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmak yanlıştır. Zira genel kabul gören görüşe göre, taraf devletlerin Sözleşme’nin ulusal alanda doğrudan uygulanması yönünde bir yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁸⁸⁴.

Devlet gerektiğinde insan haklarını korumak için kanuni düzenleme yapmakla ve aynı zamanda insan haklarına yönelik ihlalleri yaptırma bağlamakla yükümlüdür²⁸⁸⁵. Bunun yanı sıra pozitif yükümlülük doktrini kanun koyucunun hareketsizliğinin de yaptırma bağlanması mümkün olan insan hakları ihlali oluşturduğunu ortaya koymaktadır²⁸⁸⁶. Belli bir konuda yapılması gereken kanuni düzenlemenin hiç yapılmayarak o konuda hukuki boşluğun olması da insan hakkı ihlali oluşturabilir. Çünkü Sözleşme’de düzenlenen bir hak herhangi bir müdahaleye karşı ulusal mevzuatta güvence altına alınmamış ise, Sözleşme, bu eksikliğin kanun

²⁸⁸¹ Savcı, İnsan Hakları, s. 18.

²⁸⁸² Tulkens, s. 9. Uusoy’a göre AİHM’in Sözleşme’ye taraf devletlerin idari makamlarını, yargı mercilerini ve hatta yasama organlarının her türlü işlem ve uygulamalarının AİHS’e uygunluğunu değerlendirme yetkisi bulunmaktadır. Bu özellik de esasında AİHM’in “ulusalüstü” veya “uluslarüstü” niteliğinin de bir gereğidir. (Ulusoy, Ali; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004, C. LIII, S. 4, s. 129).

²⁸⁸³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 140; “On 16 April 1980, the Minister for Justice issued a circular etter to the public prosecutors explaining the proposed modification of legislation in this respect and instructing the public prosecutors to request the courts to hear the patient in all cases mentioned sub 1, in anticipation of the entry into force of the new legislation.” (Committee of Ministers, Airey/Ireland, 22.05.1981, Resolution DH (81) 8; Winterwerp/Netherlands, 24.06.1982, Resolution DH (82) 2).

²⁸⁸⁴ Harris/O’Boyle/Warwick, s. 24; Arslan, Uyum Sorunu, s. 276; Türmen, s. 32; Surlu, İnsan Hakları, s. 161.

²⁸⁸⁵ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 67.

²⁸⁸⁶ Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 231.

ya da içtihat yoluyla tamamlanmasını gerektirir²⁸⁸⁷. Örneğin, AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın ve aile hayatının iç hukukta özel yasama faaliyeti ile korunması yasama organının yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda AİHK ve AİHM, 8. madde çerçevesinde devletin özel ve aile hayatını fiili birliktelikleri de içerecek şekilde düzenlemek ve korumak üzere pozitif faaliyette bulunması gerektiğini belirtmiştir²⁸⁸⁸. Ayrıca aile yaşamına saygı hakkı, yasa koyucu tarafından aile koruyucu düzenleme yapılması zorunluluğunu da içermektedir²⁸⁸⁹. Her iki hak açısından da yasama organının hiç düzenleme yapmamış olması yasamanın ihmali sebebiyle insan hakkı ihlaline sebebiyet verebilir. Bunun ötesinde yasama organı, hakları sınırlamaktan çok onları güçlendirici, etkin bir biçimde kullanılmalarını sağlayıcı düzenlemeler getirmelidir²⁸⁹⁰.

Aynı zamanda oranlılık ölçütü uyarınca da taraf devletlerin yasama organından beklenen, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının mümkün olduğunca az sınırlanması, mevzuatın belirlenen amaçları gerçekleştirmek için özenli şekilde hazırlanmış olması, kanunun hakkaniyete uygun olması ve temelsiz düşüncelere dayanmamasıdır²⁸⁹¹.

2. Yürütme Erkinin Yükümlülükleri

AİHS gereği taraf her devlet her düzeydeki makam ve yetkililerinin AİHS'e aykırı tutum ve davranışlarından sorumludur. Yani kamusal görev icra eden kişilerin tüm işlem ve eylemleri hiyerarşik konumları fark etmeksizin devlete izafe edilebilir²⁸⁹². Bu bağlamda sorumluluk yürütme gücünü de kapsamaktadır. İdare hukukunu idari yargı yerlerinin içtihatlarının yanı sıra AİHM'in kararları da etkilemektedir. Bu etkinin temeli bireyi, yürütme erkinin en geniş alanını kapsayan idare karşısında daha güvenceli bir konuma getirme anlayışına dayanmaktadır²⁸⁹³.

²⁸⁸⁷ Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 208.

²⁸⁸⁸ Frowein, s. 112.

²⁸⁸⁹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 67.

²⁸⁹⁰ Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması, s. 24.

²⁸⁹¹ Fendoğlu, AİHM, s. 1.

²⁸⁹² Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 67.

²⁸⁹³ Gözlügöl, s. 526.

AIHS'in ihlali, bazı durumlarda Sözleşme'ye aykırı olmayan, ancak somut olayda yanlış yorumlanan Anayasa'ya ya da kanuna dayanarak gerçekleştirilen idari bir işlem veya mahkeme kararından kaynaklanabilir. İhlal, Sözleşme'ye aykırı bir idari işlemde kaynaklanıyorsa, bu işlemin geri alınması suretiyle, bunun etki ve sonuçlarını gidermek mümkündür²⁸⁹⁴.

Herhangi bir ulusal iş ya da eylemle Sözleşme hükümlerinin ihlal edildiği durumlarda davalı devlet AIHM kararının gereğini yerine getirmekle yükümlüdür. AIHM bazı durumlarda kanunun uygulanması işlemini icra eden yürütme organının aldığı tedbir, yaptığı iş ve eylem yahut ihmalleri de AIHS'e aykırı bulabilir. Bu durumda aykırılığı ortadan kaldırmakla yükümlü organ doğrudan yürütme organıdır. Yürütme organı olarak idari makamlar AIHS'e aykırı söz konusu iş ya da eylemi ortadan kaldırmadığı sürece ilgili kişinin başvurusu üzerine AIHS'e aykırı işlem ya da eylem idare mahkemesi kararıyla kaldırılabilir²⁸⁹⁵.

AIHS'in ihlalinin, AIHS'le çatışan bir kanundan kaynaklandığı durumlarda, uygulayıcıların (hükümet, idare, yargı) öncelikle o kanunu AIHM'in anlayışı doğrultusunda yorumlamaları ve uygulamaları gerekecektir. Ancak, ilgili kanunun kesin ve yoruma açık olmayan hükümler ihtiva etmesi halinde, o kanunun değiştirilmesi gerekmektedir²⁸⁹⁶. İdari işlem ya da eylemin kanuna uygun olduğu fakat kanunun AIHS'e aykırı olduğu bu gibi durumlarda AIHM kararının muhatabı yürütme değil, dolaylı olarak yasama organıdır. Zira kanun değişikliği yapma yükümlülüğü altında olan yasama organıdır²⁸⁹⁷.

İdari tasarruf kamulaştırma gibi seri bir tasarrufsa, uygulamaya son vermekle ihlal giderilebilir. İdari tasarruflardan kaynaklanan ihlal durumlarında tasarrufun geri alınması suretiyle eski halin iadesi mümkün olabilir. Tek sefere mahsus ve tekrarlanmayan bir idari tasarruftan ötürü adil bir tazminat ödemek suretiyle ihlalin sonucu ortadan kaldırılabilir²⁸⁹⁸. Zira idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür (AY. m. 125/VII)

²⁸⁹⁴ Erdem, Mustafa Ruhan/Korkmaz, Ömer; "Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. V, S. 2, 2003, s. 195; Batum, AIHS, s. 135.

²⁸⁹⁵ Gözlügöl, s. 525; Batum, AIHS, s. 135.

²⁸⁹⁶ Ünal, İç Hukuka Etki, s. 68.

²⁸⁹⁷ Gözlügöl, s. 526.

²⁸⁹⁸ Ünal, İç Hukuka Etki, s. 68; Memiş, s. 170; Gözlügöl, s. 526

Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara uygun şekilde faaliyette bulunmakla yükümlüdür (AY. m. 129/I). Bu durumda kamu görevlilerinin AİHS'e aykırı tutum ve davranışlarından da devletin sorumluluğu doğmaktadır.

Devlet organlarının belirli bir davranışı yahut işlemi dolayısıyla insan hakkı ihlali söz konusu olabileceği gibi bazen hareketsiz kalması da insan hakkı ihlaline yol açabilir²⁸⁹⁹. Örneğin, devlet kişilerin hukuki yardımdan yararlanması için alması gereken pozitif tedbirleri almaz ise, adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur²⁹⁰⁰. Yine AİHS 8. madde kapsamında aile hayatına saygıyı sağlamak için aileyi koruyucu tedbirlerde bulunmuyorsa da özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı konusunda pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemiş olur.

3. Yargı Erkinin Yükümlülükleri

İnsan haklarının korunması konusunda Sözleşme'de öngörülen öncelikli sorumluluk, Sözleşme'ye taraf olan devlete ve onun yargı organlarına aittir. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında güvenceye bağlanan hakların korunmasında da pozitif hukuk düzenlemelerinin önemi büyük olsa da en etkili korumanın bağımsız yargı organları tarafından sağlanacağı açıktır²⁹⁰¹.

AİHS'in 8. maddesine sınırlama getiren ikinci fıkraya bakıldığında muğlak ifadeler barındıran meşru gerekçelerin ve zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığının tayin ve takdirinin öncelikle ulusal mercilere ait olduğu anlaşılmaktadır²⁹⁰². Bu bağlamda ulusal mercilerin takdirinden ve kararlarından sonra AİHM devreye girmektedir. AİHM kararlarının uygulanması konusundaki en önemli sorun da, yargı alanında ortaya çıkmaktadır²⁹⁰³. Adli ve idari yargı organları tarafından verilen kararlar AİHM tarafından Sözleşme'ye aykırı bulunduğu takdirde, kesin olan bu ilamlar hakkında ne yapılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. AİHS'e taraf devletler, AİHM tarafından insan haklarına aykırılığı tespit edilen ulusal mahkeme kararlarını

²⁸⁹⁹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 68.

²⁹⁰⁰ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 68.

²⁹⁰¹ Uzgören, s. 473.

²⁹⁰² Uzgören, s. 473.

²⁹⁰³ Bıçak, s. 114; Memiş, s.133; Tunç, s. 176; Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 195; Surlu, İnsan Hakları, s. 162.

ve idari işlemleri kaldırma yükümlülüğü altındadır. Fakat AİHM kararları bağlayıcı olmasına rağmen²⁹⁰⁴ ulusal mahkeme kararlarını kaldırmaz, değiştirmez. Sadece bu kararların Sözleşme’yi ihlal ettiğini belirler²⁹⁰⁵. Ayrıca ulusal yargı makamları AİHM’in tespit ettiği aykırılık gerekçelerini kabul etmek zorunda değildir²⁹⁰⁶. Özetle AİHM’in, temyiz mercii gibi bu kararları ortadan kaldırması söz konusu olamayacağından, bu tür ilamların ilgili mahkemelerce yargılamanın yenilenmesi²⁹⁰⁷ yoluyla gözden geçirilmesi yoluna gidilmektedir²⁹⁰⁸.

AİHS’in yargı işlevine etkisi iki durumdan kaynaklanmaktadır. İlki ulusal mahkemelerin Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlükler konusunda ulusal maddi hukuku Sözleşme standartlarına aykırı bir biçimde yorumlanıp uygulamalarından kaynaklanmaktadır. Bu durumda yasama tedbirlerinin yargı tarafından sonuca varmaya elverişli şekilde yorumlanmadığında, amaçlanan sonucu yaratamayacağı açıktır²⁹⁰⁹. İkincisi ise, ulusal mahkemelerin usul hukukunu Sözleşme’deki özellikle adil yargılanma haklarına aykırı bir biçimde yorumlayıp uygulamalarından kaynaklanmaktadır²⁹¹⁰.

Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince Türkiye tarafından usulüne göre onaylanmış olan AİHS ve eki Protokollerin hükümlerinin yasa ile çatışması durumunda davaya bakmakta olan yargıcın Sözleşme ve Ek Protokolleri uygulama yükümlülüğü açıktır²⁹¹¹. Mevzuat ile AİHS’in çatıştığı durumlarda AİHS’i esas alma yükümlülüğü Sözleşme’yi mahkemelerin özerk şekilde yorumlaması anlamına gelmemektedir. Zira Sözleşme hükümlerinin ihlal edilip edilmediğini belirleme yetkisi denetim organı olan AİHM’e aittir²⁹¹². Bu durumda ulusal yargıcın yapması gereken Sözleşme’yi yorumlarken AİHM kararlarına uygun

²⁹⁰⁴ Ünal, Şeref, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri”, Anayasa Yargısı, C. XVII, 2000, s. 63.

²⁹⁰⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s.133; Ünal, s. 64; Batur, AİHS, s. 127; Erdem/Korkmaz, s. 192.

²⁹⁰⁶ Batur, AİHS, s. 127.

²⁹⁰⁷ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. III. Bölüm, VIII., B., 2., a., (2) başlığı

²⁹⁰⁸ Ünal, İç Hukuka Etki, s. 69; Türkmen, s. 38.

²⁹⁰⁹ Gül, s. 3.

²⁹¹⁰ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 197; Gözlügöl, s. 526.

²⁹¹¹ İncoğlu, İHAS, s. 9.

²⁹¹² İncoğlu, İHAS, s. 9; Eren, s. 81, 89; Döner, Ayhan/Köküarı, İsmail; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olup Olmayacağı Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, S. 1-2, 2008, s. 672; Bıçak, s. 87-88.

yorum yapmaktır²⁹¹³. Bu konuda Türkiye’deki yargı organlarının daha çok Sözleşme’nin metni üzerinden yorum yaptıkları, yetkili organların yorumlarını göz ardı ettikleri görülmekte dolayısıyla da uluslararası sözleşmenin ulusal yorumu sorunu söz konusu olmaktadır²⁹¹⁴.

Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınması, uyuşmazlığın çözümünde AİHS’in belirleyici olacağını gösterir. Çünkü “esas alınma” deyiminden öncelik taşıma ya da uygulanma anlamı çıkmaktadır²⁹¹⁵. Ayrıca esas “alınma” ifadesinin kullanılması insan haklarına koruma getiren sözleşmelere öncelik verildiğini vurgulamaktadır²⁹¹⁶. Anayasa değişikliği teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu’nda bu amaç açıkça vurgulanmıştır²⁹¹⁷. Sonuç olarak Sözleşme kuralları ile iç hukuk kurallarının çatışması durumunda yargıcın sözleşme kurallarına üstünlük tanınması ve ulusal kuralları Sözleşme’ye uygun biçimde yorumlaması gerekir²⁹¹⁸. Nitekim Anayasa’nın 90. maddesi bunu gözetir.

²⁹¹³ Ünal, İç Hukuka Etki, s. 68; Yargıtay ve Danıştay içtihatlarında Sözleşme’nin iç hukuk karşısında üstünlüğü vurgulayarak normların çatışması durumunda Sözleşme’nin uygulanabileceğini belirtmişlerdir. (Bkz. Yar. 6. CD. E.1995/11619, K. 1995/12124, T. 20.11.1995; Yar. CGK. E.1996/6-2, K.1996/33, T. 12.03.1996; Dan. 10. D. E.1991/1262, K.1992/3911, T. 10.11.1992). “...Anayasa’nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyuşmazlığın bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır...” (Yar. HGK. E. 2014/889, K. 2015/2011.<http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet?dokumanTurleriString=YARGITAYKARARI,&aranan=k%C4%B1zl%C4%B1k%20soyad%C4%B1,&aramaG=sdsorRxP&baslangic=80&son=100&dokumanTuruAdi=YARGITAYKARARI&fromSonucSayfasindan=TRUE&sonucSayfasi=yeniTasarim/yargitayAramaSonuc.jsp&sirala=1&mevzuatAdi=null&mevzuatNo=null&mevzuatMadde=null>, E. T. 10.08.2017). Dan. 5. D, 22.05.1991, E. 1986/1723, K. 1991/933 sayılı kararında AİHS’in iç hukukun parçası olduğunu, Anayasaya aykırı olsa da yasalar üstü olduğu için yasaların önce veya sonra olmasına bakılmaksızın uygulanacağını belirtmiştir. (<http://www.kazanci.com>, E. T. 20.08.2017); Ayrıca Dan. 6/4 sayılı 07.12.1989 tarihli İBK ile AİHS’in 3. maddesine atıfta bulunarak, AİHS hükümlerinin iç hukuktaki yasa hükmünün üstünde olduğunu vurgulamıştır. (Fendoğlu, s. 378).

²⁹¹⁴ İnceoğlu, İHAS, s. 9.

²⁹¹⁵ Kaboğlu, Hukuk Devleti, s. 298.

²⁹¹⁶ İnceoğlu, İHAS, s. 8.

²⁹¹⁷ Bkz. TBMM., 22. Dönem, Yasama Yılı: 2, (Sıra Sayısı 430), Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu’nun (2/278) 7. madde gerekçesinde “Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile yasa hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir” <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>, E. T. 05.05.2017.

²⁹¹⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 23; İnceoğlu, İHAS, s. 9; Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 20.

Taraf devletler Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca yerel çareleri düzenlemekle yükümlüdür. *Tulkens*'e göre, Mahkeme 13. madde hükmüne gittikçe daha çok dayanacak ve gerektiği hallerde bu hükmü resen de uygulayacaktır²⁹¹⁹. Nitekim bu hükme göre: "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".

İnsan hakları alanında ulusal ve uluslararası yargıç ortak bir sorumluluğu paylaşmaktadır. AİHS'i etkili kılmak tüm ülkedeki yargıçların temel görevidir²⁹²⁰. Ulusal yargı organları, devletin tüm organlarının insan haklarını gözetmesini sağlamakta ilk sorumluluğu üstlenirken, AİHM son sorumluluğu üstlenmektedir²⁹²¹. Esas olarak özel hayata ve aile hayatına saygının sağlanabilmesi ve bu kapsamda hakların korunması ancak iç başvuru yollarının etkin bir şekilde işlemesi ve yargı organlarının Sözleşme'ye riayet etmeleri ile mümkündür. Bu doğrultuda Sözleşme ve iç hukuk kuralları yorumlanırken AİHM'in içtihatları da göz önünde bulundurulmalıdır²⁹²².

AİHM'in ihlal tespitinin muhatabı esas olarak taraf devletin belirli organı değil, bizzat taraf devletin kendisidir. Çünkü AİHM'e göre ihlali giderecek veya ihlal kaynağını ortadan kaldıracak organın yasama, yürütme ya da yargı olması önemli değildir²⁹²³. Mahkeme'ye göre önemli olan ihlal tekrarını önleyecek tedbirlerin en kısa zamanda alınmasıdır²⁹²⁴. Bu durumda devletin çatısı altındaki organlarının da üstünde kümülatif sorumluluğu olduğu ileri sürülebilir. Ancak AİHM'e göre ihlal tekrarının önlenmesi konusunda bazen ulusal yargı yerlerine daha fazla görev düşmektedir²⁹²⁵. Nihayetinde Anayasa'nın ve yasaların insan haklarının iç hukuktaki kaynaklarından birini oluşturmasının yanı sıra yargı

²⁹¹⁹ Tulkens, s. 9.

²⁹²⁰ Frowein, s. 115.

²⁹²¹ Tulkens, s. 9.

²⁹²² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 24.

²⁹²³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 135.

²⁹²⁴ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 197.

²⁹²⁵ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 197.

yerlerinin verdikleri kararlar ve yaptıkları yorumlar da aynı yönde katkıda bulunan ek kaynak niteliğindedir²⁹²⁶.

Özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin konularda ulusal mahkemeler karar verirken, AİHS hükümlerini ve AİHM içtihatlarını göz önünde bulundurmakla yükümlüdür. Nitekim son yıllarda Yargıtay, Danıştay ve yerel mahkemeler, AİHS maddeleri ve AİHM içtihatlarının doğrudan uygulanmasına yönelik kararlar vermeye başlamıştır²⁹²⁷.

Kanımızca AİHS hükümlerini ve AİHM içtihatlarını göz önünde bulundurmanın yanı sıra taraf olduğumuz diğer uluslararası sözleşmeler ve denetim yetkisini tanıdığımız organların verdiği kararlar bağlamında öngörülen yükümlülüklerimizin de yargı mercileri tarafından göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Örneğin, KKAÖK'nın, R.K.B./Türkiye kararı uyarınca, Türk Mahkemeleri kararlarında cinsiyet ayrımcılığı iddiaları gereken şekilde değerlendirilmeli ve ayrımcılık yaratan delillerin kullanıldığının tespitine ilişkin görüşler dikkate alınmalıdır²⁹²⁸. Son yıllarda AİHM'in kararlarında KKAÖK kararlarına atıf yapıldığı da gözetildiğinde²⁹²⁹, Türk mevzuatı KKAÖS ve R.K.B./Türkiye kararındaki görüşler ışığında değerlendirilmeli ve yargı mercileri toplumsal cinsiyet kalıplarından etkilenmeden karar vermelidir²⁹³⁰.

II. ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI KAPSAMINDA TÜRK ANAYASALARINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN TEMELİ

İnsan haklarının korunması ve güvence altına alınması, İkinci Dünya Savaşı'na kadar esas olarak iç hukuk yani ülkelerin anayasa sorunu olarak görülmüş bu sebeple ilk olarak insan haklarının anayasal güvenceye kavuşturulması için çaba harcanmıştır. Bu şekilde insan haklarının pozitif hukuk tarafından tanınması,

²⁹²⁶ Akad, Mehmet; Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1984, s. 96.

²⁹²⁷ Fendoğlu, AİHM, s. 4.

²⁹²⁸ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye, s. 401, 425.

²⁹²⁹ Opuz/Turkey, App. No. 33401/02, 9 June 2009, par. 192; Konstantin Markin/Russia, App. No. 30078/06, 22 March 2012, par. 120.

²⁹³⁰ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye, s. 430.

düzenlenmesi ve sınırlanması onların “temel hak ve hürriyetler” haline gelmesini sağlamıştır²⁹³¹.

Özel hayatın gizliliği ve korunması ilk defa 1961 Anayasası’nda anayasal güvenceye kavuşarak bir temel hak ve hürriyet niteliğini kazanmıştır. Yani özel hayatın ve aile hayatının korunmasının bir hak olarak tanınması 20. yüzyılda gerçekleşmiştir²⁹³². Bu bağlamda 1961 Anayasası’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde özel hayatın korunması başlığı altında 15. maddede özel hayatın gizliliği ifade edilmiş²⁹³³, 16. maddede konut dokunulmazlığı²⁹³⁴ ve 17. maddede de haberleşme hürriyeti ve gizliliği²⁹³⁵ düzenlenmiştir. Anayasa tarafından düzenlenen bu hak ve hürriyetler, aynı zamanda 1961 Anayasası’nın 14. maddesinde yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı kapsamında da korunmuştur. Aynı zamanda bu hak ve özgürlükleri sınırlayan ekonomik, sosyal engelleri kaldırmak ve böylece insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesini sağlamak devlete bir yükümlülük olarak verilmiştir (m. 10)²⁹³⁶. 1982 Anayasası’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde ise “Özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında 1961 Anayasası’na paralel, fakat daha geniş çaplı bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Özel hayatın gizliliği ile korunmaya çalışılan değerler kişinin giz alanı, özel alanı ve kamuya açık alanıdır²⁹³⁷. Bu sebeple de Anayasa’da düzenleniş biçimiyle “özel hayatın gizliliği” hakkı sadece bu hakkın bir boyutunu ifade etmektedir²⁹³⁸. Dolayısıyla özel hayatın korunmasının sadece giz alanıyla sınırlanmaması ve giz

²⁹³¹ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 111; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 4-5; Hekimoğlu, s. 58.

²⁹³² Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan; “Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/I, s. 95.

²⁹³³ 1961 Anayasası madde 15-(20.09.1971-1488) (1)“Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. (2) Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.”

²⁹³⁴ 1961 Anayasası madde 16-“Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, konuta girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.”

²⁹³⁵ 1961 Anayasası madde 17-“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hallerde, hâkim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz.”

²⁹³⁶ Demir, s. 282.

²⁹³⁷ Okur, s. 6; Özel hayat alanları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üzeltürk, s. 133 vd.

²⁹³⁸ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 95.

alanını aşan bir anlam yüklenmesi için “özel hayatın gizliliği” yerine “özel hayat hakkı” ifadesini tercih etmek daha uygun olacaktır²⁹³⁹.

Anlaşıldığı üzere özel hayatın ve aile hayatının korunmasında devletin pozitif yükümlülükleri, hem insan hakları ve hem de anayasal boyutu olan bir konudur²⁹⁴⁰. Bu sebeple de aşağıda AİHS’in 8. maddesi ışığında 1961 ve 1982 Anayasalarında özel hayatın ve aile hayatının korunmasında devletin pozitif yükümlülüklerinin hukuki temelini inceleme gereği doğmuştur.

A. 1961 Anayasası

Pozitif yükümlülüklerin hukuki temeli 1961 Anayasası²⁹⁴¹ ile Türk Anayasa hukukuna girmiş fakat 1982 Anayasası’nda da yer almasına rağmen Türk literatüründe bu doktrin ayrıntılı şekilde irdelenmemiştir²⁹⁴².

1961 Anayasası’nda “Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği ve Korunması” başlığıyla 10. maddenin ikinci fıkrası devletin pozitif yükümlülüklerinin anayasal temelini teşkil etmektedir. 1961 Anayasası’nın 10. maddesi “Temel hak ve hürriyetlerin niteliği ve korunması” başlığını taşımaktadır. İlk fıkrada temel hakların niteliği belirtilmiştir²⁹⁴³. İkinci fıkraya göre ise devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlıyan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar. 1961 Anayasası’nın 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre, engellerin kaldırılması ve elverişli şartların hazırlanması temel hakları koruma fikrine dayandırılmıştır.

²⁹³⁹ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 99.

²⁹⁴⁰ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 96.

²⁹⁴¹ Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramına ilk defa bir temel hak olarak 1961 Anayasası’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde özel hayatın korunması başlığı altında 15. maddede özel hayatın gizliliği ifade edilmiş, 16. maddede konut dokunulmazlığı ve 17. maddede de haberleşme hürriyeti ve gizliliği düzenlenmiştir. Anayasa tarafından düzenlenen bu hak ve hürriyetler, aynı zamanda 1961 Anayasası’nın 14. maddesinde yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı kapsamında da korunmuştur. Aynı zamanda 10. maddede bu hak ve özgürlükleri sınırlayan ekonomik, sosyal engelleri kaldırmak ve böylece insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesini sağlamak devlete bir yükümlülük olarak verilmiştir. (Demir, s. 282).

²⁹⁴² Bahçeci, s 515.

²⁹⁴³ 1982 Anayasası’nın bu hükme karşılık gelen hükmü ise “Temel hak ve Hürriyetlerin Niteliği” başlığını taşıyan 12. maddedir. Her iki hüküm de herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu düzenlemiştir.

Buna göre devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırma; insanın maddî ve mânevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama yükümlülüğü altındadır²⁹⁴⁴. Bu bağlamda Anayasa'nın 10. maddesine kaynak teşkil eden İtalyan Anayasası'nın 3. maddesinin ikinci fıkrası da²⁹⁴⁵ devletin klasik hakların geliştirilmesi konusundaki pozitif yükümlülüklerine işaret etmiştir²⁹⁴⁶. Dolayısıyla 1961 Anayasası bu hükmüyle devlete mutlaka uyulması gereken iki önemli buyruk vermiştir. Bunlar kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan engellerin kaldırılması ve onun maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli tüm koşulların hazırlanmasıdır²⁹⁴⁷.

Tanör'e göre anayasa tekniği açısından iktidara genel hedefler gösteren hüküm olarak 10. maddenin ikinci fıkrası program-hükümler arasında yer almaktadır²⁹⁴⁸. Bu özelliğiyle hüküm subjektif hak doğurmayan, devlete somut bir konuda ödev ve yetki vermeyen daha çok Anayasa'da başka kuralların yorumuna ışık tutan hükümlerdir²⁹⁴⁹. *Kapani*'ye göre ise, 10. madde program-hükümler arasında olmamakla beraber hüküm siyasi bağlayıcılık vasfına sahiptir ve platonik değer in ötesinde devletin ekonomik ve sosyal politikasını çizmede uymak zorunda olduğu direktiflerdir. Nitekim bu direktiflere aykırı düşen siyasal tutum Anayasa'nın temel ilkelerine de aykırıdır²⁹⁵⁰. *Akad*, 10. maddenin ikinci fıkrasını

²⁹⁴⁴ Soysal, Mümtaz; 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 136.

²⁹⁴⁵ Tanör, Sosyal Haklar, s. 21; Akad, 10. Madde, s. 110. İtalya Cumhuriyeti Anayasası madde 3- “(2) Vatandaşların özgürlük ve eşitliğini fiilen sınırlayan, beşeri kişiliğinin tam gelişmesine ve bütün işçilerin ülkenin siyasi, ekonomik ve sosyal örgütlenmesine etkin katılımına engel oluşturan ekonomik ve sosyal nitelikteki engellerin kaldırılması Cumhuriyetin görevidir.” (Quaranta, Alfonso; “İtalyan Anayasası'nda Temel Hakların Korunması”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XXIX, 2012, s. 785; Tanör, Sosyal Haklar, s. 90). İtalya Anayasa metninin türkçe tercümesi için bkz. (<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%B0TALYA%20319-354.pdf>, E.T. 21.08.2017).

²⁹⁴⁶ Tanör, Sosyal Haklar, s. 21.

²⁹⁴⁷ Akad, 10. Madde, s. 118.

²⁹⁴⁸ Tanör bu tasnifi yaparken 10. maddenin kaynağını oluşturan İtalyan Anayasası'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasının da program-kural olduğu görüşünden hareket etmiştir. Bu noktadan hareketle Anayasa'nın başlangıç bölümünün 5. paragrafı da program-kurala örnek göstermiştir: “İnsan hak ve hürriyetlerini, milli dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirilmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurmak için...” (Tanör, Sosyal Haklar, s. 190).

²⁹⁴⁹ Akad, 10. Madde, s. 109; Tanör, Sosyal Haklar, s. 190.

²⁹⁵⁰ Kapani, Münci; Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 51 vd; Hükmün gerekçesi de “Bu madde genel bir direktif mahiyetinde olup, ikinci ve üçüncü bölümdeki birçok maddeler esasen Devletin bu menfi ve müsbet vazifeleri nasıl yerine getireceğini göstermektedir.” (Tanör, Sosyal Haklar, s. 193).

program-kural biçiminde niteleyerek sosyal hakları kendi içinde bölmenin diğer yandan kişisel haklarla arasında ayırım yapmanın insan haklarının bütünlüğüyle bağdaşmayacağını belirtmiştir²⁹⁵¹. Aynı zamanda 1961 Anayasası'nın 10. maddesini, 8. maddesinin ikinci fıkrasıyla beraber değerlendirip, Anayasa hükümlerinin tüm organ ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olmasının devletin yükümlülüğüne işaret ettiğini ve iktidarla özgürlük arasındaki zorunlu bağa anayasa gerçeği açısından dikkat çekmiştir²⁹⁵². Kanaatimizce de 1961 Anayasası'nın 10. maddesinin ikinci fıkrasının insan hakları konusunda devlete yükümlülük yüklediği açıktır. Bu yükümlülük aşağıda açıklanacağı üzere²⁹⁵³ özgürleştirme yükümlülüğüdür²⁹⁵⁴.

B. 1982 Anayasası

1982 Anayasası, Türk Anayasa Hukuku'na, devlet ve devletin temel amaç ve fonksiyonları açısından çok önemli bir değişiklik getirmiştir. Bir boyutunu temel hak ve hürriyetlerin, diğer boyutunu da devletin niteliği ile temel amaç ve görevlerinin oluşturduğu bu değişiklik, birey-toplum-devlet dengesine hak ve ödevler bakımından yeni bir anlayış getirmiştir. Nitekim, 1961 Anayasası'nın "Temel hakların niteliği ve korunması" başlığı altında düzenlenen 10. maddenin ikinci fıkrası ile, 1982 Anayasası'nın "Devletin temel amaç ve görevleri"ni düzenleyen 5. maddesi karşılaştırıldığında yeni ve farklı bir yaklaşım benimsendiği anlaşılabacaktır²⁹⁵⁵.

1961 Anayasası'nın 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlıyan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar. Yani bu fıkra göre, engellerin kaldırılması ve elverişli şartların hazırlanması temel hakları

²⁹⁵¹ Akad, 10. Madde, s. 114.

²⁹⁵² Akad, 10. Madde, s. 96.

²⁹⁵³ Bkz. III. Bölüm, III., B., 3. başlığı.

²⁹⁵⁴ Soysal, s. 136.

²⁹⁵⁵ Soysal, s. 136; Doğan, Naci; "Anayasal Düzenleme, Demokrasi ve İnsan Hakları Uygulamalarında Sistem Yozlaşması", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi C. VII, S. 3, 2005, s. 11.

koruma fikrine dayandırılmıştır. 1982 Anayasası'nın 5. madde başlığında koruma yerine görev kavramı tercih edilmiştir. Bu şekilde koruma yerine görev kavramının kullanılması daha uygun düşmüştür²⁹⁵⁶. Çünkü bu yönüyle 5. madde bizi insan haklarının korunmasının doğrudan devletin yükümlülüğü olduğu sonucuna götürmektedir.

1982 Anayasası'nın 5. maddesine göre; devletin temel amaç ve görevleri, “Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”. Bu hüküm, Anayasa'nın Başlangıç kısmının altıncı fıkrasında yer alan “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” yönündeki kurala da açıklık getirmektedir²⁹⁵⁷.

Doktrinde 1961 Anayasası'nın 10. maddesinde “kaldırır” ve “hazırlar” şeklinde kesin ve açık yükümlülüklerin yerine 1982 Anayasası'nın 5. maddesinde “kaldırmaya çalışmak”, “hazırlamaya çalışmak” şeklinde irade beyanı yönünden yumuşatılmış ifadelerin kullanılmasının²⁹⁵⁸ kararlılıktan uzak bir duruşu ortaya koyduğu ileri sürülmektedir²⁹⁵⁹. Bununla beraber 1982 Anayasası'nın 5. maddesinin ilk tümcesinde devletin kendini ve bütünlüğünü “korumak”, toplumun refah huzur ve mutluluğunu “sağlamak” şeklinde kararlı duruşunun yanında temel hak ve hürriyetleri sınırlayan engeller söz konusu olduğunda da yine aynı kararlı ve kesin ifadelerin belirtilmesi aranmış “kaldırmaya çalışmak” ya da “hazırlamaya çalışmak” şeklindeki ifadelerin bu yaklaşımı ortaya koymakta yetersiz olduğu ileri

²⁹⁵⁶ Akıllıoğlu, Temel Haklar, s. 53.

²⁹⁵⁷ Demir, s. 313.

²⁹⁵⁸ Soysal, , s. 136; Tanör, Bülent; Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Genişletilmiş 3. Bası, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, s. 200.

²⁹⁵⁹ Doğan, Anayasal Düzenleme, s. 13.

sürülmüştür²⁹⁶⁰. Dolayısıyla da öncelikler açısından kişi-toplum-devlet zincirinin, devlet-toplum-kişi zincirine dönüştüğü iddia edilmiştir²⁹⁶¹.

1961 Anayasası ile kıyaslandığında devletin pozitif yükümlülükleri açısından eleştirilse de önemle belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasası'nın 5. maddesindeki ayrıntılı düzenleme pozitif yükümlülük doktrinine ilişkin anayasal bir temel olarak AİHS'ten dahi daha ileri düzeydedir²⁹⁶². Bu temel Anayasa Mahkemesi kararlarında günümüze değin pek kullanılmış olmasa da artık hak ve özgürlükleri korumada devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde Anayasa Mahkemesi kararlarında 5. maddeye sıkça atıf yapılmaktadır²⁹⁶³. Bu sebeple kanımızca “kaldırır”, “kaldırmaya çalışmak” gibi ifadelerin arasında temel amaç farklılığı söz konusu olmayıp, özünde her ikisi de insan haklarını korumaya yönelik olarak düzenlenmiştir. Yani yasa koyucunun iradesi her iki düzenlemeye de aynı amaca yönelmiştir. Kesinlik içeren ifadeler ile çaba ve çalışma vurgusu yapan ifadelerden hangisinin insan haklarına daha nitelikli koruma sağlayacağı yönündeki teorik tartışmadan öte kanımızca burda önemli olan husus Anayasa'nın 5. maddesi çerçevesinde insan haklarının korunması konusunda devletin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine ilişkin yapılan denetimde yargı organının tutumudur. Ancak bu sayede devletin temel amaç ve yükümlülüklerinin düzenlendiği bu hükmün hayata geçmesi sağlanabilir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin belirlediği pozitif yükümlülüklerin dayanağı olarak 5. maddeye kararlarında atıf yapması oldukça yerindedir.

İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların hazırlanmasının bir devlet yükümlülüğü olarak kabulü, sadece ekonomik ve sosyal haklar bağlamında değil, kişi hakları konusunda da devletin yapıcı bir rol almasını

²⁹⁶⁰ Soysal, s. 136; Aynı yönde Doğan, Anayasal Düzenleme, s. 13.

²⁹⁶¹ Doğan, Anayasal Düzenleme, s. 12. Doktrinde bu yeni yaklaşımda öncelikli temel amaç ve görevin devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü, bağımsızlığını, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak olduğu sonrasında ise, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak olduğu ileri sürülmüştür. (Soysal, s. 136; Doğan, Anayasal Düzenleme, s. 12); Tanör ise, maddenin ilk bölümünde devletin temel görevi kendini ve bütünlüğünü korumak olmakla birlikte insan haklarının korunması devletin temel amaç ve görevleri arasında yer almamaktadır. İnsan haklarına saygı şeklinde 2. maddede insan haklarının silikleşen yeri burada tamamen yok olmuştur. Kişiler ile ilgili devletin yükümlülüğünün huzur ve mutluluğu sağlamak gibi hukuki içerikten yoksun ifadelerle açıklanmasının platonik ve alaycı olduğunu vurgulamıştır. (Tanör, İnsan Hakları Sorunu, s. 199).

²⁹⁶² Bahçeci, s. 515.

²⁹⁶³ Mehmet Arif Kılınç Başvurusu, B. No. 2013/1656, T. 16.07.2014, par. 27; Tuğba Arslan Başvurusu, B. No. 2014/256, 25.06.2014, (RG. T. 05.07.2014, S. 29051).

ve hakların gerçek anlamda kullanılabilmesi için olanak yaratmasını zorunlu kılmaktadır²⁹⁶⁴. Sonuç olarak pozitif yükümlülüklerin anayasal temelini 5. madde oluşturmaktadır. Anayasa’da düzenlenen bazı klasik haklarda da devletin ödevlerine açıkça yer verilerek devletin pozitif edim yükümlülüğünün sadece sosyal haklar bakımından söz konusu olduğu yönündeki genel kabul sarsılmıştır. Örneğin, basın özgürlüğünün düzenlendiği 28. maddenin ikinci fıkrasında devletin basın ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak tedbirleri alma yükümlülüğünün düzenlenmesi klasik haklar bakımından da devletin pozitif edim yükümlülüğünün olduğu gerçeğini ortaya koymaktadır²⁹⁶⁵. Bu doğrultuda pozitif yükümlülüklerin temelini, 5. madde ile birlikte devletin hakkı sağlama yönünde Anayasa’da açıkça belirtilen ilgili dayanaklar olduğu ileri sürülebilir. Fakat klasik haklar bakımından devletin pozitif yükümlülüğünün doğması için Anayasa’da açıkça devlete herhangi bir yükümlülük yüklenmesi şart değildir. Nitekim 5. maddeden doğan yükümlülük bakîdir.

Anayasa’nın 5. maddesi devlet organlarına pozitif yükümlülükler yüklerken bu çerçevede anayasal hükümlerin de doğrudan etkisini öngörmüş olmaktadır²⁹⁶⁶. Dolayısıyla anayasal haklar ve özgürlükler devletin pozitif edimleriyle uygulamaya konulup, güvence altına alınacaktır. Yargıçlar, uyuşmazlıkların çözümünde, hak ve özgürlükler bakımından devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği açısından da denetim yapacaklardır²⁹⁶⁷. Böylelikle pozitif yükümlülüğün çeşitli formları Sözleşme’de korunan hak ve özgürlüklere gerçek bir garanti sağlamak için farklı devlet organlarına dağıtılmıştır²⁹⁶⁸.

AIHS ışığında değerlendirecek olursak; AIHS’in insan haklarına saygı yükümlülüğü getiren 1. maddesinin Anayasa’daki en yakın izdüşümünün 5. madde olduğu açıktır. Nitekim her iki hüküm de hem teoride hem de uygulamada devlete insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğü yükleyecek şekilde yorumlanmakta ve uygulanmaktadır.

²⁹⁶⁴ Demir, s. 322.

²⁹⁶⁵ Tanör, Sosyal Haklar, s. 21.

²⁹⁶⁶ Bu bağlamda 1961 Anayasası’nın 10. maddesi daha belirgin bir düzenlemeye sahiptir. (Kaboğlu, Hukuk Devleti, s. 294, dp. 20).

²⁹⁶⁷ Kaboğlu, Hukuk Devleti, s. 294.

²⁹⁶⁸ Mowbray, The Creativity, s. 78.

III. ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA DEVLETİN TEMEL AMAÇ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Devletin Temel Amaçları

1. İnsan Onuruna Saygı

İnsan haklarının kaynağı, “insanın ahlaki doğası” ve uluslararası insan hakları hukukunun merkez argümanı “insan onurudur”²⁹⁶⁹. Bir insan hakkı olarak “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı” (AİHS m. 8) hakkı ve bu hakkın anayasal izdüşümü olan “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” başlığı altında düzenlenen haklar (AY. m. 20, 21, 22) temelde insanın onurlu varlığına saygılı olunması amacıyla korunmuştur. AİHS’te ve diğer uluslararası belgelerde korunan tüm hakların temelinde yatan ortak değer insan onuruna dayanır²⁹⁷⁰ ve bu bağlamda özel hayatın ve aile hayatının korunması insan onurunun bağımsızlaşmış parçalarından biri olup²⁹⁷¹ bu hakkın korunmasına yönelik davalarda rol oynamaktadır²⁹⁷².

İnsan onuru²⁹⁷³, objektif yönüyle toplumda mevcut insan değeri anlayışını, subjektif yönüyle belli bir kişinin saygınlık ya da kişilik değerini ifade etmektedir²⁹⁷⁴. Bu bağlamda özel hayatın korunması insan onurunun hem objektif hem de subjektif yönüyle yakından ilgilidir.

²⁹⁶⁹ Donnelly, s. 27-29; Barak, Human Dignity, s. 104; Marshall, Personal Identity, s. 28; Uygun, Oktay; “İnsan Hakları Kuramı”, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları İstanbul, 2000, s. 18; Uygun, Devlet Teorisi, s. 486; Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 172-173; Gümüş, Ali Tarık; Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı, Eğitim Kitabevi, Konya, 2010, s. 36.

²⁹⁷⁰ Barak, Human Dignity, s. 104; Senden, s. 81.

²⁹⁷¹ Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 109.

²⁹⁷² Senden, s. 81.

²⁹⁷³ Dilimize ilk önce insan haysiyeti olarak çevrilmiş olan “insan onuru” nun İngilizce karşılığı “human dignity” dir. Alman Anayasası’nın ilk maddesinde “İnsanın onur ve haysiyetinin korunması” başlığı altında korunan hüküm şu şekildedir: “(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. Alman Anayasası insan onurunu tüm devlet faaliyetlerinin en üst prensibi olarak ortaya koymaktadır.

²⁹⁷⁴ Akıllıoğlu, s. 5.

İnsanın maddi varlığının ötesinde bir kişilik değeri olarak vazgeçilmezliğini ve dokunulmazlığını ifade eden insan onuru²⁹⁷⁵, üstün bir insanlık değeri olarak pozitif hukuk ve devletlerin hukuki düzenlemelerinin üzerinde yer almaktadır²⁹⁷⁶. İnsan onurunun öncelikle ahlaki bir değer olduğu kesin olmakla birlikte²⁹⁷⁷, bazı Anayasalarda²⁹⁷⁸ düzenlenmiş olması onun hukuki bir değer kazandığını da göstermektedir²⁹⁷⁹. Bu bağlamda yalnızca kanun koyucuyu değil anayasa koyucuyu da bağlamaktadır²⁹⁸⁰. İnsan onurun bu şekilde anayasal değer kazanması AİHS ve özellikle AİHM açısından önemli rol oynamıştır²⁹⁸¹.

AİHS’te insan onuru kavramı, açıkça ifade edilmemişse de²⁹⁸², Sözleşme’deki tüm özgürlüklerin arka planında insan onurunun korunması düşüncesi yatmaktadır²⁹⁸³ bu sebeple de AİHS kapsamında insan onuruna odaklanılması geçerli bir çözüm²⁹⁸⁴ ve temel bir prensip olarak kabul edilmektedir²⁹⁸⁵. Ayrıca AİHS’in Başlangıç metninde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948’de ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’ni, bu Bildiri’nin, açıkladığı hakların evrensel ve etkin olarak tanınmalarını ve uygulanmalarını sağlamayı hedef aldığını açıkça belirtmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin önsözünün başında ise, “*İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olmasına...*” ifadesiyle açıkça insan onurundan söz edilmektedir. Aynı şekilde, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’ndeki

²⁹⁷⁵ Felsefi bir kavram olan insan onuru antik çağlarda da var olmasına rağmen, güçlü bir ahlaki ilke olarak formüle edilmesi 18. yüzyılda Kant tarafından gerçekleştirilmiş, anayasalara ve uluslararası hukuka ancak İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra girebilmiştir. (Uygun, Devlet Teorisi, s. 472).

²⁹⁷⁶ Şimşek, Oğuz; Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999, s. 1 vd;

²⁹⁷⁷ Akıllıoğlu, s. 5.

²⁹⁷⁸ Federal Alman Anayasa (1949) madde 1, Namibya Anayasası (1990) madde 8, Rusya Anayasası (1993) madde 21; İsviçre Anayasası (1999) madde 7, Etiyopya Anayasası (1995) madde 24, Kolombiya Anayasası (1991) madde 21; Polonya Anayasası (1997) madde 30, Macaristan Anayasası (1989) madde 54. (Barak, Human Dignity, s. 110). Yunan Anayasası (1975), madde 2, Portekiz Anayasası (1976) maddel, İspanyol Anayasası (1978) madde 10, İsviçre Anayasası (1999) madde 7 ve 119. (Oehling De Los Reyes, s. 21).

²⁹⁷⁹ Barak, Human Dignity, s. 107; Gören, Zafer; Türk Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. IX, 1992, s. 169.

²⁹⁸⁰ Şimşek, İnsan Onuru, s. 1 vd

²⁹⁸¹ Oehling De Los Reyes, s. 22.

²⁹⁸² Oehling De Los Reyes, s. 22; Marshall, Personal Identity, s. 29; Senden, s. 81.

²⁹⁸³ Metin, s. 117.

²⁹⁸⁴ Perrone, s. 372.

²⁹⁸⁵ Marshall, Personal Identity, s. 29.

özgürlükleri somutlaştırmak üzere hazırlanan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin başlangıç metninin ilk cümlesi de, insan onurundan bahsetmektedir²⁹⁸⁶. Öte yandan AİHM'in bazı kararlarında²⁹⁸⁷, insan onuru AİHS'in 8. maddesi kapsamında da korunmaktadır²⁹⁸⁸. Yargıç Martens'in de ifadesiyle “insan onuru ve özgürlüğü insan haklarının temel prensibidir”²⁹⁸⁹.

İnsan onuru, temel bir hüküm olarak Anayasa'da açıkça ifade edilmese de birçok hüküm insan onurunu korumaya yönelmektedir²⁹⁹⁰. Anayasalarımızda insan onuru aynı zamanda Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası'na²⁹⁹¹ benzer şekilde “insanın maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı”²⁹⁹² çerçevesinde de korunmuştur (1962 AY. m. 10/II, 1982 AY. m. 17/I)²⁹⁹³.

Anayasa'nın 176. maddesinin atfıyla anayasa metnine dahil sayılan Başlangıç bölümünde insan hakları kavramının özü olan “insan onuru” kavramına atıfta bulunulmuş²⁹⁹⁴, değişme yasağı kapsamındaki Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddede ise, insan haklarına saygılı, demokratik toplum ve devlet düzeni ilke olarak düzenlenmiştir. Anayasa'da bu düzenlemeler yoluyla, insan onuru kavramının çok önemli bir evrensel bir değer olduğunu vurgulanmış, kişilerin

²⁹⁸⁶ Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin başlangıç metninde: “Birleşmiş Milletler Şartı'nda ilan edilmiş olan ilkelere uygun olarak, insanlık ailesinin tüm mensuplarının doğuştan sahip oldukları onurun ve eşit ve devredilmez haklarının tanınmasının, dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğunu gözönünde bulundurarak...” ifadesi yer almaktadır.

²⁹⁸⁷ Fayed/United Kingdom, App. No. 17101/90, 21 September 1994, par. 46; Partly Dissenting Opinion of Judge Bonello, Rotaru/Romania, App. No. 28341/95, 4 May 2000, par. 13

²⁹⁸⁸ Heringa/Zwaak, s. 666; Oehling De Los Reyes, s. 29.

²⁹⁸⁹ Partly Dissenting Opinion of Judge Martens, Kokkinakis/Greece, App. No. 14307/88, 25 May 1993, par. 14; Dissenting Opinion of Judge Martens, Cossey/United Kingdom, App. No. 10843/84, 27 September 1990, par. 2, 7.

²⁹⁹⁰ Anayasa'da hiç kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, hiç kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamayacağı (1982 AY. m. 17/2), angaryanın yasak olması (1982 AY. m. 18/1), düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla sınırlanabilmesi (1982 AY. m. 26/2) düzenlemeleri insan onurunu korumaya yöneliktir.

²⁹⁹¹ Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası madde 1-“(1) İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür”. Madde 2-“Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.” Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası çevirisi için bkz. (<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08ALMANYA%20209-276.pdf>, E. T. 20.08.2016).

²⁹⁹² İnsanın maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile özel hayatın gizliliği arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Maddi ve Manevi Varlık, s. 77 vd.

²⁹⁹³ Akıllıoğlu, s. 5.

²⁹⁹⁴ Anayasa'nı başlangıç metninin 6. paragrafı şu şekildedir: “...Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu,”

sırf insan olmaları dolayısıyla doğuştan ya da yaradılıştan itibaren sahip oldukları hak ve özgürlüklerinden faydalanacaklarını belirtilmek istenmiştir²⁹⁹⁵.

Anayasa'nın başlangıç kısmında insanın onurlu bir hayat sürdürme yetkisine doğuştan sahip olduğu vurgulanırken sadece negatif müdahalelere karşı korumanın ötesinde devlete pozitif olarak bireye insan onuruna yaraşır bir hayat düzeni için gerekli olanakları sağlama yükümlülüğü de yüklemiştir²⁹⁹⁶.

