

KARADENİZ TEKNİK ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ULUSLARARASI İLİŞKİLER ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI İLİŞKİLER PROGRAMI

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE

ÖZEL HAYAT HAKKI VE KORUNMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Umut KEÇELİ

HAZİRAN-2011

TRABZON

KARADENİZ TEKNİK ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ULUSLARARASI İLİŞKİLER ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI İLİŞKİLER PROGRAMI

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE

ÖZEL HAYAT HAKKI VE KORUNMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Umut KEÇELİ

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

HAZİRAN-2011

TRABZON

ONAY

Umut KEÇELİ tarafından hazırlanan *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Özel Hayat Hakkı ve Korunması* adlı bu çalışma 15/06/2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Yrd. Doç. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL (Başkan)

Yrd. Doç. Dr. Adil ŞAHİN

Yrd. Doç. Dr. Faruk EKMEKÇİ

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduklarını onaylım. / /

Doç. Dr. Yusuf ŞAHİN

Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada orijinal olmayan her türlü kaynağa eksiksiz atıf yapıldığını, aksinin ortaya çıkması durumunda her tür yasal sonucu kabul ettiğimi beyan ediyorum.

Umut KEÇELİ

20.05.2011

ÖN SÖZ

Sosyal bir varlık olan insan, toplum içinde hayatını sürdürürken aynı zamanda başkalarıyla paylaşmayı arzu etmediği ve gözler önüne serilmesinden rahatsız olduğu özel bir alana da sahiptir. Kişinin maddi ve manevi gelişimi açısından önemli olan bu alanın korunması ise, zorunluluktur. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Özel Hayat Hakkı ve Korunması” adlı bu çalışmada, kişinin temel haklarından olan özel hayat hakkı ve bu hakkın AIHS’de ne şekilde düzenlendiği ve korunduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ışığında incelenmiştir.

Bu çalışmanın gerçekleşmesinde katkı ve desteklerini esirgemeyen hocalarıma, dostlarıma ve aileme teşekkür borcum var.

Çalışmaya başlamamda verdikleri cesaret, devam edebilmem için verdikleri destek ve devam gücü için meslek arkadaşlarıma,

Sürekli ortak vakitlerimizden çaldığım, buna rağmen kocaman yürekleriyle bana sevgilerini sunan ve anlayış gösteren dostlarıma,

Hayatımın her anında sabırla ve sevgiyle, maddi ve manevi desteğiyle yanımda olduğunu bildiğim, kusursuz bir ebeveyn olan anneme,

Teşekkür ediyorum.

Mayıs 2011

Umut KEÇELİ

İÇİNDEKİLER

ÖN SÖZ	IV
İÇİNDEKİLER	V
ÖZET	VIII
ABSTRACT	IX
KISALTMALAR LİSTESİ	X
GİRİŞ	1-2

BİRİNCİ BÖLÜM

1.ÖZEL HAYAT HAKKI.....	3-32
1.1.İnsan Hakları Kavramı ve Kapsamı	3
1.1.1.Hak Kavramı	3
1.1.2.Özgürlük Kavramı	5
1.1.3.İnsan Hakları	8
1.2.Özel Hayat Kavramı ve Özel Hayatın Kapsamı	11
1.2.1.Kişinin Hayat Çevreleri	12
1.2.1.1.Kişinin Kamuya Açık Hayatı (Ortak Alan).....	13
1.2.1.2.Kişinin Özel Hayatı (Özel Alan)	14
1.2.1.3.Kişinin Gizli Hayatı (Gizlilik Alanı)	14
1.2.2.Özel Hayat ile Diğer Hayat Alanları Arasındaki İlişki.....	15
1.2.2.1.Kişinin Özel Hayat Çevreleri	16
1.3.Özel Hayat ve Gizliliği Kavramı.....	17
1.4.Özel Hayatın Gizliliği Hakkı	18
1.5.Özel Hayat Hakkının Koruduğu Hukuki Değer.....	19
1.6.Özel Hayat Hakkının Niteliği	21
1.7.Uluslararası Begelerde Özel Hayat Hakkı ve Korunması	23
1.7.1.BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi	23
1.7.2.BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi.....	24
1.7.3.Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları... Kongresi.....	26
1.7.4.AK İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi.....	27

1.7.5.AB Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi	29
1.7.6.AB Temel Haklar Şartı	30
1.7.7.Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi.....	30
1.7.8.Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı.....	31

İKİNCİ BÖLÜM

2.AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYAT HAKKI ve KORUNMASI.....33-106

2.1.AİHS'ye Göre Özel Hayat ve Tanımı	33
2.1.1.Kişinin Maddi ve Manevi Kişiliği.....	35
2.1.2.Kişinin Cinsel Hayatı ve Tercihleri.....	38
2.1.2.1.Cinsiyet Değiştirme (Transeksüellerin Durumu).....	40
2.1.2.2.Kürtaj Hakkı	43
2.1.3.Kişinin Adı ve Soyadı Üzerindeki Hakları	44
2.1.4.Bireyin Kimliğine İlişkin Verilere Ulaşması	47
2.1.5.Tıbbi Verilerin Gizliliği	49
2.1.6.Kişisel Bilgilerin Toplanması ve Kullanılması.....	51
2.1.7.Özel Hayata İlişkin Bilgilerin İfşası	56
2.2.Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı.....	63
2.2.1.Aile Kavramı ve Aile Bağları	63
2.2.2.Aile Hayatı Sayılan İlişkiler.....	64
2.2.2.1.Evli Çiftler Arasındaki Aile Hayatı	65
2.2.2.2.Evlilik Dışı Fiili Birliktelikler	65
2.2.2.3.Eşcinsel Fiili Birliktelikler	66
2.2.3.Çocuk ve Ebeveyn Arasındaki Aile Hayatı	67
2.2.4.Velayet Hakkı ve Aile Bireyleriyle İlişki Kurma.....	69
2.2.5.Göç ve Sınır Dışı İşlemlerinin Aile Hayatına Etkisi	74
2.3.Konuta Saygı Gösterilmesi Hakkı.....	76
2.3.1.Konut Kavramı.....	76
2.3.1.1.Neler Konut Kavramına Dâhildir	76
2.3.2.Konuta Saygı Hakkına Müdahale Edilmesi.....	79
2.3.2.1.Fiziki Müdahaleler	79
2.3.2.2.Gürültü ve Çevresel Kirlilik Sonucu Olan Müdahaleler.....	83
2.4.Haberleşmeye Saygı Gösterilmesi Hakkı.....	84
2.4.1.Haberleşme Kavramı	84
2.4.2.AİHS'ye Göre Haberleşmeye Saygı Gösterilmesi Hakkının Kapsamı	85