Federal Alman Anayasası'nın ilk maddesinde insan onurunun dokunulmaz olduğu ayrıca tüm devlet erklerinin ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlü olduğu belirtilmiştir²⁹⁹⁷. Bu doğrultuda Federal Alman Anayasa Mahkemesi de, devletin temel hakları koruma yükümlülüğünü geliştirirken biçimsel olarak Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinin 1. fıkrasındaki insan onurunun dokunulmazlığı ile devletin ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlü olduğuna ilişkin hükme dayanmıştır²⁹⁹⁸. Alman Anayasa hukukunda Federal Anayasa m. 1/I'de düzenlenen koruma yükümlülüğünün diğer temel hakları da kapsadığı kabul edilmektedir²⁹⁹⁹. Federal Alman Anayasası insan onuruna saygıyı her türlü devlet faaliyetinin en üstün prensibi olarak benimsemiştir³⁰⁰⁰. Bu ilke ile insana sırf insan olması nedeniyle manevi ve sosyal bir değer verilmesi ve onuruna saygı duyulmasını isteme hakkı tanınmıştır³⁰⁰¹.

İnsan onuru birçok hakkın kaynağında bulunsa da en geniş anlamda özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ortaya çıkmaktadır³⁰⁰². Ulusal ve

²⁹⁹⁵ Hekimoğlu, s. 57.

²⁹⁹⁶ Gören, Türk-Alman Hukuku, s. 177.

²⁹⁹⁷ Barak, Human Dignity, s. 13; Republic of Turkey Ministry of Justice Department of Broad Casting Affairs, Constitutions of Some Of The European Union States, Ankara, 2011, s. 219.

²⁹⁹⁸ 11 Eylül 2001'de ABD'ye yönelik hava saldırısı sonrasında Almanya güvenlik önlemleri almaya yönelmiş ve insanların yoğun olduğu bölgelere düşürülerek katliama sebebiyet verilmemesi amacıyla güvenlik güçlerine kaçırılan yolcu uçaklarını düşürme yetkisi vermiştir. Bunun üzerine birkaç avukat ve bir pilot mesleki gereklilikleri dolayısıyla sık sık yolculuk yaptıklarından vurulma tehlikesiyle karşı karşıya oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. 2006 yılında Alman Anayasa Mahkemesi insan onuru kavramından hareketle devletin yükümlülüğünün hiç kimseyi araç haline getirmeden hem yolcuları hem de potansiyel mağdurların hayatını ve onurunu korumak olduğuna karar vererek kanunu iptal etmiştir. (Habermas, s. 64; Uygun, Devlet Teorisi, s. 473).

²⁹⁹⁹ Barak, Human Dignity, s. 231; Bleckmann, Albert; "Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten aus den Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention", Ulrich Beyerlin et al. (der.), Recht zwischen Umbruch und Bewährung, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin, Springer Verlag, 1995, s. 311.Akt. Metin, s. 116.

³⁰⁰⁰ Gören, Türk-Alman Hukuku, s. 166

³⁰⁰¹ Gören, Türk-Alman Hukuku, s. 167.

³⁰⁰² Marshall, Personal Identity, s. 33.

uluslararası belgelerle bağlantısı da kurulduğunda özel hayat hakkının tanınması ile korunmak istenen hukuki değerin, temelde “insan onuru” olarak ifade edilmesi mümkündür³⁰⁰³. Çünkü insan onurlu bir varlık olarak kişisel özerklik ve gelişime ihtiyaç duyduğu için özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkına sahiptir. Yoksa özel hayatın korunması hakkı devlet tarafından oluşturulmuş değil, devlet öncesi ve pozitif üstü bir haktır³⁰⁰⁴. İnsan onuru aynı zamanda anayasal hakların sınırlanmasının bir nedenini teşkil etmektedir³⁰⁰⁵. Özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında (m. 20, 21, 22) başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sınırlama sebebinin özel bir sınırlama sebebi olarak öngörülmesinin altında yatan nedenlerden biri de insan onurunun korunmasıdır.

Devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen Anayasa’nın 5. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere devlet kişinin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir³⁰⁰⁶. Bu ortamın en önemli gerekliliklerinden biri de eşitliğin sağlanmasıdır. Zira insanların kendilerini ancak eşitliğin sağlanabildiği bir ortamda onurlu ve değerli bir varlık olarak hissedebilmeleri mümkündür³⁰⁰⁷. Bu sebeple de anayasada eşitlik ilkesinin düzenlendiği hüküm (AY. m. 10) insan onurunun korunmasının doğal sonucu olarak görülmektedir³⁰⁰⁸. Nitekim eşitliğin yorumlanmasında insan onuru rol oynamaktadır³⁰⁰⁹.

³⁰⁰³ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 105.

³⁰⁰⁴ Şimşek, İnsan Onuru, s. 186-187; Gümüş, Maddi ve Manevi Varlık, s. 80.

³⁰⁰⁵ Barak, Human Dignity, s. 112.

³⁰⁰⁶ Gören, Türk-Alman Hukuku, s. 165; İzgi/Gören, s. 70.

³⁰⁰⁷ Savcı, İnsan Hakları, s. 11-12.

³⁰⁰⁸ Gören, Türk-Alman Hukuku, s. 173.

³⁰⁰⁹ Barak, Human Dignity, s. 108; Marshall, Personal Identity, s. 28.

2. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasının Güvence Altına Alınması

a. Anayasal Güvence Tanınması

Özgür bir toplumda, devletin³⁰¹⁰ güç ve yetkilerini sınırlayacak temel araç anayasa³⁰¹¹ ve kanunlardır. Anayasalar salt hak ve özgürlüklere ilişkin temel ölçütler koymakla kalmaz, aynı zamanda her birini tanır, düzenler ve güvence altına alır³⁰¹². Ayrıca bir siyasal rejimin demokratik olarak nitelendirilebilmesi için temel kamu haklarının tanınmış ve güvence altına alınmış olması gerekmektedir³⁰¹³. Bu anlamda çağdaş anayasalar kişilerin hak ve özgürlüklerini devlete, siyasal iktidara ve toplumsal güç odaklarına karşı güvence altına alma işlevini gerçekleştirirler³⁰¹⁴. Nitekim anayasacılık hareketinin özünde yatan düşünce devlet karşısında kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması, korunması ve gerçekleştirilmesidir³⁰¹⁵. Bu sebeple haklar değiştirilmesi güç olan anayasalarda korunmalı ve anayasalarda belirtilen ilkeler doğrultusunda yasayla sınırlandırılmalıdır³⁰¹⁶.

Özel hayatın ve aile hayatının iç hukukta korunması, Anayasa veya kanunlarda tanınmasına ve ihlaline karşı iç hukuk yollarının bulunmasına

³⁰¹⁰ Devlet sözcüğü, Latince “stare” (ayakta duruş) kelimesinin “status”a dönüşmesiyle oluşmuştur. “Status” ise kelime olarak; “durum”, “vaziyet”, “hal”, “var olma şekli” anlamına gelmekte ve bu yönüyle de “statüko” kelimesini çağrıştırmaktadır. Devlet, dilimizde, kelime olarak; “talih”, “saadet”, “nimet”, “servet” ve “makam” gibi sözcükler ile açıklanmaktadır. Türk Dil Kurumu sözlüğünde “Toprak bütünlüğüne bağlı olarak siyasal bakımdan örgütlenmiş millet veya milletler topluluğunun oluşturduğu tüzel varlık” şeklinde tanımlanmaktadır. (http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.556f09be8f5a29.71788241, E.T. 03.06.2015).

³⁰¹¹ Maddi anlamda anayasa kavramının içeriği; devletin temel örgütlenişi, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ve anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü olmak üzere üç unsur içermektedir. 1921 ve 1924 Anayasalarının “Teşkilat’ı Maddiye Kanunu” (Temel Örgütlenme Kanunu) şeklinde adlandırılması maddi anlamda anayasanın sadece tek unsurunu barındırmaktadır. Buna karşılık 1876 Kanuni Esasi’si “Temel Kanun” anlamına gelmekte anayasanın devletin temel örgütlenişinden daha kapsamlı şekilde diğer kanunlara da kaynaklık eden kanun niteliğinde olduğuna işaret etmektedir. Nitekim anayasa sadece devletin temel örgütlenişinden ibaret değildir. (Sağlam, Fazıl; Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2013, s. 4-5).

³⁰¹² Kaboğlu, İbrahim Ö.; Anayasa Hukuku Dersleri- Genel Esaslar, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 35.

³⁰¹³ Gözler, Genel Esaslar, s. 260.

³⁰¹⁴ Sağlam, s. 6.

³⁰¹⁵ Sağlam, s. 5.

³⁰¹⁶ Çağlayan, Ramazan; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi”, EÜHFD, C. II, S. 1, 1998, s. 42.

bağlıdır³⁰¹⁷. Bu çerçevede özel hayatın ve aile hayatının hukukumuzda anayasal ve kanuni güvenceye bağlanmış olması önemlidir. İnsan haklarına dayanan anayasal düzenimizde bir insan hakkı olarak özel hayat ve aile hayatının korunması amacıyla başta Anayasa'nın 20., 21., ve 22. maddeleri olmak üzere güvence ölçütleri öngörülmüştür³⁰¹⁸.

Anayasa'nın 20. maddesinde 1961 Anayasası'ndan farklı olarak herkes hem özel hayatına hem de aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olmuştur ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı düzenlenmiştir. Maddenin Danışma Meclisi gerekçesinde bu durum şu şekilde gerekçelendirilmiştir: *“Kişinin özel hayatı, ferdi özel hayat ve ayrı bir kavram ve bir bütün teşkil eden aile hayatından oluştuğu için her ikisi birlikte ifade edilmiştir”*³⁰¹⁹. Bu yönü ile AİHS 8. maddede korunan haklardan özel hayat ve aile hayatı Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti ise 21. ve 22. maddelerinde güvence altına alınmıştır.

2001 yılında 4709 Sayılı Kanunla yapılan Anayasa Değişikliği³⁰²⁰ ile Anayasa'nın 13. maddesindeki, temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlandırma sebepleri kaldırılmış, temel hakların “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla” sınırlandırılabilceği kabul edilmiştir. Bu değişiklikle temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunma yasağı, laik Cumhuriyet'in gereklerine uygunluk ve ölçülülük ilkesi getirilmiştir³⁰²¹.

4709 Sayılı Kanun'la 13'üncü maddede yapılan değişiklik uyarınca Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, özel hayatın gizliliğine ilişkin özel sınırlama sebepleri tahdidi surette belirtilmiştir. Bu doğrultuda Anayasanın 20. maddesinin ilk fıkrasının “Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.” şeklindeki üçüncü tümcesi yürürlükten kaldırılmıştır. Anayasa'da milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması şeklinde öngörülen

³⁰¹⁷ Doğru, Devletin Sorumluluğu, s. 208.

³⁰¹⁸ Demir, s. 329.

³⁰¹⁹ Sezer, Ahmet Necdet; 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 132.

³⁰²⁰ RG. T. 17.11.2001, S. 24556.

³⁰²¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, Kemal; “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2001, s. 55-56.

özel sınırlama sebeplerinin birine veya birkaçına dayanılarak özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine, konut dokunulmazlığına ve haberleşmenin gizliliğine müdahale edilebileceği düzenlenmiştir (AY. m. 20/II, 21, 22/II). 4709 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile 20., 21. ve 22. maddeye değişiklikten önce mevcut olmayan “milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” sınırlama sebepleri eklenerek, özel sınırlama sebeplerinin sayısı arttırılmıştır³⁰²².

AİHS’in 8. maddesinde sınırlamanın kanunla ve belirtilen meşru amaçlara dayanılarak yapılması kıstasına paralel şekilde 4709 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin hükümlerde değişikliğe gidilmesi 4709 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu’nun genel gerekçesinde de belirtildiği üzere “toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek çağdaş demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaran”³⁰²³ nitelikte olmuştur. 1961 Anayasası döneminde, iç hukukta korunan haklar ve özgürlükler bakımından AİHS ile uyum sağlama gereği duyulmamasına rağmen, 1982 Anayasası döneminde üyesi olduğumuz Avrupa Konseyi tarafından yöneltilen eleştirilerin anayasa metni düzeyinde karşılanma gereği duyulduğundan AİHS ile uyumlu bir metin ortaya konulmuştur³⁰²⁴.

AİHS ışığında değerlendirmede bulunacak olursak; özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının tümünün 8. maddede koruma altına alınmış olduğunu ve yine aynı maddenin ikinci fıkrasında sınırlamada meşru amaçların düzenlendiğini görmekteyiz. Bu bağlamda AİHS’in 8. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçlar ile Anayasa’da sayılan meşru amaçların birbirleriyle genel olarak örtüştüğünü fakat AİHS’in 8. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen “ülkenin ekonomik refahı” ve “kamu güvenliği” meşru amaçlarının Anayasa’da yer almadığını tespit etmekteyiz. Ayrıca AİHS’in 8. maddesini Anayasa ile kıyasladığımızda özel hayatın ve aile hayatının ayrı (m. 20) konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliğinin ayrı maddelerde (m. 21, 22)

³⁰²² Gözler, Kemal; “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2001, s. 57.

³⁰²³ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>, E. T. 07.08.2017.

³⁰²⁴ Ünal, s. 42. Bu uyumun en belirgin özelliği temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ve kullanılmasının durdurulması bakımından Anayasa’nın öngördüğü hükümlerle aynı konuda AİHS hükümleri arasındaki uyumdur. (Ünal, s. 42).

düzenlendiğini görüyoruz. Bu bağlamda Anayasa'nın konuyu düzenleme biçiminin daha kazuistik olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Ailenin korunması ve çocuk hakları kapsamında 4709 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasa'nın 41. maddesinin ilk fıkrasına "...eşler arasında eşitliğe dayanır" ifadesi eklenmiştir. Böylelikle eşler arasında eşitlik anayasal güvenceye kavuşmuştur³⁰²⁵. Devletin kadına karşı ayrımcı uygulamalara karşı bu yönde düzenlemeye gitmesi pozitif yükümlülüklerini yerine getirme açısından olumlu bir düzenleme olmuştur.

2010 yılında yapılan Anayasa Değişikliği ile her çocuğun, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu 41. maddenin üçüncü fıkrasına eklenmiştir³⁰²⁶. Ayrıca devletin, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alması dördüncü fıkra olarak hükme eklenmiştir. Çocukların korunması ve bakımı açısından devlete pozitif yükümlülük yükleyen her iki hüküm de yerinde bir düzenleme olmuştur.

41. maddenin ikinci fıkrasında "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 düzenlenen hüküm devletin genel olarak ailenin özel olarak ise annenin ve çocukların korunmasına yönelik pozitif yükümlülüklerine doğrudan işaret etmektedir. Bu düzenlemede kanun koyucunun özellikle anne ve çocuğun korunması gerekliliğini işaret ettiği görülmektedir³⁰²⁷. Devletin pozitif yükümlülüğünün iki dezavantajlı grubu koruyacak şekilde düzenlenmesi yerindedir. Fakat doktrinde bu ifade, sadece anne olan kadının korunmasına dikkat çekmesi sebebiyle eleştirilmektedir³⁰²⁸. Bu sebeple de dezavantajlı grupları daha iyi belirlemek açısından ana yerine kadın kelimesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı düşünülmektedir³⁰²⁹.

³⁰²⁵ Badur, Emel; "Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler", TBB Dergisi, S. 84, 2009, s. 63.

³⁰²⁶ (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/4 m.)

³⁰²⁷ Badur, s. 64.

³⁰²⁸ Badur, s. 64.

³⁰²⁹ Badur, s. 64.

b. Kanuni Güvencelerin Tanınması

İdari kararlar almak ve bunları uygulamak ve kararların uygulanmasından doğan ihtilafları çözüme kavuşturmak konusunda milli hakimiyet karşısında kişinin hak ve hürriyetlerini korumak için anayasal güvenceyle bağlantılı olarak bazı kanuni güvenceler sağlamak gerekmektedir.

Aşağıda inceleyeceğimiz bazı temel kanunlar Türk hukukunda özel hayatın ve aile hayatının korunmasının kanuni güvence altına alındığı temel hükümler içermekte ve devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi açısından da rehberlik etmektedir³⁰³⁰.

(1) Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu

Anayasa'nın 20–21 ve 22. maddelerine uygun olarak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK)³⁰³¹ özel hayata ve hayatın giz alanına karşı müdahaleleri 132–140. maddeleri arasında düzenlenen suçlarla yaptırıma bağlamıştır. Özel hayatın korunmasına ilişkin bu düzenlemelerin de AİHS ile paralellik gösterdiği açıktır.

Bir insan hakkı olarak özel hayatın ve aile hayatının korunmasının güvence altına alınması, ihlallere karşı korumayı kapsamaktadır³⁰³². Özel hayata devlet tarafından müdahalede bulunulabilmesi için, öncelikle yüksek kalitede güvenceler öngören bir yasa mevcut bulunmalıdır³⁰³³. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK)³⁰³⁴ düzenlenen arama, elkoyma, iletişimin tespiti, dinlenmesi kayda alınması, teknik araçlarla izleme, delil elde etmek amacıyla beden muayenesi ve kişinin vücudundan örnekler alınması gibi koruma tedbirlerine hukuka aykırı şekilde başvurulması, kişinin özel hayatının korunmasını engellemektedir. CMK'da

³⁰³⁰ Özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında Devlet'in pozitif yükümlülüklerine rehberlik eden kanunların çalışmamızda ele aldığımız bu temel kanunlar ile sınırlı olmadığını belirtmek isteriz. Çalışmanın kapsamını bir noktada sınırlama gereği söz konusu olduğundan, uygulamada pozitif yükümlülüklerin ihlal edilmesine en yoğun surette konu edilen kanunları irdelemeyi tercih etmekteyiz. Devlet'in pozitif yükümlülüklerin aynı zamanda Türk Medeni Kanunu, Basın Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Bilgi Edinme Kanunu, Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, Çocuk Koruma Kanunu gibi diğer kanunlar kapsamında da gündeme gelebileceğini belirtmek isteriz.

³⁰³¹ RG. T. 12.10.2004, S. 25611.

³⁰³² Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, .s. 262.

³⁰³³ Korkmaz, s. 99.

³⁰³⁴ RG. T. 17.12.2004, S. 25673.

düzenlenen arama ve el koyma koruma tedbirlerine ilişkin olarak AİHM de konuyu 8. madde çerçevesinde ele almaktadır³⁰³⁵. Özel hayata müdahalenin en tipik örneklerini oluşturan arama ve el koyma ile ilgili CMK'daki düzenlemeler (CMK. m. 116-134) AİHM'in 8. madde kapsamında aradığı kanun ile düzenleme ve temel hak ve özgürlüklere saygılı olunması gibi ilkelere uygundur³⁰³⁶. Fakat hukuki düzenlemelerin birbiriyle örtüşmesi yeterli değildir. Çünkü temel hakların güvence altına alınmış olmasının o hakka mutlak koruma sağlamadığı gerçeği söz konusudur. Bu sebeple mevcut hakkın ilerletilmesi yönünde önlemlerin alınması da güvenceler dizisinde yer alır³⁰³⁷.

Devlet, Ceza Kanunları uyarınca özel hayata ve aile hayatına yönelik özel kişilerin ihlallerine karşı bu kişiler için salt ceza yaptırımları öngörmekle yetinemez aynı zamanda bu yaptırımları işletip, müdalelere karşı yetkililer tarafından pozitif tedbirler almakla yükümlüdür³⁰³⁸. AİHM, H.M./Türkiye kararına konu olayda³⁰³⁹ kendisini polis olarak tanıtan sivil kıyafetli kişiler herhangi bir arama kararına dayanmadan başvurusunun evine girip arama yapmışlardır. Aynı gün başvuran, yasal olmayan bir tedbire maruz kaldığı gerekçesiyle Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurmuş ve soruşturma başlatılmasını istemiştir. AİHM, savcılığın beş gün içinde gerekli inceleme yapılmadan "suç teşkil eden bir eylem bulunmadığı" gerekçesiyle takipsizlik kararı vermesi üzerine AİHM'in 8. maddesinin yürütülen soruşturmanın yetersiz olduğu gerekçesiyle usulen ihlal edildiği sonucuna varmıştır³⁰⁴⁰. Ayrıca 8. madde uyarınca Devlet'in pozitif yükümlülüğünün, ulusal düzeyde yürütülen soruşturmanın etkililiğini sağlamak olduğu vurgulanmıştır³⁰⁴¹.

Özel hayata ve aile hayatına yönelik müdahaleleri yaptırıma bağlama gücünü elinde tutan TCK ve bu hakka belirli şartlarda koruma tedbiri imkanı tanımak suretiyle müdahaleye imkan veren Ceza Muhakemesi Kanunu devletin usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından esas alınmaktadır. Bu sebeple

³⁰³⁵ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 388.

³⁰³⁶ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 386.

³⁰³⁷ Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, .s. 262.

³⁰³⁸ Moreno Gómez/Spain, App. No. 4143/02, 16 November 2004, M. C./Bulgaria, App. No. 39272/98, 4 December 2003; H. M./Turkey, App. No. 34494/97, 8 August 2006.

³⁰³⁹ H. M./Turkey, App. No. 34494/97, 8 August 2006.

³⁰⁴⁰ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 355.

³⁰⁴¹ H. M./Turkey, App. No. 34494/97, 8 August 2006.

özellikle bu kanunların ilgili hükümlerinin AİHS normlarıyla örtüşmesi ve uygulamasının da içtihatlarla paralellik arz etmesi gerekmektedir.

(2) Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

2010 yılında yapılan Anayasa Değişikliği³⁰⁴² ile özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı anayasal güvenceye bağlanmıştır. Bu hak kapsamında kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme de bulunmaktadır (AY. m. 20/III).

Devlete esasında negatif yükümlülük yükleyen özel hayatın gizliliği temel hakkı kapsamında düzenlenen kişisel verilerin korunması konusunda, Anayasa'nın lafzından açıkça anlaşıldığı üzere, devletin kişisel veri sahiplerini bilgilendirme, bu verileri erişime açma, düzeltme ya da silme, amacı doğrultusunda kullanma şeklinde pozitif yükümlülükleri de doğrudan belirtilmiştir.

Özel hayatın en önemli unsurlarından biri olan kişisel verilerin korunması 2010 yılında anayasal güvenceye bağlanmış ise de 2016 yılında kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların belirlendiği 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK)³⁰⁴³ kabul edilmesi ile kanuni güvenceye kavuşmuştur.

KVKK'nın amacı kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliğini korumaktır. Öte yandan Kanun'da kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri de düzenlenmiştir (m. 1).

KVKK'yı pozitif yükümlülükler bağlamında değerlendirecek olursak veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü, ilgili kişinin hakları (m.10) ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler (m. 12) düzenlemeleri ön plana çıkacaktır.

Bu bağlamda veri sorumlusu; kimliği, verilerin işlenme veya aktarılma amacı, veri toplama yöntemi ve hukuki sebebi ve ilgili kişileri hakları konusunda bilgilendirmekle yükümlüdür (m.10). Ayrıca veri sorumlusu; kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini ve bunlara erişilmesini önlemek, bunların

³⁰⁴² (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/2 m.)

³⁰⁴³ RG. T. 07.04.2016, S. 29677.

muhafazasını sağlamak, amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almakla yükümlüdür.

Veri sorumlusu hem gerçek hem de tüzel kişiler olabilir. Bu da kişisel verilerin korunmasına müdahalenin özel kişilerden de gelebileceğine işarettir. Devletin hem kendi eylemleri hem özel kişilerin eylemleri sebebiyle pozitif yükümlülüğünün doğduğu göz önünde tutulursa burada sadece yükümlülüğün içeriğinin değişeceğini öngörebiliriz.

KVKK'nın 10. maddesine göre ilgili kişilerin kişisel verilerin işlenip işlenmediğini, işlenme amacını, amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, işlenen kişisel veriler hakkında bilgi talep etme, aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, gerektiğinde düzeltilmesini ya da silinmesini talep etme hakları mevcuttur. Dolayısıyla kişilerin bu hakları kullanmalarının önündeki engelleri kaldırmak da devletin pozitif yükümlülüklerindendir.

AİHS'in 8. maddesinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da bu hak özel alana doğrudan temas ettiğinden 8. madde kapsamında korunmuştur³⁰⁴⁴. Anayasa'da ise özel hayatın gizliliği 20. maddede korunmuş fakat bununla sınırlı kalınmayıp kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenleme ayrı bir fıkra ile bu hükme eklenmiştir.

Özel hayatın ve aile hayatının korunmasında devletin temel amaçlarından öncelikli olanı bu alanı hukuki güvenceye bağlamaktır. Bu sebeple kişisel verilerin korunmasına ilişkin hem anayasal hem de kanuni güvencenin sağlanması ile devletin bu alandaki yasal yükümlülüğünü yerine getirdiği ileri sürülebilir. Öte yandan kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanuni güvencenin kaliteli şekilde oluşturulması da devletin pozitif yükümlülükleri ekseninde değerlendirilir.

(3) Ailenin Korunmasına ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun

Şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla düzenlenen. Ailenin Korunmasına ve Kadına Karşı Şiddetin

³⁰⁴⁴ Şimşek, Kişisel Veri, s. 31-32.

Önlenmesine Dair Kanun'u (AKKŞÖK)³⁰⁴⁵ da aile hayatının korunmasının kanuni güvenceye bağlanması anlamında olumlu bir adımdır. Kanunun uygulanmasında özellikle Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Konseyi Kadına Karşı ve Ev İçi Şiddetle Mücadele ve Bunun Önlenmesi Sözleşmesi'nin esas alınacağı belirtilmiştir (m. 2/a). Bu kanun, koruyucu ve önleyici tedbir içeren hükümler yoluyla aile hayatının korunmasına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içerdiğinden devletin ve esas olarak yasama erkinin kanuni düzenleme yapma yönündeki pozitif yükümlülüğünü yerine getirdiğine işaretir.

AKKŞÖK'da mülki amir için koruyucu, hakim için hem koruyucu³⁰⁴⁶ hem de önleyici tedbir kararı alma yetkisi tanınmıştır³⁰⁴⁷. Mülki amire; kadına ve çocuğa

³⁰⁴⁵ RG. T. 20.03.2012, S. 6284.

³⁰⁴⁶ Madde 4-“(1) Bu Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili olarak aşağıdaki koruyucu tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir:

- a) İşyerinin değiştirilmesi.
- b) Kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi.
- c) 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması.
- ç) Korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi.”

³⁰⁴⁷ Madde 5-“(1)Şiddet uygulayanlarla ilgili olarak aşağıdaki önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir:

- a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması.
 - b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi.
 - c) Korunan kişilere, bu kişilerin bulundukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması.
 - ç) Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması.
 - d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması.
 - e) Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi.
 - f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi.
 - g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi.
 - ğ) Silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi.
 - h) Korunan kişilerin bulundukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların bulundukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması.
 - ı) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurusu ve tedavisinin sağlanması.
- (2) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birinci fıkranın (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan tedbirler, ilgili kolluk amirlerince de alınabilir. Kolluk amiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde hâkimin onayına sunar. Hâkim tarafından yirmidört saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar.
- (3) Bu Kanunda belirtilen tedbirlerle birlikte hâkim, 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirler ile 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında karar vermeye yetkilidir.

uygun barınma yeri sağlanması, geçici maddi yardım yapılması, psikolojik, mesleki, hukuki ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi, hayati tehlikesinin bulunması halinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınması, korunan annenin çocukları varsa çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, çalışması halinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek ve belgelendirilmek kaydıyla kreş imkanının sağlanması düzenlenmiştir (m.3).

Yerel makama verilen bu koruyucu tedbir alma kararı ve hakime verilen koruyucu ve önleyici tedbir kararı alma yetkisi detaylı içeriğiyle doğrudan çocuğun ve annenin aile hayatını koruma konusunda pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesine yönelik yerinde düzenlemelerdir. Ayrıca Kanun uyarınca şiddetin önlenmesi ve verilen tedbir kararlarının etkin olarak uygulanmasının izlenmesine yönelik şiddet önleme ve izleme merkezlerinin kurulması ve bu merkezler tarafından destek hizmetleri öngörülmesi de (m. 14-15) devletin harekete geçerek yasal, idari ve sosyal açıdan aile hayatının korunmasını sağlama ve müdahaleye uğramasını önleme amacı güttüğünün göstergesidir.

Gerek Türk hukukundaki kanuni düzenlemeler gerekse AİHS sistemi pozitif yükümlülükler ve yatay etki doktrini aracılığıyla kadına karşı şiddetle mücadeleyi insan hakları meselesi olarak görmekte ve devlete bununla mücadele yükümlülüğü getirmektedir³⁰⁴⁸. AİHS sisteminde ve 8. maddenin uygulamasında kadına karşı aile içi şiddet olgusunda gözetilen özen yükümlülüğü, devletin sadece şiddetin gerçekleşmesinden sonra soruşturma, kovuşturma, yaptırım uygulamasını yeterli görmemekte ayrıca şiddeti önleme tedbirleri almakla da yükümlü kılmaktadır³⁰⁴⁹. Bu bakımdan AKKŞÖK’da öngörülen önleyici tedbirler devletin özen yükümlülüğünü de yerine getirmesine yol gösterici düzenlemelerdir.

(4) Şiddet uygulayan, aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla hâkim, şiddet mağdurunun yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir.”

³⁰⁴⁸ Arslan Öncü, s. 134; Arslan Öncü, Aile İçi Şiddet, s. 8.

³⁰⁴⁹ Arslan Öncü, Aile İçi Şiddet, s. 24.

3. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Hukuk Devleti ve Hukuki Güvenlik İlkesinin Sağlanması

Hukuk devleti otorite karşısında her bireyin hukuki güvenliğini³⁰⁵⁰, haklarını ve özgürlüklerini sağlamayı amaçlayan devlettir³⁰⁵¹. Bu bağlamda kişiler açısından hukuk devleti “özgürlük”, “güvenlik” ve “eşitlik olmak üzere üç amaca hizmet etmektedir³⁰⁵².

Günümüzde çağdaş bir devlet olmanın ve hukukun üstünlüğü ilkesini yaşama geçirmenin yolu hukuk devleti ilkesini benimsemektir³⁰⁵³. Anayasa Mahkemesi birçok kararında hukuki güvenlik ilkesini hukuk devletinin unsurlarından biri olarak hatta ön koşullarından biri olarak kabul etmiştir³⁰⁵⁴.

Hukuki güvenlik ilkesi hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu kadar Anayasa’nın 5. maddesiyle devlete yüklenen, vatandaşların refah, huzur ve mutluluk içinde yaşamalarını sağlama, maddi ve manevi varlıklarını geliştirmek için gerekli ortamı hazırlama yükümlülüğünün bir sonucudur³⁰⁵⁵. Bu bağlamda insan

³⁰⁵⁰ Hukuki güvenlik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Köküarı, İsmail; Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

³⁰⁵¹ Çağlar, Bakır; Anayasa Bilimi bir Çalışma Taslağı, İstanbul, BFS Yayınları, 1989, s. 6-7; Sabuncu, Yavuz; Anayasaya Giriş, Ankara, İmaj Yayınevi, Mart 2003, s. 73, Çavuşoğlu, Naz; Anayasa Notları, İstanbul, Beta Yayınevi, 1997, s. 21; Yazıcı, Serap; “Avrupa Birliği Süreci Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Hukuk Devletin Değişen İçeriği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LIV, S. 4, 2005, s. 77, 92; Can, Osman; “Hukuk Devleti ve Anayasa Yargısı”, “Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C. I, Ankara, 06-10 Ocak 2004, s. 342-344.

³⁰⁵² Ökçesiz, Hayrettin; “Hukuk Devleti”, Hukuk Devleti, (Haz. Hayrettin Ökçesiz), Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi Yayınları: 4, AFA Yayıncılık, Ekim 1998, s. 31; Hukuk devleti kavramının felsefi, siyasi ve tarihi kökenine ilişkin bkz. Sancar, Mithat; “Hukuk Devleti: Kavramsal Bir Çerçeve”, Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000, s. 29-46.

³⁰⁵³ Aliefendioğlu, Yılmaz; Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 31.

³⁰⁵⁴ “Hukuk devletinin ön koşulları arasında hukuki güvenlik ilkesi bulunmaktadır.” AYMK, E. 2014/92, K. 2016/6, T. 28.01.2016, (RG. T. 03.03.2016, S. 29642). “Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.” AYMK, E. 2015/94, K. 2016/27, T. 07.04.2016, (RG. T. 03.05.2016, S. 29701). “Anayasa’nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa’ya aykırı tutum ve durumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa’nın ve yasakoyucunun da uyacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.” AYMK, E.2007/21, K.2008/40, T. 17.01.2008, (RG. T. 08.04.2008, S. 26841).

³⁰⁵⁵ Oğurlu, Yücel; İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara, 2003, s. 33; Altundış, Mehmet; Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasama Dergisi, S. 10, 2008, s. 62.

haklarının korunmasında devletin temel yükümlülüğü bireylerin hukuki güvenliğini sağlamaktır.

Hukuk devletin sağlamakla yükümlü olduğu hukuki güvenlik³⁰⁵⁶, kişilerin hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde etmeleri için gereken her türlü tedbirin devlet tarafından alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda kişi maddi ve manevi varlığının temel yapı taşlarından biri olan özel ve aile hayatının da devlet tarafından korunması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu noktada devletin özel hayata ve aile hayatına müdahale etmeme yükümlülüğünün yanında kişilerin özel hayatının gizliğinin korunması hususunda pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi de önem kazanmaktadır.

Devletin sadece hukukla sınırlanması yetmez, öte yandan devlet kişilere hukuki güvenlik sağlamalıdır³⁰⁵⁷. Çünkü kanunların insan hakkı ihlallerine kaynak olması biçimlerinden biri bunlardaki belirsizlik ve boşluklardır³⁰⁵⁸. Hukuk devletinde bireyin hukuki güvenliğini sağlamaya yönelik ilkelerden biri olan hukuki belirlilik uyarınca hukuki düzenlemeler öngörülebilir, erişilebilir, açık ve kesin olmalıdır³⁰⁵⁹. Bunların yanı sıra gerek yargı gerekse hukuk kuralları açısından istikrar da önemlidir.

Bir örnek üzerinden açıklayacak olursak; maddi gerçeğe ulaşma amacı taşıyan ceza muhakemesinde³⁰⁶⁰ iletişimin tespiti ve denetlenmesi gibi koruma tedbirlerinin hukuken düzenlenmesi suçların önlenmesi ve suçluların cezalandırılması açısından yerindedir. Nitekim kişinin özel hayatın gizliliği haberleşme özgürlüğü gibi temel anayasal haklarına müdahale teşkil eden iletişimin tespiti ve denetlenmesi için bu tedbirin kanuni düzenlemelerle, koşulları ve sınırlarının ayrıntılı ve iyi belirlenmesi gereklidir³⁰⁶¹. Sonuç olarak; özel hayatın

³⁰⁵⁶ Çağlar, Hukuk Güvenliği, s. 29; Çağlayan, s. 42.

³⁰⁵⁷ Aliefendioğlu, s. 31.

³⁰⁵⁸ Tanör, İnsan Hakları Sorunu, s. 184.

³⁰⁵⁹ Çağlar, Hukuki Güvenlik, s. 54.

³⁰⁶⁰ Bakım, Sevi; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XIX, S. 2, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 947.

³⁰⁶¹ Erdem, M. Ruhan/Özbek, Veli Özer; “4442 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, DÜHFY, Seyfullah Edis Armağanı, İzmir, 2000, s. 121; Kaymaz Seydi; “Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefon İle Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. LII, S. 10-11-12, İstanbul, 1996, s. 796.

gizliliğini ve korunmasını salt güvence altına almak yetmemekte aynı zamanda hukuki belirliliği ve istikrarı da sağlamak gerekmektedir.

Hukuk devletinde özel hayatın ve aile hayatının korunmasında hukuki güvenliğin sağlanması, devletin bir yandan tüm kurum ve kuruluşlarıyla hukuka bağlı kalmasını gerektirir. Öte yandan devlet-toplum-birey ilişkilerinde kişilere hukuka uygun davranma sorumluluğu yükler³⁰⁶². Kamusal ya da özel kişilerin hukuka uygun davranabilmesi ise hukuki belirliliğe bağlıdır. Dolayısıyla da devlet organlarının bu gereklilikleri karşılayacak şekilde yasa yapması ve uygulaması zorunludur³⁰⁶³.

B. Devletin Temel Yükümlülükleri

Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen temel amaç ve görevler doğrultusunda devletin yükümlülüklerini koruma, sağlama, özgürleştirme ve çalışma yükümlülüğü olarak dört kategoride irdelenmek mümkündür.

1. Koruma Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

Devletin koruma yükümlülüğü, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumayı kapsamaktadır (AY. m. 5)³⁰⁶⁴. Bu bağlamda çağdaş demokrasinin bir boyutunu ulusal egemenlik, diğer boyutunu ise insan hakları oluşturmaktadır³⁰⁶⁵. Nitekim demokrasi ile insan hakları birbirleriyle doğrudan ilintilidir³⁰⁶⁶. Demokrasinin olmazsa olmaz koşulu, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınıp güvence altına

³⁰⁶² Çağlar, Hukuk Güvenliği, s. 29.

³⁰⁶³ Çağlar, Hukuk Güvenliği, s. 29.

³⁰⁶⁴ Tanör'e göre; maddenin ilk bölümünde geçen "Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak..." ifadesiyle devletin temel görevinin kendini ve bütünlüğünü korumak olduğu vurgulanmıştır. İnsan haklarının korunması ise, devletin temel amaç ve görevleri arasında yer almamaktadır. (Tanör, İnsan Hakları Sorunu, s. 199).

³⁰⁶⁵ Savcı, İnsan Hakları, s. 7.

³⁰⁶⁶ Çoban, s. 192, dp. 13.

alınmasıdır³⁰⁶⁷. Dolayısıyla demokrasi ancak insan hakları temeli üzerinde varolabilir³⁰⁶⁸.

Demokrasi kavramı³⁰⁶⁹, günümüzde en sık kullanılan ve çok çeşitli anlamlar yüklenilen bir kavramdır. Belki de bu sebeple ne olduğu noktasında en çok tereddüt edilen ve karmaşa yaşanan bir kavramdır³⁰⁷⁰. *Lincoln*'e göre demokrasi, “halkın halk tarafından halk için yönetimi” olarak tanımlanmıştır³⁰⁷¹. *Dahl* ise demokrasiyi, “Kollektif ve bağlayıcı kararlar almanın benzersiz bir yöntemi”³⁰⁷² olarak tanımlar. *Lipson*'a göre demokrasi, “vatandaşları için mümkün olduğunca fazla hürriyet ve eşitliği birleştiren bir yönetim şekli” dir³⁰⁷³. Doktrinde demokrasinin tanımı farklı şekillerde yapılırsa da bir siyasal rejim olarak demokrasi, temelde insan haklarının gerçekleştirildiği düzeni temsil etmektedir. İnsan hakları ise, demokrasilerin düşünsel temellerini oluşturmakta ve insan haklarının genel çerçevesini çizmektedirler. Demokrasiler insan haklarının gerçekleştirildiği ve güvence altına alındığı siyasal yönetim biçimleri olduğundan her ikisi arasında güçlü ve sarsılmaz bağ bulunmaktadır³⁰⁷⁴. Bu sebeple de demokrasi ve insan hakları kavramları, hem hukuki hem de politik söylemlerin vazgeçilmez ikiz kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰⁷⁵.

³⁰⁶⁷ Gölcüklü, Demokratik Toplum, s. 111.

³⁰⁶⁸ Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 110.

³⁰⁶⁹ Demokrasi kavramı Yunanca'da “demos” (halk) ve “kratos” (kudret, iktidar, hakimiyet, idare) kelimelerinden oluşmaktadır. (Dahl, Robert A.; Demokrasi ve Eleştirileri, (Çev. Levent Köker), Ankara, 1996, s. 3; Ateş, Turan; Demokrasi, Siyasi Partiler ve Seçim, İstanbul, 2007, s. 7; Kaplan, İbrahim, “Demokrasi-Hukuk-Otorite”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, C.XLIX, S.1, Ankara, 1994, s.268; Çeçen, s. 68).

³⁰⁷⁰ Yavuz, Bülent; “Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 284.

³⁰⁷¹ Sartori, Giovanni; Demokrasi Kuramı, (Çev. Deniz Baykal), Siyasal ilimler Türk Derneği, Yayın No:23, Ankara, s.18; İba, Şeref; Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, 2. Bası, Ankara, 2008, s. 81; Sartori, Giovanni; Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu-Mehmet Turhan), Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996, s. 8; Lijphart, Arend; Çağdaş Demokrasiler-Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri, (Çev. Ergun Özbudun, Ersin Onulduran), Ankara, t.y, s. 11; Tunç, Hasan; “Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atilla Özer'e Armağan ,C. XII, s.1-2, 2008, s. 1115.

³⁰⁷² Dahl, Robert A.; Demokrasi ve Eleştirileri, (Çev. Levent Köker), Ankara, 1996, s. 6.

³⁰⁷³ Lipson, Leslie; “Demokrasinin Felsefesi”, (Çev. Mustafa Erdoğan), Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar, Ankara, 1993, s.17.

³⁰⁷⁴ Çeçen, s. 67.

³⁰⁷⁵ Yavuz, s. 284.

Günümüzün ideal demokrasi anlayışının artık bireyin özgürlüklerini koruyan, özgürlükçü, çoğulcu bir demokrasi anlayışı olduğu³⁰⁷⁶ ileri sürülebilir³⁰⁷⁷. *Lincoln*'un demokrasi tarifinden yola çıkıldığında ise, “halk için yönetim” ifadesinden, devlet anlayışının insan haklarına dayanması gerektiği sonucunu çıkarmak pekâla mümkündür. Yani devletin örgütlenmesinden, kanunların yapılmasına kadar insan haklarını temel alan bir anlayışın hakim olması esastır. Böylece bütün ulusal politikaların belirlenmesinde de insan hakları eksenli hareket edilmesi zorunlu olmaktadır³⁰⁷⁸. Devletin koruma yükümlülüğü de bu noktada devreye girmektedir. Çünkü devletin Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen demokrasiyi koruma amacı devleti her türlü eylem ve işleminde insan haklarını gözetme yükümlülüğü altına sokmuştur.

Demokrasi kavramının tarihi gelişim süreci içinde birçok türü ve tasnifi ortaya çıkmıştır³⁰⁷⁹. Bu farklı demokrasi uygulamaları ise insan hakları konusundan genel geçer ve nesnel bir tutumun ortaya çıkmasını engellemiştir. İnsan haklarını koruma konusunda her demokratik rejim kendi bünyesinde iç tutarlılığı ölçüsünde farklı uygulamalar geliştirmektedir. Fakat genel olarak demokrasi adını taşıyan her rejim insan haklarına saygı göstermeli ve sahip çıkmalıdır³⁰⁸⁰. İnsan haklarını ve demokrasiyi koruma amacı aynı anda gerçekleştirilmelidir³⁰⁸¹.

Hakların kullanılmasında birey, devletin gözetimi ve sorumluluğu altındadır³⁰⁸². Nitekim devlet, insan haklarını öncelikle anayasasında korur. Bu bağlamda temel olarak Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan “insan haklarına saygılı” bir hukuk devleti olmamız insan haklarını öncelikle Anayasa'da koruduğumuzun kanıtıdır. Ayrıca Anayasa'da insan haklarını koruma yükümlülüğü 40. maddede “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlığı altında düzenlenmiştir³⁰⁸³. Hükme göre: “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri

³⁰⁷⁶ Turhan, Mehmet; “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, Anayasa Yargısı, C. VIII, Ankara, 1991, s. 405; Yavuz, s. 284.

³⁰⁷⁷ Yavuz, s. 285.

³⁰⁷⁸ Yavuz, s. 285; Savcı, İnsan Hakları, s. 7-8.

³⁰⁷⁹ Doğrudan demokrasi, yarı doğrudan demokrasi, temsili demokrasi, çoğunlukçu demokrasi, çoğulcu demokrasi, marksist demokrasi, liberal demokrasi, siber demokrasi, militan demokrasi, delegasyoncu demokrasi, westminister modeli Demokrasi, müzakereci demokrasi, katılımcı demokrasi gibi. (Yavuz, s. 284).

³⁰⁸⁰ Çeçen, s. 68.

³⁰⁸¹ Çoban, s. 192.

³⁰⁸² Akıllıoğlu, s. 35.

³⁰⁸³ Erdoğan, İnsan Hakları, s. 118.

ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır”. Anlaşıldığı üzere, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanı, devletin hakları koruma yükümlülüklerinden biridir³⁰⁸⁴.

Koruma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için en etkili yol mahkemelerin AİHS’te düzenlenen anayasal hakları Anayasa ve Sözleşme hukukuna uygun şekilde yorumlamalarıdır³⁰⁸⁵. Bu aynı zamanda yargının yükümlülüğü olup, insan haklarının korunması konusunda uygulayıcılar tarafından göz önünde bulundurulması gereken bir ödevdir. Çünkü bir kanunun uygulama içinde kazandığı işlev ve anlam onun gerçek yüzünü göstermektedir. Bu sebeple kanunun uygulama ve yorumlanması en az metni kadar önemli bir unsurdur.

Gerek AİHS gerekse Anayasa özel hayatın ve aile hayatının korunmasına müdahaleye ancak demokratik bir toplumda gerekli olduğu takdirde izin vermektedir. Dolayısıyla demokrasinin korunmasıyla insan haklarının korunması birlikte yürümektedir³⁰⁸⁶.

b. Devletin Özel Hayatı ve Aile Hayatını Korumada Pozitif Yükümlülükleri

Devletin özel hayatı korumak üzere pozitif yükümlülüğü genel olarak önlem almaktır. Koruma genel hukuki yapı ile sağlanabileceği gibi, alınan önlemlere karşın hakka müdahale söz konusu olmuşsa sorumluları yargılamak da devletin kamusal sorumluluğunun bir gereğidir³⁰⁸⁷. Koruma yükümlülüğü bireylerin kendi

³⁰⁸⁴ Eren, s. 139.

³⁰⁸⁵ Boyar, s. 70.

³⁰⁸⁶ Çoban, s. 192, dp. 13.

³⁰⁸⁷ Dinç, Güney; “Özel Hayatın Korunması”, İnsan Hakları, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2006, s. 8.

aralarındaki ilişkiler alanında bile özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler alınmasını gerektirir³⁰⁸⁸.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel hayata saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkına karşılık geldiğini belirterek³⁰⁸⁹ her iki hüküm arasında köprü kurmuştur. Bu bağlamda Anayasa'nın 17. maddesinin amacının esas olarak bireylerin maddi ve manevi varlığına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfi müdahalelerin önlenmesi olduğunu ve devletin bu varlığı etkili koruma yönünde pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu vurgulamıştır³⁰⁹⁰.

Özel hayatın gizliliğinin korunmasının bir diğer yolu bu hakka müdahale sınırlarını iyi belirlemekten geçmektedir. Bu bağlamda özel hayatın gizliliğine ilişkin bir düzenleme, bu hakkın "norm alanını" daraltma sonucunu doğuruyorsa, bu bir sınırlamadır. Fakat temel hakkı güçlendirici, onun daha kolay ve etkin bir biçimde kullanılmasını sağlayıcı düzenlemeleri sınırlama olarak nitelendirmek doğru değildir³⁰⁹¹. Özel hayatın gizliliğine yönelik düzenlemelerin hakkın norm alanını ölçüsüzce daralttığı durumlarda bu hakkın korunması mümkün olmamaktadır. Nitekim Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.³⁰⁹² Dolayısıyla koruma yükümlülüğü kapsamında devletin pozitif yükümlülüğü hakkın norm alanını sınırlandırıcı düzenlemeleri değiştirmek, ve kaldırmaktır.

³⁰⁸⁸ X and Y/Netherlands, App. No. 8978/80, 26 March 1985.

³⁰⁸⁹ Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B. No. 2014/5836, T. 16.04.2015, par. 29, (RG. T.11.07.2015, S. 29413); Ahmet Acartürk Başvurusu, B. No. 2013/2084, 15.10.2015, par. 47, (RG. T. 18.12.2015, S. 29566); Sevim Akat Eşki, Başvurusu, B. No. 2013/2187, T. 19.12.2013, par. 30.

³⁰⁹⁰ Adnan Oktar (3), B. No. 2013/1123, 02.10.2013, par. 32; Salim Sayın Başvurusu, B. No. 2013/3382, 4.11.2015; Ahmet Acartürk Başvurusu, B. No. 2013/2084, 15.10.2015, par. 49, (RG. T. 18.12.2015, S. 29566).

³⁰⁹¹ Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, s. 21-22.

³⁰⁹² AYMK, E. 2013/14, K. 2013/16, T. 26.12.2013, (RG. T. 29.05.2014-S. 29014).

2. Sağlama Yükümlülüğü

AİHS gibi çağdaş bildirilerde insanlara somut olanakların tanınması, kişinin insan onuruna yaraşacak koşulları devletten istemesi sadece kişinin mutluluğunu sağlama amacıyladır. 1789 Fransız Devrimi düşüncesine göre kişinin mutluluğu, devletin müdahale etmemesine, kişiyi özgür bırakmasına ve negatif durmasına bağlıydı. Günümüzde ise bu anlayış değişmiş devletin pozitif bir müdahalesi olmadıkça, devletin görevleri artmadıkça insanca yaşamının koşulları hazırlanmamış sayılmaktadır³⁰⁹³. Kişi kendisinin özel hayatına müdahale edilmediği zaman daha mutlu hissetmektedir³⁰⁹⁴. Bu bağlamda devletin sağlama yükümlülüğü kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamayı kapsamaktadır.

Devletin öncelikli olarak egemenliği altındaki tüm bireylerin en yüksek ahlaki değer olan insan haklarını sağlaması gerekmektedir³⁰⁹⁵. Bu bağlamda sağlama yükümlülüğü hakların yerine getirilmesini bir başka ifadeyle hayata geçirilmesini ve bireylerin de bu haklardan yararlanabilmesini ifade eder. Yani bizi refah devleti paradigmasına götürür³⁰⁹⁶. Bu yönde Anayasa'nın 10. maddesi devletin insan haklarını uygulama yükümlülüklerinden birini açıkça ifade etmektedir. Hükmün ilk fıkrasına göre herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. İkinci fıkrasına göre ise kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, öncelikle bu eşitliğin hayata geçmesini sağlamakla yükümlüdür. 10. maddenin ikinci fıkrasında devletin kadın ve erkek arasındaki eşitliğin fiilen hayata geçmesini sağlamak üzere pozitif yükümlülüklerine vurgu yapılmaktadır³⁰⁹⁷. Hükümde güvenceye bağlanan ayrımcılık yasağı devlete bu hususta söz konusu olan mağduriyet ve kayırmaları aktif şekilde ortadan kaldırma yükümlülüğü yükler³⁰⁹⁸.

³⁰⁹³ Akın, İlhan F; Kamu Hukuku, 4. Bası, Üçdal Neşriyat, İstanbul, ty, s. 392-393.

³⁰⁹⁴ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 103.

³⁰⁹⁵ Soysal, Mümtaz; "İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği", Anayasa Yargısı Dergisi, C. III, 1986, s. 47.

³⁰⁹⁶ Koch, Indivisible Rights, s. 15.

³⁰⁹⁷ Üzeltürk, Sultan; "İHAM Kararları Işığında Türkiye'de Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara, 24-25 Ekim 2003, s. 230; Dündar Sezer, s. 775.

³⁰⁹⁸ Gören, Zafer; "Genel Olarak Kota ve Kota Modelleri", Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVI, 1999, s. 408.

Bu pozitif yükümlülöklere gerektiği durumlarda pozitif ayrımcılık yapmak da dahildir³⁰⁹⁹.

Pozitif yükümlölük bir anlamda devletin politika ve eylemlerinin geliştirilmesi sırasında eşitliğin sağlanması ve eşitliğin sağlanmasına yönelik sorunların göz ardı edilmemesini ifade etmektedir³¹⁰⁰. Fakat burada kastedilen eşitlik mutlak eşitlik anlamına gelmemektedir. Örneğin, uygulamada özel hayatın korunması kapsamında kamuya mal olmuş kişilerin özel hayat kapsamının sıradan vatandaşlara göre daha dar tutulması bu anlamda eşitsizlik sayılmamaktadır.

Özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında (AİHS m. 8, AY. m. 20) eşler tarafından ileri sürölen eşitliğe aykırı yaklaşımlar hem Anayasa Mahkemesi³¹⁰¹ hem de AİHM tarafından³¹⁰² ayrıca ayrımcılık yasağı bağlamında da tartışılmaktadır. Bu bakımdan hem eşler hem de çocukları arasında (sahih nesepli-gayrisahih nesepli) devletin eşitliği sağlama yükümlölüğu söz konusudur. Örneğin, AİHM, sahii nesepli çocuk ile gayrisahih nesepli çocuk arasında kanuni mirasçılık yönünden eşit muamele yapılmamasının 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlali olduğu ve devletin eşitliği sağlama yönündeki pozitif yükümlölöklere riayet etmediği sonucuna ulaşmıştır³¹⁰³.

Kadın ve erkek arasında eşitlik farklı cinslerin sadece devlet karşısında eşit haklarla donatılmaları konusunda yükümlölük getirmez aynı zamanda devlet özel hukuk ilişkilerinde de bu eşitliğin gerçekleştirilmesini sağlamakla yükümlüdür³¹⁰⁴. Eşitlik ilkesi devlet organlarına yönelik bir anayasa normu olması yönüyle hem kanun uygulayıcılarını hem de kanun koyucuyu muhatap almakta³¹⁰⁵ ve onlara eşitler arasında eşitliği sağlama yükümlölüğu yüklemektedir.

İnsan haklarının sağlanması, haklardan yararlanabilmek için uygun zeminin hazırlanmasını gerektirmektedir. Bu anlamda kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamaya yönelik olarak pozitif yükümlölökleri kapsamında devlet,

³⁰⁹⁹ Dündar Sezer, s. 775.

³¹⁰⁰ Hepple, s. 114.

³¹⁰¹ Gülbu Özgüler Başvurusu, B. No. 2013/7979, T. 11.11.2015, par. 58, (RG. T. 24.12.2015, S. 29572); Nurcan Yolcu Başvurusu, B. No. 2013/9880, T. 11.11.2015, par. 51, (RG. T. 24.12.2015, S. 29572).

³¹⁰² Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979; Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994.

³¹⁰³ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 48.

³¹⁰⁴ Gören, Kota, s. 409.

³¹⁰⁵ Özbudun, s. 151.

koruma yükümlülüğünün yanı sıra hak ve özgürlüklerden yararlanılması için gereken koşulları yaratma yükümlülüğü altındadır. Nitekim sağlama yükümlülüğü ile amaçlanan, Devlet'in Sözleşme'de ve Anayasa'da düzenlenen özel hayatın ve aile hayatının tam ve etkili bir şekilde korunması için yasal, mali, idari ve yargısal önlemlerin tümünü gerçekleştirmesidir³¹⁰⁶. Fakat, Anayasa'nın 5. maddesinde geçen sağlama yükümlülüğü, koruma amacına zarar getirmeyecek bir çerçevede olanaklıdır. Bir başka ifadeyle, sağlama yükümlülüğü, koruma amaç ve göreviyle sınırlanmıştır³¹⁰⁷.

Devlet, özel hayat ve aile hayatının korunması kapsamında yasal önlem yükümlülüğünü yasama organının kanun ile düzenlenmesi gereken bir konuyu hiç düzenlememiş olması ya da Sözleşme'yle bağdaşmayan içerikte bir kanunun düzenlemiş olması durumunda yerine getirmemiş olmaktadır.

Devlet, özel hayatın ve aile hayatının etkili şekilde kullanılabilmesi için idare tarafından yeterli uygulama imkanının sunulmadığı ya da insan hakkı ihlallerine geçit veren uygulamaların engellenmediği durumlarda idari önlem yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmaktadır.

Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının Sözleşme'ye aykırı surette sınırlandırıldığı, konu ile ilgili Sözleşme'yle ya da Anayasa'yla bağdaşmayan içerikte bir kanunun düzenlendiği durumlarda Anayasa Mahkemesi denetimi yargısal bir önlem teşkil etmektedir. Nitekim anayasal hakların sağlanması, devletin temel hakları düzenlemesi aynı zamanda hem maddi hem de şekli yükümlülüklerini yerine getirmesi ile mümkün olmaktadır³¹⁰⁸.

AİHM 8. madde kapsamında verdiği kararlarında sağlama yükümlülükleri, yargılama sürecinde usuli yükümlülükleri beraberinde getirdiğinde yargı organına hitap eder; hem maddi hem de usuli ödevleri beraberinde getirdiğinde ise yürütme organına hitap eder. Devletin anayasal hakların yerine getirilebilmesi için düzenleme yapması ise genellikle yasama organının yükümlülüğüdür³¹⁰⁹.

³¹⁰⁶ Boyar, s. 71.

³¹⁰⁷ Doğan, Anayasal Düzenleme, s. 12.

³¹⁰⁸ Boyar, s. 71.

³¹⁰⁹ Boyar, s. 71.

3. Özgürleştirme Yükümlülüğü

Kişisel ve özel olan özgürlük alanı, kamusal alanın sınırı olup bireyin insiyatif ve hatta mahremiyet alanıdır³¹¹⁰. Özgürlük, insanın tüm yönleri ve boyutları ile gelişme olanağı, serbestliği, ayncılığı ve yeteneğidir³¹¹¹. Bu bağlamda AİHS'in 8. maddesi ve buna paralel olarak Anayasa hükümleri (AY. m. 20-22) de bireyin mahremiyetini, özel alanda serbestliğini ve bu alanda kendini geliştirmesini yani özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Nitekim özel hayatın ve aile hayatının korunması anlamında özgürlüğün salt savunulması yeterli olmayıp, sürekli gerçekleştirilmesi gereken bir oluş sürecine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu süreçte ise insanın ancak ekonomik ve sosyal koşullarının iyileştirilmesiyle sağlanabilecek bir özgürleştirme söz konusudur³¹¹². Ekonomik ve sosyal koşulların iyileştirilmesinin de muhatabı devlettir. Dolayısıyla *Akad'*a göre, siyasal açıdan bakıldığında devlete insanın özgürleştirilmesi yükümlülük olarak verilmiştir³¹¹³.

Devletin özgürleştirme yükümlülüğü, temel hak ve özgürlüklerin önündeki engellerin kaldırılması yoluyla kişilerin kendini ve yeteneklerini geliştirme olanağının tanınması, bu şekilde kendilerini ayrıcalıklı hissetmesinin sağlanmasıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa'nın 2. maddesinde özgürlüklere saygılı olunmasını istemekle yetinilmemiş, bunların kullanılmasını sağlayacak önlemler alınması, 5. maddede Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılarak özgürlükçü bir görüş benimsenmiştir³¹¹⁴. Anayasa Mahkemesi'nin bu şekilde anayasayı özgürlükçü okuması temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından yerindedir³¹¹⁵.

Doktrinde 1982 Anayasası'nın 5. maddesi ile 1961 Anayasası'nın 10. maddesinin ikinci fıkrası arasında devletin özgürleştirme yükümlülüğü konusunda genel bir tutum farklılığı olduğu ileri sürülmektedir³¹¹⁶. Fakat 1982 Anayasası'nda,

³¹¹⁰ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 11.

³¹¹¹ Savcı, İnsan Hakları, s. 10.

³¹¹² Soysal, s. 136; Tanör, İnsan Hakları Sorunu, s. 199.

³¹¹³ Akad, 10. Madde, s. 41.

³¹¹⁴ AYMK, E. 1985/8, K. 1986/27, T. 26.11.1986, (RG. T. 14.08.1987, S. 19544).

³¹¹⁵ Çağlayan, s. 46.

³¹¹⁶ Tanör, İnsan Hakları Sorunu, s. 200. Bu görüşü destekleyen Soysal'a göre, 1982 Anayasasının 5. maddesinde, 1961 Anayasası'ndaki 10. maddenin ikinci fıkrasını birebir yansıtabilecek şekilde kaleme alınan "kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî

1961 Anayasası'na paralel şekilde hem devlete karşı ileri sürülebilecek haklara hem de özgürleştirme anlayışına yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla bazı ifade farklılıkları dışında 1982 Anayasası'nın 5. maddesi ile 10. maddesinin ikinci fıkrası birbirleriyle paraleldir³¹¹⁷.

1982 Anayasası'nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri sadece mili güvenliği sağlamak, kamu düzenini korumak, kamu hizmeti ve kolluk görevlerini sağlamak ekseninde olmayıp, bu maddede açıkça devlete kişileri özgürleştirme görevi verildiği açıktır³¹¹⁸. Dolayısıyla bu hüküm uyarınca devlet temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran sosyal ve ekonomik engelleri kaldırmak amacıyla ekonomik hayata müdahalede bulunabilecektir³¹¹⁹.

Kanımızca her iki anayasa açısından devletin özgürleştirme yükümlülüğü temelinde değerlendirmede bulunacak olursak salt ifade farklılıklarından öte devletin pozitif yükümlülükleri açısından anlayış farklılığı söz konusu değildir.

a. Devletin Özgürleştirme Yükümlülüğünün Kapsamı

Devletin özgürleştirme yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken üzerinde durulması gereken 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında yer bulan sosyal hukuk devleti ilkesi ve 5. maddesinde belirtilen adalet ilkeleridir. Zira temel hak ve özgürlükler ancak sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlanırsa devlet bu engelleri kaldırmakla yükümlü tutulacaktır³¹²⁰. Bu bağlamda devletin kişiye özel hayatını ve aile hayatını

ve mânevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar" ifadesiyle belirtilen amacın "Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak" açıklamasının sonrasına eklenmesinin hükümle özgürlük kavramı arasında kurulan sentezin anlamını yitirmesine ve özgürlük kavramının sınırlama kavramıyla sıkı sıkıya bağlantılı hale gelmesine sebep olmuştur. (Soysal, , s. 136). Bu görüşü destekleyenler tarafından özgürlüklerin korunması için devletin temel amaç ve görevlerinin insan onurunu korumak, kişilerin ve toplumun, refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, birey huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan, siyasal, ekonomik, kültürel ve sosyal engelleri kaldırmak ve insanın maddi ve manevi varlığının geliştirilebilmesi için gerekli koşulları hazırlamak yönünde yükümlülükler yükleyen ve ağırlığı bu amaç ve görevlere veren bir düzenlemenin getirilmesinin daha uygun olacağı ileri sürülmektedir. (Batum, Sühely; 99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa, 2. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 308; Demir, s. 281).

³¹¹⁷ Özbudun, s. 111.

³¹¹⁸ Gözler, Türk Anayasa Hukuku s. 108.

³¹¹⁹ Gözler, Türk Anayasa Hukuku s. 108.

³¹²⁰ Akıllıoğlu, Temel Haklar, s. 53.

özgürce yaşayabileceği bir ortam yaratabilmesi için ilk olarak bu hakkı sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayan surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırması gerekmektedir.

(1) Sosyal Hukuk Devleti

Özel hayatın ve aile hayatının korunması devlete negatif yükümlülük yanında, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak bu hakkın doğrudan doğruya korunması üzere pozitif yükümlülük de yüklemektedir³¹²¹.

Sosyal devletin özgürlük anlayışı, klasik liberal devletin özgürlük anlayışından hayli farklıdır. Klasik liberal devlette sadece kişiyi devlet karşısında koruyan özgürlükler söz konusuyken, sosyal devlette olumlu bir şeyler yapma ödevini yükleyen haklar da söz konusudur. Sosyal devlette, devletin özgürleştirme yükümlülüğü vardır. Özgürleştirme anlayışına göre, kişi ancak önündeki ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılmasıyla özgür olabilir³¹²². Anayasa'nın da 5. maddesinde bu anlayışı benimsemiştir³¹²³. Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası da kendisini 20 ve 28 inci maddelerinde hukuk devleti ve özellikle sosyal hukuk devleti olarak tanıtmıştır³¹²⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında belirtildiği üzere, “...sosyal hukuk devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşamasını ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler olarak, çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirleri alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı, kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlettir”³¹²⁵.

³¹²¹ Okur, s. 1.

³¹²² Akad, 10. Madde, s. 4; Sabuncu, Anayasaya Giriş, s. 40.

³¹²³ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 107; Özbudun, s. 110; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 136.

³¹²⁴ Huber, Ernst Rudolf; “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, (Çev. Tuğrul Ansay) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVII, S. 3, 1970, s. 27.

³¹²⁵ AYMK, E. 1984/9, K. 1985/4, T. 18.02.1985, (RG. T. 26.06.1985, S. 18793).

Sosyal Hukuk Devleti anlayışı ile Anayasa, sosyal devlet ve hukuk devleti arasındaki inkar edilmez farklılığa rağmen bu iki kavramı birleştirmiştir. Esasında Anayasa, bir devletin gerçekte hukuk devleti olmasının ancak onun aynı zamanda sosyal devlet de olması ile gerçekleşebileceğini ifade etmek istemektedir³¹²⁶.

Hukuk devletinin amacı toplumun devlete karşı korunmasıdır; fakat sosyal devletin amacı toplumu devlet aracılığı ile korumaktır. Bir başka deyimle hukuk devleti devlet müdahalesine karşı koruma getirirken, sosyal devlet belli ölçüde devlet müdahalesine imkan tanımaktadır³¹²⁷. Temel hak ve özgürlüklerin devletten gelen müdahalelere karşı korunması şekli hukuk devletinin gereklerindendir. Devletin temel hak ve özgürlükleri sınırlayan engelleri kaldırması ise sosyal hukuk devletinin gereklerindendir. Bu bağlamda pozitif yükümlülükler devletin temel hak ve özgürlükleri sağlamaya yönelik tedbirler de almasını da gerektirdiğinden sosyal hukuk devletiyle örtüşür.

Hukuki değil fiili anlamda da eşitliğin ve cinsiyetler arasında ayrım yasağının hayata geçmesine yönelik devletin aktif eylemde bulunması³¹²⁸ pozitif yükümlülüklerine işaret etmekte ve bunun bir diğer anayasal dayanağını ise Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen sosyal hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır³¹²⁹.

Anayasa'nın özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin hükümleri ve buna paralel şekilde AİHS'in 8. maddesi bazında değerlendirecek olursak; sosyal devlet ilkesi gereğince devletin aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma yükümlülüğü vardır³¹³⁰. Yani sosyal hukuk devleti ilkesi gereğince devlet gerek kanuni gerekse idari yollarla kadına ya da çocuğa karşı şiddetin engellenmesi, eşler arasında eşitsizliğin giderilmesi gibi konularda olumlu müdahalede bulunmalıdır.

³¹²⁶ Huber, s. 28.

³¹²⁷ Huber, s. 37.

³¹²⁸ Gören, Kota, s. 408.

³¹²⁹ Dündar Sezer, s. 775.

³¹³⁰ Özbudun, s. 150 vd; Üzeltürk, İHAM, s. 225.

(2) Adalet İlkeleri

1961 Anayasasında temel hakları hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engeller öngörülmüşken (m. 10/II), 1982 Anayasası'nda "hukuk devleti ilkeleri" yerine "adalet ilkeleri" ibaresi yer almıştır (m. 5).

Hukuk devlet ilkeleri ile adalet ilkeleri arasında devletin özgürleştirme yükümlülüğü açısından yoğunluk farkı olup olmadığına bu kavramların anlam ayırdımı ve aralarındaki ilişki ortaya konularak ulaşılabilir.

Adalet kavramının³¹³¹ maddi ve şekli adalet ayrımı yapılmak suretiyle hukuk devleti ile ilişkisini ortaya koymak mümkündür. Maddi adalet, hukuk kurallarının içeriğinin adaletin gereklerine uygun olup olmadığıyla ilgilidir. Günümüzde maddi adalet anlayışı, genellikle, insan haklarının korunmasını ve sosyal adaletle ilgili düzenlemelerin yapılmasını gerektirmektedir³¹³². Şekli adalet ise hukuk kurallarının kendileriyle değil, bu kuralların uygulanmasıyla ilgili adalettir. Böylece hukuk-adalet ilişkisiyle ilgili iki farklı adalet söz konusudur; hukuk kurallarının içeriğiyle ilgili maddi adalet ve hukuk kurallarının uygulanmasıyla ilgili şekli adalet³¹³³.

Maddi adalet olmaksızın, şekli adaletin bir anlam ifade etmeyeceği açıktır. Örneğin, özel hayatın ve aile hayatının korunması çerçevesinde adil olmayan bir hükmün, usul kurallarına uygun uygulanmasının anlamı olmayabilir. Öte yandan, maddi adalet de beraberinde şekli adaleti gerektirmektedir. Burada da adil bir hükmün, usul kurallarına uyulmadan uygulanmasının adaletsizliğe sebep olur. Nitekim adaletle uygun bir sonuç için, hem maddi adaletin hem de şekli adaletin gerekli olduğu sonucuna ulaşılabilir³¹³⁴.

Hukukun genel ilkeleri AİHS'in 7. maddesinin ikinci fıkrasında "uygar uluslarca tanınmış hukukun genel ilkeleri" atfıyla tanınmıştır. Aynı yönde AİHM de hukukun genel ilkelerini yaratma yetkisini kullanmaktadır³¹³⁵. Bireylerin hukuki

³¹³¹ Adalet kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güriz, Adnan; "Adalet", Anayasa Yargısı Dergisi, C. VII, 1990, s. 13-20; Çeçen, A.; Adalet Kavramı, 2. Basım Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993.

³¹³² Uygur, s. 30

³¹³³ Özkök, Güriz; "İnsan Hakları Bakımından Adalet Teorileri: John Rawls", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2002, s. 36-37; Uygur, s. 30.

³¹³⁴ Uygur, s. 30.

³¹³⁵ Kaboğlu, Hukukun Genel İlkeleri, s. 295.

güvenliğini sağlamaya yönelik hukukun genel ilkelerine Almanya Anayasası 123. maddesinde “hukukun genel prensipleri” adıyla rastlanmakta, Fransa anayasasında ismen kullanılmamakla beraber Fransız anayasallık bloku (bloc de corstitutionalit ) içerisinde tartışması  bir yere sahip olduğu dile getirilmekte ve İngiliz hukukunda da “hukuk devleti”, “hukukun üstünlüğü”, “adalet” ve benzeri kavramlar arasında kendine yer bulmaktadır. Bu şekilde düzenlenen normatif temellere rağmen ne ülkemizde ne de Avrupa’nın genelinde hukukun genel ilkeleri pozitif hukuk normları haline getirilmiřtir³¹³⁶.

Hukukun genel ilkeleri³¹³⁷ ya da hukuk devleti ilkeleri adı altında toplanan ilkelerin içeriklerine bakıldığında, ortak noktalarının adaleti sağlamak olduğu açıktır. Anayasa Mahkemesi, gerek 1961, gerekse 1982 Anayasaları dönemlerinde verdiği çeşitli kararlarında hukukun genel ilkelerinin bir tanımını yapmamış fakat hukukun genel ilkelerinden “destek ölçü norm” olarak yararlanmış, hatta kimi zaman bu ilkelerin Anayasa hükümlerinden de  nde geldiği yolunda ifadeler kullanmıřtır³¹³⁸. Aynı yönde Strasbourg organları da hukukun genel ilkeleri kavramını ölçü norm olarak kullanmaktadır³¹³⁹. Her ne kadar adalet kavramı hukuku aşan, tarihi daha köklü bir kavram olsa da hukuk devleti de adalet temeli üzerine inşa edilir. Bu sebeple kanımızca 1982 Anayasası’nda hukuk devleti ilkeleri yerine adalet ilkeleri ibaresinin kullanılması temel hakların korunmasında aynı amacın g d ld ğ ne işarettir. Fakat şunu da önemle belirtmek gerekir ki adalet kavramının kanun koyucu açısından yol gösterici olması zordur. Çünkü hangi normun adalete daha uygun olacağı sonucuna ulaşmak sübjektiflik i erir³¹⁴⁰. Bu bağlamda özel hayatın ve aile hayatının korunması çerçevesinde yapılan yasal düzenlemelerde

³¹³⁶ Ayhan, s. 156.

³¹³⁷ Hukukun genel ilkeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaboğlu, İbrahim  .; “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı ( zg rl kler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. VIII, 1991, s. 291-322.

³¹³⁸  zbudun, s. 137; Fendoğlu, s. 370; “hukuk devletinin, Anayasa’nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir” AYMK E. 1963/166 K. 1964/76, T. 22.12.1964, (RG. T. 28.4.1965, S. 11985); “...yasalarımızın, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar devletlerce kabul edilen prensiplerine uygun olması ve buna göre yasaladıştırılması gerekmektedir...”AYMK, E. 1990/17, K. 1990/23, T. 20.09.1990, (RG. T. 26.10.1990, S. 20677); “Anayasa kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup hangi sebeple olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların birarada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanmaları zorunludur...” AYMK, E. 1990/32, K. 1990/25, T. 16.10.1990, (RG. T. 30.11.1990, S. 20711).

³¹³⁹ Kaboğlu, Hukukun Genel İlkeleri, s. 316.

³¹⁴⁰ Güriz, s. 16.

adalet ilkelerinin gözetilmesi söz konusu olduğunda adaletsizliğin bir biçimi olan keyfilige³¹⁴¹ imkan sağlanıp sağlanmadığı araştırılmalıdır. Bu sayede daha objektif sonuçlara ulaşmak mümkün olur.

Hukuk devletinin amaçlarından biri olan adalet ile eşitlik ilkesi bağlantısı da göze çarpmaktadır³¹⁴². Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının korunması kapsamında genel olarak eşler tarafından ileri sürülen eşitliğe aykırı yaklaşımlar hem Anayasa Mahkemesi³¹⁴³ hem de AİHM tarafından³¹⁴⁴ ayrıca ayrımcılık yasağı bağlamında da tartışılmaktadır. Bu bağlamda AİHM 14. maddeyi yararlı etki ilkesi ile birlikte yorumlayarak devletin ayırım yapmama yönündeki olumsuz yükümlülüğünü Sözleşme ve Protokollerinde yer alan her bir haktan yararlanmada eşit muamele sağlama olumlu yükümlülüğüne dönüştürmekte ve açıkça güvence altına alınmayan haklara da bu ilkeyi yayarak hükmün alanını genişletmektedir³¹⁴⁵.

Özel hayatın ve aile hayatının korunmasında adalet arayışı hem bireyler arasında hem de bireyler ve devlet arasında söz konusu olur. Bu sebeple özel hayat ve aile hayatının korunması dağıtıcı ve denkleştirici adaletin sağlanması³¹⁴⁶ olarak iki yönden değerlendirilebilir. Örneğin bireyin itibarının sarsılması yoluyla özel hayatına müdahalede bulunulduğunda bireyin toplum içindeki konumu, mesleği göz önünde bulundurulur. Velayet hakkı söz konusu olduğunda anne ve babanın çocuğa bakabilme ve sorumluluk alabilme şartları dikkate alınarak çocuğun menfaatine olan taraf için velayet hakkı tanınır. Dağıtıcı adalet anlayışının yansımaları bulunan bu örneklerde eşitlik anlayışı mutlak değil, görecelidir³¹⁴⁷ ve bireylerin içinde bulundukları duruma göre değişir. Denkleştirici adalet anlayışında ise hukuki ilişkide taraf olanların eşit muamele görmesini gerektirir³¹⁴⁸. Örneğin, eşler arasında eşitliği sağlama bu anlayışı yansıtmaktadır.

³¹⁴¹ Güriz, s. 18.

³¹⁴² Üzeltürk, İHAM, s. 221.

³¹⁴³ Gülbu Özgüler Başvurusu, B. No. 2013/7979, T. 11.11.2015, par. 58, (RG. T. 24.12.2015, S. 29572); Nurcan Yolcu Başvurusu, B. No. 2013/9880, T. 11.11.2015, par. 51, (RG. T. 24.12.2015, S. 29572).

³¹⁴⁴ Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979; Burghartz/Switzerland, App. No. 16213/90, 22 February 1994.

³¹⁴⁵ Kaboğlu, İbrahim Ö.; “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)”, Anayasa Yargısı, C. VIII, 1991, s. 316; Üzeltürk, İHAM, s. 259.

³¹⁴⁶ Aristoteles adalet kavramına tek bir açıdan bakmanın yeterli olmayacağı bu bağlamda dağıtıcı ve denkleştirici adaleti birbirinden ayırma zorunluluğu üzerinde durmuştur. (Güriz, s. 13).

³¹⁴⁷ Güriz, s. 14.

³¹⁴⁸ Güriz, s. 14.

b. Devletin Özgürleştirme Yükümlülüğünü Yerine Getirme Yolları

Batı demokrasilerinde 19. yüzyılın ortalarından itibaren devlet sosyal ve ekonomik alana müdahale etmeyen pasif rolünden ayrılarak ve bireyin gerçek anlamda özgür olabilmesinin devletin müdahalesiyle gerçekleşebileceği düşüncesiyle hareket ederek bu konuda tedbir almaya yönelmiştir³¹⁴⁹. Bu bağlamda devletin özgürleştirme yükümlülüğünü yerine getirme yolları, hakların ayırım gözetilmeksizin uygulamaya taşınabilmesinden ve teoride kalmaktan kurtularak etkinliğinin sağlanabilmesi mali, ekonomik kaynakların seferber edilmesinden geçmektedir.³¹⁵⁰ Anayasanın 5'inci maddesi de bu yönde sosyal devlet anlayışına paralel bir şekilde devlete özgürleştirme görevi yüklemiştir³¹⁵¹. Özgürleştirme sosyal ve ekonomik koşulların geliştirilmesiyle gerçekleştirilebilecek bir süreç olduğundan³¹⁵² bu hususta devletin yükümlülüğü de, insanın içinde bulunduğu olumsuz koşulların değiştirilmesini sağlamaktır³¹⁵³.

İnsan onurunun üstünlüğü ilkesinden yola çıkılarak devletin yükümlülükleri-kişinin hakları ve ödevleri sentezinin özünde insanın toplumsal koşulların getirdiği her türlü baskıdan kurtulması yani özgürleştirilmesi amacı açığa çıkar³¹⁵⁴. Özel hayata saygı hakkı da bu alanda ancak her türlü baskıdan ve müdahaleden bağımsız şekilde yaşamaya imkan sağlandığı ölçüde korunur. Yani bu hakkın özünde korunan en önemli değerlerden biri de kişinin özgürleştirilmesidir.

Özgürlük, başkasına zarar vermeden herşeyi yapabilme serbesti olarak tanımlandığında aynı zamanda bireyler arasında yatay ilişkilerde de özgürlüğün

³¹⁴⁹ Bulut, Nihat; "Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LII, S. 2, 2003, s. 179. Klasik demokrasinin soyut özgürlük kavramına karşılık, Marxist anlayış insanın özgür olup olmasını, doğuştan kişiliğinde taşıdığı varsayılan hakların güvence altına alınmasına değil, içinde yaşadığı koşulların değiştirilmesine bağlamaktadır. Bulut, s. 176, dp. 9. Bu yönelim, klasik liberal devletin soyut özgürlük anlayışından özgürleştirme anlayışına geçildiğinin kanıtı olmakla birlikte devlet, bu çerçevede sosyal haklar aracılığıyla herkese insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlamayı görev bilecektir. (Bulut, s. 176; Bulut, Küreselleşme, s. 173).

³¹⁵⁰ Akad, Mehmet/ Vural Dinçkol, Bihterin; Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2002, s.206-207; Bulut, Küreselleşme, s. 176, dp. 11; Bulut, s. 54.

³¹⁵¹ Özbudun, s. 110; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 107; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 136.

³¹⁵² Sabuncu, Anayasaya Giriş, s. 40.

³¹⁵³ Soysal, Mümtaz; "Hak ve Özgürlükler Bakımından 1961 Anayasasının Evrensel Anlamı", AUSBFD, C. XXIV, S. 1, 1970, s. 92; Bulut, s. 54.

³¹⁵⁴ Akad, 10. Madde, s. 46.

gözetilmesi gereği ortaya çıkmaktadır³¹⁵⁵. Bu anlamda özel hayatın ve aile hayatının özel kişilere karşı korunması alanında devletin özgürleştirme yükümlülüğünün sonucu olarak bu hakkın özel kişiler tarafından ihlalinin önleme ya da engelleme yönünde devletin pozitif yükümlülüklerinin olduğu ileri sürülebilir.

Belirtmek gerekir ki pozitif yükümlülüklerin tümü AİHS'in etkili bir şekilde uygulanması ve güvence altına aldığı haklara etkililik kazandırılması amacına hizmet etmektedir³¹⁵⁶. Temel hakların önündeki siyasal, sosyal ve ekonomik engellerin kaldırılması da hakların işlevselleştirilmesine yaramaktadır. AİHM de, pozitif yükümlülüklerin özünde Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların gerçekten kullanılması için gereken maddî ve hukuki şartların güvence altına alınmasına yönelik olduğunu belirtmektedir³¹⁵⁷.

Sonuç olarak, devletin özel hayatı ve aile hayatını koruma ve sağlama güvencesi de ancak özgürleştirme yükümlülüğünü yerine getirme yollarının açık olduğu bir yolda anlam ifade etmektedir.

(1) Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Kapsamında Siyasi Engelleri Kaldırma

Kişiyi tanınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının gerçekleştirilmesi, kişinin bu haktan yararlanabilmesi ve böylece kişinin, ailesinin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunun sağlanması kişinin bu yöndeki istemini, iradesini, gücünü ve yeteneklerini aşan boyutlara varabilir³¹⁵⁸. Bu boyutların kişiyi aşması ise en çok kişinin haktan yararlanırken karşısına çıkabilecek siyasi engeller söz konusu olduğunda gündeme gelir.

Siyasi, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması öncelikle siyasal iktidarların klasik ve sosyal hakların bireyler tarafından serbestçe kullanılmasını sağlayacak ortamı kurmasıyla mümkün olur. Dolayısıyla devlet bireylerin tüm haklarını kullanma mekanizmalarını açık tutma ve tıkanmaları önlemekle

³¹⁵⁵ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 11.

³¹⁵⁶ Akandji Kombe, s. 9.

³¹⁵⁷ Akandji Kombe, s. 10.

³¹⁵⁸ Demir, s. 321.

yükümlüdür³¹⁵⁹. Bu sebeple kanımızca siyasal engellerin sosyal ve ekonomik engellerden daha öncelikli olarak aşılması gerekmektedir

Hukuki güvencelerin güçlendirici siyasi politikalarla desteklenmediği ortamlarda hak ve özgürlüklerin etkili olmaları mümkün değildir. Özellikle sosyal değişimi amaçlayan yasaların salt Meclis'te kabul edilmiş olması nedeniyle toplum nezdinde doğrudan benimsenip yaşama geçeceğini varsaymak pek mümkün değildir³¹⁶⁰. Zira hukuki güvencelerin sosyolojik temelinin de iyi atılması yararlı olacaktır. Örneğin, özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında kadına ya da çocuğa karşı şiddetin önlenmesi konusunun sadece mevzuatla düzenlenmesi ya da yaptırıma bağlanması yeterli olmayıp iktidar tarafından sivil toplum kuruluşlarının bu alanda toplumu bilinçlendirme faaliyetlerinde aktif olarak bulunması desteklenebilir. Ayrıca özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına müdahalenin arttığı alanlarda sosyal araştırma raporları, istatistikler oluşturularak yapılan kamuoyu yoklaması sonucuna göre siyasal iktidar tutumunu değiştirip hakkın kullanılmasının önündeki engelleri kaldırarak haktan yararlanmayı kolaylaştıracak yollar bulabilir. Bu yollar aynı zamanda özel hayatın ve aile hayatının korunmasına yönelik devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirme çabasına örnektir.

Gerek mevzuatın oluşturulması gerekse mevzuatın uygulanması siyasi otoritelerin o dönemde izledikleri politika çerçevesinde yürütülmektedir. Dolayısıyla da iktidarın sınırlanmasının kaynağı olarak haklar ve özgürlükler yine iktidarın siyasi politikaları çerçevesinde şekillenmektedir. Nitekim bu engelleri kaldırmada en büyük sorumluluğun da siyasi otoritelere düştüğü açıktır.

(2) Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Kapsamında Sosyal Engelleri Kaldırma

Temel hakları sınırlayan sosyal engellerin kanuni düzenlemelerden kaynaklanması mümkündür. 2001 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerle bu sosyal engellerin bazılarının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Anayasa'nın

³¹⁵⁹ Akad, 10. Madde, s. 49.

³¹⁶⁰ Gül, s. 3.

“Ailenin Korunması” başlığını taşıyan 41. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle hükme “Aile Türk toplumunun temelidir” ifadesine “ve eşler arasında eşitliğe dayanır” ifadesinin eklenmesiyle ailede eşler arasında ayrımcılık taşıyan ve erkek lehine varolan ayrıcalıkların kaldırılması amaçlanmıştır.

Yine Anayasa’nın 41. maddesine göre “Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar”³¹⁶¹. 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 alır³¹⁶². Hüküm uyarınca devletin çocukların korunmasına yönelik olarak almayı hedeflediği tedbirler aile hayatının korunması kapsamında pozitif yükümlülüklerini göstermektedir. Bu düzenlemeye paralel şekilde AİHS’in 8. maddesi kapsamında AİHM tarafından çocukların ebeveynleri ile biraraya getirilmesi ve kardeşlerin biraraya getirilmesi³¹⁶³ ve çocuğa karşı şiddetin önlenmesi konularında devletin pozitif yükümlülüklerinin olduğu belirtilmiştir³¹⁶⁴. Anayasa Mahkemesi kararları da bu yöndedir³¹⁶⁵.

Ailenin Korunmasına ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’da düzenlenen korunan kişilere, psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi (m. 3), şiddet önleme ve izleme merkezlerinin kurularak şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik destek ve izleme hizmetlerinin verilmesi (m. 14) düzenlemeleri aile hayatının korunması bağlamında devletin sosyal engelleri kaldırmaya yönelik pozitif yükümlülüklerine örnek kanuni bir temel teşkil etmektedir. Özellikle şiddet önleme ve izleme merkezlerinin teşvik edici, aydınlatıcı ve yol gösterici mahiyette olmak üzere kişinin; eğitim ve rehabilitasyon programlarına katılmasına, gerektiği durumlarda bir sağlık kuruluşunda muayene ya da tedavi olmasına, meslek edindirme kurslarına katılmasına yönelik faaliyetlerde bulunması devletin destek hizmetleriyle

³¹⁶¹ (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/4 m.)

³¹⁶² (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 m.)

³¹⁶³ Bkz. II. Bölüm, IV., C., 4. başlığı.

³¹⁶⁴ Bkz. II. Bölüm, IV., C., 1., b. başlığı.

³¹⁶⁵ Bkz. III. Bölüm, V., B. başlığı.

mağduriyetlerin önündeki sosyal engelleri aşma gayretinde olduğunu göstermektedir.

Toplum üyeleri arasında engelliler, çocuklar yaşlılar ve kadınlar hak ve özgürlükler yönünden özel konuma sahiptirler³¹⁶⁶. Dolayısıyla bu özgül kategorinin insan haklarından yararlanma derecesini arttırmak için bazı olumlu düzenlemelerin yapılması yerindedir. Çünkü bu kişilerin mağduriyet durumu ve insan haklarından yararlanma derecesi bazı durumlarda değişebilir. Nitekim devletin bu durumu gözeterek gerek sosyal güvenlik politikaları gerekse eşitlik amacı temelinde harekete geçmesi gerekmektedir.

Temel hakkı güçlendiren yahut ona etkinlik kazandıran düzenlemeler Anayasa tarafından doğrudan öngörülebileceği gibi³¹⁶⁷, kanun koyucu genel ödevler yoluyla da hak güçlendirebilir³¹⁶⁸. Örneğin Anayasa'nın 10. maddesinin ikinci fıkrasında kanun önünde eşitlik ilkesi ifade edilerek cinsiyete dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. Devletin kadın ve erkeğin eşitliğinin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir³¹⁶⁹. Bu kuralla birlikte devlete kadın ve erkeklerin haklardan eşit yararlanmasını sağlamaya yönelik yükümlülük getirilmiştir³¹⁷⁰. Bu yönde eşitliğe aykırı uygulamaların önüne geçilmesi yeterli olmayıp, ayrımcılık yasağını kuvvetlendiren uygulamalar da geliştirmek devletin sosyal engelleri kaldırma yükümlülüğü çerçevesinde ileri sürülebilir.

(3) Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Kapsamında Ekonomik Engelleri Kaldırma

Temel hakları sınırlayan ekonomik engeller genellikle hakkı kullanma şartlarının doğumu esnasında sorun teşkil etmektedir. Bu durumda hak hukuki ve teorik anlamda mevcut olsa da bu haktan yararlanma şartlarındaki imkansızlıktan

³¹⁶⁶ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 139.

³¹⁶⁷ Örneğin; 1982 Anayasası'nın 28. maddesinin ikinci fıkrasında devlete basın ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak tedbirleri alma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bonn Anayasası'nın 6. maddenin son fıkrasında evlilik dışı çocuklara, yasama yoluyla, maddi ve manevi gelişmeleri ve toplum içindeki yerleri açısından evlilik içi çocuklarla eşit koşulları sağlama yükümlülüğü öngörülmüştür. (Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması, s. 21).

³¹⁶⁸ Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması, s. 21.

³¹⁶⁹ (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 m).

³¹⁷⁰ Doğan, İlyas; İnsan Hakları Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 230.

uygulamada kullanılamamaktadır. Örneğin; herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır fakat bu hakkın etkin korunabilmesi için bazı durumlarda ekonomik güçlük içinde olan bireylerin adli yardımdan faydalanması gerekebilir.

Modern anlamda devletin, vatandaşlarının hukuki korunma taleplerini olumlu yönde karşılamaları temel görevleri arasındadır³¹⁷¹. Bu sebeple her devlet, öncelikle adalet hizmetlerinde vatandaşları arasında eşitliği sağlamakla yükümlüdür. Çünkü bu anlayış, hem devletin varlık sebebi hem de sosyal eşitsizlikleri gidermek bakımından sosyal devlet olmanın bir gereğidir.

Özel hayatın korunması çerçevesinde devletin pozitif yükümlülükleri daha çok esasa ilişkin pozitif yükümlülükler kapsamında değil, usule ilişkin pozitif yükümlülükleri kapsamında söz konusu olmaktadır. Çünkü kişiler özel hayatlarına müdahale söz konusu olduğunda genellikle etkili soruşturma ve kovuşturma aşamasında ekonomik engellere takılmaktadır. Bu nedenle ekonomik anlamda güçsüz durumda bulunan vatandaşların, devlet organları karşısında insan onuruna yaraşır bir şekilde kendini ifade edebilmesini, haklarının ihlali durumunda bu ihlale son verilmesini, ihlal tehdidi altında ise bunun önlenmesini talep edebilmesi ve bu taleplerinin de yargılama makamlarınca dikkate alınabilmesi için, devletin adalet hizmetlerinde ekonomik anlamda güçsüz vatandaşlarının karşılaşmış olduğu ekonomik engelleri kaldırması için bazı önlemler alması gerekmektedir³¹⁷².

Ailenin Korunmasına ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun uyarınca korunan kişilere verilen barınma, geçici maddi yardım (m. 3/a, b), sağlık, adli yardım (m. 15/b) gibi destek hizmetleri, devletin aile hayatını koruma konusunda ekonomik engelleri kaldırarak pozitif yükümlülüklerini yerine getirme çabasının sonucudur. Bu doğrultuda ailenin korunması ve çocuk hakları (AY. m. 41) kapsamında sosyal ve ekonomik engelleri kaldırmanın devletin pozitif yükümlülüğü olduğu ileri sürülürken, devletten beklenen, bu yükümlülükleri amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmesidir (AY. m. . 65).

³¹⁷¹ Atalay, Oğuz; Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 4; Kılınç, Adli Yardım, s. 3.

³¹⁷² Kılınç, Adli Yardım, s. 4.

4. Çalışma Yükümlülüğü

Devletin insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma yükümlülüğü vardır (AY. m. 5). Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı kişilere maddi ve manevi varlıklarını diledikleri gibi geliştirebilecekleri özgür bir hayat alanı tanır. Bu sebeple de özel hayatın korunması ile kişinin maddi ve manevi varlığının gelişmesi arasında bağlantı söz konusudur.

İnsan onuru da kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı çerçevesinde korunmuştur³¹⁷³. Hatta kişinin manevi varlığının temelini insan onuruna dayandığı ileri sürülebilir. Bu sebeple devletin insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma yükümlülüğü sadece özel hayatın ve aile hayatının güvence altına alınması suretiyle gerçekleştirilemez. İnsan onurunun korunması hakların ayırım yapılmaksızın uygulamaya taşınabildiği ortamlarda mümkün olduğundan³¹⁷⁴ devletten kişinin maddi ve manevi varlığının gelişmesine imkan tanıyan tüm haklar için gerekli şartların hazırlanması beklenir. Bu bağlamda insanın maddi varlığının gelişmesi ekonomik ve sosyal ortama bağlı olarak ilgili haklar kategorisine dayanırken (AY m. 17-74), manevi varlığının gelişmesi toplumda kültür olgusunun yaratılması ve yaygınlaştırılması konusunu gündeme getirir³¹⁷⁵.

5. maddenin gerekçesine göre “Devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir. Sosyal devlet bazılarının yanlış sandıkları veya kasten tahrif ettikleri gibi sosyalist devletle ilişkisi olmayan bir devlet anlayışıdır. Sosyal devlet her şeyden önce insana ve insanın düşünce hakkına saygılıdır ve bu sınırlar içerisinde ferdin hak ve hürriyetlerinin kullanılmasını sınırlayan engelleri ortadan kaldırmak, onun başlıca görevleri arasındadır. Ferdin hayatında onun temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir.”³¹⁷⁶

³¹⁷³ Akıllıoğlu, s. 5.

³¹⁷⁴ Bulut, s. 55.

³¹⁷⁵ Akad, 10. Madde, s. 49.

³¹⁷⁶ Gören, Türk-Alman Hukuku, s. 165.

Kanımızca hem maddede hem de madde gerekçesinde vurgulandığı üzere, devletin insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma doğrultusundaki temel amaç ve görevi esasında kişinin insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürmesine hizmet etmektedir. Bu bağlamda özel hayatın ve aile hayatının korunması da insanın manevi varlığının temel taşı olan insan onurunun korunması amacına dayanmaktadır. Nihayetinde Anayasa'nın 5. maddesinde düzenlenen manevi varlığın gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin kişilerin özel hayatını ve aile hayatını koruma yönünde pozitif yükümlülüklerinin de hukuki temelini teşkil etmektedir.

IV. OLAĞANÜSTÜ HALLERDE MİLLETLERARASI HUKUKTAN DOĞAN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

AİHS'i onaylayan devletlerde Sözleşme, milletlerarası hukuk bakımından bir takım yasal yükümlülükler doğurmaktadır. AİHS m. 15/I “Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.”

AİHS'in 15. maddesine paralel olan³¹⁷⁷ Anayasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrasına göre, olağanüstü yönetimlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınabilmesi, bunların milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmaması koşulu ile olanaklıdır. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler içine öncelikle milletlerarası hukukun genel ilkeleri, sonra da devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin girdiği kabul edilmektedir. Şu durumda, olağanüstü yönetimlerde kişi hak ve özgürlüklerine getirilebilecek sınırlandırmaların önce milletlerarası hukukun genel ilkelerine sonra da Türkiye

³¹⁷⁷ “...Anayasa'nın 15. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15.maddesinin hemen hemen bir yinelenmesidir. Bu nedenle, olağanüstü yönetime ilişkin bir düzenleme ile hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlandırma Anayasa'nın 15. maddesine uygun görüldüğünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de uygun olacağı kuşkusuzdur.” AYMK, E. 1990/25, K. 1991/1, T. 10.1.1991, (RG. T. 05.03.1992, S. 21162); AYMK, E.1991/6, K.1991/20, T. 03.07.1991, (RG. T. 08.03.1992, S. 21165).

Cumhuriyeti'nin taraf olduğu sözleşmelere aykırı olmaması gerekir"³¹⁷⁸. Bu sözleşmelerin en başında AİHS gelmektedir³¹⁷⁹.

Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında (yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığının bütünlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce ve kanaat hürriyeti) ve AİHS'in 15. maddesinin ilk fıkrasında sayılan (AİHS yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı) çekirdek haklar arasında değildir. Dolayısıyla da olağanüstü hal kapsamında özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı çeşitli sınırlamalara tabi tutulabilir. Kanımızca özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı AİHS'in 15. maddesi kapsamında çekirdek haklardan biri olarak sayılmamasına istinaden olağanüstü hallerde bu hak sınırlandırılmış veya tamamen yasaklanmış olsa dahi, haktan yararlananlar açısından devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmeye devam etmesi gerekmektedir.

AİHS'in 15. maddesinin üçüncü fıkrasına göre yükümlülüklerine aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her taraf devlet alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi vermekle yükümlüdür. Taraf devletler, askıya alma rejimini yürürlüğe koyarken Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ni bilgilendirme yükümlülüğünü makul sürede gerçekleştirmelidir³¹⁸⁰. Taraf devletin yükümlülükleri askıya alma tedbirini resmi ve aleni olarak bildirmemesi durumunda, Sözleşme'nin 15. maddesi uygulanamaz. Bildirim bulunmadığı zaman ise AİHM incelemesini olağan ölçütlerden yola çıkarak gerçekleştirmektedir³¹⁸¹.

Toplumun ve devletin kaderini etkileyen olağanüstü hallerde taraf devletlere tanınan takdir marjı genişlemektedir³¹⁸². Çünkü AİHM bir devlet içinde ciddi kriz nedeni olan sorunlara Sözleşme aracılığıyla müdahil olmaktan imtina etmekte ve taraf devletlerin uygulamalarını takdir marjı doktrinine dayanarak incelemekten

³¹⁷⁸ AYMK, E. 1990/25, K. 1991/1, T. 10.01.1991, (RG. T. 05.03.1992, S. 21162).

³¹⁷⁹ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 136.

³¹⁸⁰ Boyar, Oya; "Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 99.

³¹⁸¹ Brannigan ve diğerleri/Birleşik Krallık davası (Brannigan and McBride/United Kingdom, App. No. 14553/89 14554/89, 26 May 1993) bu bildirimin yokluğunda verilmiş bir karara örnek teşkil etmektedir. (Boyar, Olağanüstü Yönetim, s. 100).

³¹⁸² Çoban, s. 213.

kaçınmaktadır³¹⁸³.

Bu yaklaşımıyla AİHM olağanüstü dönemlerde alınan tedbirlerle ilgili olarak maddi olaylara uzak olduğu için katı bir gereklilik testi uygulamayacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme sadece tedbirlerin siyasi yerindeliğini denetlemekten kaçınmakla kalmamakta bir ölçüde hukuki denetimden de kaçınmaktadır³¹⁸⁴.

V. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI KAPSAMINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İnsan haklarının korunması konusunda Sözleşme’de öngörülen yükümlülükler, Sözleşme’ye taraf olan devlete, onun yargı organlarına, en fazla da Anayasa Mahkemesi’ne aittir³¹⁸⁵. Bu bağlamda Anayasa’nın devletin temel amaç ve görevlerinin düzenlendiği 5. maddesinde her ne kadar açıkça ifade edilmiş olmasa da bu hüküm pozitif yükümlülük doktrine ilişkin anayasal bir temeldir³¹⁸⁶. Anayasa Mahkemesi’nin güncel kararlarında da pozitif yükümlülüğün kaynağının, Anayasa’nın 5. maddesi olduğu belirtilmektedir³¹⁸⁷. Bu temelin, hakları korumada Anayasa Mahkemesi tarafından tatmin edici şekilde kullanıldığı söylemek pek mümkün olmasa da³¹⁸⁸ özel ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında verdiği bazı güncel kararlarda devletin pozitif yükümlülüklerine değinilmiştir³¹⁸⁹.

Anayasa Mahkemesi özel hayat kavramını tanımlarken AİHM kararına atıf yapmak suretiyle³¹⁹⁰ bu kavramın “bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu, kişinin ismi ve kimliği, bireysel gelişimi, aile yaşamı

³¹⁸³ Çoban, s. 215.

³¹⁸⁴ Çoban, s. 213.

³¹⁸⁵ Doğru, İç Hukuklara Etkileri, s. 195; Memiş, s.133; Bıçak, s.114; Tunç, s. 176; Surlu, İnsan Hakları, s. 162.

³¹⁸⁶ Bahçeci, s 515.

³¹⁸⁷ Tuğba Arslan Başvurusu, B. No. 2014/256, 25.06.2014, (RG. T. 05.07.2014, S. 29051); Mehmet Arif Kılınç Başvurusu, B. No. 2013/1656, T. 16.07.2014, par. 27.

³¹⁸⁸ Bahçeci, s. 515.

³¹⁸⁹ Hayriye Özdemir Başvurusu, B. No. 2013/3434, T. 25.06.2015, (RG. T. 02.10.2015, S. 29490).

³¹⁹⁰ Niemietz/Germany, App. No. 13710/88, 16 December 1992, par. 29-33.

yanında, dış dünya ile bağlantısını, başkaları ile ilişkisini, ticari ve mesleki faaliyetlerini de kapsadığını” belirtmektedir³¹⁹¹.

Anayasa Mahkemesi özel hayat kapsamında yapılacak olan bir değerlendirmesinde ise ilk aşamasında korunan menfaatin hakkın kapsamına girip girmediğine bakmaktadır. Sonrasında hakkın kapsamında olduğu tespit edilen menfaate yönelik bir müdahale olup olmadığını şayet bir müdahale mevcut ise Anayasa’nın 20. ve 13. maddesinde öngörülen şartlara uygun olup olmadığını incelemektedir³¹⁹².

Anayasa Mahkemesi özellikle 2000 yılından bu yana AİHM kararlarına daha çok yer vermeye başlamıştır³¹⁹³. Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında hak ve özgürlüklerin norm alanlarının AİHM içtihatları örnek alınarak oluşturulduğu görülmektedir³¹⁹⁴. Dolayısıyla AİHM’in içtihatlarında yer verilen pozitif yükümlülük kavramına artık Türk hukukunda da yer verilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolunda 2013 yılından bu yana verilen güncel kararlarda pozitif yükümlülük kavramının kullanıldığı ve AİHM’in konu ile ilgili kararlarına atıf yapıldığı görülmektedir³¹⁹⁵. Anayasa Mahkemesi’nin özellikle

³¹⁹¹ Ercan Kanar Başvurusu, B. No. 2013/533, 09.01.2014, (RG. T. 25.02.2014, S. 28924).

³¹⁹² Gülenler, s. 35.

³¹⁹³ Şirin, Takdir Marjı, s. 360.

³¹⁹⁴ Gülenler, s. 38.

³¹⁹⁵ Uğur Sağlamtaş ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2013/2960, 23.03.2016, (RG. T. 05.05.2016, S. 29703); Şehmus Özsubaşı Başvurusu, B. No. 2013/2582, 03.03.2016, (RG. T. 14.07.2016, S. 29770); M. M. E. ve T. E. Başvurusu, B. No. 2013/2910, 05.11.2015, (RG. T. 02.02.2016, S. 29612); Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2014/4705, 29.05.2014, (RG. T. 06.06.2014, S. 29022); Mahmut Tanal ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2014/18803, 10.12.2014, (RG. T. 21.02.2015, S. 29274); Bekir Coşkun Başvurusu, B. No. 2014/12151, 04.06.2015, (RG. T. 01.07.2015, S. 29403); Tansel Çölaşan Başvurusu, B. No. 2014/6128, 07.07.2015, (RG. T. 14.08.2015, S. 29445); Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2014/3986, 02.04.2014, (RG. T. 03.04.2014, S. 28961); Tuğba Arslan Başvurusu, B. No. 2014/256, 25.06.2014, (RG. T. 05.07.2014, S. 29051); Yaprak Yüksek Başvurusu, B. No. 2013/9116, 14.10.2015, (RG. T. 03.12.2015, S. 29551); Ali Mükerrrem Furtun Başvurusu, B. No. 2013/9020, 06.10.2015, (RG. T. 20.11.2015, S. 29538); Asiye Özbudak ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2013/8715, 26.02.2015, Ali Rıza Üçer Başvurusu, B. No. 2013/8598, 02.07.2015, (RG. T. 12.08.2015, S. 29443); Ergün Poyraz Başvurusu, B. No. 2013/8503, 27.10.2015, Emine Rezzan Aydınoglu Başvurusu, B. No. 2013/8396, 11.03.2015, (RG. T. 16.6.2015, S. 29388); Filiz Aka Başvurusu, B. No. 2013/8365, 10.06.2015, (RG. T. 14.07.2015, S. 29416); Cem Mermut Başvurusu, B. No. 2013/7861, 16.04.2015, (RG. T. 11.7.2015, S. 29413); Hulusi Kutlu ve Ayşe Kutlu Başvurusu, B. No. 2013/7789, 16.10.2014, (RG. T. 10.1.2015, S. 29232); Esra Nur Özbey Başvurusu, B. No. 2013/7443, 20.05.2015, (RG. T. 10.8.2015, S. 29441); Mehmet Kaya ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2013/6979, 20.05.2015, (RG. T. 10.8.2015, S. 29441); Şafak Pınar ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2013/6945, 16.09.2015, Sabri Oğurlu Başvurusu, B. No. 2013/6005, 07.07.2015; Kenan Sayın Başvurusu, B. No. 2013/5376, 14.10.2015; Marcus Frank Cenry Başvurusu, B. No. 2013/5126, 02.07.2015, (RG. T. 12.08.2015, S. 2944); Saadet Ergün ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2013/4194, 14.10.2015, (RG. T. 3.12.2015, S. 29551); Marcus Frank Cenry Başvurusu, B. No.

ilke oluşturacak bireysel başvuru kararlarında AİHM’i güvenilir bir müttefik olarak gördüğü bilinmektedir³¹⁹⁶.

Anayasa Mahkemesi kararlarında sıkça AİHS’e yollama yapmakla birlikte Türkiye’nin Sözleşme ile yükümlülük altına girdiğini belirtip insan hak ve özgürlüklerinin sadece ulusal anayasaların konusu olmadığını aynı zamanda uluslararası hukukun kurucu ögesi olduğunu belirtmiş ve insan hakları ile ilgili uluslararası normları da anayasallık denetiminde ölçü normlar bloğuna dahil etmiştir³¹⁹⁷. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, AİHS normlarını bağımsız ölçü norm olarak değil, ancak destek ölçü norm olarak kullanmaktadır³¹⁹⁸.

Anayasa Mahkemesi Anayasa’nın 20. maddesi kapsamında bireyler arası ilişkide devletin pozitif yükümlülüklerini AİHM kararlarına atıf yapmak suretiyle

2013/5126, 02.07.2015, (RG. T. 12.8.2015, S. 2944), Mahmut Sancar Başvurusu, B. No. 2013/3583, 07.07.2015, (RG. T. 14.08.2015, S. 29445); Hatice Gizem Dağcı ve Sevin Gül Dağcı Başvurusu, B. No. 2013/3438, 17.09.2014; Arif Haldın Soygür Başvurusu, B. No. 2013/2659, 15.10.2015, (RG. T. 18.12.2015, S. 29566); Emin Aydın Başvurusu, B. No. 2013/2602, 23.01.2014, (RG. T. 13.03.2014, S. 28940); Tuğrul Culfa Başvurusu, B. No. 2013/2593, 11.03.2015, (RG. T. 16.6.2015, S. 29388); Şenol Gürkan Başvurusu, B. No. 2013/2438, 09.09.2015, (RG. T. 4.11.2015, S. 29522); Nihat Özdemir Başvurusu, B. No. 2013/1997, 08.04.2015, (RG. T. 3.7.2015, S. 29405); İlker Başer ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2013/1943, 09.09.2015, (RG. T. 4.11.2015, S. 29522); Musa Erdem ve Diğerleri, B. No. 2013/1845, 07.11.2013, (RG. T. 05.12.2013, S. 28842); Hanım Kılınç ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2013/1655, 04.11.2015; Mehmet Demir ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2013/1579, 15.10.2015, (RG. T. 18.12.2015, S. 29566); Metin Dilmaç ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2013/1439, 14.10.2015; Mehmet Çetinkaya ve Mahide Çetinkaya Başvurusu, B. No. 2013/1280, 28.05.2014; Seyfi Yayla ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2013/829, 11.12.2014, (RG. T. 12.05.2015, S. 29353); Mehmet Orhan ve Diğerleri, B. No. 2012/1258, 19.11.2014, (RG. T. 7.3.2015, S. 29288); Nilgün Halloran Başvurusu, B. No. 2012/1184, 16.07.2014; Murat Atılğan Başvurusu B. No. 2013/904, 07.05.2015, (RG. T. 25.06.2015, S. 29397); Salih Ülgen ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2013/6585, 18.09.2014, (RG. T. 04.12.2014, S. 29195); Adem Ülgen ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2013/6581, 25.02.2015, (RG. T. 27.5.2015, S. 29368); Rifat Bakır ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2013/2782, 11.03.2015; Cemil Danışman Başvurusu, B. No. 2013/6319, 16.07.2014, (RG. T. 16.10.2014, S. 29147); Turgay Çamlı Başvurusu, B. No. 2012/1266, 17.09.2014; Mehmet Arif Kılınç Başvurusu, B. No. 2013/1656, T. 16.07.2014; Nail Artuç Başvurusu, B. No. 2013/2839; 03.04.2014; İhsan Asutya Başvurusu, B. No. 2012/606, 20.02.2014; Aysun Toka Başvurusu, B. No. 2013/2364, 07.03.2014; Fatih Birol ve Remziye Birol Başvurusu, B. No. 2013/19, 07.03.2014; Sadık Koçak ve Diğerleri, B. No. 2013/841, 23.01.2014; Bilal Turan ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2013/1942, 04.12.2013, (RG. T. 27.12.2013, S. 28864); Bilal Turan ve Diğerleri Başvurusu (2), B. No. 2013/2075, 04.12.2013, (RG. T. 27.12.2013, S. 28864); Mehmet Ali Emir ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2012/850, 07.11.2013; Hikmet Balabanoğlu Başvurusu, B. No. 2012/1334, 17.09.2013, (RG. T. 30.10.2013, S. 28806); Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2012/752, 17.09.2013. (Resmî gazetede yayımlanmayan kararlara <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> adresinden ulaşılmıştır.)

³¹⁹⁶ Gülener, Serdar; Üçüncü Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu, S. 2, Seta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 38.

³¹⁹⁷ Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 226.

³¹⁹⁸ Özbudun, s. 423; Fendoğlu, s. 380; Şahbaz, Türk Yargı Sistemi, s. 197; AYMK, E. 1996/68, K. 1999/1, T. 06.01.1999, (RG. T. 19.01.2001, S. 24292), AYMK, E. 1984/14, K.1985/7, T. 13.06.1985, (RG. T. 4.08.1985, S. 18582); AYMK, E. 1986/18, K. 1986/24, T. 09.10.1986, (RG. T. 31.01.1987, S. 19358); AYMK, E. 1979/38, K. 1980/11, T. 29.01.1980, (RG. T. 05.05.1980, S.16989).

değerlendirmektedir. Bu bağlamda AİHM de önüne gelen birçok davada, aile hayatına saygının kamu makamlarına, ebeveyn ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde pozitif bir görev yüklediğini ve bu durumun, ayrılığa devletin değil, ebeveynin yol açtığı durumlarda dahi geçerli olduğunu, bu alandaki pozitif yükümlülüğün bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile hayatına saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış ve hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını hem de bunları fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir³¹⁹⁹.

Anayasa'nın 20. maddesi, AİHS'in 8. maddesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasadaki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin de, özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesinde Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği göz önünde bulundurulması gerekmektedir³²⁰⁰.

Özel hayatın ve aile hayatının korunması, geleneksel haklardan farklı olarak içtihatlar yoluyla oluşan bir hak grubu olduğundan³²⁰¹, aşağıda özel hayat ve aile hayatı kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne yansıyan ve Anayasa Mahkemesi'nin devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirdiği güncel kararlar ele alınarak konu yorumlanmaya çalışılacaktır.

³¹⁹⁹ Hokkanen/Finland, App. No. 19823/92, 23 September 1994, par. 58; Glaser/United Kingdom, App. No. 32346/96, 19 September 2000, par. 63; Bajrami/Albania, App. No. 35853/04, 12 December 2006, par. 52.

³²⁰⁰ M. M. E. ve T. E. Başvurusu, B. No. 2013/2910, 05.11.2015, (RG. T. 02.02.2016, S. 29612, par. 116; Murat Atılğan Başvurusu B. No. 2013/904, T. 07.05.2015, (RG. T. 25.06.2015, S. 29397); par. 22; Hayriye Özdemir Başvurusu, B. No. 2013/3434, T. 25.06.2015, par. 43, (RG. T. 02.10.2015, S. 29490); Gülbu Özgüler Başvurusu, B. No. 2013/7979, T. 11.11.2015, par. 39, (RG. T. 24.12.2015, S. 29572); Nurcan Yolcu Başvurusu, B. No. 2013/9880, T. 11.11.2015, par. 32, (RG. T. 24.12.2015, S. 29572); Ayten Yıldırım Başvurusu, B. No. 2014/1826, T. 20.07.2017, par. 31.

³²⁰¹ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 95

A. Özel Hayatın Korunması Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri

1. Kadının Soyismi

Kadının evlendikten sonra eşinin soyisini kendi bekarlık soyisinin önünde kullanması zorunluluğu getiren Türk hukuk mevzuatı³²⁰² ve bu yöndeki uygulamaya ilişkin doktrindeki tartışmalar³²⁰³ ve AİHM'in Türkiye aleyhine verdiği kararlar³²⁰⁴ sonucunda özel hayata ve aile hayatına saygı bağlamında cinsiyet ayrımcılığı eleştirileri Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru neticesinde 2014 yılında verilen kararla sonlanmıştır. Gülsim Genç isimli evli kadın başvurucu, bekarlık soyisini tek başına kullanmasına engel olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine istinaden yapılan uygulama neticesinde, Anayasa'nın 10., 12., 17. ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir³²⁰⁵. Anayasa Mahkemesi somut olayda evli kadının kocasının soyisini kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları sözleşmelerinin³²⁰⁶ aynı konudaki hükümlerinden farklı

³²⁰² 22.11. 2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Kadının soyadı" kenar başlıklı 187. maddesi şöyledir: "Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir."

³²⁰³ Kadının soyismine yönelik doktrindeki tartışmalar için bkz. Öden, Merih/Esen, Selin; "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. II, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 817-836; Moroğlu, Nazan; Kadının Soyadı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1999; Abik, Yıldız; Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005; Moroğlu, Nazan; "Kadının Kimlik Sorunu "Kadının Soyadı", TBB Dergisi, 2012, Sayı 99, ss. 246-268; Yılmaz, Merve; "Evli Kadının Soyadı", TAAD, Y. 3, S. 10, 2012, s. 129-151; Ergene, Deniz; "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi", MHB, Y. 31, S. 2, 2011, s. 123-176; Oruç, Murat; "Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi", TAAD, Y. 7, S. 27, 2016, s. 451-465; Altunel, Mesude; "Evli Kadının Soyadı", Adalet Dergisi, S. 51, 2015, 177-200.

³²⁰⁴ Ünal Tekeli/Turkey, App. No. 29865/96, 16 November 2004; Leventoğlu Abdülkadiroğlu/Turkey, App. No. 79701/07, 28 May 2013; Tuncer Güneş/Turkey, App. No. 26268/08, 3 September 2013; Tanbay Tüten/Turkey, App. No. 38249/09, 10 December 2013.

³²⁰⁵ Gülsim Genç Başvurusu, B. No. 2013/4439, T. 06.03.2014, par. 1.

³²⁰⁶ "Cinsiyetler arası eşitlik ve cinsiyete dayalı ayrımcılıkla ilgili hususlar, insan hakları ile ilgili diğer bir takım uluslararası hukuk belgelerinde de yer almaktadır. Türkiye'nin 4/6/2003 tarihinde onayladığı, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinin 4. fıkrasında taraf devletlerin, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacakları; Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendinde ise yine taraf devletlerin kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacakları ve özellikle kadın erkek eşitliğine dayanılarak

hükümler içermesi nedeniyle çatıştığını tespit edip Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uluslararası sözleşme hükümlerinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır³²⁰⁷. Bu sebeple de Anayasa Mahkemesi başvurunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığından ve bu tespit çerçevesinde diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görmeyerek 17. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır³²⁰⁸.

Yine aynı konudaki bir bireysel başvuruda, Neşe Aslanbay Akbıyık adlı başvurucu evlilik öncesi soyismini tek başına kullanmasına engel olan uygulama neticesinde, Anayasa'nın 10., 20. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür³²⁰⁹. Başvuran özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmediğine ilişkin iddiasını cinsiyetler arası eşitliğe ve cinsiyete dayalı ayrımcılığa dayandırmış³²¹⁰ fakat Anayasa Mahkemesi iddiayı yalnızca 10. ve 17. madde kapsamında değerlendirmeyi uygun görmüştür³²¹¹.

Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili kararlarında kadının yalnızca bekarlık soyismini kullanma talebinin reddine ilişkin olarak AİHM'e paralel şekilde bir değerlendirme yapmamıştır. Yani Anayasa Mahkemesi, AİHM gibi konuyu özel hayatın ve aile hayatının korunması bağlamında cinsiyet ayrımcılığı temelinde (8. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde çerçevesinde) incelememiştir³²¹². Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı

aile adı, meslek ve iş seçimi dâhil her iki eş için geçerli, eşit kişisel haklar sağlayacakları düzenlenmesine yer verilmiştir." (Gülsim Genç Başvurusu, B. No. 2013/4439, T. 06.03.2014, par. 38).

³²⁰⁷ Gülsim Genç Başvurusu, B. No. 2013/4439, T. 06.03.2014, par. 38-40.

³²⁰⁸ Gülsim Genç Başvurusu, B. No. 2013/4439, T. 06.03.2014, par. 42-45.

³²⁰⁹ Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B. No. 2014/5836, T. 16.04.2015, par. 1, (RG. T.11.07.2015, S. 29413).

³²¹⁰ Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B. No. 2014/5836, T. 16.04.2015, par. 16, (RG. T.11.07.2015, S. 29413).

³²¹¹ Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B. No. 2014/5836, T. 16.04.2015, par. 17, (RG. T.11.07.2015, S. 29413).

³²¹² AİHM'in konuyu 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde çerçevesinde incelediği ve Anayasa Mahkemesi'nin de atıf yaptığı bazı kararlar: Ünal Tekeli/Turkey, App. No. 29865/96, 16 November 2004; Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Turkey, App. No. 7971/07, 28 May 2013; Tuncer Güneş/Turkey, App. No. 26268/08, 3 October 2013; Tanbay Tüten/Turkey, App. No. 38249/09, 10 December 2013.

ile, bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık geldiğini belirterek³²¹³ soyisini kişinin manevi varlığı kapsamında değerlendirmiştir. Ayrıca da Anayasa'nın kanun önünde eşitliğin düzenlendiği 10. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiaları ayrıca değerlendirmeye gerek görmemiştir.

Anayasa Mahkemesi başvuruda Anayasa'nın 90. maddesine dayanarak³²¹⁴ AİHS hükümlerini somut uyuşmazlıkta esas alıp, başvurunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı bu sebeple 17. maddenin ihlal edildiği sonucuna oybirliği ile varmıştır³²¹⁵. Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme'yi esas alarak müdahalenin kanunilik şartını taşıması sebebiyle ihlal tespiti çağdaş insan hakları yaklaşımıyla uyuşmakta olup öte yandan yargı merci olarak pozitif yükümlülüğünü yerine getirdiğine işaretir.

Anayasa Mahkemesi'nin konuyu 20. madde yerine 17. madde açısından ele alıp değerlendirmesi ise nokta atışı olarak tasvir edilebilir. Çünkü manevi bütünlük her ne kadar özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı çerçevesinde de korunuyor ve her iki hüküm bu noktada kesişiyor olsa da kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı esasen 17. maddede güvence altına alınmıştır.

Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin kadının soyisini manevi varlığı kapsamında korunması gereken bir değer olarak kabulüne ilişkin kararı yerinde olmakla beraber kararında kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ve

³²¹³ Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B. No. 2014/5836, T. 16.04.2015, par. 29, (RG. T.11.07.2015, S. 29413).

³²¹⁴ "...Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyuşmazlığın bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır. Başvuruya konu yargılama kapsamında, kararın 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyuşmazlığı karara bağlayan derece mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyuşmazlık açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır..." Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B. No. 2014/5836, T. 16.04.2015, par. 44-45, (RG. T.11.07.2015, S. 29413).

³²¹⁵ Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B. No. 2014/5836, T. 16.04.2015, par. 47 vd., (RG. T.11.07.2015, S. 29413).

devletin bu eşitliği hayata geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu (m. 10/II) yönünden de değerlendirme yapılabileceği kanaatini taşımaktayız. Zira kadının eşinin soyismini kullanması zorunluluğu sebebiyle ayrımcılık yasağına vurgu yapılması suretiyle devletin pozitif yükümlülüklerine de işaret edebilirdi.

Nitekim uygulama da seyrini bu yönde değiştirmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu AİHS ve AİHM içtihatlarını referans alarak 30 Eylül 2015 tarihinde aldığı kararla evli kadınların evlendikten sonra sadece bekarlık soyisimlerini kullanamamalarının benzer konumdaki kişiler arasında cinsiyete dayalı “farklı muamele” teşkil ettiğini belirtmiştir. Ayrıca kadının evlilik birliği içinde yalnızca bekarlık soyismini kullanmak istemek için herhangi bir haklı gerekçe olmasına ihtiyacının da olmadığını kaydeden Yargıtay, bu hakkın AİHS 8 ve Anayasa’nın 17. maddeleri kapsamında bir insan hakkı olduğunu, cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır³²¹⁶. Bu karardan sonra evli kadının yalnızca bekarlık soyadını kullanabilmesinin hukuki yolu açılmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru yolunda konu ile ilgili verdiği kararlar ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bu kararı sonrasında kadının soyismi konusunda ileri sürebileceğimiz pozitif yükümlülük ise cinsiyetler arası eşitliğin hayata geçmesini sağlamakla anayasal açıdan yükümlü devletimizin ilgili mevzuatını da bu yönde değiştirmesidir.

2. Çocuğun Soyismi

Çocuğun soyismi konusunda devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında Türk hukukunda, boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyisinin ne olacağına ilişkin açık bir düzenlemenin mevcut olmaması tartışma konusudur. Bu tartışmalı husus aynı zamanda Yargıtay kararlarına da yansımıştır³²¹⁷.

³²¹⁶ Yar. HGK. E. 2014/889, K. 2015/2011, (<http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet?dokumanTurleriString=YARGITAYKARARI,&aranan=k%C4%B1zl%C4%B1k%20soyad%C4%B1,&aramaG=sdsorRxp&baslangic=80&son=100&dokumanTuruAdi=YARGITAYKARARI&fromSonucSayfasindan=TRUE&sonucSayfasi=yeniTasarim/yargitayAr amaSonuc.jsp&sirala=1&mevzuatAdi=null&mevzuatNo=null&mevzuatMadde=null>, E. T. 10.08.2017).

³²¹⁷ Yar. HGK. E. 2013/18-2352, K. 2015/1710, T. 19.06.2015. (<http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-E.%202013-18-2352.htm>, E. T. 10.04.2017)

2015 yılında karara bağlanan Hayriye Özdemir³²¹⁸, Gülbu Özgüler³²¹⁹ Nurcan Yolcu³²²⁰ başvurularında, boşanma davası sonrasında velayet hakkı tanınan çocuğun soyadını değiştirme talebiyle açılan davanın reddedilmesi nedeniyle³²²¹ başvuranlar aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Her üç kararda da Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bakımından 41. maddenin de göz önünde bulundurulması gereği vurgulanmıştır.

Hayriye Özdemir başvurusunda Anayasa Mahkemesi boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyisminin ne olacağı konusunda açık bir düzenlemenin bulunmaması ve farklı yargısal kararların verildiğini dikkate alarak başvurucunun velayeti altındaki çocuğun soyadının değiştirilmesi talebinin reddedilmesi şeklindeki müdahale bağlamında, *belirlilik şartını sağlamadığını* ve müdahalenin *kanunilik unsurunu taşımadığını* tespit ederek 20. maddede güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir³²²².

Nurcan Yolcu ve Gülbu Özgüler kararlarında ise Anayasa Mahkemesi çocuğun soyadının belirlenmesinde velayet hakkının kullanılması bakımından kadın ve erkek arasında öngörülen farklı muamelenin makul şekilde gerekçelendirilmediği

³²¹⁸ Hayriye Özdemir Başvurusu, B. No. 2013/3434, T. 25.06.2015, (RG. T. 02.10.2015, S. 29490).

³²¹⁹ Gülbu Özgüler Başvurusu, B. No. 2013/7979, T. 11.11.2015, (RG. T. 24.12.2015, S. 29572).

³²²⁰ Nurcan Yolcu Başvurusu, B. No. 2013/9880, T. T. 11.11.2015, (RG. T. 24.12.2015, S. 29572).

³²²¹ Yerel mahkemelerin söz konusu ret kararlarının hukuki dayanağını 4721 sayılı Kanun'un soyadı başlıklı 321. maddesi: "Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır." oluşturmaktadır. 4721 sayılı Kanun veya özel kanunlarda evlilik birliğinin sona ermesini takiben çocuğun soyisminin tespiti ve düzenlenmesi hususunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Evliliğin feshi veya boşanma hâlinde çocuğun soyadının belirlenmesine ilişkin münhasır bir düzenleme ilk defa 2525 sayılı Soyadı Kanunu'n 4. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde yer almakla birlikte, bu hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 08.12.2011 tarihli ve E. 2010/119, K. 2011/165 sayılı kararı ile 10. ve 41. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesi şöyledir: "...Eşitlik ilkesi, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi bu ilkeye aykırı düşer. Ayrıca eşitlik, bireyler arasındaki farklılıkların göz ardı edilerek herkesin her bakımdan aynı kurallara bağlı tutulması anlamında da algılanamaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı nedenler varsa, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Bu nedenle, yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayrımlar haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği bozmadığı halde, sadece cinsiyete dayalı ayrımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluşturmazlar. Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir..." (RG. T. 14.02.2012, S. 28204).

³²²² Hayriye Özdemir Başvurusu, B. No. 2013/3434, T. 25.06.2015, par. 67-68, (RG. T. 02.10.2015, S. 29490).

ayrıca kadın eş için haklı nedenlerin bulunması durumunda dahi çocuğun soyadını belirleme imkanı tanımayan söz konusu uygulamanın *ölçülü olmaması gerekçesiyle* Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte ele alınan Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir³²²³.

Görüldüğü üzere aynı konuya ve hukuki sebebe dayanan kararlardan Hayriye Özdemir kararında Anayasa Mahkemesi sadece Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermişken; yaklaşık 5 ay sonra verdiği Nurcan Yolcu ve Gülbu Özgüler kararlarında 20. maddede korunan aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi bu konudaki yaklaşımını 2017 yılında verdiği Ayten Yıldırım kararında da³²²⁴ tekrarlayarak içtihadını pekiştirmiştir.

Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyismi konusundaki tutumunun gittikçe AİHM içtihatlarına yaklaştığı ve hatta içtihatlarla örtüştüğü görülmektedir. Nitekim çocuğun soyismini belirleme hakkının eşler arasında eşitliğe dayanması gerekirken eşlerden sadece birine bu hakkı tanımak öncelikle ayrımcılık yasağına aykırıdır. Bu anlamda ihlal edilen yalnızca aile hayatı değil, aile hayatı ile birlikte ele alınan ayrımcılık yasağıdır.

Çocuğun soyisinin belirlenmesi hususunda devletin yasama, yürütme ve yargı organları ekseninde pozitif yükümlülükleri; cinsiyete dayalı ayrımcılığın söz konusu olması durumunda bu durumu haklı kılacak objektif ve ciddi nedenler ortaya koyup makul şekilde gerekçelendirmek, boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyismi konusunda mevzuatta açık bir düzenlemeye gitmek ve son olarak her durumda çocuğun üstün menfaatini gözetmektir.

³²²³ Gülbu Özgüler Başvurusu, B. No. 2013/7979, T. 11.11.2015, par. 58, (RG. T. 24.12.2015, S. 29572); Nurcan Yolcu Başvurusu, B. No. 2013/9880, T. 11.11.2015, par. 51, (RG. T. 24.12.2015, S. 29572).

³²²⁴ Ayten Yıldırım Başvurusu, B. No. 2014/1826, T. 20.07.2017.

3. Üçüncü Kişilerin Özel Hayatın Gizliliğine Müdahalesi

Devletin özel hayatın gizliliğine karşı üçüncü kişilerin müdahalesine ilişkin pozitif yükümlülükleri temel hakların yatay etkisinin bir sonucudur. Bu yatay etki hem esasa hem de usule ilişkin pozitif yükümlülüklerin doğmasına kaynaklık etmiştir. Nitekim garantör sıfatıyla devlet hakları bireylerin müdahalelerine karşı da koruma yükümlülüğü altındadır. Anayasa Mahkemesi de bu yönde verdiği kararlarda devletin bu müdahalelere karşı pozitif yükümlülüklerinin söz konusu olduğunu vurgulamıştır. Nitekim aşağıda inceleyeceğimiz Mehmet Arif Kılınç başvurusunda Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 20. maddesinin “Devletin temel amaç ve görevleri” kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte ele alındığında, devletin pozitif yükümlülüklerine işaret edildiğini belirtmektedir³²²⁵.

İlgili kararda başvuran rızası olmaksızın bir üçüncü kişi tarafından özel hayatına ilişkin görüntülerinin kayda alınarak, elde edilen bu görüntülerin şantaj maksatlı kullanılması ve bu kapsamda yaptığı suç duyurusu üzerine kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi nedeniyle Anayasa'nın 20. ve 36. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür³²²⁶.

Özel hayatın gizliliği bakımından devletin pozitif yükümlülüklerine işaret edilmesi bakımından bu karar önem teşkil etmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin devletin, özel hayatın gizliliğine keyfi olarak müdahale etmemekle beraber üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle de yükümlü olduğunun altı çizilmiştir³²²⁷. Özel hayatın gizliliğine üçüncü kişilerin müdahalesi durumunda zaten devletin negatif yükümlülükleri tartışma konusu değildir. Bu hususta devletin ancak pozitif yükümlülüklerinin olduğu ileri sürülebilir.

Karar çerçevesinde devletin özel hayatı üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumasında esasa ve usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini ayrı ayrı inceleyebiliriz. Bu bağlamda devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülükleri özel hayata saygıyı sağlamayı hedefleyen tedbirlerin alınması ve devletin üçünü kişilerin özel hayata müdahale eden eylemlerini etkili bir şekilde cezalandıran hükümleri ihdas

³²²⁵ Mehmet Arif Kılınç Başvurusu, B. No. 2013/1656, T. 16.07.2014, par. 27.

³²²⁶ Mehmet Arif Kılınç Başvurusu, B. No. 2013/1656, T. 16.07.2014, par. 1

³²²⁷ Mehmet Arif Kılınç Başvurusu, B. No. 2013/1656, T. 16.07.2014, par. 25.

etmesidir. Bir başka ifadeyle etkin mekanizmalar kurarak etkin bir hukuk düzeni sağlamaktır.

Öte yandan devletin yetkili makamlar için öngörülen bazı usule ilişkin pozitif yükümlülükleri söz konusudur. Bu usuli yükümlülükler, “gerekli usuli güvenceleri sunan yargısal prosedürleri sağlamak ve bu suretle yargısal ve idari makamların özel kişiler arasındaki bir uyuşmazlıkta etkili ve adil bir karar vermesini temin etme sorumluluğunu” olarak açıklanmakta ve Anayasa Mahkemesi tarafından “usuli özen yükümlülüğü” şeklinde ifade edilmektedir³²²⁸. Özetle usuli yükümlülükler etkili soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğünü de kapsamına almaktadır. Belirtmek gerekir ki etkili soruşturma yükümlülüğü üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı bireyin korunması konusunda mutlaka cezai soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerekli kılmaz, korunan hukuki yarara bağlı olarak, hukuk muhakemesi yoluyla da özel hayatın korunması mümkündür³²²⁹.

Nihayetinde devletin ihdas ettiği tüm hükümleri etkili soruşturma ve kovuşturma suretiyle uygulamaya geçirme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu bağlamda esasa ilişkin yükümlülüklerin hayata geçmesini sağlayan usule ilişkin pozitif yükümlülüklerin üçüncü kişilerin özel hayata müdahalesi söz konusu olduğunda daha büyük önem arzettiği sonucuna ulaşmak mümkündür.

Özel hayatın gizliliğine üçüncü kişilerin müdahalesi genellikle basın-yayın organlarının faaliyetleri sebebi ile olmaktadır. AİHS’in 8. maddesi kapsamında ele alınan kişinin itibarı Anayasa Mahkemesi kararlarında 17. maddede belirtilen kişinin manevi varlığı çerçevesinde korunmuştur³²³⁰. Bu anlamda devlet, basın yoluyla kişilerin itibarına yönelen saldırıları önlemekle³²³¹ ve hakkı güvence altına alma konusunda pozitif koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür³²³². Ayrıca Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 17. maddesinin ilk fıkrası uyarınca kişinin itibarına yönelen saldırıya karşı korunabilmesi için AİHM içtihadına benzer şekilde³²³³ saldırının “belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olması ve kişinin itibarına

³²²⁸ Mehmet Arif Kılınç Başvurusu, B. No. 2013/1656, T. 16.07.2014., par. 25.

³²²⁹ Mehmet Arif Kılınç Başvurusu, B. No. 2013/1656, T. 16.07.2014., par. 25.

³²³⁰ İlhan Cihaner Başvurusu, B. No. 2013/5574, 30.06.2014, par. 42; Kadir Sağdıç Başvurusu, B. No. 2013/6617, 08.04.2015, par. 36

³²³¹ Abdullah Doğtaş, B. No. 2013/1123, 02.10.2013, par. 33.

³²³² Kadir Sağdıç, B. No. 2013/6617, 08.04.2015, par. 40.

³²³³ A./Norway, App. No. 28070/06, 9 April 2009, par. 64.

saygı gösterilmesini isteme hakkından başvurucunun kişisel olarak yararlanmasına zarar verecek şekilde yapılmış olması” şartını aramıştır³²³⁴.

B. Aile Hayatının Korunması Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Anayasa Makkemesi’nin bireysel başvuru kararlarında belirtildiği üzere, aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devletin yükümlülüğü, sadece belirtilen hakka keyfî surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğün yanında aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile hayatına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılmaktadır³²³⁵.

Ebevenylerin çocukları ile birlikte yaşama hakkı aile hayatının esaslı bir unsurudur. Bu bağlamda diğer eşe tanınan velayet ve kişisel ilişki haklarının anne ve baba tarafından, hukuka aykırı şekilde engellenmesi durumunda devletin aile hayatına saygı hakkı bağlamında bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturma ve bu çerçeveyi fiilen hayata geçirmeye yönelik uygun tedbirlerin alınmasını sağlayacak pozitif yükümlülükleri söz konusu olmaktadır³²³⁶.

Anayasa Mahkemesi kararlarında devletin aile hayatının koruması bağlamında çocuğun ebeveyni ile biraraya getirilmesi amacı taşıyan pozitif yükümlülükleri aşağıda inceleyeceğimiz üzere çocuklar hakkında alınan tedbir ve koruma kararlarının icrası, çocuğun kaçırılması ve son olarak velayeti kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişki kurması durumlarında gündeme gelmiştir.

³²³⁴ Mater/Türkiye, B. No. 54997/08, 16.07.2013, par. 52; İlhan Cihaner, B. No. 2013/5574, 30.06.2014, par. 45.

³²³⁵ M. M. E. ve T. E. Başvurusu, B. No. 2013/2910, 05.11.2015, (RG. T. 02.02.2016, S. 29612, par. 120; Marcus Frank Cenry Başvurusu, B. No. 2013/5126, T. 02.07.2015, par. 40, (RG. T. 12.08.2015, S. 2944).

³²³⁶ M. M. E. ve T. E. Başvurusu, B. No. 2013/2990, 05.11.2015, par. 124, (RG. T. 02.02.2016, S. 29612).

1. Çocuklar Hakkında Alınan Tedbirler ve Koruma Kararları Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Çocuğun ebeveynlerinden her biri yahut her ikisi ile birden biraraya getirilmesi aile bütünlüğünün sağlanması gereğiyledir. Çocuğun ebeynleri ile biraraya getirilmesinde öncelikle gözetilen korunmaya muhtaç bir varlık olarak çocuğun yüksek menfaatidir. Çocuğun ebeveyni ile biraraya getirilmesi konusunda devletin pozitif yükümlülüğü çocuk hakkında alınan tedbirler ve koruma kararlarıyla bağlantılı olarak gündeme gelmektedir.

Bu konuyla ilgili M. M. E. ve T. E. başvurusuna dayanak iddialardan biri, velayeti babaya verilen çocuğun Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı yetkililerince başvuru babaya teslim edilmemesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkindir³²³⁷.

Karara göre Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri devletin pozitif yükümlülüğü konusunda, ebeveynin çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. Bu yönde kararda AİHM kararlarına atıf yapılarak³²³⁸ aile hayatına saygının kamu makamlarına, ebeveyn ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde pozitif bir görev yüklediğini ve bu durumun, ayrılığa devletin değil ebeveynin yol açtığı durumlarda dahi geçerli olduğunu, bu alandaki pozitif yükümlülüğün bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile hayatına saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış ve hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını hem de bunların fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir³²³⁹.

Çocuklar hakkında alınan tedbirler ve koruma kararlarıyla ilgili davalarda şayet bir müdahale söz konusu ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği testi yapılacaktır. Bu durumda müdahale gerekçelerinin ilgili ve yeterli olması aranmaktadır. Kamusal makamlarca alınan tedbirin yeterliliği, ilgili tedbirin

³²³⁷ M. M. E. ve T. E. Başvurusu, B. No. 2013/2990, 05.11.2015, par. 1, (RG. T. 02.02.2016, S. 29612),

³²³⁸ Hokkanen/Finland, App. No. 19823/92, 23.09.1994, par. 58; Glaser/United Kingdom, App. No. 32346/96, 19 September 2000, par. 63; Bajrami/Albania, App. No. 35853/04, 12 December 2006, par. 52.

³²³⁹ M. M. E. ve T. E. Başvurusu, B. No. 2013/2990, 05.11.2015, par. 122, (RG. T. 02.02.2016, S. 29612).

uygulanma hızı ile doğru orantılıdır. Fakat müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda devletin pozitif yükümlülükleri değil negatif yükümlülükleri kapsamında değerlendirme yapılmaktadır. Dolayısıyla pozitif yükümlülükler ayrılığa ebeveynin yol açtığı bireyler arası ilişkiler alanında söz konusu olmaktadır.

Mahkeme'ye göre Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülük değerlendirmesinin içeriğine, çocuklar hakkında alınan tedbirler ve koruma kararlarıyla ilgili yargısal süreçlerin ivedi şekilde, açık ve adil yargılanma hakkının usuli gereklerine uygun yürütülmesi şeklindeki usule ilişkin yükümlülüğün de eklenmesi gerekmektedir³²⁴⁰.

Görüldüğü üzere aile hayatına saygı hakkı bağlamında bireyler arasındaki ilişkiler alanında devletin pozitif yükümlülükleri genel olarak tedbir almaya yöneliktir. Aynı zamanda bu tedbir ve koruma kararlarına ilişkin usule ilişkin yükümlülükler de buna dahildir.

2. Uluslararası Çocuk Kaçırma Olaylarında Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Yabancı uyruklu kişiler arasında gerçekleşen evliliklerin artması ve bu beraberliklerin son bulmasıyla kişilerin farklı ülkelerde yaşamak istemeleri ayrıca bu kişiler arasındaki velayet ve müşterek çocukların ikametgahı meselelerine ilişkin ihtilaflar uluslararası çocuk kaçırma vakalarının artışına sebep olmuştur³²⁴¹. Dolayısıyla diğer eşe tanınan velayet ve kişisel ilişki haklarının anne yahut baba tarafından, hukuka aykırı şekilde engellenmesi amacı taşıyan uluslararası çocuk kaçırma eylemleri, aile hayatına etkili saygı hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerini gündeme getirmiştir.

AIHM Lahey Sözleşmesi'ni özellikle taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri ışığında yorumladığından³²⁴² Anayasa Mahkemesi de buna paralel

³²⁴⁰ M. M. E. ve T. E. Başvurusu, B. No. 2013/2990, 05.11.2015, par. 159, (RG. T. 02.02.2016, S. 29612),

³²⁴¹ Takcı, Tuğçe; "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bunlara Çözüm Önerileri", TAAD, Y. 5, S. 19, 2014, s. 1040; Nebioğlu Öner, s. 478.

³²⁴² Neulinger and Shuruk/Switzerland, App. No. 41615/07, 6 July 2010, par. 132.

olarak uluslararası çocuk kaçırma olaylarında bireysel başvuru yolunda Lahey Sözleşmesi’ni esas alarak devletin pozitif yükümlülüklerini belirleme yoluna gitmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin kararında da açıkça belirttiği üzere anne veya baba tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakalarında, devletin aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin değerlendirilmesi açısından Lahey Sözleşmesi³²⁴³ hükümleri önemli bir yer tutmaktadır³²⁴⁴.

Türkiye’nin de taraf olduğu Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi’nin³²⁴⁵ ilk maddesi uyarınca Sözleşme’nin amacı taraf devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak ve taraf bir devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf devletlerde etkili biçimde riayet ettirmektir. Lahey Sözleşmesi’nin ikinci maddesine göre taraf devletler, ülkelerinin sınırları içinde, Sözleşme’nin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere, uygun bütün önlemleri alırlar. Bu amaçla, en süratli usüllere başvurmakla yükümlüdürler³²⁴⁶. Bu hükmün amacına ve işlevine uygun şekilde hukukumuzda 22.11.2007 tarih ve 5717 Sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun’un 5. maddesiyle

³²⁴³ Lahey Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bozdağ, Gonca Gülfem; Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2014; Nebioğlu Öner, Şebnem; “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İhtihat Analizi”, TBB Dergisi, S. 155, 2014, s. 477-516; Takcı, Tuğçe; “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi’nin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bunlara Çözüm Önerileri”, TAAD, Y. 5, S. 19, 2014, s. 1039-1078.

³²⁴⁴ Marcus Frank Cenry Başvurusu, B. No. 2013/5126, 02.07.2015, par. 48, (RG. T. 12.08.2015, S. 2944).

³²⁴⁵ Türkiye dışında Sözleşme’ye taraf ülkeler şunlardır; Arnavutluk, Andora, Arjantin, Ermenistan, Avustralya, Avusturya, Belarus, Belçika, Bosna-Hersek, Brezilya, Bulgaristan, Burkina Faso, Kanada, Şili, Çin Halk Cumhuriyeti, Kosta Rika, Hırvatistan, Güney Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ekvator, Estonya, Finlandiya, Makedonya Cumhuriyeti, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İrlanda, İsrail, İtalya, Japonya, Kore Cumhuriyeti, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Morityus, Meksika, Monako, Fas, Karadağ, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Panama, Paraguay, Peru, Filipinler, Polonya, Portekiz, Moldova, Romanya, Rusya, Sırbistan, Singapur, Slovakya, Slovenya, Güney Afrika, İspnaya, Sri Lanka, İsveç, İsviçre, Ukrayna, İngiltere, Amerika, Ur, ve Ukrayna, Uruguay, Venezuela, , Zambiya. Bilgi için bkz. (<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>, E. T. 10.04.2017).

³²⁴⁶ Sözleşme’nin Türkçe ve İngilizce metinleri için bkz. (http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilsoz/lahey/turkce_lah28.pdf; http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilsoz/lahey/ing_ah28.pdf, E. T. 11.04.2017).

Merkezî Makamın³²⁴⁷, mahallî Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile; Sözleşme kapsamında çocuğun iadesi veya şahsî ilişki kurulma hakkının kullanılması konusunda bir başvurunun yapılmasını müteakip çocuğun bulunduğu yerin tespiti ile menfaatlerinin korunması için kolluk ve diğer yetkili makamları görevlendirmek de dahil olmak üzere gerekli bütün tedbirleri alması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Gerek Lahey Sözleşmesi'nde gerekse 5717 Sayılı Kanun'da düzenlenen bu amaca paralel olarak devlet; çocuğun hak sahibi olmayan diğer bir kişi tarafından, velayet hakkı sahibi ebeveynin ya da kurumun hakkı ihlal edilerek, bir taraf devlet ülkesinden diğerine kaçırılması veya haksız olarak alıkonulması sebebiyle doğan zararlı sonuçlardan çocuğun korunması ve çocuğun mümkün olan en kısa sürede mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iade edilerek eski hayatına geri dönebilmesi ve ayrıca çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkının icrasını sağlamakla yükümlüdür³²⁴⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında belirtildiği üzere Lahey Sözleşmesi uyarınca taraf devletler ülke sınırları içinde, Sözleşme'nin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere uygun tüm önlemleri almak ve bu amaç doğrultusunda en ivedi usullere başvurmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük ilgili vakalarda aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir³²⁴⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin pozitif yükümlülüklerle sıkça değindiği bir kararında başvuru, müşterek çocuğun Amerika Birleşik Devletleri'nden annesi tarafından Türkiye'ye götürülmesi ve geri dönmesine izin verilmemesi üzerine, Lahey Sözleşmesi kapsamında yapılan başvurusunun reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur³²⁵⁰. Başvuru, iade davasında Lahey Sözleşmesi'nin esasa ve usule dair hükümlerinin dikkate alınmadığını ve derece mahkemelerinin karar gerekçelerinin Lahey Sözleşmesi'nde belirtilen prensiplere aykırı olduğunu ve bu kapsamda çocuğu ile kişisel ilişkisinin engellendiğini iddia etmektedir.

³²⁴⁷ Türkiye, Lahey Sözleşmesi'nin 6. maddesi ve 5717 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca, Sözleşme'de öngörülen yükümlülükleri yerine getirmek üzere, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nü merkezi makam olarak belirlemiştir. (Nebioğlu Öner, s. 487).

³²⁴⁸ Takcı, s. 1041.

³²⁴⁹ Marcus Frank Cenry Başvurusu, B. No. 2013/5126, 02.07.2015, par. 55, (RG. T. 12.08.2015, S. 2944).

³²⁵⁰ Marcus Frank Cenry Başvurusu, B. No. 2013/5126, 02.07.2015, (RG. T. 12.08.2015, S. 2944).

Bu bağlamda ilk derece mahkemesi kararında, Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen derhal iade koşullarının³²⁵¹ oluşmadığını tespit etmiş fakat Sözleşme'nin 12. maddesindeki iade şartlarının hangi suretle gerçekleşmediği hususlarında hiçbir açıklamaya yer vermemiştir. Yargıtay onama ilamında ise ilk derece mahkemesince iadede kaçınma koşullarının oluşmadığının ve Lahey Sözleşmesi'nin 13/I-b bendinin nazara alındığının anlaşıldığı ifade edilmektedir. Cumhuriyet Başsavcılığının temyiz dilekçesinde ise, Lahey Sözleşmesi ve 5717 Sayılı Kanun³²⁵² hükümlerinde mutat meskenin tespiti ve çocuğun mutat mesken ülkesine iadesinin öngörülmesine karşın davanın velayet hükümlerine göre çözümlenmesi yoluna gidildiği ve olayda uygulama yeri olmayan çocuğun küçüklüğü ve anneye ihtiyacı gibi öznel ölçütlere dayanılarak sonuca gidildiği tespitlerine yer verilmiştir³²⁵³.

Anayasa Mahkemesi ise karar gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, bu hakka orantılı bir müdahalede bulunulmadığı gerekçeleriyle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir³²⁵⁴.

Kanımızca yerel mahkemelerin karar ve takdir gerekçelerinin yeterli ve objektif gerekçelere dayanmaması, ulaşılan sonuçların yeterli açıklıkta olmaması ilk planda adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirme yapılması gerektiğini düşündürse de Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki tutumu AİHM

³²⁵¹ Lahey Sözleşmesi madde 12-“Bir çocuğun, 3. maddede belirtildiği şekilde, kanuna aykırı olarak yeri değiştirilmiş veya çocuk alıkonulmuş ve çocuğun bulunduğu taraf Devletin adli veya idari makamına müracaat anında, yer değiştirme veya alıkonulmadan itibaren bir yıldan az zaman geçmişse, müracaatta bulunulan makam, çocuğun derhal geri dönmesini emreder. Yukarıdaki fıkrada öngörülen bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra bile müracaatta bulunulursa, adli veya idari makamın, keza çocuğun geri dönmesini emretmesi gerekir, yeterki, çocuğun yeni çevresine intibak ettiği tespit edilmesin. Talepte bulunulan devletin adli veya idari makamı, çocuğun başka bir Devlete götürüldüğüne inanıyor ise, davayı askıya alabilir veya çocuğun geri dönmesi talebini reddedebilir.”

³²⁵² 22.11.2007 tarih ve 5717 Sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun madde 1 “Bu Kanunun amacı; velâyet hakkı ihlal edilerek Sözleşmeye taraf bir ülkeden diğer bir taraf ülkeye götürülen veya alıkonulan çocuğun mutat meskeninin bulunduğu ülkeye iadesine veya şahsî ilişki kurma hakkının kullanılmasına dair 25.10.1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmenin uygulanmasını sağlamaya yönelik usûl ve esasları düzenlemektir.”

³²⁵³ Marcus Frank Cenry Başvurusu, B. No. 2013/5126, 02.07.2015, par. 87, (RG. T. 12.08.2015, S. 2944).

³²⁵⁴ Marcus Frank Cenry Başvurusu, B. No. 2013/5126, 02.07.2015, par. 87-88, (RG. T. 12.08.2015, S. 2944).

içtihatlarıyla³²⁵⁵ örtüşür nitelikte³²⁵⁶ ve yerindedir. Yani Anayasa Mahkemesi ebeveyn ile çocuğun birleştirilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda usule ilişkin gerekler bağlamında gündeme gelebilecek adil yargılanma hakkını ihlal iddialarını sadece 20. madde kapsamında aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülük değerlendirmesinin içeriğine dahil etmekte ayrıca 36. madde kapsamında bir değerlendirmeye gitmemektedir. Bu bağlamda aile hayatına saygı hakkı kapsamında devletin usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yargısal süreçlerin ivedi şekilde, açık ve adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerine riayetle edilmesi şeklinde bir sonuca ulaşmak mümkündür.

3. Velayeti Kendisine Verilmeyen Eşin Çocuk ile Kişisel İlişki Kurmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Velayet hakkının ebeveynlerden birine verildiği durumlarda ana ve baba, çocuğu görme, ziyaret etme, haberleşme yani çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahiptir³²⁵⁷. Nitekim ÇHS³²⁵⁸, AİHS madde 8 ve Anayasa'nın 41. maddesi uyarınca her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve ilişkiyi sürdürme hakkına sahiptir. Bu bağlamda velayet ve kişisel

³²⁵⁵ AİHM çocuklar ve ebeveynleri arasındaki ilişkileri konu alan uyuşmazlıkların birçoğunda Sözleşme'nin 6. maddesi açısından ayrıca bir değerlendirme yapmamaktadır. (İlker Ensar Uyanık/Turkey, App. No. 60328/09, 3 May 2012, par. 33).

³²⁵⁶ Marcus Frank Cenry Başvurusu, B. No. 2013/5126, 02.07.2015, par. 81, (RG. T. 12.08.2015, S. 2944).

³²⁵⁷ Erlüle, Fulya; "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XVI, S. 3-4, 2010, s. 217.

³²⁵⁸ ÇHS madde 3-“(1)Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.”

ÇHS madde 9 -“(1)Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.

(2)Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca girilen her işlemden, ilgili bütün taraflara işleme katılma ve görüşlerini bildirme olanağı tanınır.

(3)Taraflar Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler.”

ilişki tesisine dair kararların icrasına ilişkin sorunların çözümünde aile hayatına saygı hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerinin olduğu ileri sürülebilir.

Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi'ne yapılan ve devletin pozitif yükümlülüklerine işaret edilen bireysel başvuruda velayet hakkının anneye tanınması ve yargılama sürecinde verilen ara kararlar ile nihai karar kapsamında çocuklar ile başvuru baba arasında uygun şekilde şahsi ilişki tesis edilmemesi nedeniyle³²⁵⁹ aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddia edilmiştir³²⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi tarafından başvuru babanın; annenin yurt dışında yaşayacağı, yargılama sürecinde çocuklarını hukuka aykırı şekilde yurt dışına götürdüğü, bu sebeple kişisel ilişki kurmada yetersiz ve müşterek çocuklar ile arasındaki manevi bağı koruma noktasında etkisiz kalacağı yönündeki itirazlarının kanun yolu mercileri tarafından da karşılanmadığı tespit edilmiştir. Ayrıca derece mahkemelerinin çocukların yurt dışında yaşamaları durumunda yılda bir defa olmak üzere baba ile ilişki tesis ederken kullandığı takdirin, somut verilerle bağlantı kurulmak suretiyle yeterli şekilde ortaya konulmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Tüm bu sebeplere dayanarak Anayasa Mahkemesi çocuklar ile başvuru arasında sınırlı kişisel ilişki tesisi ile ilgili karardaki gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığından bahisle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine kanaat getirmiştir³²⁶¹.

Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri uyarınca devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü; ebeveynlerin çocuklarıyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma

³²⁵⁹“... Kişisel ilişki tesisi hususunda ise kısa kararda, başvuru baba ile gerekçeli kararda belirtileceği şekilde kişisel ilişki kurulmasına ve yargılama sırasında 15/8/2012 tarihli ara kararı ile çocuklar ve başvuru arasında tedbiren kurulan kişisel ilişkinin karar kesinleşinceye kadar devamına hükmedildiği, gerekçeli kararda ise başvuru ile çocukları arasında Türkiye'de bulunmaları durumunda her ayın 1. ve 3. haftaları cumartesi günü saat 10.00'dan pazar günü 17.00'ye kadar, dinî bayramların 2. günü saat 10.00'dan 3. günü saat 17.00'ye kadar, sömestir tatilinin 1. günü saat 10.00'dan 7. günü 17.00'ye kadar, her yıl temmuz ayının 1. günü saat 10.00'dan 31. günü saat 17.00'ye kadar, aynı ülkede yaşadıkları takdirde her yıl temmuz ayının 1. günü saat 10.00'dan ağustos ayının 15. günü saat 17.00'ye kadar çocukların babalarının yanında kalmaları suretiyle kişisel ilişki kurulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede velayetin tevdiine ilişkin olarak yukarıda belirtilen gerekçelere yer veren İlk Derece Mahkemesinin, kişisel ilişki sürelerinin belirlenmesine ilişkin takdiri noktasında ayrıntıya yer vermediği görülmektedir.” (N. Ö. Başvurusu, B. No. 2014/19725, 19.11.2015, par. 60).

³²⁶⁰ N. Ö. Başvurusu, B. No. 2014/19725, 19.11.2015, par. 1

³²⁶¹ N. Ö. Başvurusu, B. No. 2014/19725, 19.11.2015, par. 61-63.

yükümlülüğünü içermektedir³²⁶². Lakin bu tür tedbirlerden anlaşılması gerekenin ne olduğu açık olmamakla birlikte her somut olayda bu tedbirlerin türü ve niteliği değişmektedir. Bu tedbirleri kimi davalarda esasa kimi davalarda ise usule ilişkin pozitif yükümlülükler oluşturmaktadır. Örneğin yukarıda açıkladığımız bireysel başvuru özelinde değerlendirmede bulunursak usule ilişkin pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediğini öne sürebiliriz.

Kanımızca velayeti kendisine verilmeyen eşin çocuk ile ilişki kurmasının engellenmesi durumu esasında bireyler arasındaki ihtilafıdır. Ancak bireyler arasında ilişkiler alanındaki bu ihtilaf yargı mercilerine taşındığı zamanda aile hayatına saygı hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda devletin ebeveynlerin ve çocuğun haklarını koruyan yasal çerçeve oluşturması yetmez aynı zamanda bu çerçevenin hakları korumaya yönelik olarak uygulanmasını da sağlamakla yükümlüdür. Bu uygulamayı yürüten kamusal makam da bizzatihi yargı mercileridir. Dolayısıyla çocuklar ile ebeveynleri arasında kişisel ilişki kurulmasına karar veren yargı mercilerinin somut olaydaki koşulları ve çocuğun üstün menfaatini gözeterek bu yetkiyi kullanması öncül koşuldur. Aksi durumda taraflar arasında bozulan menfaat dengesi sonucu devlet aile hayatına etkili saygı hususunda pozitif yükümlülüklerini yerine getirememiş olacaktır.

VI. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜN ANAYASA'DA DÜZENLENMESİ ÖNERİSİ

Günümüzde Anayasaların yasama, yürütme ve yargının kuruluş ve işleyişini, bireylerin devletle olan ilişkilerini düzenleyen, bu nedenle de bireyler arasındaki ilişkilerde uygulanamayan kurallar topluluğu olduğunu kabul eden klasik kamu hukuku doktrini³²⁶³ yerine; Anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerinde de geçerli oldukları anlayışı benimsenmiştir³²⁶⁴. Nitekim bu anlayışın dayanaklarından biri olan Anayasa'nın 11. maddesinde de Anayasa hükümlerinin, diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu belirtilmiştir.

³²⁶² N. Ö. Başvurusu, B. No. 2014/19725, 19.11.2015, par. 37.

³²⁶³ Gören, Özel Hukuk Düzeni, s. 3.

³²⁶⁴ Öktem Songu, s. 614; Gören, Özel Hukuk Düzeni, s. 3 vd.

Egemenlik yetkisini yetkili organlarıyla kullanan devlet yasa koyucu olarak, yürütme erki olarak ve yargı erkinin sahibi olarak temel hak ve özgürlüklerin korunmasının doğrudan mutabıdır³²⁶⁵. Dolayısıyla klasik haklar bakımından devletin tek görevinin negatif bir tutum takınmak olduğu yönündeki genel kabulü değiştirmek ve devletin hakları koruma konusundaki etkinliğini arttırmak bakımından klasik hakların düzenlendiği bölümde pozitif yükümlülüğe özel bir maddede yer verilerek anayasal bir önem atfedilmesi yararlı olacaktır³²⁶⁶.

Devletin her hak bakımından pozitif yükümlülükleri farklılaşacağından, bu maddenin tüm klasik haklara kapsayıcı ve kuşatıcı şekilde bir koruma sağlaması amacından hareketle genel bir çerçeve ortaya koyması gerekmektedir. Bu konuda Türkiye'nin AİHM içtihatları doğrultusunda tespit edilen eksikliklerinin üç konuda yoğunlaştığı görülmektedir. Bunlar, olası hak ihlallerine karşı yeterli koruyucu önlemler alınması, etkili soruşturma yapılması, hakkı ihlal edilenler için yaptırım politikası oluşturulmasıdır³²⁶⁷. Bu tespitlerden yola çıkılarak Uygun, tarafından önerilen düzenleme şöyledir: *“Devlet, temel hak ve özgürlükleri tehlike altında olan bireyler için koruyucu önlemler almak, hakları ihlal edenlerin eylemlerini etkili biçimde soruşturmak ve ihlal sonucu doğan maddi ve manevi zararı tazmin etmekle yükümlüdür.”*³²⁶⁸. Türkiye Barolar Birliği'nin Anayasa Önerisinde bu maddenin etkili biçimde denetlenmesi ve işlerliğinin sağlanması açısından kamu denetçiliği (ombudsman) kurumu önerilmiştir³²⁶⁹. Bu bağlamda 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 74. maddede yapılan değişiklikle idarenin işleyişiyle ilgili şikayetleri incelemek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na bağlı olarak Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmuştur³²⁷⁰.

³²⁶⁵ Gören, Özel Hukuk Düzeni, s. 4.

³²⁶⁶ Uygun, Yeni Anayasa Çalışmaları, s. 340; Uygun, Devlet Teorisi, s. 533.

³²⁶⁷ Uygun, Yeni Anayasa Çalışmaları, s. 340; Uygun, Devlet Teorisi, s. 533.

³²⁶⁸ Uygun, Yeni Anayasa Çalışmaları, s. 340; Uygun Devlet Teorisi, s. 533;

³²⁶⁹ Uygun, Yeni Anayasa Çalışmaları, s. 341.

³²⁷⁰ 1982 Anayasası madde 74-“(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/8 m.) Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/8 m.) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler. (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/8 m.) Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur. (Ek fıkra: 12.9.2010-5982/8 m.) Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı

Kanımızca önerilen hüküm pozitif yükümlülük doktrinin Türkiye uygulaması açısından ihlallerin yoğunlaştığı alanları koruma kapsamına almış olsa da hak ve özgürlüklerin üçüncü kişilere karşı korunmasında devletin yükümlülüğünü vurgulamak bakımından eksik kaldığı söylenebilir. Nitekim devletler kendi yetkili organ ya da kişilerinin eylemlerinin neden olduğu ihlaller kadar, kişiler arasında meydana gelebilecek hak ihlallerine karşı da koruma yükümlülüğü altındadır³²⁷¹. Bu yönüyle hükümde devletin hakları üçüncü kişilerin eylemlerinden koruma yükümlülüğünün de altının çizilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Tüm bu gerekçelerle önerimiz şöyledir: *“Devlet, temel hak ve özgürlükleri idarenin ve üçüncü kişilerin hukuka aykırı eylemlerinden korumak, ihlalleri etkili soruşturmak, durdurmak, sonuçlarını gidermek ve tekrarını önlemekle yükümlüdür.”*

VII. DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ İŞİĞİNDA İHLAL YARATAN İHMALLER

İhmal ya da başka bir nedenle yasama organının hareketsiz kalarak işlevlerinden olan karar almaması yahut kanun yapmaması ihmal yoluyla anayasaya aykırılık oluşturmaktadır. Portekiz³²⁷², Macaristan³²⁷³, Polonya, İtalya gibi birçok ülkede ihmal yoluyla anayasaya aykırılık Anayasa Mahkemelerince anayasaya uygunluk denetimine tabidir³²⁷⁴.

işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

³²⁷¹ Gemalmaz, Burak, s. 100; Akandji Kombe, s. 5; Şenol, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, s. 75; Metin, s. 112.

³²⁷² Anayasa metni için bkz. Republic of Turkey Ministry of Justice Department of Broad Casting Affairs, Constitutions of Some Of The European Union States, Ankara, 2011, s. 560.

³²⁷³ Macaristan’da ihmal yoluyla anayasaya aykırılık anayasaya uygunluk denetimine tabi olsa da Anayasaya aykırı bir ihmal Anayasa şikayetine konu edilemez. Çünkü Anayasa şikayetinin ön şartı, Anayasaya aykırı bir yasa hükmünün davacının somut olayında uygulanmış olmasıdır. Anayasaya göre yasama organınca kabul edilmesi gereken fakat yasama organı tarafından henüz kabul edilmemiş bir normun genel mahkemelerde uygulanmamış olması Anayasa şikayeti başvurusuna gerekçe olarak gösterilemez. (Paczolay, Péter; “Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XXVI, 2009, s. 318).

³²⁷⁴ Kaboğlu, İbrahim, Ö.; Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye, 4. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2007, s. 112.

Portekiz Anayasası 283. maddesinin ilk fıkrasına göre, “Cumhurbaşkanı, Ombudsman veya özerk bölgelerle ilgili bir veya daha fazla hakkın ihlali gerekçesiyle, Yasama Meclislerinin başkanlarının istemiyle, Anayasa Mahkemesi inceleme yapar ve anayasal kuralların uygulanabilirliği için gerekli mevzuatın ihmal edilmesi yoluyla Anayasaya uymama kusurunu doğrular. 2. Anayasa Mahkemesi, ihmal yoluyla anayasaya aykırılığa karar verdiğinde, bununla ilgili olarak yetkili yasama organına bildirimde bulunur.”

Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesi³²⁷⁵, kanun koyucunun kesin ve açık bir anayasa kuralının gereğini yerine getirmemesi dolayısıyla bir temel hakkın ihlal edilmesini anayasa yargısının denetimine tabi tutmaktadır³²⁷⁶. Hatta sadece kanunun mevcut olmamasını değil, aynı zamanda kanun koyucunun ortam ve şartların değişmesini öngörerek, kanunun uygulanmasından kaynaklanan eşitsizlikleri düzeltmek amacıyla bir kanunun değiştirilmemesi ya da belli kişiler için bir kanunda hüküm öngörülmesinin unutulmuş olmasını Federal Anayasa Mahkemesi yaptırıma tabi tutabilir³²⁷⁷.

İtalya’da Anayasa Mahkemesi 1971 yılında, kanun koyucunun anayasa hükümlerinin ihlali sonucunu doğuran ihmallerini anayasaya aykırı beyan edebileceğine karar vermiştir³²⁷⁸.

Türkiye’de yasama organının ihmali Anayasa Mahkemesi’nin denetimi dışındadır³²⁷⁹. Anayasa Mahkemesi’nin kararları da bu yöndedir³²⁸⁰. Fakat pozitif yükümlülükler doktrini ışığında hak ve özgürlükler konusunda yasama organının ihmali dolaylı olarak AİHM’in denetimine tabidir. Bu nedenle ihmal edilen işlemlerin iç hukukta denetime açılması hukuki bir gerekliliktir³²⁸¹.

Yasama organının ihmali karşısında Anayasa Mahkemesi’nin bir iptal kararı vermesi mümkün değildir. Çünkü ortada henüz iptal edilecek bir hüküm mevcut değildir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın emredici hükmünün ihmal

³²⁷⁵ Anayasa Mahkemesi 1952, 1958 ve 1962 yıllarında verdiği kararlarda Anayasa’nın yapılmasını emrettiği konuların ihmal edilmesi ile bir temel hakkın ihlal edilebileceğini belirlemiştir. (San, Coşkun; Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri, Ankara İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1981, s. 102).

³²⁷⁶ Aliefendioğlu, s. 46

³²⁷⁷ Kaboğlu, s. 113.

³²⁷⁸ İtalya Raporu, Kaboğlu, Anayasa Yargısı, s. 113.

³²⁷⁹ Kaboğlu, s. 47; Aliefendioğlu, s. 46

³²⁸⁰ Aliefendioğlu, s. 46.

³²⁸¹ Kaboğlu, Anayasa Yargısı, s. 117.

edilerek gereğinin yapılmaması sonucu bir temel hak ve özgürlüğün ihlaline sebebiyet verilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu tespit edebilir³²⁸².

Klasik yaklaşıma göre devletin insan haklarına dokunmama, müdahale etmeme, gölge etmeme gibi yükümlülükleri yani eylemsizliği özgürlüğün güvencesidir³²⁸³. Fakat bazı durumlarda bu eylemsizlik beraberinde ihmali de getirdiğinden devletin sorumluluğu yoluna gidilebilir. Bu bağlamda devletin ihlal yaratan ihmalleri sadece yasama organından da kaynaklanmamaktadır. Diğer organların da tepkisiz ya da etkisiz kalması da ihmal yoluyla herhangi bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilmesine sebebiyet verebilir.

Devlet erkleri tarafından gereken özenin gösterilmemesi yahut görevin makul bir zaman zarfında yerine getirilmesi sonucu geciken işlem ve eylemler dolayısıyla söz konusu olan ihlaller de pozitif yükümlülük doktrini bağlamında devletin ihmali sebebiyle sorumluluğuna yol açabilir. Örneğin, Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının 2010 yılında değişikliği sonucu kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Fakat 6698 sayılı KVKK ancak 2016 yılında yürürlüğe girebilmiştir³²⁸⁴. Bu süreçte kişisel verilerin işlenmesi ve korunması konusunda hem esasa hem de usule ilişkin ayrıntılı hükümler içeren ilgili kanunun düzenlenmemesinden kaynaklı uygulamada yaşanan mağduriyetler pozitif yükümlülük doktrininden hareketle karşılanabilir.

Çekinme ya da yapmama edimleri, ya da yasama faaliyetinde bulunmayı reddetme, 8. maddenin ikinci fıkrasının düzenleme alanına girmez, ancak bu yapmama edimi, ilk fıkra korunan “özel hayata ve aile hayatına saygı”nın içinde bulunan pozitif yükümlülük kapsamında bir eksiklik oluşturabilir³²⁸⁵. Bu doğrultuda ancak pozitif yükümlülükler doktrini vasıtasıyla yasama organının ihmalleri yaptırımı tabi tutulabilir³²⁸⁶. Çünkü negatif yükümlülük devletin bir müdahaleden kaçınmasına, pozitif yükümlülük ise devletin kusurlu şekilde ihmale düşmesine

³²⁸² Aliefendioğlu, s. 45.

³²⁸³ Şirin, s. 379.

³²⁸⁴ RG. T. 07.04.2016, S. 29677. KVKK. madde 32-“(1) Bu Kanunun; a) 8’inci, 9’uncu, 11’inci, 13’üncü, 14’üncü, 15’inci, 16’ncı, 17’nci ve 18’inci maddeleri yayımı tarihinden altı ay sonra, b) Diğer maddeleri ise yayımı tarihinde, yürürlüğe girer.”

³²⁸⁵ Yıldırım, Özel Hayat, s. 388.

³²⁸⁶ Kaboğlu, İbrahim, Ö.; Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000, s. 116-117; Şirin, s. 379.

işaret etmektedir³²⁸⁷. Bu sorumluluk devletin hak ve özgürlükleri korumada garantör rolünden kaynaklanmaktadır³²⁸⁸. AİHM’in pozitif edim yükümlülüğü ile ilgili kararları tasnif edildiğinde ya yürürlükte olan bir mevzuatın ya da idari bir işlem ya da eylemin pozitif edim yükümlülüğü ile bağdaşmaması ya da ilgili konuda herhangi bir düzenleme ya da idari bir işlem ve eylem yapılmaması durumu söz konusu olmaktadır³²⁸⁹. Öte yandan AİHM, Sözleşme’nin birçok maddesinin amacının kişiyi idarenin keyfî müdahalelerinden korumak olduğunu belirtmekle birlikte kişilerin haklarının korunması için devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı sorumluluğunun doğabileceğini açıklamaktadır³²⁹⁰. Örneğin, Rees kararında AİHM cinsiyet değiştirerek erkek olan başvurucunun doğum kütüğünün ya da doğum kaydının değiştirilmesi talebinin reddini 8. madde bağlamında müdahale olarak görmemiş fakat devletin pozitif yükümlülüklerine işaret etmiştir³²⁹¹. Nitekim pozitif yükümlülük kuramı gereğince devlet hakların fiilen kullanılmasını sağlama ve haklara müdahaleleri önleme yükümlülüğü doğrultusunda hem etkili yasa çıkarmalı hem de uygulamasını aktif olarak sağlaması gerektiğinden sorumlu tutulmuştur.

Şayet ortada pozitif edim yükümlülüğü ile bağdaşmayan hukuksal düzenleme ya da idari iş yahut eylem söz konusu ise Mahkeme’nin denetimi de negatif yükümlülük ile ilgili kararlarından farklı olmamaktadır. Zira bu durumda ihmali değil icrai bir müdahale bulunmaktadır. Bu müdahaleyi diğerlerinden farklı kılan ise devletin pozitif yükümlülüğü ile bağdaşmamasıdır³²⁹².

VIII. AİHS’İN 8. MADDESİ KAPSAMINDA TARAF DEVLET OLARAK TÜRKİYE’NİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

AİHS, 18 Mayıs 1954 tarihinde onay belgesinin tevdi edilmesiyle Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir³²⁹³. Türkiye Sözleşme’nin yürürlüğe girmesinden 33

³²⁸⁷ Campbell, s. 400; Dröge, s. 380.

³²⁸⁸ Hofstötter, s. 527; Campbell, s. 400.

³²⁸⁹ Bahçeci, s. 520.

³²⁹⁰ Karabulut, Mustafa; “Mülkiyet Hakkı”, (Der. Teoman Ergül), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, TBB Yayınları, Ankara, 2006, s. 298.

³²⁹¹ Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986, par. 35.

³²⁹² Bahçeci, s. 520.

³²⁹³ RG. T. 19.03.1954, S. 8662.

yıl sonra 22 Ocak 1987’de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na bireysel başvuru hakkını elde etmiştir³²⁹⁴. 25 Eylül 1989’da ise Türkiye AİHM’in yargı yetkisini kabul etmiştir³²⁹⁵. Bu yolla Türkiye hem Komisyon’un hem de Mahkeme’nin zorunlu yargı yetkisini kabul etmekle uluslararası bir güvence mekanizmasına uymak söz konusu organların verdikleri kararları uygulamak yükümlülüğü altına girmiştir³²⁹⁶.

AİHS, çok taraflı bir uluslararası antlaşma olmasının sonucu olarak, Sözleşme’ye taraf olan devletlere bazı yükümlülükler getirmiştir. Bu doğrultuda hem bireylerin taraf devletlere karşı hem de taraf devletlerin, birbirlerine karşı Sözleşme’nin ihlali iddialarına dayanan istemler ileri sürme olanağı vardır³²⁹⁷. Sözleşme kişisel hak ve özgürlük katalogu oluşturmasının yanı sıra, taraf devletler açısından taahhüt edilen yükümlülüklerin hayata geçirilmesi sistemini oluşturmuştur³²⁹⁸. AİHS’in asıl önemi herkesin yararlanabileceği, genel ve objektif nitelikte bazı temel haklar ve güvenceler getirmesinden kaynaklanmaktadır³²⁹⁹. Taraf devletlerden biri olarak Türkiye’nin Sözleşme’den doğan yükümlülükleri karşılıklılık ilkesine ve vatandaşlık bağına dayanmaz. Bunun sonucu olarak yükümlülükleri de objektiftir.

³²⁹⁴ RG. T. 21.04.1987, S. 19438. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Dijk, Van; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye’nin Bireysel Şikayet Hakkını Kabul Etmesi, (Çev. Dr. Ömer Madra), Bilal Yayınları, Ankara, 1989.

³²⁹⁵ RG. T. 27.09.1987, S. 20295.

³²⁹⁶ 31 Ekim 1998 tarihine kadar Sözleşme’ye taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği üç organ tarafından denetlenmiştir. Bunlar, 1954 yılında oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 1959 yılında oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Divanı ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesidir. 1 Kasım 1998 de yürürlüğe giren 11 nolu Protokol (RG. T. 20. 07.1997, S. 23025) ile Komisyon ve Divan’ın yerini, AİHM almıştır. (Bıçak, s. 87-88). 11 Nolu Protokol ile Sözleşme’nin 25. ve 46. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni Mahkeme’nin yargı yetkisi zorunlu olduğundan, artık bu yetkinin ayrı bir beyanla kabul edilmesine gerek yoktur. Sözleşme’yi onaylayan her devlet resen ve süresiz olarak Mahkeme’nin yargı yetkisini kabul etmiş sayılmaktadır.

³²⁹⁷ Aybay, s. 238; Tunç, s.184.

³²⁹⁸ Bıçak, s. 87.

³²⁹⁹ Aybay, s. 238; Türmen, s. 37.

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden Kaynaklanan Yükümlülükler

AİHS'te insan haklarına saygı yükümlülüğü getiren 1. madde ile AİHS'e taraf devletler AİHS ve Ek Protokolleri'nde tanımlanan insan hak ve özgürlüklerini daimi surette koruma ve sağlama yükümlülüğünü üstlenmişlerdir³³⁰⁰. Bu bağlamda taraf devlet olarak Türkiye pozitif yükümlülüklerini hem ulusal düzeyde kişisel olarak hem de uluslararası düzeyde kollektif olarak yerine getirmek zorundadır³³⁰¹. AİHM de bu yükümlülüğün yerine getirilmesini yargı yoluyla denetlemek üzere, bir mahkeme olarak kurulmuştur (m. 19)³³⁰².

Türkiye ulusal düzeyde hukuk normlarını AİHS'in tüm hükümlerinin fiilen uygulanmasını sağlayacak şekilde düzenlemekle yükümlü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün sağlanması için hangi yol ya da aracın kullanılacağı Türkiye'nin yetkili mercilerinin takdirindedir³³⁰³. Bu özgürlük, Sözleşme'yi uygulamama ya da uygulanmasını geciktirme iznini vermemektedir³³⁰⁴. Aynı zamanda taraf devlet olarak Türkiye Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nin talebi üzerine, bu Sözleşme'nin tüm hükümlerinin kendi iç hukukunda etkili uygulanmasına dair gerekli açıklamaları sunmakla da yükümlüdür. (AİHS m. 52).

Taraf devletler AİHM'e bireysel başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ettiklerinden (AİHS m. 34) Türkiye de bu yola başvurulmasını güçleştirici ya da imkansız kılıcı engelleri ortadan kaldırma yükümlülüğü altındadır. Aynı zamanda Türkiye AİHS'te düzenlenen insan hak ve özgürlüklerinin bir başka taraf devlet tarafından ihlalini de önleme yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla devletlerarası başvuru yoluyla

³³⁰⁰ Aybay, s. 239; Bahçeci, s. 520.

³³⁰¹ Gözlügöl, s. 530.

³³⁰² Aybay, s. 239.

³³⁰³ Yıldırım, s. 299; Arslan, Uyum Sorunu, s. 276; Gözlügöl, s. 530. "Mahkeme kararının bu spesifik davanın ötesinde bazı etkiler doğurması kaçınılmazdır, zira tespit edilen ihlal uygulanan bireysel tedbirlerden değil, doğrudan doğruya tartışmalı hükümlerden kaynaklanmaktadır. Ancak karar, kendiliğinden bu hükümleri iptal etmez veya ortadan kaldırmaz. Mahkemenin kararı esas itibariyle bildiricidir ve 53. maddeden (şimdi 46. maddeden) doğan yükümlülüğünü yerine getirmek için, iç hukukunda kullanacağı araçları seçme işini Devlete bırakmaktadır." (Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 58).

³³⁰⁴ Arslan, Uyum Sorunu, s. 276.

Sözleşme ve Protokollerinin hükümlerinin ihlali iddiası ile Sözleşme'ye taraf diğer devlete karşı Mahkeme'ye başvurabilir. (AİHS m. 33).

Devletlerin insan hak ve özgürlüklerini tanınması ya da insan haklarını koruyan uluslararası sözleşmelere taraf olması insan hak ve özgürlüklerinin uygulamada korunması ve gelişmesi için yeterli değildir. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkında herkesin yararlanabilmesi için devlet tarafından gerekli yasama işlemleri yapılmalı, idari tedbirler alınmalı ve bu hak çerçevesinde korunan hukuki değerleri güçlendiren politikalar uygulamaya konulmalıdır³³⁰⁵. Aksi halde tanınmış fakat yaşama geçmemiş haklar silsilesi hukuki normları nicelik olarak arttırmaktan ileri gidemeyecektir.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararlarının Yerine Getirilmesine İlişkin Pozitif Yükümlülükler

AİHS'in metni iki düzeyde işlemektedir. Hak ve özgürlükleri ortaya koymanın yanı sıra AİHS taraf devletlerin üstleneceği yükümlülüklerin yerine getirilmesi için de bir mekanizma sunmaktadır³³⁰⁶. Bu bağlamda AİHM, AİHS'e taraf devletlerin üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini denetlemek amacıyla kurulmuştur³³⁰⁷. AİHM'in yargı yetkisinin taraf devletler bakımından zorunlu olarak işleminin sonucu olarak, AİHS'in 8. maddesinin iç hukukta uygulanmasında ve yorumlanmasında AİHM'in içtihatları Türkiye'yi bağlayıcı niteliktedir³³⁰⁸.

AİHM'in kararları bağlayıcı olmakla beraber³³⁰⁹, bu kararlar iç hukukumuzda doğrudan bir sonuç doğurmamaktadır³³¹⁰. Mahkeme, iç hukukta

³³⁰⁵ Gözlügöl, s. 530.

³³⁰⁶ Tulkens, s. 3.

³³⁰⁷ AİHS madde 19-“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.”

³³⁰⁸ Doğru, İç Hukuklara Etkiler, s. 195; Surlu, s. 636; Gözlügöl, s. 531; Özdek, s. 73; Kılınç, s. 229; Surlu, İnsan Hakları, s. 168; Kaboğlu, AİHS'in işleyiş mekanizması ve iç hukuklara etkisi dolayısıyla İnsan Hakları Avrupa Anayasası'nı oluşturduğunu ileri sürülmektedir. (Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 212; Aynı yönde Memiş, s. 131).

³³⁰⁹ Surlu, s. 636; Gözlügöl, s. 531; Özdek, s. 73; Kılınç, s. 229; Şenol, AİHS, Türmen, s. 36; Surlu, İnsan Hakları, s. 167; Ünal, İç Hukuka Etki, s. 63.

³³¹⁰ Harris/O'Boyle/Warwick, s. 24; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 133; Ünal, s. 64; Batum, AİHS, s. 127; Bıçak, s. 109; Arslan, Uyum Sorunu, s. 276; Türmen, s. 32; Surlu, İnsan Hakları, s. 161.

alınan kararlara karşı başvurulmuş bir temyiz mercii olmadığı için³³¹¹, Mahkeme'nin kararları iç hukuk organlarımızın kararları üzerinde kendiliğinden "iptal", "değiştirme" ya da "bozma" şeklinde bir etkisi yoktur³³¹². AİHM, sadece AİHS'i ihlal ettiği iddia edilen iç hukuk işlem ya da eyleminin ihlal oluşturup oluşturmadığını tespit etmektedir³³¹³. Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılığı tespit edilen durumun ortadan kaldırılması ilgili devletin sorumluluğundadır³³¹⁴. Aleyhimize ihlal tespit edildiğinde iç hukukta gerekli tedbirleri almak Türkiye'nin yükümlülüğüdür³³¹⁵. Bu bağlamda Sözleşme'nin 8. maddesinde öngörülen hak ve özgürlüklerin korunmasında esas görev ulusal makam ve organlara düşmektedir³³¹⁶. Kural olarak; AİHM kararlarının yerine getirilmesinde Türkiye'nin yükümlülüklerini ne şekilde ifa edeceği konusunda ise takdir marjı bulunmaktadır³³¹⁷.

AİHM'in özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin verdiği karar üzerine taraf devlet olarak Türkiye'nin esasen iki yükümlülüğü

³³¹¹ Yıldırım, s. 297; Gözlügöl, s. 51, 527; Erdem/Korkmaz, s. 196; Ünal, İç Hukuka Etki, s. 68; Batum, AİHS, s. 130. AİHM'in temyiz merci olmadığına ve konumuna ilişkin açıklamalar Mahkeme Başkanı tarafından şu şekilde açıklanmıştır: "Uluslararası bir mahkeme ve özellikle 800 milyon nüfusu barındıran coğrafi bir bölgede yetkisi bulunan bir mahkemenin temyiz mahkemesi gibi işleyip hareket edemeyeceği açıktır. Uluslararası mahkemelerde ulusal mahkemelerdekine benzer bir biçimde bir duruşma yapılamaz; deliller ve hukuki sorunlar ulusal mahkemelerin incelediği gibi ayrıntılı bir biçimde incelenemez. Bunun nedeni sadece böyle yapıldığında büyük bir iş yükünün altında kalınacak olması değildir. Şurası açıktır ki, ulusal otoriteler yerel bilgi ve deneyime ve her türlü müdahalede görece bir süratle sahip olmaları nedeniyle, delilleri ve hukuki değerlendirme daha iyi bir konumda bulunmaktadır ve bu nedenle de daha iyi ve etkin bir güvence sistemini gerçekleştirebilmektedirler. Bu (dördüncü derece) bir mahkeme değildir; ulusal mahkemelerin iddia edilen hukuksal hatalarını düzeltmek veya ulusal mahkemelerin kararları yerine kendi değerlendirmelerini ve kararlarını geçirmek gibi bir görevi ve yetkisi yoktur". (Ünal, Şeref; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No: 89, s. 379; Surlu, s. 636).

³³¹² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 133; Surlu, s. 636; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 68; Çavuşoğlu, Naz; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması Türkiye Kararları, Su Yayınları, İstanbul, 2003, s. 34; Şenol, AİHS, s. 268; Gözlügöl, s. 528; Ünal, Türk İç Hukukuna Etki, s. 63; Hacıoğlu, Burhan Caner; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İhlal Kararının Türk Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Yeni Bir Muhakemenin Yenilenmesi Sebebi Olarak Kabulü ve İzlenecek Muhakeme Usulü Üzerine Bir İnceleme", AÜEHFD, S. 1-2, C. VIII, 2004, s. 94; Batum, AİHS, s. 133; Bıçak, s. 110; Surlu, İnsan Hakları, s. 168.

³³¹³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 133; Ünal, Türk İç Hukukuna Etki, s. 63; Yıldırım, s. 299; Surlu, s. 636; Gözlügöl, s. 513; Bıçak, s. 109.

³³¹⁴ Bıçak, s. 110.

³³¹⁵ Doğru, İç Hukuklara Etkiler, s. 195.

³³¹⁶ Surlu, s. 637, Batum, AİHS, s. 133.

³³¹⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 138; Gözlügöl, s. 532.

olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar; AİHM kararına uyma yükümlülüğü ve ihlali ve tüm sonuçlarını ortadan kaldırma yükümlülüğüdür³³¹⁸.

1. AİHM Kararlarına Uyma Yükümlülüğü

AİHM'in kararları bir devletin insan haklarını ve özgürlüklerini gerçekleştirme ve dolayısıyla insan haklarına dayalı ve saygılı bir devlet olma noktasında hangi aşamada olduğunun önemli bir göstergesidir³³¹⁹. Bu sebeple de AİHM kararlarına uyma Türkiye için insan haklarını korumada önemli bir göstergedir.

AİHS'e taraf devletlerin Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uyma yükümlülüğü, Sözleşme'nin 46. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Bu bağlamda Türkiye'nin hem Sözleşme'ye taraf olup, hem de Sözleşme hükümleri ve organlarının kararlarına uymaması düşünülemez³³²⁰.

Sözleşme'nin 1. maddesine göre taraf devletler Sözleşme'deki hakları yetki alanlarında tüm bireylere sağlamakla yükümlüdür. Devletin bu yükümlülüğü yerine getirmesinde sorun varsa yine Sözleşme'nin 19. maddesi gereğince AİHM devreye girmektedir. AİHM'in denetim sonucu verdiği karar ise 46. maddeye göre bağlayıcı niteliktedir³³²¹.

Taraf devletler açısından bağlayıcı olan kesinleşmiş Mahkeme kararları başvuruçular açısından da bağlayıcıdır fakat AİHM tarafından hem bireysel hem de devletlerarası başvurularda ihlal kararı bir devlet aleyhine verildiği için bu karara uyma ve yerine getirmekle yükümlü olan taraf devlettir³³²². Bu sebeple Mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğü denildiğinde sadece Sözleşme'ye taraf devletlerin uyma yükümlülüğü anlaşılmaktadır³³²³. Sözleşme'nin sadece taraf devletler için

³³¹⁸ Kılınç, Bahadır; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararlarının İnfazı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 229.

³³¹⁹ Hekimoğlu, s. 66.

³³²⁰ Şahbaz, İbrahim; "AİHS'ye Taraf Ülkelerde Yargılamanın Yenilenmesi", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 585.

³³²¹ Surlu, s. 636; Gözlüğü, s. 531; Özdek, s. 73; Kılınç, s. 229; Şenol, AİHS, Türmen, s. 36; Surlu, İnsan Hakları, s. 167; Ünal, İç Hukuka Etki, s. 63.

³³²² Kılınç, s. 229; Kararların bağlayıcı etkisi, yalnızca aleyhine başvuru yapılan devlet bakımından söz konusu (inter partes) olsa da verilen kararın diğer devletler bakımından yönlendirici bir işlevi vardır. (Erdem/Korkmaz, s. 192; Türmen, s. 37).

³³²³ Şahbaz, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 582; Aybay, s. 239; Kılınç, s. 230.

bağlayıcılığın anlamı, gerçek ve tüzel kişilerin AİHS ve ek protokolleri kapsamındaki bir hakkı ihlal etmeleri halinde bunlar için bir sorumluluğun doğmamasıdır. Bu bağlamda 8. madde özel kişiler tarafından ihlal edilse dahi bu kişiler için AİHS kapsamında herhangi bir sorumluluk doğmayacaktır. Çünkü Sözleşme'nin ihlali ile devlet gücünün kullanılması arasında bir bağlantı kurulabilmesi gerekir. Ancak yetkili kamu makam ya da otoritelerinin yerine getirmeleri gereken yükümlülükleri yapmaktan imtina etmeleri ya da ihmalleri yoluyla yol açtıkları ihlallerden, devlet sorumlu tutulabilir³³²⁴. Örneğin, bir kişinin diğer bir kişinin özel hayatına ilişkin resimlerini sosyal medyayı kullanarak kamuoyuna ifşa etmesinden doğrudan devlet sorumlu değildir. Fakat bu ihlalin yargıya taşınması durumunda ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik herhangi bir tedbir alınmamasından ya da ihlalin yaptırımı bağlanmamasından ötürü devletin sorumluluğu söz konusu olabilir³³²⁵. Böyle bir durumda Türkiye'nin sorumluluğu ya mevzuatının ya da uygulamasının AİHS'e aykırı olması sebebiyle doğmaktadır.

Mahkeme tarafından 8. maddeye ilişkin ihlalin olmadığı tespit edildiğinde ise, başvuru devlet ya da bireyin durumu kabullenme dışında herhangi bir pozitif yükümlülüğü bulunmamaktadır. Başvurucular sadece aynı konu ve kapsamda Mahkeme'ye başvuruda bulunamayacaklardır³³²⁶.

Mahkeme kararlarında Türkiye aleyhine 8. maddeye ilişkin ihlal tespit edildiğinde ise bu tespit taraf bir devlet olarak; ihlalin durdurulması, ihlalin sonuçlarının giderilmesi ve ihlalin tekrarlanmasının önlenmesi³³²⁷ yükümlülüklerini doğurmaktadır.

Sözleşme'nin 46. maddesinin ikinci fıkrasına göre Mahkeme'nin nihai kararlarının yerine getirilmesini denetleme yetkisi Avrupa Konseyi'nin Bakanlar

³³²⁴ Aybay, s. 241.

³³²⁵ Bir başka örnek olarak; bir kişinin özel hukuk ilişkisinden doğan borcunu ödememesinden, taraf devlet sorumlu değildir. Ancak borcunun, böyle bir borcu yerine getirmemesi yüzünden hapisle cezalandırılması halinde, Ek 4. Protokol'a taraf olan bir devletin sorumluluğu söz konusu olur; çünkü bu Protokol'ün ilk maddesinde, borç yüzünden hapis cezası verilmesini yasaklamıştır. (Aybay, s. 241).

³³²⁶ Kılınç, s. 229.

³³²⁷ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 196; Surlu, s. 637; Özdek, s. 75; Şenol, AİHS, 269; Gözlügöl, s. 516; Memiş, s.166.

Komitesi'ne³³²⁸ verilmiştir³³²⁹. Taraf devletlerin Mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğünü yerine getirmediklerinde taraf devlete uygulanabilecek herhangi bir yaptırım Sözleşme'de öngörülmemiştir³³³⁰. İnsan haklarına saygı yükümlülüğünü ihlal eden taraf devlete karşı tek ağır yaptırım, Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8. maddesi uyarınca Konsey üyesi bir devletin Konsey'deki temsil haklarının askıya alınması ya da Konsey'den çıkarılmasıdır³³³¹. Fakat bugüne kadar bu yaptırım ne Türkiye'ye ne de başka bir devlete uygulanmamıştır³³³².

Taraf devletlerin AİHM'in ihlal kararlarına uyma yükümlülüğü mutlak olmasına karşın bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde ülkelerin insan haklarını koruma konusundaki tutum ve duyarlılıkları farklılık göstermektedir. Örneğin, Ataman Grubu/Türkiye kararlarının³³³³ uygulanmasına ilişkin AİHM kararlarını izleme raporlarına bakıldığında genel olarak ihlal ile ilgili bireysel önlemlerin alındığı fakat genel önlemlerin alınmadığı görülmektedir³³³⁴. De Becker davasında Sözleşme'ye aykırı olduğu tespit edilen kanun Belçika Parlamentosu tarafından ortadan kaldırılmış ve taraflar dostça çözümde anlaşılmışlardır. Bunun üzerine AİHM davayı gündeminden çıkarmıştır³³³⁵. Marckx ve Inze davalarında evlilik içi çocuğa evlilik dışı çocuğa oranla daha fazla miras verilmesinin AİHM'e aykırı olduğu tespit

³³²⁸ Bakanlar Komitesi Avrupa Konseyi üyesi 47 devletin diplomatlarından oluşan ve İnsan Hakları Kararlarının İcrası Sekreterliği (Secrétariat for the Execution of the Judgements) tarafından desteklenen hükümetler-arası bir eş denetim mekanizmasıdır. (Çalı/Bruch, s. 6).

³³²⁹ Doğru, İç Hukuklara Etki, s.195; Aybay, s. 239; Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 34; Özdek, s. 73; Kılınç, s. 230;

³³³⁰ Özdek, s. 74; Kılınç, s. 230.

³³³¹ Aybay, s. 243; Özdek, s. 74.

³³³² Yunanistan askeri darbe sonrası, hakkında yaptırım uygulanması olasılığı karşısında 31 Aralık 1970'te üyelikten çekilmiş; askeri yönetimin sona ermesinden sonra 28 Kasım 1974'te üyeliğe yeniden kabul edilmiştir. (Aybay, s. 243).

³³³³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nde "Ataman Grubu Davaları" olarak adlandırılan AİHS ihlal kararları barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlalleri ve göstericilere uygulanan orantısız güç sebebiyle başvuru sahiplerinin kötü muameleye tabi tutulmalarına ilişkindir. Bu davalar AİHS'in 3., 11., ve 13. maddelerinin ihlallerine ilişkindir. Ataman Grubunda Kasım 2014 itibarı ile kırk beş kesinleşmiş dava bulunmaktadır. İlgili davaların künyesi için bkz. ([https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/OJ/DH\(2014\)1208&Language=lanFrench&Ver=p_r_el0001&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/OJ/DH(2014)1208&Language=lanFrench&Ver=p_r_el0001&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864), E. T. 29.10.2015); Ayrıca bkz. Çalı, Başak; Toplantı ve Barışçıl Gösteri Özgürlüğü Ataman/Türkiye Kararlarının Uygulanması, (Başvuru No 74552/01, 5 Aralık 2006) İzleme Raporu, İnsan Hakları Ortak Platformu-Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, 2014.

³³³⁴ Çalı, s. 14 vd.

³³³⁵ De Becker/Begium, App. No. 214/56, 7 March 1962, par. 10-17.

edildikten sonra ilgili devletler tarafından AİHM kararına uygun kanuni düzenleme yapılmıştır³³³⁶.

AİHS ile öngörülen denetim sistemi, kamusal uluslararası hukukun genel ilkeleri yoluyla sağlanacak denetime kıyasla çok daha güçlü ve efektiftir. Bu nitelikler kamusal uluslararası hukukun genel nitelikteki yükümlülüklerini geri planda bırakmaktadır. Çünkü AİHM ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi aracılığıyla uygulanabilecek yaptırımlar, çok daha doğrudan nitelikli ve etkilidir³³³⁷.

2. İhlalin Durdurulması, Sonuçlarının Giderilmesi ve Tekrarının Önlenmesine Yönelik Yükümlülükleri

AİHM kararlarında, ihlalden sorumlu devletin, ihlale son verilmesi ve durumun mümkün olduğunca ihlal öncesi şekline kavuşturacak şekilde onarılması (*restitutio in integrum-eski hale iade*)³³³⁸ konusunda yasal yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir³³³⁹.

Mahkeme kararlarından doğan yükümlülükler sonuç yükümlülüğüdür³³⁴⁰. Bu sebeple Türkiye bu yükümlülükleri yerine getirme doğrultusunda alınacak tedbirleri seçme serbestisine sahiptir³³⁴¹. Ancak, istisnai olarak, Türkiye'nin 46. madde çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmesine yardımcı olmak amacıyla, AİHM, varlığını tespit ettiği sistemik bir duruma son vermek için

³³³⁶ Inze/Austria, App. No. 8695/79, 28 October 1987; Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 May 1979.

³³³⁷ Aybay, s. 239.

³³³⁸ “Restitutio in integrum” ilkesinin kaynağı 13 Eylül 1928 tarihli Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın Permanent Court of International Justice Factory at Chorzów davasıdır. AİHM kararlarına göre “restitutio in integrum” ilkesi uluslararası hukuk ihlallerinin telafisini etkileyen birincil çare olarak kabul edilir. Bu ilke, uluslararası içtihat hukuku ve uygulama tarafından kabul edilmiştir. (Concurring Opinion of Judge Rozakis, Spielmann, Ziemele ve Lazarovva Trajkovska, Salduz/Turkey, App. No. 36391/02, 27 November 2008).

³³³⁹ Papamichalopoulos and the others/Greece, App. No. 14556/89, 31 October 1995, par. 34; Menteş and the others/Turkey, App. No. 58/1996/677/867 24 July 1998, par. 24; Akdivar and the Others/Turkey, App. No. 99/1995/605/693, 1 April 1998, par. 47; Scozzari and Giunta/Italy, App. No. 39221/98 and 41963/98, 13 July 2000, par. 249; Assanidze/Gürcistan, App. No. 71503/01, 8 April 2004, par. 198; Brumărescu/Romania, App. No. 28342/95, 23 January 2001, par. 19; Maestri/Italy, App. No. 39748/98, 17.02.2004, par. 47; Selçuk and Asker/Turkey, App. No. 12/1997/796/998-999, 24 April 1998, par. 125. Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 196, dp. 6; Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 35; Şahbaz, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 588.

³³⁴⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 134; Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 35; Hacıoğlu, s. 201; Kılınç, s. 231.

³³⁴¹ Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 34 ve 37; Erdem/Korkmaz, s. 192; Şahbaz, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 581; Yıldırım, s. 299; Hacıoğlu, s. 94; Batum, AİHS, s. 133.

alınabilecek tedbir türünü önerebilir fakat bu bir talimat verme yetkisi değildir. Bu durumlarda, çeşitli seçenekler belirtebilir ancak tedbirin seçimini ve uygulanmasını nihai olarak Türkiye'nin takdirine bırakır³³⁴². Durumun eski hale iadesinin mümkün olmadığı zaman da Türkiye Mahkeme'nin kararıyla bağdaşan araçları seçmekte serbest olmakla birlikte Mahkeme araçların seçiminde ulusal otoritelere talimat veremez ya da açıklayıcı beyanda bulunamaz³³⁴³. Çünkü AİHM kararlarının sadece bildirici (açıklayıcı) bir etkisi vardır³³⁴⁴. Nitekim AİHM'nin Papamichalopoulos/Yunanistan kararında taraf devletlerin ihlal kararının gereklerini yerine getirme hususunda araçların seçiminde kural olarak serbest olmakla birlikte, bu durumun ihlal kararlarının içeriğine uygun düşmeyen tedbirlere başvurulabileceği anlamına gelmediğine işaret edilmiştir³³⁴⁵.

Ancak Mahkeme'nin son yıllardaki içtihatlarına bakıldığında ihlalin niteliğine göre alınması gerekli tedbirlerin sınırlı olduğu ve ihlalin başka türlü sona erdirilmesinin mümkün olmadığı hallerde hangi tedbirlerin alınması gerektiğini de açıklamaktadır³³⁴⁶. Örneğin; yerel mahkeme kararı ile beraat etmesine rağmen cezaevinde tutulan bir başvuru ile ilgili olarak AİHM 2004 yılında Assanidze/Gürcistan kararında ihlalin ortadan kaldırılması için gereken tedbirler konusunda gerçek bir seçme hakkının olmadığı ve seçilen aracın Mahkeme kararında belirtilen sonuçlar ile uyumlu olduğu sürece kullanılabileceği vurgulanmış³³⁴⁷ ve davalı devletin mümkün olan en kısa zamanda başvuru serbest bırakması gerektiği ifade edilmiştir³³⁴⁸.

AİHM'in ihlal başvurusu sonucunda verdiği kararlar incelendiğinde, insan haklarını ihlal ettiği tespit edilen Türkiye için üç farklı yükümlülüğün söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Bu yükümlülükler; aleyhine tazminata hükmedilmişse bu miktarın ödenmesi, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için bireysel

³³⁴² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 138; Bkz. Broniowski/Poland, App. No. 31443/96, 22 June 2004, par. 194.

³³⁴³ Menteş and the others/Turkey, App. No. 58/1996/677/867 24 July 1998, par. 24.

³³⁴⁴ Batur, AİHS, s. 133.

³³⁴⁵ Papamichalopoulos and the others/Greece, App. No. 14556/89, 31 October 1995, par. 34.

³³⁴⁶ Kılınç, s. 231.

³³⁴⁷ Assanidze/Georgia, App. No. 71503/01, 8 April 2004, par. 202.; Brumărescu/Romania App. No. 28342/95, 23 January 2001, par. 20; Akdivar and the Others/Turkey, App. No. 99/1995/605/693, 1 April 1998, par. 47; Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979, par. 58.

³³⁴⁸ Assanidze/Georgia, App. No. 71503/01, 8 April 2004, par. 203.

tedbirlerin alınması ve aynı konuda yeni ihlalleri önlemek için genel nitelikte tedbirlerin alınmasıdır³³⁴⁹.

AİHM'e yapılan başvurularda devletin hangi pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini saptamak, sonraki benzer olaylarda söz konusu olabilecek ihlalleri tespit etmek ve önlemek bakımından önem arz etmektedir³³⁵⁰. Çünkü devletin pozitif yükümlülükleri, ancak haklara yapılan müdahalelere göre tespit edilebilir³³⁵¹. AİHM tarafından 8. maddeyi ihlal ettiği tespit edilen devlet genel olarak ihlalin durdurulması, ihlal sonuçlarının giderilmesi ve ihlalin önlenmesi yükümlülüğü altına girer. Devlet bu yükümlülüklerini AİHM kararının gerekçesini de göz önünde tutarak bireysel ya da genel önlemler almak suretiyle yerine getirmek zorundadır³³⁵². Bu doğrultuda Türkiye tarafından alınması gereken bireysel ve genel tedbirler Sözleşme'de açıkça belirtilmemiş olup, bu tedbirlere Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 1. ve 46. maddesinin yorumlanmasıyla ulaşılmış ve Bakanlar Komitesi kararları ve uygulamalarıyla bu tedbirler sistematik hale gelmiştir³³⁵³. Belirtmek gerekir ki, AİHM'in bir kararı, tek başına bir amaç değildir, sadece değişimin göstergesidir. Bu karar hakların ve özgürlüklerin etkin hale getirilmesini sağlayacak bir sürecin başlangıç noktasıdır. Bu sebeple de 41. ve 46. madde uygulamaları Mahkeme içtihatlarında bazı değişimlere sebep olmuş ve Mahkeme'nin gerekli tedbirleri belirlemekteki rolü bireysel tedbirlerden genel tedbirlere doğru genişlemiştir³³⁵⁴.

AİHM özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin bir kanunun, idari işlem yahut eylemin Sözleşme'ye aykırılık doğurduğuna hükmetmişse bunu düzeltmekle yükümlü olanlar ulusal makam ya da organlarıdır. Bu durumda kararın iç hukuktaki ilk sonucu ulusal makamların bu kararın uygulanmasını sağlama yükümlülüğüdür³³⁵⁵. Fakat ihlal tespit edildiğinde bu ihlalin muhatabı Türkiye'nin herhangi bir makamı yahut organı değil, doğrudan devletin kendisidir. AİHM'e göre önemli olan ihlalin tekrarını önleyecek tedbirlerin kısa zamanda alınmasıdır. Bu

³³⁴⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 141; Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 196; Hacıoğlu, s. 101; Özdek, s. 74; Şenol, s. 269.

³³⁵⁰ Gölcüklü, Pozitif Yüküm, s. 3.

³³⁵¹ Metin, s. 196.

³³⁵² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 141; Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 196; Gözlügöl, s. 516; Kılınç, s. 245.

³³⁵³ Kılınç, s. 245.

³³⁵⁴ Tulkens, s. 18.

³³⁵⁵ Batum, AİHS, s. 133.

sebeple de ihlali önleyecek ya da giderecek organ önem arz etmemektedir³³⁵⁶. AİHM'e göre esas olan devletin tüm organlarıyla uluslararası sorumluluğudur. Bu sebeple de ihlalden hangi organın sorumlu olduğunu belirtmekten kaçınılmaktadır³³⁵⁷. Nihayetinde ihlali gidermek ya da önlemek konusunda hangi organ muhatap olursa olsun, genel anlamda devletin yükümlülüğü bakîdir.

a. Bireysel Tedbir Alma Yükümlülüğü

AİHM kararlarına uyma yükümlülüğü, ihlalin sona erdirilmesi ve ihlallerin tekrarının önlenmesi için iç hukukta mevzuat değişikliği ya da düzenlemesi yapılması yahut içtihat değişikliğine gidilmesi gibi genel önlemlerin yanı sıra başvuru açısından ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması ya da onarılmasını sağlayan bireysel önlemlerin de alınmasını gerektirmektedir³³⁵⁸. Bu bağlamda bireysel tedbir, Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüğü ihlal edildiği tespit edilen başvurucu açısından ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması ya da onarılmasını sağlayan bireysel önlemlerin de alınmasını gerektirmektedir³³⁵⁹. Örneğin, taraf devletlerin yabancı aile üyelerinden birinin sınır dışı edilmesi sonucu AİHM tarafından aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilen³³⁶⁰ başvurucu için öngörülen sınır dışı etme kararının geri alınması taraf devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde 8. maddenin korunmasını sağlamaya yönelik olarak aldığı³³⁶¹ bireysel tedbire örnektir.

Bireysel tedbirler AİHM kararlarından doğan yükümlülükler arasında en çok sorun çıkartan konudur. Çünkü bu tedbirler başvurunun durumu ve ihlalin özelliği dikkate alınarak belirlendiğinden her olayda başvuru açısından farklı bir muamele yapılması istenebilmektedir³³⁶². Örneğin AİHM tarafından ihlal kararı verildikten

³³⁵⁶ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 197.

³³⁵⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 135; Young, James and Webster/United Kingdom, App. No. 7601/76; 7806/77, 13 August 1981, par. 49; Foti/Italy, App. No. 7604/76; 7719/76; 7781/77; 7913/77, 10 December 1982, par. 63.

³³⁵⁸ Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 37; Kılınç, s. 252.

³³⁵⁹ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 198; Gözlügöl, s. 516; Kılınç, s. 252.

³³⁶⁰ Abdülaziz, Cabales and Rees/United Kingdom, App. No. 9532/81, 17 October 1986; Gül/Switzerland, App. No. 23218/94, 19 February 1996; Ahmut/Netherlands, App. No. 21702/93, 28 November 1996.

³³⁶¹ Sherlock, s. 75.

³³⁶² Kılınç, s. 252.

sonra yargılamanın yenilenmesi yolu bulunmayan bir devlette istenebilecek tek tedbir adli sicil kaydının silinmesi ya da yasaklanmış hakların geri verilmesidir³³⁶³.

Bireysel tedbirler; yeniden inceleme, yargılamanın yenilenmesi, adli sicil kaydının silinmesi gibi farklı şekillerde olabilir. Aslında tazminat ödenmesi de bireysel tedbirdir fakat konu önemi nedeniyle Sözleşme’de ve Bakanlar Komitesi kurallarında diğer bireysel tedbirlerden ayrı tutulmuştur³³⁶⁴. Yine de tazminatın ödenmesi niteliği gereği bireysel tedbir olduğundan biz çalışmamızda bu başlık altında incelemeyi uygun görmüş bulunuyoruz.

(1) Tazminat Ödenmesi

AIHM’in kararlarının infaz edilebilmesi için sorumlu devletin alması gereken tedbirler içerisinde AIHS’te açıkça belirtilen sadece tazminat ödenmesidir³³⁶⁵. AIHM’in devletlere pozitif yükümlülük dayatması da Strasbourg sistemi tarafından sağlanan tazminat sisteminin etkililiği sorunu ile doğrudan ilişkilidir³³⁶⁶. Nitekim devletlere yüklenen pozitif yükümlülüklerle riayet edilmemesi sonucu uygulanan tazminat yaptırımının etkili ve caydırıcı olması devletleri yükümlülüklerle uymaya yöneltmektedir.

Devletin AIHM kararlarının uygulanmasında hareket serbestisine sahip olmasının tek istisnası Mahkeme’nin AIHS’in 41. maddesi uyarınca³³⁶⁷ verdiği adil

³³⁶³ Kılınç, s. 252, dp. 21.

³³⁶⁴ Kılınç, s. 252.

³³⁶⁵ Kılınç, s. 246.

³³⁶⁶ Leach, s. 126.

³³⁶⁷ AIHS madde 41-“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf’ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

bir karşılığın ödenmesi kararıdır³³⁶⁸. Bu adil tazmin, maddi³³⁶⁹, manevi tazminat³³⁷⁰, ücret ve masrafları³³⁷¹ kapsamaktadır³³⁷². AİHM'in bu bağlamda verdiği tazminat kararı kurucu nitelikte bir karardır ve niteliği gereği devletin bu kararın aynen

³³⁶⁸ Yıldırım, s. 299.

³³⁶⁹ AİHM İçtüzüğü'nün 32. maddesi uyarınca 28 Mart 2007 tarihinde yayınlanan uygulama yönergesine göre; "adil tazmin, Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca maddi zarar, manevi zarar, ücret ve masraflara ilişkin olabilir. Uygulama yönergesine göre maddi zarara ilişkin ilke şudur: başvuran mümkün olduğunca, tespit edilen ihlalin gerçekleşmemesi durumunda içinde bulunacağı duruma, diğer deyişle eski hale iade (restitutio in integrum) durumuna getirilmelidir. Bu, hem gerçekte uğranılan kaybı (damnum emergens/fiili zarar) hem de gerçekleşmesi beklenen kazanç azalmalarını veya kayıplarını (lucrum cessans / kaçırılan kazanç, kar mahrumiyeti) kapsar. Maddi zararın, iddia edilen ihlal ya da ihlallerden kaynaklandığını göstermek başvurana düşer. Başvuran mümkün olduğunca, sadece zararın varlığını değil, zararın miktarını ya da değerini de kanıtlayacak ilgili belgeler sunmalıdır.

Normal olarak Mahkeme'nin hükmettiği miktar, hesaplanan zararın tamamını yansıtacaktır. Ancak, gerçek zarar kesin bir şekilde hesaplanamazsa, Mahkeme önündeki olaylar temelinde bir tahminde bulunacaktır. Yukarıda 2. fıkra da işaret edildiği gibi, Mahkeme'nin hakkaniyet temelinde belirlenen kayıp miktarının tamamından daha az bir tazminata hükmetmesi de mümkündür." (http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_TUR.pdf, E.T. 15.08.2017).

³³⁷⁰ AİHM İçtüzüğü'nün 32. maddesi uyarınca 28 Mart 2007 tarihinde yayınlanan uygulama yönergesine göre; "Mahkeme'nin manevi zarara ilişkin hükmü, ruhsal veya fiziksel acılar gibi maddi olmayan zararlar için parasal karşılık sağlanmasını amaçlar.

Manevi zarar, niteliği gereği, kesin olarak hesaplanmaya elverişli değildir. Eğer böyle bir zararın varlığı tespit edilmiş ve Mahkeme de bir para ödenmesinin gerekli olduğuna kanaat getirmiş ise, kendi içtihatlarında ortaya koyduğu standartları dikkate alarak hakkaniyet temelinde bir değerlendirme yapacaktır.

Manevi zararların tazmin edilmesini isteyen başvuranlar, kendilerince hakkaniyetli olduğunu düşündükleri bir meblağı belirtmeye davet edilirler. Birden fazla ihlalin mağduru olduklarını düşünen başvuranlar, iddia edilen bütün ihlalleri kapsayacak tek bir toplam miktar ya da her bir ihlal için ayrı bir miktar talep edebilirler." (http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_TUR.pdf, E.T. 15.08.2017).

³³⁷¹ AİHM İçtüzüğü'nün 32. maddesi uyarınca 28 Mart 2007 tarihinde yayınlanan uygulama yönergesine göre, "Mahkeme, başvuranın ihlalin meydana gelmesini önlemek veya meydana gelmiş ihlalin giderilmesini sağlamak için önce iç hukukta ve sonra da Mahkeme önündeki yargılama sırasında ödediği ücretlerin ve masrafların başvurana geri ödenmesine karar verebilir. Bu ücretler ve masraflar, tipik olarak avukatlık ücretlerini, mahkeme harçlarını ve benzerlerini kapsayacaktır. Özellikle Mahkeme önündeki bir duruşmaya katılma nedeniyle yapılan seyahat ve harcırah masrafları da buna dâhildir.

Mahkeme tespit edilen ihlallerle bağlantılı olduğu sürece, ücret ve masraf taleplerini kabul edecektir. Taleplerin, ihlalin tespit edilmesine yol açmamış ya da kabul edilemez bulunmuş şikâyetlere ilişkin olması durumunda, bunları reddedecektir. Bu şekilde olduğu durumda, başvuranlar belirli şikâyetler için ayrı kalemler altında talepte bulunmak isteyebilirler.

Ücretler ve masraflar gerçekten yapılmış olmalıdır. Diğer deyişle başvuran, kanuna ya da sözleşmeye dayanan bir yükümlülük uyarınca bunları ödemiş veya ödeme taahhüdünde bulunmuş olmalıdır. İç hukuk mercileri ya da Avrupa Konseyi tarafından hukuki yardım olarak yapılmış ya da yapılacak bir ödeme hükmedilen miktardan düşülecektir.

Ücretler ve masraflar, gerekli olduğu için ödenmiş olmalıdır. Yani bunların, ihlali önlemek ya da ihlalden dolayı giderim elde etmek yapılması kaçınılmaz hale gelmiş olmalıdır.

Miktar bakımından makul olmalıdırlar. Mahkeme bunların aşırı olduğunu tespit ederse, kendi değerlendirmesine göre makul gördüğü bir miktara hükmedecektir.

Mahkeme, ayrıntılı fatura ve makbuz şeklinde kanıt istemektedir. Bu kanıtlar, Mahkeme'nin yukarıdaki koşullara ne dereceye kadar uyulduğunu belirlemesine olanak verecek şekilde yeterince ayrıntılı olmalıdır." (http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_TUR.pdf, E.T. 15.08.2017).

³³⁷² Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 199; Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 39.

uygulanmasını sağlamak dışında bir takdir marjı bulunmamaktadır³³⁷³. Yani bu karar AİHM'in verdiği kararların bildirici niteliğinin istisnalarından birisidir³³⁷⁴.

Adli tazminatın şartlarından biri taleptir³³⁷⁵. Ayrıca Mahkeme 8. maddeye yönelik her ihlal iddiasına karşılık tazminata hükmetmek zorunda değildir³³⁷⁶. Örneğin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlali konusunda olayın hiçbir zarara yol açmadığı ya da ihlalin sonuçlarının giderilebilir nitelikte olduğuna karar verdiğinde Mahkeme başka bireysel ya da genel önlemlerin alınmasına hükmedebilir³³⁷⁷. Önemli olan yeterli giderim yöntemleri öngörmesi ve uygulamasıdır³³⁷⁸. Mahkeme tazminata sadece somut olayın şartları içinde adil olduğunu düşündüğü zaman hükmedecektir.

Mali konulardaki hüküm fıkralarının davalı devletin başvurucuya ödeme yapması ve bu ödemeyi yaptığına dair dekontu Bakanlar Komitesi'ne iletilmesiyle gereği yapılmış olur³³⁷⁹. Ancak Bakanlar Komitesi toplantıları 2 ayda bir yapıldığı için, tazminatların ödenip ödenmediğinin kontrolü Kararların İnfaz Birimi tarafından yürütülmektedir³³⁸⁰.

Mahkeme'nin adli tazmin konusundaki hükümlerinin gereğinin yapılması genellikle süresi içinde yerine getirilmektedir³³⁸¹. Fakat AİHM'in kararlarında tazminatın ne kadar süre içinde ödenmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. AİHM, 1991 yılında Moreira de Azevedo/Portekiz kararıyla

³³⁷³ Gözlügöl, s. 532.

³³⁷⁴ Kılınç, s. 246.

³³⁷⁵ AİHS İçtüzüğü'nün 60. maddesi "(1)Mahkeme'nin, başvuranın Sözleşme'de yer alan haklarının ihlal edildiğini tespit etmesi halinde, Sözleşme'nin 41. Maddesi uyarınca adil tazminat talep eden başvuran, bu yönde özel bir talepte bulunmalıdır. (2) Başvuran, Daire Başkanı aksine karar vermedikçe, esas bakımından görüşlerini sunması için verilen zaman süresi içerisinde, destekleyici belgelerle birlikte bütün taleplerini başlıklar altında ayrıntılı olarak sunmak zorundadır. (3) Başvuranın yukarıdaki fıkralardaki şartlara uymaması halinde, Daire, talepleri bütünüyle veya kısmen reddedebilir. (4) Başvuranın talepleri, hakkında görüş bildirmesi için davalı Sözleşmeci Tarafa iletilir." (http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/uluslararası_belgeleri/ictuzuk.pdf, E. T. 15.08.2017).

³³⁷⁶ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 385.

³³⁷⁷ Kılınç, s. 246.

³³⁷⁸ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 385. Bu yönde bkz. Kahn/Germany, App. No. 16313/10, 17 March 2016.

³³⁷⁹ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 199.

³³⁸⁰ Kılınç, s. 251.

³³⁸¹ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 199.

birlikte hükmedilen tazminatların ve mahkeme masraflarının kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde ödenmesi gerektiğini belirtmiştir³³⁸².

Belirtmek gerekir ki 41. maddenin uygulanmış olması dolayısıyla tazminat kararının alınması, davalı devletin 46. maddeden kaynaklanan yükümlülüklerinin tümüyle ortadan kalkmasına yol açmaz³³⁸³. Bu doğrultuda ihlali sona erdirmek ve sonuçlarını gidermek üzere iç hukuk düzeninde genel ya da gerektiğinde bireysel tedbirler alması konusunda hukuki yükümlülüğü bulunmaktadır³³⁸⁴. Dolayısıyla AİHS'in 8. maddesinin ihlali sonucunda tazminat ödeme yükümlülüğünü yerine getiren devlet sadece bu tazminatı ödeyerek diğer sorumluluklarından kurtulamaz. Özellikle aynı yasa hükmü ya da uygulama sebebiyle 8. maddenin sıkça ihlal edildiği yönünde kararlar alınıyorsa taraf devlet bu durumda sadece bireysel tedbir almakla kalmamalı, genel tedbirlere de başvurmalıdır.

(2) Yeniden İnceleme ve Yargılamanın Yenilenmesi

(i) Genel Olarak

Yargılamanın yenilenmesi³³⁸⁵, kesinleşmiş hatalı yargı kararlarını ortadan kaldırmaya yönelik olağanüstü bir kanun yoludur³³⁸⁶. Yargılamanın yenilenmesi yoluyla Sözleşme'ye aykırılığı AİHM tarafından tespit edilmiş olan ulusal bir yargı kararının ulusal yargı organı tarafından Sözleşme'ye uygun hale getirilmesi imkanı doğar³³⁸⁷. Yargılamanın yenilenmesi kurumuyla AİHM kararlarının etkinliği daha da arttırılmakta, bu durum insan haklarının korunması bakımından önem arz etmektedir. Bu sebeple, AİHS'e taraf birçok devlet, yargı kararları nedeniyle oluşan ihlal durumunu bertaraf etmek için, AİHM'in kesinleşmiş ihlal kararlarını, iç hukuk

³³⁸² Mahkeme'nin tazminata ilişkin karar vermesinden sonra, üç ay içinde tarafların Büyük Daire'ye başvurabilecekleri düşünülerek, kararın kesinleşmesi için üç ay beklenmektedir. (Kılınç, s. 249).

³³⁸³ Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 42.

³³⁸⁴ Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 34 vd.

³³⁸⁵ Yargılamanın yenilenmesi kurumu eski dilde 'iade-i muhakeme' yolu olarak adlandırılmıştır. (Döner/Köküarı, s. 664; Surlu, s. 656).

³³⁸⁶ Erdem/Korkmaz, s. 199; Döner/Köküarı, s. 665; Şahbaz, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 581; Bakım, s. 920.

³³⁸⁷ Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 231.

sistemleri açısından yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul etmişlerdir³³⁸⁸. Nitekim bireysel tedbirler arasında en çok başvuru ve bu sebeple bireysel tedbirlerin en önemlisi iç hukukta yargılamanın yenilenmesidir³³⁸⁹.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 19 Ocak 2000 tarihinde kabul ettiği Rec (2000) 2 sayılı tavsiye kararında³³⁹⁰ AİHM tarafından ihlal kararı verildiğinde (bu kararın kesinleşmiş olması gerekmekte)³³⁹¹, yeniden inceleme (re-examination of the case) ve yargılamanın yenilenmesinin (reopening of the proceedings) hangi şartlarda söz konusu olabileceği açıklanmıştır. Bunlar;

i. Mağdur taraf, ulusal hukukta verilen kararın sonucunda, tazminatla yeterince giderilememiş yeniden yargılama ya da yeniden inceleme dışında düzeltilemeyecek olan çok ciddi olumsuz sonuçlara katlanmaya devam etmesi ve,

ii. AİHM'in kararında şu sonuca ulaşılması gerekir:

a. İhtilaf konusu ulusal kararın Sözleşme'nin esasına aykırı olması ya da

b. İhlale sebep olan ağır usul hataları ya da eksikliklerinin ulusal prosedürün sonucundan ciddi şüphe duyulmasına neden olması³³⁹².

Görüldüğü üzere; Bakanlar Komitesi tarafından yeniden yargılamanın istenebilmesi için yeniden yargılama dışında başka bir yolla düzeltilmesi mümkün olmayan ciddi olumsuz sonuçlarının etkisinin sürmesi gerekmektedir. Bununla birlikte ihlale neden olan ulusal yargı kararının ya Sözleşme'ye aykırı olması ya da ağır usul hata ya da eksiklikleri içermesi gerekmektedir³³⁹³.

Sözleşme'ye aykırı ulusal yargı kararları nedeniyle iç hukukta yeniden yargılama yapılmasına örnek olarak Open Door ve Dublin Well Woman/İrlanda³³⁹⁴

³³⁸⁸ Şahbaz, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 582; Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 231; Döner/Köküsarı, s. 673.

³³⁸⁹ Kılınç, s. 252.

³³⁹⁰ Recommendation (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgements of the European Court of Human Rights; (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original>), E. T. 03.08.2017).

³³⁹¹ AİHS madde 44-“(1)Büyük Daire'nin kararı kesindir. (2) Bir Daire'nin kararı aşağıdaki durumlarda kesinleşir: a) Taraflar davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini istemediklerini beyan ederlerse, veya b) Karardan itibaren üç ay içinde davanın Büyük Daire'ye gönderilmesi istenmezse, veya c) Büyük Daire bünyesinde oluşturulan kurul 43. madde çerçevesinde sunulan istemi reddederse. 3. Kesin karar yayınlanır.

³³⁹² (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original>), E. T. 03.08.2017).

³³⁹³ Kılınç, s. 254.

³³⁹⁴ Open Door ve Dublin Well Woman/Ireland, App. No. 14234/88; 14235/88, 29 October 1992.

kararı verilebilir. Bu davada, başvuruçuların İrlanda’da yasak olan kürtağı yurt dışında yaptırmak isteyen kadınlara danışmanlık hizmeti verilmesini, İrlanda Yüksek Mahkemesi kararıyla yasaklamıştır. AİHM ise, bu kararı ifade özgürlüğüne aykırı bulmuştur³³⁹⁵. Mahkeme’nin bu kararından sonra İrlanda Yüksek Mahkemesi, daha önce vermiş olduğı kararı kaldırmıştır³³⁹⁶. Sonrasında İrlanda hükümeti ihlalin tekrar yaşanmaması için 1992 yılında, İrlanda Anayasası’nda Ondördüncü Değişiklik yapılarak Anayasa’nın 40. maddesi 3. fıkrası değiştirilmiştir, İrlanda Hükümeti aldığı önlemler ile, AİHM tarafından tespit edilen ihlalin tekrarını önleme ve tam uyumu sağlayamaydı düşünmektedir.³³⁹⁷

Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin birçoğı iç hukuklarında AİHM’in ihlal kararları nedeniyle yargılamanın yenilenmesi yolunu tanımışlardır³³⁹⁸. Almanya, İsviçre, Fransa, Hollanda, Yunanistan, Avusturya, Polonya, Macaristan, Belçika, Bulgaristan, Hırvatistan, Letonya, Slovenya³³⁹⁹, Litvanya, Luxembourg, Malta, Moldova, Slovakya ve Türkiye AİHM kararları nedeniyle yargılamanın yenilenmesine imkan veren düzenlemeler yapmışlardır³⁴⁰⁰.

(ii) Türkiye’de Yargılamanın Yenilenmesi

Türk Hukukunda 4771³⁴⁰¹, 4793³⁴⁰² ve 4928³⁴⁰³ sayılı kanunların yürürlüğe girmesinden önce, AİHM tarafından, kesinleşmiş bir mahkeme kararının Sözleşme’nin ihlalini oluşturduğunun tespit edilmiş olmasının, yargılamanın yenilenmesi nedeni oluşturmayacağı kabul edilmekteydi³⁴⁰⁴. İlk olarak 4771 Sayılı

³³⁹⁵ Open Door ve Dublin Well Woman/Ireland, App. No. 14234/88; 14235/88, 29 October 1992, par. 80.

³³⁹⁶ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 204.

³³⁹⁷ Committee of Ministers, Resolution DH (96) 368, 25 July 1996.

³³⁹⁸ Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 43.

³³⁹⁹ Bulgaristan, Hırvatistan, Slovenya ve Letonya’da AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edildiğine ilişkin olarak bkz. Abdelgawad, Elisabeth Lambert; The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, Council of Europe Publishing, 2002.

³⁴⁰⁰ Şahbaz, Yargılamanın Yenilenmesi, s. ; Kılınç, s. 255; Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 44; Hacıoğlu, s. 95.

³⁴⁰¹ RG. T. 09.08.2002, S.24841.

³⁴⁰² RG. T. 04.02.2003, S. 25014.

³⁴⁰³ RG. T. 19.07.2003, S. 25173.

³⁴⁰⁴ Erdem/Korkmaz, s. 203.

Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun³⁴⁰⁵ ile AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen kesinleşmiş ihlal kararları adli³⁴⁰⁶ ve idari yargıda³⁴⁰⁷ yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden biri olarak kabul edildi³⁴⁰⁸.

³⁴⁰⁵ Anayasa Mahkemesi' ne bu kanun hakkında iptal davası açılmış ve Mahkeme iptal talebini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal kararı gerekçesi şöyledir: "Anayasa'nın Başlangıç'ının üçüncü paragrafı ile 6. maddesinde, Ulus iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Ulusa ait olduğu ve Türk Ulusunun egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle "Yargı yetkisi" başlıklı 9. maddesinde de, yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir. Eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu ön koşul olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirmek ve hukuku tüm devlet organlarına egemen kılmak, bu bağlamda etkili bir yargı denetimi sağlama yükümlülüğündeki hukuk devletinde, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen mahkemelerin bağımsızlığı, yargının yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız yapısını, hakimlerin bağımsızlığı ise onların Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerini ifade eder. Kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama yapılmasını sağlayan ve olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi sebepleri ilgili yasalarda sayılarak belirlenmiş, dava konusu düzenlemeyle de, hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararlarıyla saptanması, bu sebepler arasına eklenmiştir. Buna göre, yargılamanın yenilenmesi isteminin yasaya uygun olarak yapıldığının Yargıtay'ın ilgili genel kurullarınca saptanması halinde, dosya kararı veren mahkemeye gönderilecek, davanın tâbi olduğu usul hukuku kuralları uygulanmak suretiyle yargılamanın yenilenmesi sebebi değerlendirilip, istem uygun görüldüğünde kabul edilerek davanın esası hakkında yeni bir karar verilecektir. Yargılamanın sonucuna göre, mahkemenin önceki kararını onaylaması da bir olasılık olup, getirilen düzenlemede bunu engelleyecek bir kural yer almamaktadır. Ayrıca, davaya bakan hâkimler, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerinden, iç hukukun yargılama usulüne müdahale veya yargı yetkisinin devri ya da mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyen bir durum söz konusu değildir." AYMK, E. 2002/146 , K. 2002/20, T. 27.12.2002, (RG. T. 11.12.2003, S. 25282).

³⁴⁰⁶ Türk mahkemeleri tarafından verilen ceza hükmünün, AİHS'in veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, AİHM'in kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması, kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir davada hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenlerinden biridir. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, AİHM kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir. (CMK m. 311, 1/f). 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile, 04.02.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. (CMK. m. 311/2). Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Surlu, Mehmet Handan; "Avrupa Mahkemesi İnsan Hakları Kararlarının İcrası Bağlamında Adli Yargı Açısından Yargılamanın Yenilenmesi", İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 633 vd.

³⁴⁰⁷ İYUK. madde 53-(1/ı) (Ek: 15/7/2003-4928/6 m.) "Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi istenebilir."

³⁴⁰⁸ 4771 Sayılı Kanun madde 6-A) 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 445/A maddesi eklenmiştir. Madde 445/A-"Kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olan bir kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında, ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının

03.08.2002 tarih 4771 Sayılı Kanunla AİHM'in ihlal kararları yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlemiş olmakla birlikte, 4771 Sayılı Kanun'da AİHM'nin ihlal kararları *“ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41. maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa”* yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabiliyordu. 4793 Sayılı Kanun'da bu şartın kaldırılması yerinde olmuştur. Çünkü AİHM'in geçmişten günümüze 8. madde kapsamında verdiği ihlal kararlarında genellikle AİHS'in 41. maddesi uyarınca adil tazmine hükmetmektedir³⁴⁰⁹. Bu durumda da yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak için ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurması şartını aramak bu yolun kullanılmasını sınırlandıracak nitelikte idi.

Ayrıca 4771 Sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinde, *“Bu Kanunun 6 ve 7. maddelerinin, bu maddelerin yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanacağı”* ve ayrıca 13. maddesinde bu Kanunun 6. ve 7. maddelerinin, bu Kanunun yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe gireceği düzenlenmişti.

4771 Sayılı Kanun'un yeniden yargılamaya ilişkin hükümleri henüz yürürlüğe girmeden 2003 yılında 4793 Sayılı Kanun'da düzenlenmiştir³⁴¹⁰. Bu Kanun'la AİHM tarafından verilen ihlal kararları sebebiyle yapılacak yargılamanın yenilenmesi şartları yeniden düzenlenmiştir³⁴¹¹. Geçici 1. maddeye göre

kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.”

³⁴⁰⁹ Olsson/Sweden, App. No.10465/83, 24 March 1988; Margareta and Roger Andersson/Sweeden, App. No. 12963/87, 25 February 1992; Hokkanen/Finland, App. No. 19823/92, 23 September 1994; Paulík/Slovakia, App. No. 10699/05, 10 October 2006; Eylem Kaya/Turkey, App. No. 26623/07, 13 December 2016; G. U. /Turkey, App. No. 16143/10, 18 October 2016; Cevat Özel/Turkey, App. No. 19602/06, 7 June 2016; Şahin Kuş/Turkey, App. No. 33160/04, 7 June 2016; Karabeyoğlu/Turkey, App. No. 30083/10, 7 June 2016; R. S. /Poland, App. No. 63777/09, 21 June 2015; Bremner/Turkey, App. No. 37428/06, 13 October 2015.

³⁴¹⁰ 4793 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu yargılamanın yenilenmesi ilk olarak DEP'li dört milletvekili Sadak ve diğerleri/Türkiye kararının (Sadak and the others/Turkey, App. No. 29900/96, 29901/96, 29902/96, 29903/96, 17 July 2001) infazı sırasında mümkün olmuştur. Milletvekilleri hakkında avukatları yargılamanın yenilenmesi talebiyle başvurmuş, bu taleplerin kabul edilmesine rağmen yapılan yargılama sonunda Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi verilen mahkumiyet kararlarını değiştirmemiş, kararın temyiz incelemesinde ise Yargıtay hükümlü başvurucların tahliyesine karar vermiştir. Yar. 9. CD. E. 2004/3780, K. 2004/3879, T. 13.07.2004 (<http://www.kazanci.com>, E.T. 15.08.2017).

³⁴¹¹ 4793 Sayılı Kanun madde 1-“18.6.1927 tarihli v/e 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445 inci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki 11 inci bent eklenmiştir.

Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit

“Bu Kanunun 1 ve 3 üncü maddeleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin muhakemenin iadesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır.” Görüldüğü üzere 4793 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 4 Şubat 2003’te AİHM’de derdest olan davalarda verilecek kararlar için yeniden yargılama yolu açık değildir³⁴¹². 2577 sayılı Kanun’a eklenen geçici 5. madde de aynı yönde olmuştur³⁴¹³. Doktrinde bu düzenlemeye ilişkin olarak, kanunun yürürlüğe girdiği tarihte AİHM önünde görülmekte olan ve henüz sonuçlanmamış bulunan başvuruların ayırık tutulması, hukuk ve kanun yapma mantığına uymadığından bahisle, bu davaları kapsam dışında bırakmanın Anayasa’nın 10. maddesinde korunan eşitlik ilkesine de açıkça aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür³⁴¹⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesi, geçici 5. maddeyi bir kanun hükmünün belli koşullara bağlı olarak tüm kişilere sağladığı bir hakkın kullanımının, Anayasa’da öngörülmuş hiçbir nedene dayanmaksızın ve hukuken kabul edilebilir bir gerekçe ortaya konulmaksızın, aynı hukuksal konumda bulunan kişiler bakımından engellenmesini Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine ve hak arama özgürlüğüne yapılmış açık bir müdahale niteliğinde gördüğünden 36. maddeye aykırı bularak iptal etmiştir³⁴¹⁵.

edilmiş olması.” Madde 3-“4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 327 nci maddesine aşağıdaki 6 ncı bent eklenmiştir.

Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu halde, muhakemenin iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.”

³⁴¹² Kılınç, s. 257.

³⁴¹³ 4928 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (RG T. 19.07.2003, S. 25173) ile 2577 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

Geçici madde 5-“53 üncü maddenin (1) numaralı fıkrasının (1) bendi, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır.”

³⁴¹⁴ Erdem/Korkmaz, s. 205.

³⁴¹⁵ AYMK, E. 2009/34, K. 2010/72, T. 20.05.2010, (RG. T. 30.12.2010, S. 27801).

Son olarak yargılamanın yenilenmesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun³⁴¹⁶ 311. maddesinde düzenlenmiş³⁴¹⁷ ve 4793 sayılı Kanunla getirilen düzenleme büyük ölçüde korunmuştur. Tek fark olarak hükme, önceki hükümde olmayan "hükümün bu aykırılığa dayandığının" ibaresi eklenmiştir³⁴¹⁸. Bu bağlamda özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında AİHM tarafından verilen ihlal kararları yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir.

Bugün Türkiye, AİHM kararlarına dayalı olarak yargılamanın yenilenmesini hukuk, ceza ve idari davaların hepsi bakımından tanıyan ülkelerden birisidir³⁴¹⁹. Fakat AİHM'nin ihlal tespit eden kararının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabulünün doktrinde lehinde³⁴²⁰ ve aleyhinde görüşler³⁴²¹ de mevcuttur.

Kanımızca gerek Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olan ulusal yargı

³⁴¹⁶ RG. T. 17.12.2004, S. 25673.

³⁴¹⁷ Madde 311-“(1/f)Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir. (2) Birinci fıkranın (f) bendi hükümleri, 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile, 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır”

³⁴¹⁸ Aydın, Hüseyin; “Anayasa Mahkemesi Kararları Bağlamında AİHM İhlal Kararının, Siyasi Parti Kapatma Davalarında Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olması”, Yasama Dergisi, S. 11, 2009, s. 53.

³⁴¹⁹ AYMK, E. 2003/6 (Değişik İşler), K. 2008/4, T. 08.01.2008, (RG. T. 22.03.2008, S. 26824).

³⁴²⁰ Yargılamanın yenilenmesi yolunun lehinde olan görüşlere göre; Sözleşme'ye aykırı olan ulusal yargı organlarının kararlarının gözden geçirilerek düzeltilmesini sağlar ve böyle bir imkânın mevcut olması halinde tazminat ödemeye de gerek kalmayabilir. Çünkü birçok birey açısından yapılan haksızlığın mahkeme kararıyla tespit edilerek ilan edilmesi daha fazla değer taşır. AİHM'in uyguladığı insan haklarına ilişkin Avrupa standartlarının, taraf devletlerin yargı organları tarafından yeknesak şekilde uygulanmasına ortam hazırlayarak insan hakları hukukunun uyumlu bir şekilde gelişmesini sağlar. (Ünal, İç Hukuka Etki, s. 64; The European Convention on Human Rights: Institution of Review Proceeding at the National Level to Faciliate Compliance with Strasbourg Decisions: Study prepared by the Committee of Experts, Directorate of Human Rights, Strasbourg, January 1992, H (92), s. 7).

³⁴²¹ Yargılamanın yenilenmesi yolunun mahkeme kararlarının kesin hüküm niteliğini ortadan kaldırması sebebiyle hukuki güvenliği sarsacağı, ulusal mahkemelerde davayı kaybeden tarafları AİHM'ne şikayet konusunda cesaretlendireceği ve dolayısıyla bu organların iş yükünün artacağı, bağımsız mahkemelerin yargılamanın yenilenmesi halinde dahi, ilk kararlarındaki sonuca varabilecekleri gibi gerçeklerle bu yola karşı çıkmaktadır. Ünal, İç Hukuka Etki, s. 64; The European Convention on Human Rights : Institution of Review Proceeding at the National Level to Faciliate Compliance with Strasbourg Decisions: Study prepared by the Committee of Experts, Directorate of Human Rights, Strasbourg, January 1992, H (92), s. 7. Bunların yanı sıra Kanunumuzda böyle bir yargılamanın yenilenmesi sebebine yer verilmesinin, millet egemenliği ilkesiyle(AY. madde 6) bağdaşp bağdaşmadığı, hatta mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen Anayasa m. 138'e aykırı olup olmadığı da tartışılmıştır. Bkz. Feyzioğlu, Metin: “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 327/6. bendi uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Muhakemenin İadesi Sebebi Olması”, Hukuk Kurultayı, Ankara, 2004, s. 292.

organlarının kararlarının gözden geçirilerek düzeltilmesini sağlaması gerekse özel hayatı ve aile hayatını korumada bireylere bir yol daha öngörülmesi ve böylelikle bireylerin özel ve aile hayatlarının uygulamada korunma alanını güçlendirmesi sebebiyle AİHM'in kesin kararlarının yargılamanın sebebi olarak iç hukukumuzda kabulü yerinde olmuştur.

Yargılamanın yenilenmesi yolu yerel mahkemelerin, özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin kararlarda AİHS'e uygun yorum yöntemini kullanmalarını, AİHS'i ve bu çerçevede AİHM tarafından verilen kararları daha fazla göz önünde bulundurmaları sonucuna yol açmaktadır³⁴²². Bu bağlamda devletin yükümlüğü, gerek iç hukukunda gerekse yargı organlarının kararlarında taraf olduğu AİHS'i ve ayrıca AİHM kararlarını göz önünde bulundurmaktır.

(3) Diğer Bireysel Tedbirler

Taraf devletlerin, özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında başvurusunun durumunu iyileştirebilecek, ihlali sona erdirebilecek yargılamanın yenilenmesi dışında başka bireysel tedbirler de alması mümkündür³⁴²³. Adli sicil kaydının silinmesi, polis fişlerinin silinmesi, sınır dışı edilme kararının geri alınması, özel hayata ilişkin verilerin ortadan kaldırılması bunlardan bazılarıdır.

Bireysel tedbirler Mahkeme'nin içtihatları ve Bakanlar Komitesi'nin uygulamalarıyla zenginleşmekte fakat başvurusunun durumu ve ihlalin özelliğine göre bu tedbirler farklılaştığından hangi şartlar altında bu tedbirlerin isteneceği doğrultusunda ortak bir standart henüz oluşturulamamıştır³⁴²⁴.

Özel hayatın ve aile hayatının korunması konusunda da hakkın kapsamının genişliği sebebiyle farklı şekillerde gerçekleşen ihlaller sonucu alınması beklenen tüm bireysel tedbirlerin net şekilde belirlenmesi pek mümkün gözükmemektedir.

³⁴²² Erdem/Korkmaz, s. 209.

³⁴²³ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 205.

³⁴²⁴ Kılınç, s. 259. Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve diğerleri/Moldovya (Metropolitan Church of Bessarabia and others, App. No. 45701/99, 13 December 2001) kararı gelişen ve zenginleşen bireysel tedbir çeşitlerine ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Zira kararda bireysel tedbir olarak devlet kurumlarının tanımadığı Besarabya Metropolitan Kilisesi'nin devlet kurumları tarafından tanınması istenmiştir. (Kılınç, s. 259).

b. Genel Tedbir Alma Yükümlülüğü

AİHS yükümlülüklerinin yerine getirilmesi hukuki açıdan farklı şekillerde olabilir. Bunlar normatif değişiklik yapma, norm koyma, içtihat değişikliği yapma, idari uygulamaların Sözleşme ilkeleriyle uyumlu hale getirilmesi gibi başvuruçunun kişisel durumu ile ilgi olmayan genel nitelikli tedbirlerdir³⁴²⁵. Mahkeme'nin bir davada Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit etmesinden sonra devletin genel tedbirler almasının amacı, aynı ihlallerin tekrarının önlenmesi, devletin bir kez daha aynı konuda sorumlu tutulmasının önüne geçmektir³⁴²⁶.

AİHM tarafından ihlalin kaynağı normatif bir düzenlemeden yahut içtihattan kaynaklandığı tespit edildiğinde ihlalin önlenmesi için bu düzenlemelerin Sözleşme'ye uygun hale getirilmesi gerekmektedir. Fakat ihlal herhangi bir normdan, içtihattan ya da uygulamadan kaynaklamıyorsa Bakanlar Komitesi uygulamasındaki nitelendirmeye "izole bir dava" ise normların, içtihatların ya da uygulamanın değiştirilmesi beklenmez, karar ilgili makamların dikkatine sunulur ve gerekli tedbirin alınması istenir. Ancak izole dava konusunda ihlal kararlarının tekrarlanması üzerine genel tedbirlerin uygulanması talep edilir³⁴²⁷. Bu bağlamda AİHM'in verdiği kararların iç hukuka etkisi bu alanda açık bir biçimde görülür³⁴²⁸. Çünkü genel tedbirler iç hukuk düzenini etkileyen tedbirlerdir³⁴²⁹.

(1) Normatif Değişiklik Yapma ve Norm Koyma Yükümlülüğü

(i) Genel Olarak

AİHS'in birinci maddesinde belirtilen herkesin hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlama amacı devlet açısından devamlılık arz eden bir süreçtir. Mahkeme bir devletin belirli bir hukuk normunun veya uygulamasının Sözleşme ile uyum içinde olmadığına hükmettiği zaman bu doğrultuda ilgili devlet mevzuatını

³⁴²⁵ Altıparmak/Karahanoğulları, s. 223; Kılınç, s. 259.

³⁴²⁶ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 206, Kılınç, s. 259.

³⁴²⁷ Kılınç, s. 259.

³⁴²⁸ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 206.

³⁴²⁹ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 198.

veya uygulamalarını Sözleşme ile uyumlu hale getirmek için gerekli değişiklikleri yapmak yükümlülüğü altına girmiş olmaktadır³⁴³⁰.

AIHM'in verdiği mahkumiyet kararlarına bakıldığında, ihlal iddialarının ya uygulamadan ya da mevzuattan kaynaklandığı görülmektedir. Uygulamadan kaynaklanan ihlal yargı organlarının somut olayda Sözleşme hükümlerine aykırı hareket etmelerinden ötürü söz konusu olmaktadır. Mevzuattan kaynaklanan ihlaller ise, iç hukukta hukuki boşluk bulunması ya da iç hukuk normlarının Sözleşme hükümleri ile çatışmasından kaynaklanmaktadır³⁴³¹.

Mevzuattan kaynaklanan ihlaller farklı şekillerde oluşabilmektedir. Sözleşme'de düzenlenmiş bir hak veya özgürlüğün kullanılması, ulusal mevzuatta yasaklanmış³⁴³² veya mevzuatta demokratik bir toplumda gerekli olmayacak şekilde sınırlanmış olabilir³⁴³³. Sözleşme'de tanınan hakkın sınırları ulusal mevzuatta, idari makamların bu hakkın kötüye kullanmalarını önleyecek şekilde düzenlenmemiş olabilir³⁴³⁴. Her iki durumda da Sözleşme'ye taraf devletin iç

³⁴³⁰ Bıçak, s. 110; Türmen, s. 36.

³⁴³¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 136-137; Şenol, AIHS, s. 267; Kaboğlu, İnsan Hakları Belgeleri, s. 230.

³⁴³² A.D.T/Birleşik Krallık davasında ikiden fazla yetişkin arasındaki rızaya dayalı eşcinsel ilişkilerin suç sayılmasının zorlayıcı toplumsal bir ihtiyaç olmadığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, erkeklerin özel hayatta eşcinsel davranışlarda bulunmasını ulusal mevzuatta yasaklayan hükümlerin yürürlükte olmaya devam etmesi için ileri sürülen nedenlerle başvuruların bu davada yargılanmaları ve hüküm giymeleri için dayanılan gerekçeler, söz konusu mevzuatı ve cezai takibatı haklı kılmaya yeterli değildir. Bu yüzden AIHS'in 8. maddesi ihlal edilmiştir. (A.D.T/United Kingdom, App No. 35765/97, 31 July 2000, par. 32, 38, 39).

³⁴³³ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 197; Aynı yönde Norris/Ireland, App. No. 10581/83, 26 October 1988; Örneğin; Dudgeon/İngiltere davasında Mahkeme Kuzey İrlanda'nın 1885 tarihli Ceza Kanunu'nun 21 yaşının üzerinde iki erkek arasında rızaya dayanan eşcinselliği suç saymasını kişinin özel hayatına saygı hakkına müdahale olarak kabul etmiştir. Bunun üzerine hükümet Ceza Kanunu'nda değişiklik yaparak, iki erkek eşcinsel arasındaki cinsel ilişkiyi suç olmaktan çıkarmıştır. (Dudgeon/United Kingdom, App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 24); Buna Karşın Klass/Almanya kararında Mahkeme iletişimin denetlenmesine imkan veren itiraz konusu Alman mevzuatına dayanılarak özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalenin, ulusal güvenlik bakımından ve/veya suçun ve düzensizliğin önlenmesi için demokratik bir toplumda gerekli olduğuna ve 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. (Klass and the others/Almanya, App. No. 50298/71, 6 September 1978, par. 60).

³⁴³⁴ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 197; Şenol, AIHS, s. 267. Örneğin; Kruslin/Fransa kararında Mahkeme iletişimin dinlenmesi ile ilgili mevzuatta hangi kategorideki kişilerin yargı kararıyla dinlenebileceği, telefon dinleme süresini sınırlayan, dinlenen konuşma kayıtlarının hangi prosedürle kaleme alınacağını düzenleyen, konuşma kayıtlarının nasıl denetleceği ve imha edileceği konularında hükümler ve içtihat bulunmadığını belirtmiştir. Fransa'nın yazılı ve yazılı olmayan hukukunda kamu yetkililerine verilen takdir yetkisinin kullanılma biçimini ve kapsamının makul bir açıklıkta olmamasından ve bu sebeple Bay Kruslin'e vatandaşların demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü çerçevesinde asgari koruma derecesinde hakkın korunmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. (Kruslin/France, App. No. 11801/85, 24 April 1990, par. 35-36).

hukukunda normatif değişiklik yapma yönünde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır³⁴³⁵.

Sözleşme ile tanınmış bir hak iç hukukta tanınmadığı için yani iç hukukta hukuk boşluğu olduğunda devletin taraf olduğu Sözleşme'ye paralel şekilde bu hakkı tanımak üzere norm koyma yükümlülüğü söz konusudur³⁴³⁶. İhlalin mevzuatta yer alan bir hükümden değil de, mevzuattaki boşluktan kaynaklandığı bu gibi durumlarda devlet pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğinden Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerden bireyin yararlanması sağlanamamış ve hukuki boşluk hak ihlaline yol açmıştır³⁴³⁷. Bu gibi durumlarda hukuki boşluğu dolduracak yeni mevzuat düzenlemelerinin yapılması gerekmektedir³⁴³⁸.

İhlal tespiti içeren AİHM kararı karşısında taraf devletin yükümlülüğü, esas olarak ihlalden önceki durumu tesis etmektir. (AİHS m. 46). Devlet bu yükümlülüğünü her somut olayın şartlarını göz önünde bulundurarak yerine getirir. Bu bağlamda yasama işlemi, yargı işlemi ya da idari işlem gibi hangi tür işleme gerek olduğunu tespit etmeli sonrasında ise o yönde yükümlülüğünü yerine getirmelidir³⁴³⁹. Örneğin, Mahkeme kararının gerekçesinde açıkça ulusal mevzuatın ilgili hükmünün Sözleşme'ye aykırı olduğu belirtilmişse, Sözleşme'ye aykırılığın kaynağı saptanmış demektir. Bu gibi durumlarda davalı devlet mevzuatını

³⁴³⁵ AİHM kararları sonucunda farklı ülkelerin hukuk sistemlerinde de değişiklikler olmuştur. Belçika, AİHM'nin kararı üzerine evlilik dışı çocukların eşit haklara sahip olmasını sağlamak için Medeni Kanunu'nda değişikliğe gitmiştir. (Marckx/Belgium, App. No. 6833/74, 13 June 1979) Ayrıca eğitim sisteminde değişiklikler yapılmıştır. Avusturya ceza yargılamaları usulünü değiştirmiştir. Batı Almanya'da tutukluluk dönemleri yeniden düzenlenmiş, İsveç din eğitimi sisteminde değişiklikler yapmış, Norveç, din özgürlüğü yönünde anayasal hükümlerini değiştirmiştir. Hollanda, AİHM'nin bir kararı sonrasında, Askeri Ceza Yasası'nı ve başka bir Kararı üzerine de akıl hastalarının tedavi ve muhafaza altına alınmasına ilişkin Kanunu'nu değiştirmiştir. (Engel and the others/Netherlands, App. No. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08 May 1976). İsviçre, Askeri Ceza Yasası'nı değiştirmiş ve ceza muhakemesinde adli yardım konusunda reform yapmıştır. Ayrıca din özgürlüğü ve kadınlara oy hakkı konularında anayasa hükümlerini değiştirmiştir. Fransa'da telefonla yapılan haberleşmenin gizliliği güvence altına alınmış; İtalya'da, yeni CMK'nın tutuklamaya ilişkin hükümleri, AİHM kararlarına uyumlu biçimde düzenlenmiştir. İngiltere'de de, AİHS'in, her ne kadar iç hukuka aktarılmış olmamasına rağmen, önemli anayasal etkiler doğurduğu; enformasyon özgürlüğü, özel yaşama saygı, cezaların infazı, akıl hastalıkları, adli hatalar için tazminat ödenmesi gibi konularda önemli değişikliklere zemin hazırladığı gözlenir. (Erdem/Korkmaz, s. 194; Batum, AİHS, s. 132).

³⁴³⁶ Pudas/İsveç kararında AİHM başvuranın kişisel hakkının ihaline karşı iç hukukta yargı yoluna başvuru imkanı sağlanmamış olmasını Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlali olduğuna karar vermiştir. (Pudas/Sweden, App. No. 10426/83, 27 October 1987, par. 39-42).

³⁴³⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 137.

³⁴³⁸ Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 36.

³⁴³⁹ Gözlügöl, s. 532.

Sözleşme'ye uygun hale getirmek zorundadır³⁴⁴⁰. İhlalin soyut olarak yasanın ya da Anayasa'nın Sözleşme'yle çatışmasından kaynaklandığı durumlarda devamlı olarak kişilerin mağduriyeti söz konusu olabilir. Nitekim bu gibi durumlarda Sözleşme'ye aykırı olan yasanın değiştirilmesi ve Sözleşme'ye uygun hale getirilmesi gerekmektedir³⁴⁴¹. Örneğin; kadının evlendikten sonra bekarlık soyisini kullanmasına engel olan Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinde konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları doğrultusunda AİHS'e uygun normatif değişikliğe gidilmesi gerekmektedir³⁴⁴².

Taraf ülkeler, AİHM kararı ile ortaya çıkan uyumsuzluğu gidermek için öncelikle mevzuatlarını Sözleşme'ye uygun hale getirmekle yükümlüdürler. Buna rağmen uygulamada farklılıklar ortaya çıkıyorsa, uygulayıcıların AİHM'in anlayış ve yorumuyla aynı yönde karar verme; şayet yasa AİHM kararlarında benimsenen yoruma elverişli değilse, yasanın bu yoruma elverişliliğinin sağlanması için değiştirilmesi yoluna gidilmesi gerekmektedir³⁴⁴³. Bu yükümlülük hem AİHS'in 46. maddesinden hem de bir bütün olarak AİHS'ten kaynaklanmaktadır³⁴⁴⁴.

Avrupa insan hakları hukuku güvence sistemi uluslararası düzeyde işlemektedir. Dolayısıyla AİHS hükümleri ve AİHM kararları, iç hukuk normlarının ve iç hukuk organlarının üzerindedir³⁴⁴⁵. Bu kabul, AİHS'in insan haklarını supranasyonal kapsamda koruma amacının gerçekleştirilmesi bakımından da gereklidir³⁴⁴⁶.

Neticede gerek uygulamadan gerekse mevzuattan kaynaklanan bu ihlallerde devletin etkili bir hukuk düzeni kurma pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır³⁴⁴⁷. Bu bağlamda özel hayatın ve aile hayatının etkin korunmasına yönelik olarak normatif

³⁴⁴⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 137; Yıldırım, s. 300; Gözlügöl, s. 532; Sporrong ve Lönröth/İsveç davasında (Sporrong and Lönröth/Sweden, App. No. 7151/75, 23 September 1982) kamulaştırma izinlerinin uzun sürmesi ve inşaat yasakları konusunda işlemlerin Sözleşme'ye aykırılığından dolayı Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermesi üzerine Kanun'da değişiklik yapılarak kamulaştırma izinleri için öngörülen limitler indirilmiş ve genel bina yasakları kaldırılmıştır. (Yıldırım, s. 302).

³⁴⁴¹ Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 36.; Bıçak, s. 110.

³⁴⁴² Bkz. III. Bölüm, VIII., B., 2., b., 1., i. başlığı.

³⁴⁴³ Ünal, Türk İç Hukukuna Etki, s. 68; Şahbaz, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 587.

³⁴⁴⁴ Yıldırım, s. 300; Gözlügöl, s. 532.

³⁴⁴⁵ Yıldırım, s. 300; Gözlügöl, s. 532.

³⁴⁴⁶ Xenos, s. 16.

³⁴⁴⁷ Şenol, AİHS, s. 268.

değişiklik yapma ya da norm koyma yükümlülüğü aynı zamanda devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerindendir.

AİHM, devletin 46. maddenin ilk fıkrasından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek için uygun araçları seçme serbestisi olduğundan mevzuatında gerçekleştireceği reform tamamlanana kadar devlete Sözleşme'nin uygulanmasını askıya alma imkanı tanımamaktadır³⁴⁴⁸.

(ii) Türk Anayasa Hukukunda AİHS'in 8. Maddesi Kapsamında Yapılan Normatif Değişiklikler

Türkiye 28 Ocak 1987 tarihinden itibaren bireysel başvuru yolunu tanıdığından, bu tarihe kadar Strasbourg organlarının kararlarının Türk hukukunun gelişimine pek bir katkısı olmamıştır. Bu dönemde diğer bazı taraf devletler tarafından Türkiye aleyhine birkaç dava açılmış ve bunlar dostça çözümle sonuçlandırılmıştır³⁴⁴⁹.

AİHS ile çatışan Anayasa ya da kanun hükmüne dayanarak, Türk yargı organlarınca verilmiş olan kararların AİHS'i ihlal ettiği yönünde AİHM içtihatları üzerine Türkiye, iç hukukunu Sözleşme ve AİHM kararları ile uyumlu hale getirmek için gerek Anayasa ve gerekse kanunlarda zaman içinde birçok değişikliğe gitmiştir³⁴⁵⁰.

Özel hayatın ve aile hayatının korunması konusunda en önemli normatif değişiklikler 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile yapılmıştır. Nitekim 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun genel gerekçesine göre de evrensel normlara

³⁴⁴⁸ Vermeire/Belgium, App. No. 12849/87, 29 November 1991, par. 26. Vermeire kararının önemi, iç hukuk düzenlemeleri yapıncaya kadar ulusal yargı organlarının AİHM kararlarına uygun karar üretmelerinin iç hukukun Sözleşme hukukuyla uyumlu hale getirilmesinde etkili bir araç olmakla birlikte ihlallerin tekrarlanmasının da bu yolla önlenebileceğini belirtmesidir. (Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 36).

³⁴⁴⁹ Bıçak, s. 111.

³⁴⁵⁰ Örneğin, AİHM içtihatlarında sıkça, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin üyeleri olarak görev yapan askeri yargıçların konumunun belli yönlerinin, bu mahkemelerin yürütmeden bağımsız olduklarını şüpheli hale getirdiğini belirtmiştir. (İncal/Turkey, App. No. 41/1997/825/1031, 9 June 1998, par. 68; Çıraklar/Turkey, App. No. 70/1997/854/1061, 28 October 1998, par. 39). AİHM'in Türk hukuk mevzuatını ve uygulamasını önemli ölçüde etkileyen İncal kararında Devlet Güvenlik Mahkemelerinde askeri hakimin görev yapmasının adil yargılama hakkını ihlal ettiğini tespiti üzerine 1999 yılında Anayasa ve kanun değişikliği yapılarak asker hakimin Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görev yapması uygulamasına son verilmiştir. (RG. T. 22.6.1999, S. 23733).

uygun ve insan haklarını ön plana çıkaran bir Anayasa değişikliği hedeflenmiştir³⁴⁵¹. Bu kapsamda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa'nın 13. maddesi AİHS'teki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca ilgili madde gerekçelerinde de açıkça ifade edildiği üzere özel hayatın ve aile hayatının korunması bağlamında Anayasa'nın özel hayatın gizliliği ile ilgili 20. maddesinde öngörülen değişiklik bu hak ve hürriyetle ilgili özel sınırlar AİHS'te öngörülen esaslar çerçevesinde açık olarak belirlenmiştir³⁴⁵². 21. maddede düzenlenen konut dokunulmazlığının, sınırlandırılmasındaki özel haller AİHS çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir. Özellikle konuta girme, arama yapma ve eşyaya el koymada yetkili merciin yazılı emir şartı getirilmiştir³⁴⁵³. Aynı doğrultuda 22. maddede düzenlenen haberleşmenin gizliliğine dokunmak için de yazılı emir şartı getirilmiştir³⁴⁵⁴.

Ailenin korunması ve çocuk hakları kapsamında 2001 yılında 4709 Sayılı ve 2010 yılında 5981 Anayasa Değişikliği Kanunları ile Anayasa'nın 41. maddesinde yapılan değişiklikler³⁴⁵⁵ de devletin normatif değişiklik yapma ve norm koyma yönünde pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiğine işaretir.

İç hukukun parçası olan AİHS'e paralel değişikliklerin yapılması, hem Sözleşme'de devlete yüklenen normatif değişiklik yapma yönünde pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesi, hem de AİHS'in 8. maddesinin ihlali nedeniyle açılacak davalar yönünden yerinde olmuştur.

2010 yılında 5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'yla³⁴⁵⁶ Anayasanın 148. maddesinde yapılan değişiklik, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Hükme göre "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir"³⁴⁵⁷. Görüldüğü üzere hem AİHM'e hem de Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmanın amacı AİHS ve ek protokollerinde öngörülen temel hak ve

³⁴⁵¹ (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>, E. T. 14.08.2017).

³⁴⁵² Bkz. III. Bölüm, III., A., 2. a. başlığı.

³⁴⁵³ Anayasa madde 21 (Değişik: 3/10/2001-4709/6 m).

³⁴⁵⁴ Anayasa madde 22 (Değişik: 3/10/2001-4709/7 m).

³⁴⁵⁵ Konu ile ilgili yapılan Anayasa değişikliklerinin değerlendirilmesi için bkz. III. Bölüm, III., A., 2., a. başlığı.

³⁴⁵⁶ RG. T. 13.05.2010, S. 27580.

³⁴⁵⁷ (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/18 m).

özgürlüklerin korunması ihtiyacıdır. 5982 Sayılı Kanunu'nun 19. madde gerekçesinde belirtildiği üzere AİHM iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediği değerlendirmesinde bireysel başvuru yolunun tanınıp tanınmadığını dikkate alması ve bu yolun hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu sayması bu değişikliğe gidilme sebeplerinden biridir³⁴⁵⁸. Dolayısıyla da Anayasa'da güvence altına alınan ve aynı zamanda AİHS kapsamında korunduğundan bireysel başvuruya konu edilebilecek olan haklardan olan özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı açısından bu yolun tanınması hakkın daha etkin korunmasını sağlayacaktır.

(2) İçtihat Değişikliği Yapma Yükümlülüğü

(i) Genel Olarak

AİHM kararları doğrultusunda içtihat değişikliğine gidilmesi³⁴⁵⁹ de iç hukukun Sözleşme hukukuna uyumlu hale getirilmesinin araçlarından biridir³⁴⁶⁰. Bu hususta AİHM kararlarının muhatabı devlet olsa da, AİHM içtihatlarının öncelikle ulusal yargı organları tarafından dikkate alınması gerekmektedir³⁴⁶¹.

İnsan hakkı ihlalinin yargı organlarının uygulamalarından kaynaklandığı durumlarda, genellikle iç hukuk mevzuatında bir eksiklik bulunmamakta fakat ülkenin idari veya adli yargı organlarının somut bir olaydaki uygulamaları Sözleşme hükümlerini ihlal edici bir sonuç ortaya çıkarmaktadır³⁴⁶².

Uygulamadan kaynaklanan ihlallerde AİHM'in verdiği kararlar ulusal yargı organlarının içtihatlarında değişiklik yapılmasına neden olmaktadır. AİHS'e taraf kimi devletlerin ulusal yargı organlarının iç hukuk hükümleri ya da Sözleşme'yi kendi düşünceleri doğrultusunda yorumlamaları sonucu verdikleri karar hakkında AİHM'in ihlal tespit etmesi bu organları ihlallerin tekrarlanmaması için sonraki kararlarında içtihat değişikliğine yöneltmektedir³⁴⁶³.

³⁴⁵⁸ (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf>, E T. 15.08.2017).

³⁴⁵⁹ Örnekler için bkz. Abdelgawad, s. 26 vd.. Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 37.

³⁴⁶⁰ Çavuşoğlu, Türkiye Kararları, s. 37.

³⁴⁶¹ Abdelgawad, s. 26; Kılınç, s. 261.

³⁴⁶² Şenol, AİHS, s. 267.

³⁴⁶³ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 220; Şahbaz, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 588.

Ulusal yargı organları içtihat değişikliğini ya maddi ya da usul hukuku alanında yapmaktadır. Ulusal yargı organlarının maddi hukuk alanında içtihat değişikliği yapmaları³⁴⁶⁴, Ceza Kanunlarında tanımlanmış suçların unsurlarını ve özel hukuk alanında tanınmış hak ve özgürlüklerin kapsamını yeniden yorumlamalarıyla mümkün olmakta, usul hukuku alanında içtihat değişikliği yapmaları³⁴⁶⁵ ise, AİHM'in özellikle Sözleşme'nin 5. ve 6. maddesi altında tespit ettiği ihlaller dolayısıyla ulusal mahkemeleri usul kanunlarının hükümlerini yeniden yorumlamaya ve uygulamaya yöneltmektedir³⁴⁶⁶.

Ulusal yargı organlarının AİHS'in ihlalinin tekrarlanmasını önlemek için içtihat değişikliği yapmaları, yasama ve yürütme organlarının mevzuat değişikliği yapmalarına göre daha güçtür³⁴⁶⁷. Bazı durumlarda ise, taraf devletlerin yargı organları AİHM kararları doğrultusunda içtihat değişikliğine gitmeyerek AİHM'e ve Avrupa Konseyi'ne karşı direnmekte bu güçlüğü daha da arttırmaktadır. Örneğin, AİHM'in Görgülü/Almanya kararında³⁴⁶⁸ evlilik dışı doğan çocuğun velayetini almak isteyen Türk vatandaşının bu talebinin reddi ve çocuğu ile görüşme haklarının mahkeme kararı ile kaldırılması üzerine AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir. Bu karar

³⁴⁶⁴ Örneğin, AİHM'nin Avusturya'yı Lingens (Lingens/Austria, App. No. 9815/82, 8 July 1986), Oberschlik (Oberschlik/Austria, App. No. 11662/85, 25 May 1991) ve Schwabe (Schwabe/ Austria, App. No. 13704/88, 28 August 1992) kararlarında, Avusturya Ceza Kanunu'nun 114. maddesinde hakaret suçuna ilişkin düzenleme doğrultusunda ulusal mahkemenin başvuruculara değer yargılarını kanıtlama külfeti yüklemesini AİHM demokratik bir toplum açısından gerekli olmayan bir müdahale olarak değerlendirmiştir. AİHM tarafından ihlal kararı verilmesi üzerine ise, Avusturya Yüksek Mahkemesi ilgili maddenin yorumunda değişikliğe gitmiştir. (Doğru, İç Hukuka Etki, s.220; Şahbaz, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 589). Bu üç davadaki ortak sorun, Avusturya Ceza Kanunu'nun 114. maddesindeki şahsa hakaret suçuyla ilgili olarak ulusal mahkemelerin başvuruculardan iddialarını kanıtlamalarını beklemeleri, buna karşılık AİHM'in başvurucuların yazılarında ulaştıkları değer yargılarını kanıtlama külfetinin "demokratik toplumda gerekli" olmayan bir müdahale saymasıdır. Avusturya mahkemeleri ancak üçüncü davadaki ihlal tespitinden sonra, Avusturya Ceza Kanununun 114. maddesindeki hakaret suçunu AİHM tarafından yorumlandığı şekilde yorumlamayı kabul etmişlerdir. (Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 220).

³⁴⁶⁵ Usul alanında yapılan içtihat değişikliğine örnek olarak ise, Delta davası (Delta/France, App. No. 11444/85, 19 December 1990) verilebilir. Delta davasında başvuru, metro istasyonunda iki genç kızdan birinin boynundaki kolyeyi çaldığı iddiasıyla yargılanmış ve hapis cezasına mahkum olmuştur. Hüküm kurulurken, duruşmaya gelmeyen ve hazırlık soruşturması sırasında yapılan gizli yüzleştirmede sanığı teşhis eden mağdur tanıkların poliste verdikleri ifadeler "başlıca" delil olarak kullanılmasına binaen Mahkeme bu davada da adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Fransız Temyiz mahkemesi daha sonra bir başka davada AİHM Delta davasına atıfta bulunarak içtihat değişikliği yapmıştır. (Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 220 ve 222).

³⁴⁶⁶ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 222.

³⁴⁶⁷ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 220.

³⁴⁶⁸ Görgülü/Germany, App. No. 74969/01, 26 February 2004.

üzerine Wittenberg Aile Mahkemesi başvurucuya velayet ve çocuğu ile görüşme hakkını tanıyan bir karar almıştır. Fakat Naumburg Eyalet Yüksek Mahkemesi, bu kararı iptal etmiş ve gerekçesinde AİHM kararlarının Federal Alman Devleti'ni doğrudan bağlayacağını fakat AİHM üst mahkeme olmadığından kararlarının ulusal mahkemeleri bağlamayacağına karar vermiştir³⁴⁶⁹. Yargıçlar, AİHM kararlarına sistematik bir şekilde uyulmasının da yanlış olduğunu belirtmiş ve kararların ulusal mahkemeler tarafından dikkate alınmasının her zaman bir zorunluluk teşkil etmediğine hükmetmiştir. Nitekim bu karar AİHM içtihatlarına iç hukukta ne kadar öncelik tanındığına, öte yandan aynı anayasal düzen altındaki değişik yüksek mahkemelerin, AİHM içtihatlarına ulusal hukukta farklı etki tanıyabileceğine de işaretir³⁴⁷⁰.

(ii) Türk Anayasa Hukukunda AİHM'in 8. Madde Kapsamındaki Kararları Uyarınca Yapılan İctihadi Değişiklikler

Adalet Bakanlığı'nın Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın 1 Ocak 2018 tarihli istatistiklerine göre, Türkiye hakkında 7.518 dava AİHM'de derdesttir³⁴⁷¹. Türk vatandaşları tarafından AİHM'e bu kadar yoğun başvurulmasının önlenememesi, ancak Türk yargı organlarının iç hukuk normlarını, Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleriyle çelişen şekilde yorumlamaktan kaçınmaları ile mümkün olabilir³⁴⁷².

Doktrinde Türk Anayasa Mahkemesi'nin de AİHM kararları karşısında içtihat değişikliği yoluyla ihlallerin tekrarlanmasını önlemesi gerektiği savunulmaktadır³⁴⁷³. Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*İnsan, içinde yaşadığı*

³⁴⁶⁹ Kılınç, s. 283.

³⁴⁷⁰ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 219.

³⁴⁷¹ Bkz. (<http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistik/2017/aihm1.pdf>, E.T. 01.03.2018).

³⁴⁷² Bıçak, s. 111. 2014 yılı AİHS ihlallerinin oransal dağılımına bakıldığında, en çok ihlal edilen hakkın özgürlük ve güvenlik hakkı olduğu görülmekte ve sonrasında adil yargılanma hakkı ve ifade özgürlüğü gelmektedir. (2014 yılı AİHS ihlallerinin Oransal Dağılımı, Adalet Bakanlığı, (<http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistik/2014/15.pdf>, E. T. 01.08.2017) Bu istatistik göz önünde bulundurulduğunda, bu konudaki hukuk normlarının AİHS normları ile örtüştüğü görülmekte, bunun sonucu olarak da yargı organları tarafından norm uygulamaların gözden geçirilme gerekliliği ortaya çıkmaktadır

³⁴⁷³ Arslan, Uyum Sorunu, s. 292; Şahbaz, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 587.

toplumun bireyi olması kadar, insanlığın da bir üyesidir. Bu durum, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir sorun olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu açıdan Anayasa'nın Başlangıcı'ı ve 2. maddesi kuralları gereği olarak "insan Hakları Evrensel Demeci" ile "Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme"yi de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur."³⁴⁷⁴.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun öngörülmesi sonucu Anayasa Mahkemesi içtihatlarında sıklıkla AİHM kararlarına atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla bu yolun tanınması Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarını birbirine yakınlaştırmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'a³⁴⁷⁵ göre Anayasa Mahkemesi tarafından hak ihlali tespit edilmesi durumunda ve hak ihlali bir mahkeme kararından kaynaklanıyorsa, söz konusu dosya ilgili mahkemeye gönderilir ve yeniden yargılama yolu açılır. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar verir (m. 50/II). Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı esas incelemesi sonucu bu şekilde yeniden yargılama yapılması kararı vermesi yerel mahkemelerin hem Anayasa Mahkemesi hem de AİHM içtihatlarını esas alarak karar vermesi eğilimini güçlendirmiştir.

Bu minvalde Türk Hukukunda AİHM'in 8. madde kapsamındaki kararları uyarınca yapılan güncel içtihadi değişikliklerden biri de Anayasa Mahkemesi'nin³⁴⁷⁶ ve aynı yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun³⁴⁷⁷, AİHM içtihatlarına paralel şekilde evli kadının sadece bekarlık soyismini kullanmasına imkan tanınmasıdır. Türk hukukunda AİHS'in 8. maddesi kapsamında yapılan değişiklikler doğal olarak beraberinde içtihadi değişiklikleri de getirmektedir. Bu

³⁴⁷⁴ AYMK, E. 1992/8 K. 1992/39, T. 16.06.1992, (RG. T. 06.10.1992, S. 21367).

³⁴⁷⁵ RG. T. 03.04.2011 S. 27894.

³⁴⁷⁶ Gülsim Genç Başvurusu, B. No. 2013/4439, T. 06.03.2014; Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B. No. 2014/5836, T. 16.04.2015, (RG. T. 11.07.2015, S. 29413).

³⁴⁷⁷ Yar. HGK. E. 2014/889, K. 2015/2011. (<http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelisimisDokumanAraServlet?dokumanTurleriString=YARGITAYKARARI,&aranan=k%C4%B1zl%C4%B1k%20soyad%C4%B1,&aramaG=sdsorRxp&baslangic=80&son=100&dokumanTuruAdi=YARGITAYKARARI&fromSonucSayfasindan=TRUE&sonucSayfasi=yeniTasarim/yargitayAramaSonuc.jsp&sirala=1&mevzuatAdi=null&mevzuatNo=null&mevzuatMadde=null>, E. T. 10.08.2017).

sebeple özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında yukarıda açıkladığımız normatif değişiklikler³⁴⁷⁸ Türk içtihat hukukuna da yansımıştır.

(3) Diğer Genel Tedbirler

Bakanlar Komitesi uygulamasında en sık başvurulanan genel tedbirlerden birisi de bilgilendirmedir³⁴⁷⁹. Bu tedbir genelde Bakanlar Komitesi tarafından bireysel ya da genel tedbirler ile birlikte talep edilmektedir³⁴⁸⁰. Bilgilendirmenin içeriği; AİHM kararının yayınlanması ve dağıtılması, kararları tercüme etme, meslek içi eğitim verme yoluyla bu kararları kamu makamlarına ve kamuoyuna duyurma ve kararlar hakkında toplumsal bilinç oluşturma amacı taşımaktadır.

AİHM kararının ilgili makamlara dağıtılması ve kararın ulusal bir yayın organında yayınlanması yoluyla kamu makamlarını ve kamuoyunu karar hakkında bilgilendirme, yasama, yargı ve yürütmenin ihlal karşısında tavır alabilmeleri için gerekli ilk basamaktır³⁴⁸¹.

Bilgilendirme; Avrupa Konseyi'nin resmi dilleri olan Fransızca veya İngilizce konuşan ülkeler bakımından daha kolaydır. Avrupa Konseyi'nin resmi dillerini konuşmayan ülkeler ise, Mahkeme kararlarını kendi resmi dillerine çevirtip yayınlamak durumdadırlar³⁴⁸². Genelde Mahkeme kararlarının yayımı ve dağıtımını sorumlu devletin resmi dilinde yapılmaktadır³⁴⁸³. Mahkeme kararların Sözleşmeciler ülkelerin dillerine çevrilip yayınlanması sadece ihlal tespitleri karşısında bir yükümlüğü yerine getirmenin aracı değildir, ayrıca o ülkedeki insan hakları hukuku terminolojisine büyük katkı sağlamakta ve insan hakları konusundaki bilincin artmasına ortam hazırlamaktadır³⁴⁸⁴. Bunların yanı sıra kararın ülkenin diline çevrilmesi yayınlanması ve dağıtılması ulusal mahkemelerin AİHM içtihatlarına uygun yorum yapmasına imkan sağlamaktadır.

³⁴⁷⁸ Bkz. III. Bölüm, VIII., B. 2., b., 1., ii başlığı.

³⁴⁷⁹ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 206.

³⁴⁸⁰ Kılınç, s. 263.

³⁴⁸¹ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 207.

³⁴⁸² Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 207.

³⁴⁸³ Kılınç, s. 263.

³⁴⁸⁴ Doğru, İç Hukuklara Etki, s. 207.

Bilgilendirme tedbirinin içeriğinde yer alan diğer bir genel tedbir türü ise meslek içi eğitimidir³⁴⁸⁵. Bu bağlamda özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında belirli şartlar altında bu alana müdahalede bulunma yetkisine sahip olan kolluk kuvvetlerine meslek içi eğitim verilmelidir. Böylelikle koruma tedbirlerini yerine getiren kolluk kuvvetleri özel hayata ve aile hayatına saygı gösterecek şekilde bu tedbirleri icra etme bilincini kazanabilir.

Yargı mensuplarının da özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında uluslararası insan hakları hukukunun güncel konularında ve kararları hakkında bilgilendirilmesi ve eğitilmesi gerekmektedir. Örneğin, AİHM'in de kararlarında atıf yaptığı³⁴⁸⁶ ve görüşlerinde etkilendiği KKAÖS Komitesi'nin³⁴⁸⁷, R.K.B./Türkiye kararında kalıplaşmış önyargı ve değerlerin kararların alınmasını etkilememesini sağlamak üzere KKAÖS konusunda yargıç, avukat ve yargı mensuplarına toplumsal cinsiyet bakış açısıyla devamlı biçimde eğitim verilmesine ilişkin tavsiyede bulunulmuştur³⁴⁸⁸. AİHM nezdinde ülkemiz aleyhine ihlal kararlarının artmaması için bu tavsiyenin ivedi ve etkili şekilde uygulanması gerekmektedir³⁴⁸⁹.

³⁴⁸⁵ Yağız/Türkiye davasında Bakanlar Komitesi'nin işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermesi üzerine, Türk Hükümeti Bakanlar Komitesi'ne genel bir tedbir olarak göreve başlarken güvenlik güçlerine insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı konusunda insan hakları eğitimi üzerine ayrıntılı bilgi vermiştir. Türk Hükümetinin verdiği bilgiye göre, Jandarma Genel Komutanlığı 1996 ve 1997 yıllarında atölye çalışmaları ve diğer şekillerde insan hakları eğitim çalışmaları başlatmış, bu bağlamda Genel Kurmay Başkanlığı, bu alanda görev yapanların insan haklarına olan duyarlılıklarını ve sorumluluklarını geliştirmek amacıyla Mayıs 1998'de "İnsan Hakları Broşürü" yayınlamış; bu arada Avrupa Konseyi çerçevesinde 'Polis ve İnsan Hakları 1997-2000' bu konudaki temel eğitimin yeniden örgütlenmesi üzerinde çalışıldığını ve programın uygulamaya konulacağını bildirmiştir. Hükümete göre bu ve benzeri faaliyetlerin amacı daha göreve başlarken polis ve jandarmanın insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı konusunda yeterli eğitim almalarını sağlamaktır. (Yağız/Turkey, App. No. 19092,7 August 1996, Komisyon Raporu (31. madde), 16.05.1995; Committee of Ministers DH (99) 20, 18.01.1999).

³⁴⁸⁶ Opuz/Turkey, App. No. 33401/02, 9 June 2009, par. 192.

³⁴⁸⁷ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye, s. 428-429.

³⁴⁸⁸ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye, s. 410.

³⁴⁸⁹ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye, s. 430.

SONUÇ

Günümüzde özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının yalnızca devlet tarafından değil üçüncü kişiler tarafından da ihlal edilebileceği ve bu bağlamda da hakkın korunmasında devletin yükümlülüğünün olduğu anlayışı doktrinde benimsenmiştir. Bu minvalde devletin pozitif yükümlülükleri söz konusu olmakla birlikte devletin sorumluluk ve hakkı koruma alanı genişlemiştir. Devletin bireyler arası ilişkiler alanında, hakkı ihlal eden kimliğinden çok en üstün tüzel kişi ve otorite olmasının sonucu garantör kimliği ön plana çıkmaktadır. Dolayısıyla da AİHS'in 8. maddesi; devletin sadece müdahaleden kaçınmasını değil, öte yandan bu kapsamda korunan haklara yasal çerçeve oluşturup garanti altına alma yani tanıma, bu hakları üçüncü kişilerin ihlallerine karşı koruma ve haklardan yararlanmayı sağlamasını gerektirmektedir. Tüm bu gereklilikleri genel çerçevede devletin tanıma, koruma ve sağlama şeklinde özetlemek mümkündür. Öncül yükümlülük tanıma yükümlüğüdür. Çünkü özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ancak devlet tarafından hukuki düzeyde standartları koyulursa bağlayıcı olur ve korunma yolu açılır. Sonrasında koruma yükümlülüğü çerçevesinde devlet, özel hayata ve aile hayatına yönelen ihlalleri önlemeye çalışır ve hukuki yaptırıma bağlar. Nihai olarak da insan hakları standartlarının hayata geçirilmesi için gerekli güvence mekanizmaları ve koşulları oluşturur ve böylelikle hakların korunmasını uygulamada da sağlar. Bu yükümlülükler adeta bir zincir gibi birbiriyle bağlantılı olup, birinin kopması özel hayatı ve aile hayatını koruma zincirini işlevsizleştirerek etkisiz hale getirir. Dolayısıyla koruma zincirinin her halkasında devlet yetkili organları eliyle üzerine düşeni yerine getirmekle yükümlüdür.

İnsan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu en önemli uluslararası sözleşme olan AİHS taraf devletlere bazı yükümlülükler getirmiştir. Sözleşme klasik hak katalogu oluşturmasının yanı sıra, taraf devletler açısından taahhüt edilen yükümlülüklerin hayata geçirilmesine büyük etkide bulunmuştur. Bu bağlamda Sözleşme'nin insan haklarına saygı yükümlülüğü getiren 1. maddesi Sözleşme'nin uygulama kapsamını ve devletin genel yükümlülüklerini ifade etmektedir. Doktrinde pozitif yükümlülüklerin hukuki kaynağının insan onuru, hukukun üstünlüğü ilkesi, Sözleşme'nin 1. maddesi, 13. maddesi, doğrudan ilgili hükmün

kendisi, 1. maddesiyle diğer maddelerle bağlantı kurulması sonucu olduğu yönünde tartışmalar bulunmakla birlikte AİHM’in güncel içtihatlarından anlaşılan pozitif yükümlülüklerin Sözleşme’nin 1. maddesinde yer alan tanıma yükümlülüğünün bir sonucu olarak, Sözleşme’nin diğer maddelerinde düzenlenen maddi hakların birleşiminden doğduğudur. Dolayısıyla özel hayatın ve aile hayatının korunması yükümlülüğü Sözleşme’nin hem 1. maddesinden hem de 8. maddesinde korunan haklardan doğmaktadır. Özel hayatın ve aile hayatının korunmasında devletlerin pozitif yükümlülükleri mevzuatta doğrudan belirtilmediğinden, bu yönde devletin yükümlülüklerinin neler olduğu içtihatlarla ortaya konulmaktadır.

Pozitif yükümlülük kavramının kaynağı ve kapsamı Sözleşme’de açıkça ifade edilmemiştir. Ayrıca Mahkeme içtihatlarında, özel hayata ve aile hayatına “saygı” kavramının açık ve kesin bir tanımının olmadığını belirtmiştir. Konuya ilişkin olarak ortaya çıkan bu iki problem, pozitif yükümlülük doktrininin kendisinden kaynaklanmamakta aksine hakların doğasının ve kapsamının sosyolojik ve teknolojik gelişmeler perspektifinde değişime uğraması sonucu oluşmaktadır. Netice olarak pozitif yükümlülüklerin kapsamının belirlenememesi ile hakların kapsamının gün geçtikçe genişlemesi arasında doğru orantılı bir bağ söz konusudur. Bu gerçek ortadayken ve hayatın olağan akışında hakların kapsamının değişebilmesi öngörülebilirken, pozitif yükümlülüğün kapsamının belirsizliği bu doktrinin derinliğine ve gücüne etki etmemektedir. Aksine, güncel gelişmeler doğrultusunda bu doktrin hakların daha iyi korunmasına hizmet etmektedir. AİHM de Sözleşme’de düzenlenen hakların devingenliğini göz önünde bulundurup, içtihatlarında Sözleşme’nin yaşayan belge niteliğine vurgu yapmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, pozitif yükümlülükleri tanınmasının genel gerekçesinin, Sözleşme’deki hakların “pratik ve etkili” korunmasını sağlamak olduğunu belirtmiştir.

Pozitif yükümlülüklerin kapsamının belirsiz olması, yeni hakların doğmasına yani insan hakları enflasyonuna yol açtığından bahisle doktrinde eleştirilmektedir. Fakat bu eleştiri Mahkeme yeni insan hakları yaratmayıp aksine mevcut haklardan pozitif yükümlülükler çıkardığından yerinde değildir. Örneğin, çevre davalarına ilişkin olarak Mahkeme 8. madde kapsamında pozitif

yükümlülükler türetmesine rağmen, “sessiz ve temiz çevre hakkı” gibi yeni haklar yaratma yoluna gitmemiştir

Sözleşme’de korunan neredeyse tüm haklar bakımından devletin pozitif yükümlülüklerini ileri sürmek mümkün olsa da devletin müdahalesine en kapalı alanlardan biri olarak bilinen özel hayatın korunmasına yönelik pozitif yükümlülüklerinin olduğunun kabul edilmesi, diğer haklar konusunda devletin pozitif yükümlülüğünün bulunduğu kabulünden daha etkili olmuştur. Çünkü pozitif yükümlülük doktrinin teorik temeli, bireylerin kendilerine bırakılan özel alanlarda devlet müdahalesinden bağımsız şekilde kendilerini geliştirmelerinin mümkün olmadığı iddiasına dayanmaktadır.

8. madde ile özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme korunsu da bu hakların her birinin içeriğine göre taraf devletlerin takdir marjları değişmektedir. Dolayısıyla kişinin kimliğine ve mahremiyet alanına ilişkin konular söz konusu olduğunda, kamu menfaati ile birey menfaati arasında adil denge kurulurken devletin takdir marjı azalmakta, kişi lehine koruma artmaktadır. Göç politikaları, azınlıklara geleneksel yaşam tarzlarını sağlama gibi konular ise toplumun geleceğini yakından ilgilendirdiğinden ve bu konularda devletin egemenlik yetkisi söz konusu olduğundan takdir marjı artmaktadır. AİHM de taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği sonucuna ulaşırken takdir marjını araç olarak kullanmaktadır. Bu bağlamda devletin takdir marjının genişlediği alanlarda pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesinin gözetilmesi hakkın daha iyi korunmasını sağlayacaktır.

Özel hayata saygı hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri kişinin kimliğinin tanınması bağlamında; isim, soyisim tercihinin resmi olarak tanınması ve cinsel kimliğinin tanınması konularında gündeme gelmektedir. Çocuğa isim verme söz konusu olduğunda kamu otoritelerince çocuğa verilen ismin herhangi bir makul nedenle uygunsuz görüldüğü durumlarda ise Mahkeme her ne kadar 8. madde kapsamında ebeveynin çocuğunun isim tercihi hakkını tanımış olsa da çocuğun yüksek menfaatini gözeterek isim tercihlerinin resmi olarak tanınması bakımından taraf devletin takdir marjını geniş tutarak pozitif yükümlülükler yüklememiştir. Kişilerin isim tercihinde ise Mahkeme’nin taraf devletlere yönelik resmi alfabesinde olmayan harfleri içeren isim değişikliğini tanıma yönünde pozitif yükümlülük

yüklemediği görülmektedir. Transseksüellerin hukuki statülerinin tanınmasına bağlı olarak isim değişikliği tercihinin de tanınması söz konusu olduğunda kamu menfaati karşısında birey menfaatine üstünlük tanınmalıdır. Çünkü transseksüellerin taraf devletlerin nüfus kanunları sınırları çerçevesinde kalan talepleri 8. madde bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerindendir. Her ne kadar değişen cinsel kimliğin hukuken tanınmasına ilişkin olarak iç hukuk sistemlerinde ortaya çıkan uygulamadaki sorunların çözümünde taraf devletlerin takdir marjı geniş olsa da isim tercihinin resmi olarak tanınmasında kanuni sınırlar içinde kalan taleplerin ulusal makamlarca karşılanabilmesi gerekmektedir.

Kadının ve çocuğun soyismi konusunda 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlali iddiasında bulunulması, Mahkeme'nin müdahale olarak nitelendirmediği isim/soyisim değişikliği taleplerinin reddi karşısında devletin pozitif yükümlülüklerin tartışılabilmesinin önünü açan kilit bir ögedir. Bu bağlamda devlet karı-kocanın aile isminin seçiminde eşit söz hakkına sahip olmasına yönelik yasal, idari ve yargısal tedbirleri almakla yükümlüdür. Böylelikle özel hayata ve aile hayatına etkili saygı hakkı sağlanarak cinsiyet ayrımcılığı iddialarının da önüne geçilmiş olacaktır.

Kişinin kökenleri ve geçmişi hakkında bilgi sahibi olma hakkının tanınması da özel hayata saygı hakkı çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüklerin söz konusu olduğu alanlardan biridir. Aynı zamanda kişinin biyolojik kökenleri hakkında bilgi sahibi olma hakkı ile ebeveynlerin kimliklerini gizli tutmak suretiyle özel hayatlarını koruma hakkı arasında çatışma söz konusu olabilir. Biyolojik kökenini öğrenme hakkından yararlanacak kişi çocuk ise üstün menfaatinin gözetilmesi ilkesi gereği adil denge testi çocuğun kökenini öğrenme hakkı lehine sonuçlandırılmalıdır. Dolayısıyla devlet pozitif yükümlülükleri gereği çocuğa hem yasal çerçevede güvence sağlamalı hem de uygulamada biyolojik kökenine ulaşma imkanı tanıma yönünde etkili tedbirler almalıdır.

Kişinin biyolojik ebeveyni hakkında bilgi sahibi olma hakkında Mahkeme taraf devletlere geniş takdir marjı tanıyarak pozitif yükümlülük yüklemekten imtina etmekte ise de bireylerin menfaatlerinin çatıştığı durumlarda devlet garantör sıfatıyla harekete geçip taraflar arasındaki adil dengeyi hakkaniyete uygun şekilde kurmalıdır.

Kişinin biyolojik kökenlerine ulaşma hakkı ile fiziksel bütünlüğün korunması hakkı çatıştığında ise hukuki delil toplama amacıyla yapılan DNA testinin kişiye ciddi ve ağır fiziksel zarar vermeyeceği açıktır. Bu nedenle soybağının tespitinin kamu düzeni gereği olduğu da göz önüne alındığında çatışan bireysel menfaatlerden kişinin kökenine ulaşma hakkı lehine davranılması yerinde olacaktır.

Kişinin etnik kökeni hakkında yanlış kaydedilen bilgilere ilişkin yeterli ve ilgili dayanaklar sunulduğu takdirde devletin yanlış kaydı düzeltme yönünde pozitif yükümlülüğü söz konusudur.

Kişinin geçmişi hakkındaki bilgileri içeren dosyaların gizli tutulması hem kendi hem de üçüncü kişilerin menfaati gözetilerek olmaktadır. Fakat kişinin geçmişi hakkındaki bilgilere ulaşma yönündeki talebin değerlendirilmesinde adil menfaat dengesinin kurulmasını tek tarafın rızasına bağlayan bir sistemde devlet baştan usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemiş demektir. Nihayetinde gerek geçmişiyle ilgili bilgilere ulaşmak isteyen kişi açısından gerekse dosyadaki katılımcılar açısından bu bilgilere erişim ya da erişime rıza göstermeme bu yönde gösterilecek meşru gerekçelerle temellendirilmelidir.

Kişinin cinsel hayatı özel hayatının en mahrem alanlarından birini oluşturduğundan, her ne kadar devletin bu alanda negatif yükümlülüğü daha çok ön olana çıksa da pozitif yükümlülüğü üçüncü kişiler tarafından bu alana yönelecek tehditlerin ortadan kaldırılmasına ilişkindir. Mahkeme'nin de cinsiyet kimliği sorunlarına ilişkin yaklaşımı geçmişten bugüne çok değişmiştir. Günümüzde transseksüellerin hukuki statülerinin tanınması konusunda devletlerin takdir yetkilerinin olmadığı kanaati baskın olup, bu kişilerin hukuki statülerinin tanınması doğrultusunda yasal çerçevenin oluşturulmasının ve statülerinin tanınmasının koşula bağlı tutulmasının engellenmesinin 8. madde kapsamında devletlerin pozitif yükümlülüklerinden olduğu açıkça belirtilmektedir.

Pozitif yükümlülükler bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne yönelik fiziksel ve cinsel saldırılar, tıbbi müdahaleler karşısında da söz konusu olmaktadır. AİHM tarafından Sözleşme'nin 8. maddesinde korunan fiziksel ve psikolojik bütünlüğe yönelik ihlallerde, Sözleşme'nin 3. maddesinde aranan fiziksel ve psikolojik şiddetin "asgari bir şiddet düzeyine" ulaşma kıstası aranmadığından

fiziksel ve psikolojik bütünlük konusunda 8. maddenin daha geniş çerçevede koruma sağladığı sonucuna ulaşılabilir. 2003 yılından bu yana Sözleşme'nin 3. ve 8. maddelerini sıklıkla birlikte uygulayan Mahkeme, devletin bireylerin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün ihlal edilmesine karşı kişileri hem kendi eylemlerinden hem de üçüncü kişilerin eylemlerinden koruma yönünde pozitif yükümlülükleri olduğunu belirtmektedir. Devletin bireyleri üçüncü kişilerin eylemlerinden koruması etkili yasa çıkarma, yargılama, yaptırım uygulama yahut denetim ve kontrol tedbirleri almasıyla mümkün olmaktadır. Lakin fiziksel ve psikolojik bütünlüğün korunmasında devletin pozitif yükümlülüğü, en yoğun şekilde etkili soruşturma yapmadığı durumlarda söz konusu olmaktadır.

Kişinin itibarının ve aynı zamanda mahremiyet hakkının korunmasında devletin özel hayatın gizliliğini sağlamaya ilişkin pozitif yükümlülükleri genellikle basın-yayın organlarının faaliyetleri sebebiyle gündeme gelmektedir. Özel basın kuruluşları tarafından bireylerin kişisel itibarlarının sarsılması durumunda taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerinin ihlali bireylerin özel hayatlarının gizliliğini üçüncü kişilere karşı korumak üzere gerekli tedbirleri almadığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Devlet eliyle işletilen basın kuruluşlarının faaliyetlerinden ise doğrudan sorumlu olup, yetkili organlarının eylemi negatif yükümlülüğü kapsamında bir müdahale olarak nitelendirilir.

Kişisel verilerin korunması teknolojik imkanların artması ve bu imkanların bazı kişiler tarafından kötü niyetli kullanılması sonucu tehlikeye düşmüş ve bu verilerin güvenliğini sağlama konusunda devletin pozitif yükümlülükleri daha çok önem kazanmıştır. Bu bağlamda gizli denetim ve veri toplama söz konusu olduğunda yasanın öngörülebilirliği mutlak surette aranmaktadır. Bu nedenle kişisel bilgi ve verilere müdahaleye imkan veren yasalar yeterince açık, kesin ve erişilebilir olmalı, ayrıca yasanın kötüye kullanılmasına karşı yeterli ve etkili garantiler içermeli özetle yasa kaliteli olmalıdır. Üçüncü kişilerin kişisel verilerin korunması alanına müdahalesi söz konusu olduğunda ise devletin öncelikli olarak usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği dikkate alınmaktadır.

Aile hayatına etkili saygı hakkı bakımından devletin pozitif yükümlülükleri; aile içi şiddetten koruma, çocukların koruma altına alınması, gayrisahih nesepli

çocuklar ile ebeveynleri arasındaki aile bağının hukuken tanınması, çocukların aileleri ile biraraya getirilmesi, boşanma, göç kararlarının yabancı aile üyelerini kapsamaması ve azınlıklara geleneksel yaşam tarzlarının sağlanmasına ilişkin olarak söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda aile hayatına saygı hakkı devlete temel olarak aile bağlarını hukuken tanımak, aile üyelerinin biraraya getirilmesini sağlamak ve aile hayatını ve çocukları korumak için harekete geçme yükümlülüğü yüklemektedir.

Çocuklar korunmaya en muhtaç kişilerden olduğundan devlet çocukların menfaatinin korunması söz konusu olduğunda pozitif yükümlülüklerini daha hassas ve titiz şekilde yerine getirmelidir. Örneğin, çocuklar hakkında verilen tedbir ve koruma kararları geçici önlemler olduğundan, ebeveyn ve çocuğun bir araya getirilmesine ilişkin şartlar oluştuğunda yetkili makamlar tarafından gereğinin ivedilikle sağlanması gerekmektedir.

Devletin çocukları ve kadını aile içi şiddetten korumak amacıyla somut ve olumlu adım atıp, etkili yargısal ve idari güvenceler geliştirmesi ve bunları efektif şekilde kullanması gerekmektedir.

Uluslararası çocuk kaçırma vakalarında çocuğun annesine ya da babasına iadesine ilişkin yargı kararlarının icrasında yetkililerin aldığı tedbirlerin yetersizliği, ulusal makamların çocuğun iadesi konusunda süratli ve etkili bir çaba sarfetmekte başarısız olmaları, başvurana pratik ve etkili bir koruma sağlayan herhangi bir alternatif yol sunulmaması gibi sebeplerle devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği görülmektedir. Bu bağlamda 8. madde kapsamında aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde devletin usule ilişkin pozitif yükümlülüklerinin yargısal süreçlerin ivedi şekilde, açık ve adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerine uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

8. maddede aile hayatı korunmuş olsa da göç kararlarının yabancı aile üyelerini kapsamaması söz konusu olduğunda devletin egemen yetkisi sonucu takdir marjı geniş olduğundan birey menfaati ile kamu menfaatinin karşı karşıya geldiği bu durumlarda kamu menfaatinin gözetildiği açıktır. Fakat ailenin üyelerinin birleşmesi amacıyla bir aile üyesinin ülkeye giriş yapmasına izin vermek, pozitif yükümlülükleri sonucu devletten beklenen edimlerdenidir. Ayrıca çocuklar ailelerinin bakımına ihtiyaç duyduklarından bu gibi durumlarda çocukların ailesiyle

birleşimi yönündeki menfaatinin kamunun menfaatine üstün tutulması gerekmektedir.

AIHM'in özel hayatın ve aile hayatının korunması konusunda devletin pozitif yükümlülüğüne işaret ettiği kararları incelendiğinde bazı sorunlu hususlar tespit edilmiştir. İctihatlardaki tartışmalı hususların genelde ortak bir Avrupa konsensüsünün olmadığı gerekçesiyle AIHM'in taraf devletlere geniş takdir marjı tanıdığı konularla ilgili olduğu görülmektedir. Örneğin Mahkeme, azınlıkların korunması konusunda kesin bir tavırla devletin pozitif yükümlülüğünü kabul etmekle birlikte, bu korumayı sağlamakta pasif davranmaktadır. Kanımızca Mahkeme'nin azınlıkların geleneksel yaşam tarzlarının taraf devletlerce sağlanması hususunda pozitif yükümlülük teşhisleri yerinde olmakla birlikte edilgen tavrının sebebi ülkelerin konsensüs sağlayamadığı azınlık meselelerinin her ülkenin politik konjüktürü çerçevesinde çözülmesi beklentisidir.

Konutun özel kişilere karşı korunması söz konusu olduğunda devletin hem esasa hem de usule ilişkin pozitif yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Konuta saygı hakkının korunmasına yönelik olarak hakka yönelen müdahaleleri önleme yükümlülüğü devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülüğü olup, gerçekleşen hak ihlallerini etkili soruşturma ve yaptırıma bağlama yükümlülüğü ise usule ilişkin pozitif yükümlülüğüdür.

Konuta saygı hakkı kapsamında çevrenin korunması söz konusu olduğunda devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali en yoğun şekilde özel kişilerin devlet tarafından izin verilmiş faaliyetleri dolayısıyla söz konusu olmaktadır. Özel kişiler tarafından yürütülen bu faaliyetlerin mevzuatı ihlal ettiği durumlarda devlet yetkili mercilerinin bu faaliyete son vermek için derhal harekete geçmesini yahut faaliyetin mevzuata uygun hale getirilmesini sağlamakla yükümlüdür. Aynı zamanda bu faaliyetlerin olumsuz etkilerine ilişkin risk taşıyan bireyler söz konusu ise bu hususta bilgilendirilmeleri ve mağduriyetlerinin giderilmesi devletin pozitif yükümlülüklerindendir.

Doğrudan devlet eliyle işletilen işletmelerden kaynaklanan kirlilik, gürültü gibi çevrenin korunmasına etki eden durumlarda devletin pozitif yükümlülüğü bizatihi 8. madde kapsamında doğmaktadır. Bu durumda devletin gerekli korumayı sağlamada pozitif yükümlülüğü sadece tedbir almakla sınırlanamaz. Aynı zamanda

devletin konuta saygı hakkı kapsamında bu faaliyeti yürütmekten de bizzat sorumluluğu doğacaktır.

Haberleşmeye saygı hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerinin söz konusu olduğu birçok dava mahpusların haberleşmesine getirilen sınırlamalara ilişkindir. Bu hak ile engel olunmaksızın ve sansür edilmeksizin diğer bireylerle iletişim kurma hukuksal menfaati korunduğundan, bu kapsamda pozitif yükümlülükler de öncelikle devletin haberleşmenin önündeki engelleri kaldırmasına yöneliktir. Haberleşmeye saygı hakkının yerine getirilmesi hususunda mahpusa haberleşme imkanlarını sunma hususunda maddi kaynak yokluğu makul bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir. Bu sebeple mahpusların infaz sürecinde dış dünya ile ilişki kurup toplumla yeniden bütünleşmesini kolaylaştıracak asgari bir düzeyde iletişim imkanı sağlama konusunda devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir.

AİHS'e taraf devlet olarak Türkiye'nin pozitif yükümlülüklerinin anayasal temelleri 1961 Anayasası'nın 10. madde ikinci fıkrası ve 1982 Anayasası'nın 5. maddesidir. Her iki hükmün de insan haklarını koruma konusunda devlete yükümlülük yüklediği açıktır. 1982 Anayasası'nın hem 5. maddesinde hem de maddenin gerekçesinde vurgulandığı üzere, devletin insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma doğrultusundaki temel amaç ve görevi esasında insan onurunun korunmasına hizmet etmektedir. Bu bağlamda özel hayatın gizliliğinin korunması da temelde insanın manevi varlığının mihenk taşı olan insan onurunun korunması amacına dayanmaktadır. Nihayetinde Anayasa'nın 5. maddesinde düzenlenen manevi varlığın gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin kişilerin özel hayatının gizliliğini koruma yönünde pozitif yükümlülüklerinin de hukuki temelini teşkil etmektedir.

AİHS çerçevesinde taraf devletin yasama, yürütme ve yargı erki düzeyinde pozitif yükümlülükleri değerlendirildiğinde öncelikli ve en büyük sorumluluğun, Sözleşme'ye taraf devletin yargı organlarına ait olduğu görülmektedir. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında güvenceye bağlanan hakların korunmasında pozitif hukuk düzenlemelerinin önemi büyük olsa da en etkili korumanın bağımsız yargı organları tarafından sağlanacağı şüphe götürmemektedir.

Pozitif yükümlölük doktrini yasa koyucunun hareketsizliğinin bir başka ifadeyle ihmalinin yaptırma bağlanması mümkün olan insan hakları ihlali oluşturduğunu da ortaya koyduğundan, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde hukuki boşluğun olması da ihlal oluşturabilir. Nitekim yasama organından beklenen hakkın korunmasının ilk basamağını oluşturan hukuki düzenleme yapma görevini yerine getirmek suretiyle devletin tanıma yükümlölüğünü sağlamaktır.

Yürütme erkinin yükümlölüğü genel olarak AIHS'e aykırı söz konusu iş ya da eylemin ortadan kaldırılmasını sağlamaktır. Öte yandan hakkın sağlanması için idari makamlar tarafından koruyucu tedbirlerin alınması gerektiği durumlarda bu tedbirleri almayarak, hakkın ihlalini önlememek de devletin pozitif yükümlölüğünü yerine getirmemesi sebebiyle hakkın ihlaline yol açabilir. Örneğin, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında aile hayatına saygıyı sağlamak için aileyi koruyucu tedbirlerde bulunmuyorsa da ya da çocuğun üstün menfaatini gözeten uygulamalara imkan vermiyorsa devlet özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı konusunda pozitif yükümlölüklerini yerine getirmemiş olur. Neticede devlet çatısı altındaki organların her birinin iş ve eyleminden kümülatif şekilde sorumludur.

Devlet üç erk bazında özel hayatı ve aile hayatını korumada siyasal, sosyal ve ekonomik tüm engelleri kaldırmakla yükümlü olmakla birlikte siyasal engellerin sosyal ve ekonomik engellerden daha öncelikli olarak aşılması gerekmektedir. Nitekim yasama erkinin işlemlerinin güçlendirici ve geliştirici siyasi politikalarla desteklenmediği ya da bireylerin haklarını özgürce kullanmalarını sağlayacak ortamın kurulmadığı durumlarda hak ve özgürlüklerin etkili olmaları mümkün değildir.

Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünün düzenlendiği 11. maddesi uyarınca Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Buna göre Anayasa hükümlerinin bireyler arası ilişkilerde de geçerli oldukları tartışmasızdır. Dolayısıyla devletler kendi yetkili organlarının eylemlerinin neden olduğu ihlaller kadar, kişiler arasında meydana gelebilecek hak ihlallerine karşı da koruma yükümlölüğü altındadır. Fakat klasik haklar bakımından devletin sadece negatif yükümlölüğünün olduğu yönündeki genel kanıyı değiştirmek ve devletin

hakları koruma konusundaki etkinliğini sağlamak bakımından klasik hakların düzenlendiği bölümde devletin pozitif yükümlülüğünün ayrı bir maddede düzenlenmesi kanaatindeyiz. Nitekim pozitif yükümlülüklerin bu şekilde anayasal bir güvenceye kavuşmasının klasik hakların korunma seviyesini arttıracaklarını düşünmekteyiz. Bu bağlamda çalışmamızda devletin, klasik hakları daha kapsayıcı şekilde koruması amacıyla ve yargı organlarının denetiminde esas alınması üzere devletin pozitif yükümlülüğüne ilişkin anayasal bir düzenleme önerisi sunmaktayız. Bu düzenlemede de Anayasa’da devletin hakları üçüncü kişilerin eylemlerinden koruma yükümlülüğünün de altının çizilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Önemle belirtmek gerekir ki hakların yalnızca pozitif hukuk metinlerinde düzenlenerek hayata geçmesi mümkün değildir. Hakkın yasal güvenceye bağlanması bireylerin bu haktan yararlanabilmesinin ilk aşamasını oluşturmakta ise de her hakkın hayata tutunabilmesi için etkili korunması şarttır. Yani uygulamada etkili korunmayan hak salt şeklen, sözde ve göstermelik korunmuş olmaktadır. Hakların hayata geçmesi, devletin hem esasa hem de usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesiyle mümkün olur. Bu anlamda esasa ve usule ilişkin yükümlülükler, devletin özel hayatı ve aile hayatını koruma köprüsünü ayakta tutan iki ayağı teşkil eder. Dolayısıyla devlet özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin etkin hukuk düzeni kurmak, tedbir almak, bu kapsamda korunan haklara müdahale edildiğinde ise etkili soruşturmak, kovuşturmak ve yaptırım uygulamakla yükümlüdür.

Sonuç olarak, hakları koruma kalkanı olarak nitelendirdiğimiz pozitif yükümlülük doktrini uygulamada hakların daha etraflıca korunmasının önünü açan bir nitelik arz etmektedir. Bu bağlamda pozitif yükümlülüklerin devletin insan haklarını koruma yelpazesini genişlettiği aynı zamanda da bu korumayı kapsatıcı ve kuşatıcı niteliğe bürüdüğü görülmektedir. Fakat devlete gerçekleştirilmesi imkansız yahut bireylerin kendi alacakları önlemlerle haklarını koruyabilecekleri durumlarda pozitif yükümlülükler yüklemek bu doktrinin içini boşaltır. Bununla birlikte özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının koruma çemberini zedeler. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının koruma çemberinin güçlendirilmesi için uygulamada yargı mercileri tarafından her somut olay nazarında ayrıntılı şekilde devletin pozitif yükümlülüklerinin belirlenmesi yoluna

gidilmesi gerekmektedir. Hukuki belirliliğin de sağlanmasına da hizmet edecek bu beklenti aynı zamanda devletin özel hayatı ve aile hayatını koruma doğrultusunda sorumluluk bilincini ve geleneğini de güçlendirecektir. Bu sayede özel hayat ve aile hayatı sadece teoride değil pratikte de etkin şekilde korunmuş olacaktır.



KAYNAKÇA

ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert; The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, Second Edition, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2008.

AKANDJI KOMBE, Jean François; Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbooks, No. 7, Council of Europe, Belgium, 2008.

AKAD, Mehmet; Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1984.

AKILLIOĞLU, Tekin; İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemi, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No. 17, Ankara, 1995.

AKILLIOĞLU, Tekin; “1982 Anayasasında Temel Hakların Genel Kuralları”, İnsan Hakları Yıllığı, C. V-VI, TODAİE, Ankara, 1984, s. 50-66. (Kısaltma: Temel Haklar).

AKILLIOĞLU, Tekin; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XLIV, S. 3, 1989, s. 155-173. (Kısaltma: AİHS).

AKIN, İlhan F; Kamu Hukuku, 4. Bası, Üçdal Neşriyat, İstanbul, ty.

AKINCI, Müslüm; Normatif Düzen Kalitesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, 2012, s. 187-213.

AKKURT, Kemal; “AİHM Kararları Işığında Kimlik ve İnsan Hakları, Türkiye’de İnsan Hakları Danışma Kurulu Tecrübesi”, Ankara Barosu Dergisi , Y. 68, S. 1, 2010, s. 237-251.

AKTAN, Coşkun Can; “Klasik Liberalizm, Neo-Liberalizm ve Libertarianizm, Amme İdaresi Dergisi, C. XXVIII, S. 1, 1995, s. 3-32.

ALVES, Loic/GAWRONSKI, Silvia Anna/STUPAK, Marcin; “The positive obligation of states to provide security under the ECHR, the Charter, and the Polish Constitution”, European Constitutionalism Seminar, 10-12 May 2010, s. 1-24.

ALGAN, Bülent; Ekonomik, sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz; Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- ALTINSOY, Bülent; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mahkumların Özel Hayatı”, TBB Dergisi, S. 115, 2014, s. 37-60.
- ALTIPARMAK, Kerem/KARAHANOGULLARI, Onur; “Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasa’nın Zımnen İptali”, İnsan Hakları Yıllığı, C. XIX-XX, TODAİE, Ankara, 1997-1998, s. 215-223.
- ALTUNDİŞ, Mehmet; Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasama Dergisi, S. 10, 2008, s. 61-94.
- ANAYURT, Ömer, “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, Türkiye’de İnsan Hakları, (Ed. Oya Çitçi) TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara, 2000, s. 47-59.
- ANAYURT, Ömer; Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004. (Kısaltma: Kişisel Başvuru).
- ANDRIANTSIMBAZONIVA, Joel; “İHAM’da Yorum Yöntemleri ve İHAS ve İHAM Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemindeki Yeri”, (Der. Teoman Ergül), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s. 25-52.
- ARAI, Yutaka; “The System of Restrictions”, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, (Eds. Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Oxford, 2006, s. 333-350. (Kısaltma: Restrictions)
- ARAI TAKAHASHI, Yutaka; The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2002.
- ARDEN, Dame Mary; “Proportionality: The Way Ahead?”, Public Law, Issue 3 July 2013, s. 498-518.
- ARSLAN, Zühtü; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVII, 2000, s. 274-293 (Kısaltma: Uyum Sorunu).

ARSLAN, Zühtü; “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XIX, 2002, s. 139-155. (Kısaltma: Anayasa’nın 13. Maddesi)

ARSLAN ÖNCÜ, Gülay; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

ARSLAN ÖNCÜ, Gülay; “Avrupa İnsan Hakları Sisteminde Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Araçları”, MHB, Y. 32, S. 2, 2012, s. 1-37. (Kısaltma: Aile İçi Şiddet).

ATALAY, Esra; “Yargısal Temel Haklar”, Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, DEÜHF Yayını, İzmir 1997, s. 437-454.

ATAK, Songül; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Kararlarında Yabancıların Aile Yaşamı Hakkı”, EÜHFD, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 105-127.

ATAK, Songül; “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 90-120. (Kısaltma: Kişisel Veriler).

ATAKAN, Arda; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XVI, S. 3-4, 2010, s. 29-36.

AYBAY, Rona; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol”, TBB Dergisi, S. 88, 2010, s. 225-260.

AYHAN, Taha; “Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararları Işığında AB İdare Hukuku’nda Genel Düzenleyici İşlemlerde Hukuk Güvenliği İlkesi” Amme İdaresi Dergisi, C. LIII, S. 3 Eylül 2010, s. 153-186.

AYHAN, Taha; “The Principle of Legal Certainty in EU Case Law”, TODAIE’s Review of Public Administration, Vol. 4, No 3, September 2010, s. 149-183. (Kısaltma: Legal Certainty).

AYDIN, Hüseyin; “Anayasa Mahkemesi Kararları Bağlamında AİHM İhlal Kararının, Siyasi Parti Kapatma Davalarında Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olması”, Yasama Dergisi, S. 11, 2009, s. 50-75.

BADUR, Emel; “Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler”, TBB Dergisi, S. 84, 2009, s. 63-92.

BAHÇECİ, Barış; “Özel Hayata Saygı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları İle”, Erdoğan Teziç’e Armağan, 2007, s. 515-537.

BAKIM, Sevi; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XIX, S. 2, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 919-951.

BAKIRCI, Hasan; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Üye Devletlerin Sözleşmeden Kaynaklanan Pozitif Yükümlülükleri”, 50. yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum (Ed. Ahmet Taşkın), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları No. 7, Ankara, 2009, s. 31-39.

BARAK, Aharon; “Constitutional Human Rights and Private Law”, Human Rights in Private Law , (Eds. Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez), Hart Publishing, Oxford, 2001, s. 13-42.

BARAK, Aharon; Human Dignity, Cambridge University Press, Cambridge, 2015. (Kısaltma: Human Dignity).

BATES, Ed; The Evolution of the European Convention on Human Rights, From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights, Oxford University Press, New York, 2010.

BATUM, Sühely; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul, 1993. (Kısaltma: AİHS).

BATUM, Sühely; 99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa, 2. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2010.

BEIJER, Malu; “Active Guidance of Fundamental Rights Protection by the Court of Justice of the European Union: Exploring the Possibilities of a Positive Obligations Doctrine”, Review of European Administrative Law 2015-2, s. 127-150.

BELLING, Detlev W./İNCE , Nurten; “Horizontal Effect of Fundamental Rights in Turkish-German Private Law (Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi)”, Legal Hukuk Dergisi, (Çev. Nurten İnce), C. XII, S. 137, 2014, s. 3-58.

BENVENISTI, Eyal; “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, International Law and Politics, Vol. 31, 1999, s. 843-854.

- BIELEFELDT, Heiner; “Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik”, (Çev. Yüksel Metin), Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, 2. Bası, Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 271-291.
- BİLGE, Burak; “Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. V, S. 2, 2014, s. 367-406.
- BIÇAK, Vahit; “Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.XVII, 2000, s. 87-114.
- BORELLI, Silvia; “Positive Obligations of States and the Protection of Human Rights”, Interights Bulletin, Vol. 15, No. 3, 2006, s. 101-103.
- BOYAR, Oya; “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 53-80.
- BOYAR, Oya; “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 97-135. (Kısaltma: Olağanüstü Yönetim).
- BREMS, Eva; “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights”, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1996, s. 240-314.
- BULUT, Nihat; “Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LII, S. 2, 2003, s. 173-197. (Kısaltma: Küreselleşme).
- BULUT, Nihat; Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- BURBERGS, Maris; “How the Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in Which New Rights Are Born”, Shaping Rights in the ECHR-The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights, (Eds. E. Brems, J. Gerards), Cambridge University Press, New York, 2014, s. 315-329.

BUSARDO, Francesco Paolo/CIANCOLINI, Giorgia/ VERGALLO, Montanari Gianluca/MARINELLI, Enrico/ CIALLELLA, Constantino/ZAAMI, Simona/FRATI, Paola; “Legal Aspects of Transsexualism: the Italian Scenario in Comparison with Other European Countries”, Vol. 2, No. 4, Prevention and Research Scientific, 2013, s.155-160.

BUYSE, Antoine; “Strings Attached: The Concept of ‘Home’ in the Case Law of the European Court of Human Rights”, European Human Rights Law Review, No. 3, 2006, s. 294-307.

CAN, Osman; “Hukuk Devleti ve Anayasa Yargısı”, Hukuk Devleti, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C. I, Ankara, 06-10 Ocak 2004, s. 342-344.

CAN, Osman; “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, AÜEHFD, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 89-125. (Kısaltma: Belirlilik İlkesi).

CAMPBELL, A. I. L.; “Positive Obligations under the ECHR: Deprivation of Liberty by Private Actors”, The Edinburgh Law Review, Vol. 10, 2006, s. 399-412.

CENGİZ, Serkan/DEMİRAĞ, Fahrettin/ERGÜL, Teoman/McBRIDE, Jeremy/TEZCAN, Durmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matbaa, Ankara 2008.

CHRISTOFFERSEN, Jonas; Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.

CLAPHAM, Andrew; Human Rights Obligations of Non-State Actors, Oxford University Press, New York, 2006.

CLAPHAM, Andrew; “The Drittwirkung of the Convention”, The European System for The Protection of Human Rights, (Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 163-206. (Kısaltma: Drittwirkung).

CLEMENTS, Luke; European Human Rights Taking A Case Under The Convention, Sweet&Maxwell, London, 1994.

COOK, Rebecca J; “State Responsibility for Violations of Women’s Human Rights”, Harvard Human Rights Journal, Vol. 7, 1994, s. 125-175.

COOPER, Jonathan; “Özel ve Ailevi Yaşama Saygı Hakkı (İHAS m. 8)”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s. 117-131.

ÇAĞLAR, Selda; Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

ÇAĞLAR, Selda; “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi”, Hukuk Güvenliği, (Haz. Ece Göztepe), Kamu Hukukçuları Platformu 8-9 Kasım 2013, TBB Yayınları, Ankara, 2013, s. 25-140 (Kısaltma: Hukuk Güvenliği)

ÇAĞLAYAN, Ramazan; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi”, EÜHFD, C. II, S. 1, 1998, s. 41-54.

ÇAVUŞOĞLU, Naz; Anayasa Notları, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997.

ÇAVUŞOĞLU, Naz; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku’nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1994.

ÇAVUŞOĞLU, Naz; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni “Yaşayan Belge” Yapan Yorum Teknikleri”, İnsan Hakları Yıllığı, C. XIV, TODAİE, Ankara, 1992, s. 131-146. (Kısaltma: Yaşayan Belge).

ÇAVUŞOĞLU, Naz; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması Türkiye Kararları, Su Yayınları, İstanbul, 2003. (Türkiye Kararları).

ÇEÇEN, Anıl; “Demokrasi ve İnsan Hakları”, İnsan Hakları Yıllığı, C. V-VI, S. 5-6, TODAİE, Ankara, 1984, s. 67-97.

ÇOBAN, Ali Rıza; “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, AÜHFD, C. LVII, S. 3, 2008, s. 187-223.

ÇÜÇEN, A. Kadir; İnsan Hakları, Marmara Kitap Merkezi Yayınları, Bursa, 2011.

DAHL, Robert A., Demokrasi ve Eleştirileri, (Çev. Levent Köker), Ankara, 1996.

DAVIES, Dominic; “Cinsel Yönelim”, (Çev. Gökçe Elif Sarıdoğan), s. 1-6, (http://www.pinktherapy.com/portals/0/downloadables/Translations/TUR_SexuaIOrientation.pdf, E.T. 17.07.2016).

DELMAS MARTY, Mireille; “A ‘Reasoned’ Conception of the Reason of State”, The European Convention for The Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions, (Eds. Mireilleboston Delmas Marty, Christine Chodkiewicz), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1992, s. 281-282.

DEMİR, Fevzi; Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir, 2009.

DIJK, Peter Van; “Positive Obligations Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the ‘Masters’ of the Convention?”, The Role of the Nation-State in the 21. Century, (Eds. M. Castermans-Holleman, F. Van Hoof, J. Smith), Kluwer Law International, Boston, 1998, s. 17-33.

DIJK, Peter Van/ HOOFF, G. J. H. Van; Theory and The Practice of the European Convention on Human Rights, Third Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1998.

DIJK, Van; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin Bireysel Şikayet Hakkını Kabul Etmesi, (Çev. Dr. Ömer Madra), Bilar Yayınları, Ankara, 1989.

DİNÇ, Güney; “Özel Hayatın Korunması”, İnsan Hakları, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2006, s. 8-65.

DİNÇ, Güney; “Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam”, Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı-Konut-Haberleşme ve Kişisel Verilerin Korunması)” Paneli, TBB Yayınları No. 154, Ankara, 2008, s. 14-54. (Kısaltma: Uluslararası Belgeler).

DOĞAN, İlyas; İnsan Hakları Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015. (Kısaltma, İnsan Hakları).

DOĞAN, Recep; “Kadının Şiddete Karşı Korunmasında Devletin Özen Yükümlülüğü ve Uluslararası Standartlar”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2006, s. 91-121. (Kısaltma: Özen Yükümlülüğü).

DOĞAN, Naci; “Anayasal Düzenleme, Demokrasi ve İnsan Hakları Uygulamalarında Sistem Yozlaşması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi C. VII, S. 3, 2005, s. 1-29. (Kısaltma: Anayasal Düzenleme)

DOĞAN, Yusuf Hakkı; “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, Makaleler ve Seminer Notları, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Bilgi Bankası, Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, Mart 2005, s. 1-11.

DOĞRU, Osman; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü”, TBB Dergisi, S. 64, 2006, s. 39-69. (Kısaltma: Örgütlenme Özgürlükleri).

DOĞRU, Osman; “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları”, C. I, T.C. Adâlet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2003.

DOĞRU, Osman; “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVII, 2000, s. 194-225. (Kısaltma: İç Hukuklara Etki)

DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. II, Avrupa Konseyi/Yargıtay, Ankara, 2013.

DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

DOĞRU, Osman; “Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde Pozitif Yükümlülükler”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2007, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No. 4, Ankara, 2008, s. 193-210. (http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105217.pdf, E. T. 20 Nisan 2009), (Kısaltma: Devletin Sorumluluğu).

DONNELLY, Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, (Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut) Yetkin Yayınevi, Ankara, 1995.

DÖNER, Ayhan/KÖKÜSARI, İsmail; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olup Olmayacağı Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, S. 1-2, 2008, s. 663-686.

DRZEMCZEWSKI, A.; “The European Human Rights Convention and Relations Between Private Parties”, Netherlands International Law Review, V. XXVI, Issue 2, 1979, s. 163-181.

DROGE, Cordula; Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin, Springer Verlag, 2003.

DUFFY, Helen; “Towards Global Responsibility for Human Rights Protection: A Sketch of International Legal Developments”, Interights Bulletin, Vol. 15, No 3, 2006, s. 104-108.

DUTERTRE, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007.

DUYMAZ, Erkan; “Çocuk Haklarına San Jose'den Bir Bakış: Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çocuğun Korunması ve Çocuk Hakları”, sosyal Adalet İçin İnsan Hakları, Sosyal Haklar, TODAİE Yayınları, Ankara, 2014, s. 133-152.

DÜNDAR SEZER, Tijen; “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesinde ve Eşit Hakların Sağlanmasında Devletlerin Olumlu Yükümlülükleri”, Uluslararası Multidisipliner Kadın Kongresi, Bildiri Özeti Kitabı, 13-16 Ekim 2009, Bildiri Kitabı, C.2, İzmir, 2010, s. 765-778.

DÜNDAR SEZER, Tijen; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Dernek Kurma Özgürlüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2004. (Kısaltma: AİHS).

DÜNDAR SEZER, Tijen; Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin R.K.B/Türkiye Kararı ve Kararda Benimsenen Görüşlerin Olası Etkileri, Anayasa Hukuku Dergisi, C. II, S. 4, 2013, s. 401-432. (Kısaltma: R.K.B/Türkiye).

EISSEN, Marc-André; “The Principle of Proportionality in the Case- law of the European Court of Human Rights”, The European System for The Protection of Human Rights, (Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 125-146.

ERDEM, Mustafa Ruhan/KORKMAZ, Ömer; “Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. V, S. 2, 2003, s. 182-212.

ENGLE, Eric; “Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)”, European Law, Europarecht, Hanse Law Review, Vol. 5, No. 2, 2009, s. 165-173.

ERDOĞAN, Mustafa; Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1996.

ERDOĞAN, Mustafa; İnsan Hakları, Matus Yayıncılık, Ankara, 2006. (Kısaltma: İnsan Hakları)

ERDOĞAN, Mustafa; İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 3. Baskı, Orion Yayınları, Ankara, 2012. (Kısaltma: İnsan Hakları Teorisi).

EREN, Abdurrahman; Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Turhan Kitabevi, 2007.

ERGENE, Deniz; “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun’da Değişiklik Önerisi”, MHB, Y. 31, S. 2, 2011, s. 123-176.

ERGÜL, Ozan; “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. I, Ankara, 2013, s. 435-487.

ERGÜL, Ergin; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Yolunun Anatomisi, 2015, (<https://books.google.com.tr/books?id=>, E. T. 25.10.2016).

ERTÜRK, Yakın; UN Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences on the Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence against Women*, 20 January 2016, s. 1-25, (<http://www.refworld.org/docid/45377afb0.html>, E. T. 5 Ocak 2016).

FABRE, Cécile; “Constitutionalising Social Rights”, The Journal of Political Philosophy: Vol. 6, No. 3, 1998, s. 263-284.

FARRIOR, Stephanie; The Due Diligence Standart and Violence Against Women, *Interrights Bulletin*, Vol. 14, No. 4, 2004, s. 150-151.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm’ veya ‘Destek Ölçü Norm’ Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVII, Ankara, 2000, s. 363-385.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, TAAD, Y. 7, S. 5, Şubat 2016, s. 1-19. (Kısaltma: AİHM).

FERNANDEZ SANCHEZ, Pablo Antonio; “The Scope of Obligations under the European Convention on Human Rights (Art. 1)”, Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights, (Eds. Javier Garcia Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2012, s.

27-40.

FREDMAN, Sandra; "Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties", Oxford Legal Studies Research Paper No. 38/2006 , Public Law, 2006, s. 498-520.

FROWEIN, Jochen Abr.; "The Interaction Between National Protection of Human Rights and the EctHR", The European Court of Human Possible Solutions Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions (Ed. Rüdiger Wolfrum, Ulrike Deutsch), International Workshop Heidelberg, December 17–18 2007, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009, s. 51-54.

FURA, Elisabeth; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında Aile İçi Şiddet", 50. yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum (Ed. Ahmet Taşkın), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları No. 7, Ankara, 2009, s. 72-79.

GARCIA ROCA, Javier; "The Preamble, The Convention's Hermeneutic Context:a Constitutional Instrument of European Public Order", , Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights, (Eds. Javier Garcia Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2012, s. 1-25.

GEMALMAZ, M. Semih; Devlet, Birey ve Özgürlük, Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayınevi İstanbul, s. 2012. (Kısaltma: Devlet).

GEMALMAZ, M. Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012. (Kısaltma: Genel Teori)

GEMALMAZ, Burak; Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.

GERARDS, Janneke; "How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights", International Journal Of Constitutional Law International Journal Of Constitutional Law, Oxford University Press, I.CON, Vol. 11 No. 2, 2013, s. 466-490.

GERARDS, Janneke/SENDEN, Hanneke; "The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights, I.CON, Vol. 7, October 2009, s. 619-653.

GIRARD, Philip; “The Protection of the Rights of Homosexuals Under the International Law of Human Rights: European Perspectives”, Osgoode Hall Law School of York University, Legal Studies Research Paper Series, Vol. 10, Issue. 11, 2014, s. 3-24.

GLAS, Liza R.; The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System, Intersentia Publishing, Cambridge, 2016.

GOLDSCHIED, Julie/LIEBOWITZ, Debra J; “Due Diligence and Gender Violence: Parsing its Power and its Perils”, Vol. 48 (2), Cornell International Law Journal, 2015, s. 301-345.

GOLSONG, Heribert; “Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?”, The European System for The Protection of Human Rights, Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 147-162.

GÓMEZ-AROSTEGUI, H. Thomas; “Defining “Private Life” Under Article 8 of the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations of Privacy and Personal Choice”, (https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/20116/HTGA_Thesis.pdf?sequence=1, E.T.05.09.2017_), s. 1-40.

GOMIEN, Donna: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı, (Çev. Serkan Cengiz, Utku Kılınç), İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2008.

GÖÇER, M., Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin Olumlu (Pozitif) Yükümü”, Polis Dergisi, Sayı: 37, Ekim-Kasım-Aralık 2003, s. 2-6. (Kısaltma: Pozitif Yüküm)

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XLIX, S. 1, 1994, s. 199-234. (Kısaltma: Adil Yargılama).

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında “Demokratik Toplum” Ölçütü”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2005, s. 111-122. (Kısaltma: Demokratik Toplum).

GÖREN, Zafer; “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere Etkisi)”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu-I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 3-33. (Kısaltma: Özel Hukuk Düzeni)

GÖREN, Zafer; Türk Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. IX, 1992, s. 165-184. (Kısaltma: Türk-Alman Hukuku).

GÖREN, Zafer; “Genel Olarak Kota ve Kota Modelleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVI, 1999, s. 381-413. (Kısaltma: Kota).

GÖREN, Zafer; Anayasa Hukukuna Giriş, Barış Yayınları, İzmir, 1997.

GÖREN, Zafer; Temel Hak Genel Teorisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000. (Kısaltma: Temel Hak Genel Teorisi).

GÖZLER, Kemal; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2015. (Kısaltma: Türk Anayasa Hukuku).

GÖZLER, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2014. (Kısaltma: Genel Esaslar).

GÖZLER, Kemal; “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu”, Türkiye’de İnsan Hakları, Ankara, TODAİE Yayını, 2000, s. 25-46. (İnsan Hakları).

GÖZLER, Kemal; “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2001, s. 53-67. (Kısaltma: Anayasa Değişikliği).

GÖZLÜGÖL, Said Vakkas; Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

GÜL, İdil Işıl; “Yasamanın İnsan Haklarına İlişkin Yükümlülükleri”, Afyonkarahisar, 9 Kasım 2012, s. 2, (<http://engelli.eyh.gov.tr/sozlesme/dosyalar/>)

sunumlar/afyon_yasama/idil_isil_gul_yasamanin_insan_haklari_sozlesmelerine_iliskin_yukumlulukleri.pptx, E. T. 25.10.2016).

GREER, Steven; The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 1997. (Kısaltma: The Exceptions)

GREER, Steven; “The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights”, Human Rights Files No. 17, Council of Europe Publishing, 2000, s. 1-58. (The Margin of Appreciation).

GREER, Steven; The European Convention on Human Rights, Achievements, Problems and Prospects, Cambridge University Press, Cambridge, 2006. (Kısaltma: The ECHR).

GREER, Steven; “The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation”, UCL Human Rights Review, Vol. 3, 2010, s. 1-14. (Kısaltma: The Interpretation).

GÜLENER, Serdar; Üçüncü Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu, S. 2, Seta Yayınları, İstanbul, 2015.

GÜMÜŞ, Ali Tarık; Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı, Eğitim Kitabevi, Konya, 2010. (Kısaltma: Maddi ve Manevi Varlık).

GÜMÜŞ, Ali Tarık; Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

GÜRİZ, Adnan; “Adalet”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. VII, 1990, s. 13-20.

HACIOĞLU, Burhan Caner; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İhlal Kararının Türk Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Yeni Bir Muhakemenin Yenilenmesi Sebebi Olarak Kabulü ve İzlenecek Muhakeme Usulü Üzerine Bir İnceleme”, AÜEHFD, S. 1-2, C. VIII, 2004, s. 93-113.

HARRIS, D. J./O’BOYLE M./WARBRICK, C. M.; Law of the European Convention on Human Rights, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2009.

HASSELBACHER, Lee; “State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimums of Protection”, Northwestern Journal of International Human Rights, Vol. 8, Issue 2, Spring 2010, s. 190-215.

HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan; “1982 Anayasasına Göre İnsan Hakları Kavramı”, Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. V, S. 7, 2002, s. 53-70.

HEPPLE, Bob; “Positive Obligations to Ensure Equality”, Interights Bulletin, Vol. 15, No 3, 2006, s. 114-116.

HERINGA, Aalt Willem/ZWAAK, Leo; “Right To Respect For Privacy”, Eds. Pieter Van Dijk/Fried Van Hoof/Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, Intersentia, Oxford, 2006, s. 664-750.

HOFSTÖTTER, Bernhard; “European Court of Human Rights: Positive obligations in E. and others v. United Kingdom”, Oxford University Press and New York University School of Law, I.CON, Vol. 2, No. 3, 2004, s. 524-534.

HUBER, Ernst Rudolf; “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, (Çev. Tuğrul Ansay) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVII, S. 3, 1970, s. 27-51.

HIRD Myra J.; “For a Sociology of Transsexualism”, Sociology, Vol. 36, No. 3, August 2002, s. 577-595.

İNCEOĞLU, Sibel; “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Ed. Sibel İncoğlu), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 7-21. (Kısaltma: İHAS).

İNCEOĞLU, Sibel; “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Ed. Sibel İncoğlu), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 23-52. (Kısaltma: Hak ve Özgürlük).

JACOBS, Francis G./WHITE, Robin C. A./OVEY, Clare; The European Convention on Human Rights, Fifth Edition, Oxford University Press, USA, 2010.

JANIS, Mark W./KAY, Richard S./BRADLEY, Anthony, W.; European Human Rights Law Text and Materials, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2008.

JONATHAN, G. Cohen; “Respect for Private and Family Life”, The European System for The Protection of Human Rights, Eds. R. St. J. Macdonald, F.

Matscher, H. Petzold) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 405-444.

KABOĞLU, İbrahim Ö.; Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye, 4. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2007.

KABOĞLU, İbrahim Ö.; “Türkiye’de Hukuk Devletin Gelişimi”, Hukuk Devleti, (Der. Hayrettin Ökçesiz), AFA Yayınları, İstanbul, 1998.

KABOĞLU, İbrahim Ö.; Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, AFA Yayınları, İstanbul, 1993. (Kısaltma: Özgürlükler Hukuku).

KABOĞLU, İbrahim Ö.; “Türkiye’nin Anayasal Düzeni Açısından Hukuk Devleti İlkesi”, Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa, Fazıl Sağlam 65 Yaş Armağanı (Haz. Osman Can, Ülkü Azrak, Yavuz Sabuncu), İmaj Yayınevi, Ankara, 2006, s. 287-302. (Kısaltma: Hukuk Devleti).

KABOĞLU, İbrahim Ö.; “AİHM’in Yorum Yöntemleri”, İnsan Hakları Konferansları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, s. 311-336. (Kısaltma: Yorum Yöntemleri).

KABOĞLU, İbrahim Ö.; “İnsan Hakları Belgeleri ve Koruma Mekanizmaları”, İnsan Hakları Konferansları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, s. 199-232. (Kısaltma: İnsan Hakları Belgeleri).

KABOĞLU, İbrahim Ö.; “Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa’ya Yansıtılması Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XI1, 1994, s. 237-252 (Kısaltma: Hak ve Özgürlükler).

KABOĞLU, İbrahim Ö.; “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. VIII, 1991, s. 291-322. (Kısaltma: Hukukun Genel İlkeleri).

KABOĞLU, İbrahim Ö.; Anayasa Hukuku Dersleri- Genel Esaslar, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012. (Kısaltma: Anayasa Hukuku Dersleri).

KALABALIK, Halil; İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

KAPANİ, Münci; Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

KARABAĞ BULUT, Nil; “Basın Özgürlüğü ile Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı Arasında Kurulacak Olan Dengenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Von Hannover v. Almanya Vakasına İlişkin 24 Haziran 2004 Tarihli Kararı

Işığında Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 1055-1112.

KARABULUT, Mustafa; “Mülkiyet Hakkı”, (Der. Teoman Ergül), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, TBB Yayınları, Ankara, 2006, s. 284-303.

KARAOSMANOĞLU, Fatih; İnsan Hakları, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

KAYAÇAĞLAYAN, Metin; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Hürriyetinin Sınırlanması”, Ankara Barosu Dergisi , S. 2 , Y. 65, 2007 , s. 101-118.

KEMPEN, Piet Hain Van; “Positive obligations to ensure the human rights of prisoners”, Eds. Peter J.P. Tak/Manon Jendly, Prison policy and prisoners’ rights: The protection of prisoners’ fundamental rights in international and domestic law, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2008, s. 20-44.

KESKİN, Necla/YAPCA, Gamze/TAMAM, Lut; “Transseksüalizm: Klinik Özellikleri ve Yasal Konular”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Vol. 7(4), 2015, s. 436-447.

KHRYSTOVA, Ganna; “ State Positive Obligations and Due Diligence in Human Rights and Domestic Violence Perspective”, European Political and Law Discourse, Vol. 1, Issue 5, 2014, s. 109-122.

KILINÇ, Bahadır; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kararlarının İnfazı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

KILINÇ, Ayşe; “Bir İnsan Hakkı Olarak Adli Yardım”, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C. III, No 1, 2011, s. 1-10 (Kısaltma: Adli Yardım).

KILINÇ, Ümit; “İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması”, TBB Dergisi, S. 89, 2010, s. 242-276. (Kısaltma: İsim Hakkı).

KILKELLY, Ursula; The Right to Respect for Private and Family Life, Human Rights Handbooks, No. 1, Germany, 2003.

KILKELLY, Ursula; “Children’s Rights: A European Perspective”, Judicial Studies Institute Journal, Vol. 4:2, 2004, s. 68-95. (Kısaltma: Children)

KILKELLY, Ursula; “Protecting Children’s Rights under the ECHR: The Role of Positive Obligations”, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 61(3), 2010, s. 245-261. (Kısaltma: Positive Obligations).

KILKELLY, Ursula; “Effective Protection of Children’s Rights in Family Cases: An International Approach”, Transnational Law&Contemporary Problems, Vol. 12, Issue 2, 2002, s. 335-354. (Kısaltma: Children’s Rights).

KLATT, Matthias; “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 71, 2011, s. 691-718

KOCH, Ida Elisabeth; Dichotomies, Trichotomies or Waves or Duties, Human Rights Law Review, Vol. 5/1, 2005, s. 81-103.

KOCH, Ida Elisabeth, “The Justiciability of Indivisible Rights”, Nordic Journal of International Law, C. 72, No 1, 2003, s. 3-39. (Kısaltma: Indivisible Rights).

KOERING JOULIN, Renée; “Public Morals”, The European Convention for The Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions, Eds. Mireille Delmas Marty, Christine Chodkiewicz, Kluwer Academic Publishers, 1992, s. 83-98.

KORFF, Douwe; “The Standart Approach Under Articles 8-11 ECHR and the Article 2 ECHR”, (http://ec.europa.eu/justice/news/events/conference_dp_2009/presentations_speeches/KORFF_Douwe_a.pdf, E. T. 25.01.2017), s. 1-5.

KORKMAZ, Ali; “İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması”, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 16, Özel S. 1, 2014, s. 99-103.

KUCS, Arturs/SEDLOVA Zane/PIERHUROVICA, Liene; “The Right to Housing: International, European and National Perspectives”, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, No. 64/65, s. 101-123.

KÜZECİ, Elif; Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

LAWSEN R. A./SCHERMERS, H. G.; Leading Case of the European Court of Human Rights, Leiden, 1997.

LAVRYSEN, Laurens; “Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights”, Human Rights

and Civil Liberties in the 21st Century (Eds. Yves Haeck, Eva Brems), *Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice*, Vol. 30, Springer, 2014, s. 69-129.

LAVRYSEN, Laurens; “The Scope of Rights and the Scope of Obligations: Positive Obligations”, *Shaping Rights in the ECHR-The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, (Eds. E. Brems, J. Gerards), Cambridge University Press, New York, 2014, s. 162- 182. (Kısaltma: Scope of Obligations).

LAZĂR, Elana; “The Positive Obligations of States Under The ECHR To Protect Individuals Against Unlawful Acts On The Internet”, *Journal of Law and Administrative Sciences* No. 3, 2015, s. 132-138.

LEACH, Philip; “Positive Obligations from Strasbourg—Where do the Boundaries Lie?”, *Interights Bulletin*, Vol. 15, No. 3, 2006, s. 123-126.

LEACH, Philip; *Taking A Case to The European Court of Human Rights*, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2011. (Kısaltma: ECHR).

LEGG, Andrew; *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford University Press New York, 2012.

LETSAS, George; “The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret The ECHR”, *European Journal of International Law*, Vol. 15. No. 2, 2004, s. 279-305. (Kısaltma: Autonomous).

LETSAS, George; *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2007. Kısaltma: (A Theory).

LETSAS, George; “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, 2006, s. 705–732. (Kısaltma: Two Concepts).

LIPSON, Leslie; “Demokrasinin Felsefesi”, (Çev. Mustafa Erdoğan), *Sosyal ve Siyasal Teori*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1993.

LOUCAIDES, Loukis G.; *Essays on the Developing Law of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.

LUGATO, Monica; “The Margin of Appreciation and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity”, *Journal of Catholic Legal Studies*, Vol. 52:49, 2013, s. 49-70.

MACDONALD, R. St. J.; “The Margin of Appreciation”, The European System for The Protection of Human Rights, (Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, and H. Petzold) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 83-124.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre; “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yorum Yöntemleri”, İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 46-53.

MARSHALL, Jill; “Positive Obligations and Gender-based Violence: Judicial Developments”, International Community Law Review, Vol. 10, 2008, s. 143–169.

MARSHALL, Jill; Human Rights and Personal Identity, Routledge, New York, 2014. (Kısaltma: Personal Identity).

MATSCHER, F.; “Methods of Interpretation of the Convention”, The European System for The Protection of Human Rights, (Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s.63-81.

MCBRIDE, Jeremy; “Proportionality and the European Convention on Human Rights” , The Principle of Proportionality in the Law of Europe, (Ed. Evelyn Ellis), Hart Publishing, Oxford, 1999, s. 23-36.

MELISH, Tara J./ALIVERTI, Ana; “Positive Obligations in the Inter-American Human Rights System”, Interights Bulletin,, Vol. 15, No. 3, 2006, s. 120-122.

MEMİŞ, Emin; “İnsan Hakları Avrupa Standartı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVII, 2000, s. 130-172.

METİN, Yüksel; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, Uluslararası İlişkiler Akademik Dergi, C. VII, S. 27, 2010, s. 111-132.

METİN, Yüksel; Anayasanın Yorumlanması, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara, 2008. (Kısaltma: Anayasanın Yorumlanması).

MOROĞLU, Nazan; “Kadının Kimlik Sorunu “Kadının Soyadı”, TBB Dergisi, S. 99, 2012, s. 246-268.

MOUNTFIELD, Helen; “The Concept of Lawful Interference with Fundamental Rights”, (Eds. Jeffrey Jowell QC, Jonathan Cooper), Understanding Human

Rights Principles, Hart Publishing Oxford, 2001, s. 5-25.

MOWBRAY, Alastair R.; The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights (Human Rights Law in Perspective), Hart Publishing, Oxford, 2004. (Kısaltma: Positive Obligations).

MOWBRAY, Alastair; “The Creativity of the European Court of Human Rights”, Human Rights Law Review, 5:1 2005, s. 57-79 (Kısaltma: The Creativity).

MOWBRAY, Alastair; Subsidiarity and the European convention on Human Rights”, Human Rights Law Review, Vol. 15, 2015, s. 313–341. (Kısaltma: Subsidiarity).

MOWBRAY, Alastair; Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2004. (Kısaltma: Cases).

MOWBRAY, Alastair; Respect for Private Lives of Transsexuals, Tje Journal of Forensic Psychiatry, Vol. 10, No. 1, 1999, s. 149-156. (Kısaltma: Private Lives).

NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem; “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İctihat Analizi”, TBB Dergisi, S. 155, 2014, s. 477-516.

NIELD, Sarah; “Respect for the Home: A Human Property Right?”, King’s Law Journal, Vol. 24, 2013, s. 147-171.

NOHLEN, Nicolas; “Von Hannover v. Germany”, The American Journal of International Law, Vol. 100, No. 1, 2006, s. 196-201.

ODER, Bertil Emrah; “Avrupa Birliği’nde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincillik İlkesi ışığında Türkiye için Karşılaştırmalı Gözlemler”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XXII, 2005, s. 168-215.

OEHLING DE LOS REYES, Alberto; “The Human Dignity in the Case Law of The European Court of Human Rights”, Constitutionalism of European Supranational Courts, (Director: Luis Ignacio, Gordillo Pérez), Monographs in Comparative and Transnational Law, Aranzadi, Spain, 2015, s. 21-32.

OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara, 2003.

OLINGA, Alain Didier; “The African Charter on Human and Peoples’ Rights and Positive Obligations”, Interights Bulletin, Vol. 15, No. 3, 2006, s. 117-119.

OPROMOLLA, Adriana; “Children’s Rights under Article 3 and 8 of the European Convention: Recent Case Law, European Law Review, Human Rights Survey, 2001, s. 42-57.

OST, François; “The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights”, The European Convention for The Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions, Eds. Mireille Delmas Marty, Christine Chodkiewicz, Kluwer Academic Publishers, 1992, s. 283-318.

ÖĞÜTÇÜ, Muhlis; “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, C. VII, Özel S., 2005, s. 555-615.

ÖKÇESİZ, Hayrettin; “Hukuk Devleti”, Hukuk Devleti, (Haz. Hayrettin Ökçesiz), Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları: 4, AFA Yayıncılık, Ekim 1998.

ÖKTEM SONGU, Sezgi; “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, DEÜHF Dergisi, C. XV, Özel S., 2014, s. 609-650.

ÖZBEY, Özcan; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, TBB Dergisi, S. 106, 2013, s. 41.-92.

ÖZBUDUN, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.

ÖZBUDUN, Ergun; “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C. I, Ankara, 1977, s. 265-295. (Kısaltma: Özel Haberleşmenin Gizliliği).

ÖZDEK, Yasemin; Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara, TODAİE Yayınları, 2004.

ÖZMAN, M. Aydoğan; “Avrupa İnsan Hakları Divanının 1979 Yılında Verdiği Kararlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXXVI, S. 1, 1979, s. 121-146.

PACZOLAY, Péter; “Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XXVI, 2009, s. 313-320.

PALMER, Alice; “An International Right to Environment: a New Generation?”, Interights Bulletin, Vol. 15, No. 3, 2006, s. 141-142.

- PAYNE, Michael; “Henry Shue on Basic Rights”, *Essays in Philosophy*, A Biannual Journal, Vol. 9, No. 2, June 2008, s. 1-8.
- PEKEL, Abdulkadir; *Aile hayatına Saygı Hakkı*, Liberte Yayınları, Ankara, 2016.
- PEKİN, Hüseyin; “İsviçre Konfederasyonu’nun 18 Nisan 1999 Tarihli Yeni Anayasası’nın Tanıtıyoruz”, *TBB Dergisi*, S. 3, 1999, s. 786-796.
- PERRONE, Roberto; “Public Morals and The European Convention on Human Rights”, *Israel Law Review* 47(3), 2014, s. 361–378 .
- PETZOLD, Herbert; “The Convention and the Principle of Subsidiarity”, *The European System for the Protection of Human Rights*, (Eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, s. 41-62.
- PITEA, Cesare; “Interpretation and Application of the European Convention on Human Right in the Broader Context of International Law: Myth or Reality?”, *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century* (Ed. Yves Haeck, Eva Brems), *Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice*, Vol. 30, Springer, 2014, s. 1-14.
- POLATER, Yusuf Ziya; *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- POROY, Mehmet Akif; “Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. LXXX, S. 3, 2006, s. 1005-1011.
- QC SINGH, Rabinder; “Using Positive Obligations^[1] in Enforcing Convention Rights”, *Hart Judicial Review Conference*, 2008, s. 94-100.
- RAND, Ayn; “İnsan(ın) Hakları”, (Çev. Atilla Yayla), *Sosyal ve Siyasal Teori*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1993, s. 257-265.
- REID, Karen; *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, Fourt Edition, Sweet&Maxwell, London, 2011.
- Republic of Turkey Ministry of Justice Department of Broad Casting Affairs, *Constitutions of Some Of The European Union States*, Ankara, 2011.
- ROAGNA, Ivana; *Protecting the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights* Council of Europe human

rights handbooks Council of Europe, Strasbourg, 2012.

RUSSELL, David; "Supplementing the European Convention on Human Rights: Legislating for Positive Obligations", Northern Ireland Legal Quarterly 61 (3), 2010, s. 281-294.

SAĞLAM, Fazıl; Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2013.

SAĞLAM, Fazıl; Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982. (Kısaltma: Temel Hakların Sınırlanması).

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar; "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, S. 3, 2013, s. 227-266.

SANTOLAYA, Pablo; "The Right To A Private and Family Life (Notable Extended Right To Privacy), (Art. 8 ECHR)", Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights, Eds. Javier Garcia Roca, Pablo Santolaya, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2012, s. 337-351.

SAVCI, Bahri; İnsan Hakları (Kanunilik Yolu ile Korunması), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1953.

SAVCI Bahri; "İnsan Hakları Üzerine Uluslararası Alanda "Norm-İlkeler" ve Türk İç Hukuku", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, C. XXXV, S. 1, 1980, s. 7-18. (Kısaltma: İnsan Hakları).

SENDEN, Hanneke; Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System, Intersentia, Cambridge, 2011.

SEVER, Çiğdem; "Kadına Karşı Eviçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Opuz v. Türkiye Kararı", Atılım Sosyal Bilimler Dergisi, C. I, S. 2, 2012, s. 19-46.

SHERLOCK, Ann; "Deportation of Aliens and Article 8 ECHR", European Law Review, Human Rights Survey, 1998, s. 62-75.

SHUE, Henry; Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy, Second Edition, Princeton University Press, Princeton, 1996.

SOYSAL, Mümtaz; 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997.

SOYER GÜLEÇ, Sesim; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Etkinliği ve Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi”, DEÜHF Dergisi C. XV, Y. 2013, Özel S., 2014, s. 1393-1464.

STARMER, Keir; “Positive Obligations under Convention”, (Eds. Jeffrey Jowell QC, Jonathan Cooper), Understanding Human Rights Principles, Hart Publishing Oxford, 2001, s. 139-159. (Kısaltma: Positive Obligations).

SURLU, Mehmet Handan; “Avrupa Mahkemesi İnsan Hakları Kararlarının İcrası Bağlamında Adli Yargı Açısından Yargılamanın Yenilenmesi”, İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 633-677.

SURLU, Aydan Ömür; “İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması”, TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 150-194. (Kısaltma: İnsan Hakları).

ŞAHBAZ, İbrahim; “AİHS’ye Taraf Ülkelerde Yargılamanın Yenilenmesi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 580-632. (Kısaltma: Yargılamanın Yenilenmesi).

ŞAHBAZ, İbrahim; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, TBB Dergisi, S. 54, 2004, s. 178-216. (Kısaltma: Türk Yargı Sistemi).

ŞENOL, Cem; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, İstanbul 2013. (Kısaltma: Etkin Soruşturma Yükümlülüğü).

ŞENOL, Cem; “AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi”, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2012, s. 259-287. (Kısaltma AİHS).

ŞİMŞEK, Oğuz; Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999. (Kısaltma:İnsan Onuru).

ŞİMŞEK, Oğuz; Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008. (Kişisel Veri).

ŞİMŞEK, Suat; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri”, Sayıştay Dergisi, S. 84, 2003, s. 1-24.

ŞİRİN, Tolga; Türkiye’de Anayasa Şikayeti İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

ŞİRİN, Tolga; “Üçüncü Yılda Bir Bilanço; Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”, <http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/TABildi ri.pdf>, 30-31 Mayıs 2015, Ankara, E. T. 20.10.2016, s. 1-143.

ŞİRİN, Tolga; “Takdir Marjı Doktrini (Margin of Appreciation) ve Türkiye Anayasa Mahkemesi İçin Anlamı”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. II, S. 4, 2013, s. 363-405. (Kısaltma, Takdir Marjı).

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan; “Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/I, s. 95-129.

TAKCI, Tuğçe; “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi’nin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bunlara Çözüm Önerileri”, TAAD, Y. 5, S. 19, 2014, s. 1039-1078.

TANÖR, Bülent; Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Genişletilmiş 3. Bası, BDS Yayınları, İstanbul, 1994. (Kısaltma: İnsan Hakları Sorunu).

TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; 1982 Anayasası’na göre Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

TANÖR, Bülent; Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayınları, İstanbul, 1978. (Kısaltma: Sosyal Haklar).

TAŞKIN, Alim; “Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XLII, S. 1, 1992, s. 201-243.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Murat; İnsan Hakları El Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2016.

TEZİÇ, Erdoğan; Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.

THYM, Daniel; “Respect for Private an Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, January 2008, s. 87–112.

TOP, Sinem; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Ocak 2013, s. 40-65.

TULKENS, Françoise; “In General European Convention On Human Rights And Implementation”, 50. yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum (Ed. Ahmet Taşkın), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları No. 7, Ankara, 2009, s. 3-10.

TUNÇ, Hasan; “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. XVII, 2000, s. 174-192.

TURHAN, Mehmet; “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. VIII, Ankara, 1991, s. 401-420.

TÜRMEN, Rıza; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. XVII, 2000, s. 32-42.

ULUSOY, Ali; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. LIII, S. 4, 2004, s. 125-134.

UYGUN, Oktay; “Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi”, (Kamu Hukuku İncelemeleri- İnsan Hakları Demokrasi-Hukuk Devleti-Egemenlik, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 315-332.

UYGUN, Oktay; “İnsan Hakları Açısından Yeni Anayasa Çalışmaları”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2008, s. 323-352. (Kısaltma: Yeni Anayasa Çalışmaları)

UYGUN, Oktay; *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

UYGUN, Oktay; “İnsan Hakları Kuramı”, *İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları* İstanbul, 2000. (Kısaltma: İnsan Hakları Kuramı).

UZGÖREN, Orhan; “Bireysel Hayatın Korunması, Özel Hayat-Aile Hayatı-Konut-Haberleşme (Türk Mahkemelerindeki Davalarda 8. Madde İle İlgili Sorunlar), *İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu*, 26-27 Eylül 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 471-493.

ÜNAL, Şeref; İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri, Ankara Barosu Dergisi, 1994/I, s. 41-74.

ÜNAL, Şeref, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri”, Anayasa Yargısı, C. XVII, 2000, s. 63-85. (Kısaltma: İç Hukuka Etki).

ÜZELTÜRK, Sultan; 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.

ÜZELTÜRK, Sultan; “İHAM Kararları Işığında Türkiye’de Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara, 24-25 Ekim 2003, s. 220-263. (Kısaltma: İHAM).

VELU, Jacques; “The European Convention on Human Rights and the Right to Respect for Private Life, The Home and Communications”, Privacy and Human Rights, (Ed. A. H. Robertson), Manchester University Press, USA, 1973, s. 12-130.

VILJANEN, Jukka; “State Obligations to Protect the Right to Respect for Private Life under Article 8 of the ECHR and the Challenge of the Internet”, (<http://mhi.hi.is/sites/mhi.hi.is/files/State%20Obligation%20Art%208.pdf>, E. T. 17.01.2017), s. 1-20.

VITKAUSKAS, Dovydas/DIKOV, Grigoriy; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, (Çev. Serkan Cengiz), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Strasbourg, 2012.

WILDHABER, Luzius; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Luzius Wildhaber’in 25 Nisan Günü Ankara’da Anayasa Mahkemesi’ndeki Konuşması”, (Çev. Mehmet Turhan), Anayasa Yargısı Dergisi, C. XVII, Ankara, 2000.

XENOS, Dimitris; The Positive Obligation of the State under the European Convention on Human Rights, Routledge Research in Human Rights Law, 2012.

YAVUZ Bülent; “Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 283-302.

YAVUZ, Hakan; “Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, TBB Dergisi, S. 60, 2005, s. 235-262.

YAZICI, Serap; “Avrupa Birliği Süreci Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Hukuk Devletin Değişen İçeriği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LIV, S. 4, 2005, s. 77-118.

YILDIRIM, Engin; “Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı, Haşim Kılıç’a Armağan, C. II, Vol. II, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 1131-1193. (Kısaltma, Sosyal Haklar).

YILDIRIM, Gülşen; “Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu İle Sağlanan Koruma”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 385-426. (Kısaltma: Özel Hayat).

YOUROW, Howard Charles; “The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence, International Studies in Human Rights”, Vol. 28, Kluwer Law International, The Netherlands, 1996.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. II, S. 1, Mayıs 1994, s. 26-38.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; “İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması”, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000.

ZIEMELE, Ineta; “Human Rights Violations by Private Persons and Entities: The Case-Law of International Human Rights Courts and Monitoring Bodies” , Academy of European Law, EUI Working Papers, Italy, 2009, s. 1-25.