2.4.3.Haberleşmeye Saygı Gösterilmesi Hakkına Müdahale Edilmesi.....	85
2.4.3.1.Gizli İzleme ve Dinleme	85
2.4.3.2.Tutuklu ve Hükümlülerin Haberleşmesi	90
2.5.AİHS Madde 8/2 Çerçevesinde Özel Hayat Hakkının Sınırlandırılması	92
2.5.1.Kanunilik İlkesi (Kanunlara Uygun Olarak).....	93
2.5.2.Meşru Amaç	97
2.5.2.1.Ülkenin Ekonomik Refahı.....	98
2.5.2.2.Milli Güvenlik ve Kamu Emniyeti	98
2.5.2.3.Düzensizliğin ve Suçun Önlenmesi	99
2.5.2.4.Sağlık ve Ahlakın Korunması.....	100
2.5.2.5.Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması	101
2.5.3.Müdahalenin Demokratik Toplumda Gerekli Olması	101
2.5.3.1.Müdahalenin Toplumsal İhtiyaç Baskısını Karşılayıp Karşılamadığı	103
2.5.3.2.Orantılılık İlkesi.....	103
2.5.3.3.Taraf Devletlerin Sahip Olduğu Takdir Yetkisi	105
SONUÇ	107
YARARLANILAN KAYNAKLAR	112
ÖZ GEÇMİŞ	117

ÖZET

İnsan hakları çağı olarak bakabileceğimiz 21. yüzyılda gerek iç hukuk gerekse uluslararası hukuk düzeyinde özel hayat hakkı önem kazanmış ve söz konusu hak için koruma mekanizmaları geliştirilmeye çalışılmıştır. Özel hayat hakkı kişinin özel hayatını, konutunu ve haberleşmesini keyfi müdahalelere karşı korumakta, bireysel tercihlere ve seçilen hayat tarzına karışılmamasını, herkesin özel alanında bağımsız ve özgürce hareket etmesini güvence altına almaktadır.

Özel hayat hakkı ve korunması ile ilgili olarak hazırlanmış olan bu çalışmanın amacı; söz konusu hakkın kapsamını ve uluslararası hukuk çerçevesinde ne şekilde korunduğunu tespit edebilmek, bu hakka yönelik ihlallerin hangi durumlarda ortaya çıktığını ve söz konusu ihlallerin ne şekilde asgari düzeye indirilebileceğini ortaya koymaktır. Bu bağlamda çalışmada ilk olarak, insan hakları kavramı ele alınmış, tündengelim metodu ile özel hayat kavramı, özel hayatın gizliliği, özel hayat hakkı ve korunmasının değerlendirilmesine geçilmiştir. Ardından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. maddede düzenlenen özel hayat hakkı ve bu hakkın korunması Sözleşme bakımından incelenmiş, nelerin bu hakkın kapsamına dâhil olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vermiş olduğu kararlar nazara alınarak irdelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İnsan hakları, mahremiyet hakkı, özel ve aile hayatı, özel hayatın korunması, AİHS 8. madde.

ABSTRACT

In twenty-first century which is being called The Era of Human Rights, the right to private life has come into prominence for law of nations as well as national law and there has been struggle to advance protection mechanisms for right to private life. The right to private life and protecting the privacy of individual and family life, home and correspondence of individual against arbitrary interference is a kind of right which assures keeping individual choices and chosen ways of life away from interfering.

About the right to private life and its protection, this study aims; to reveal the scope of this right, to determine in what way it is being protected in international human rights law, to explore in which circumstances the violations appear and to make it contestable how it can be possible to minimize these violations. In this study firstly, the human rights law and its basic concepts are appraised and afterwards definition of the private life and privacy is made so that the praxis of this subject matter can be transpired with the deductive method. Afterwards the right of the private life and the protection of personal life arranged in the article eight of the European Convention on Human Rights are to be analyzed based on the Convention and the conception of this right is to be tried to be investigated based upon the European Court of Human Rights decisions.

Key words: Human rights, right to privacy, private and family life, protection of private life, article eight of the European Convention on Human Rights.

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
AK	: Avrupa Konseyi
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
a.g.e.	: Adı geçen eser
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
BM	: Birleşmiş Milletler
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	: Madde
No.	: Numara
para.	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete

S. : Sayı

s. : Sayfa

TCK : Türk Ceza Kanunu

TDK : Türk Dil Kurumu

TODAİE : Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü

vb. : Ve benzeri

vd. : Ve devamı

vs. : Ve saire

GİRİŞ

Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ve bireyin gerek devlet gerekse de diğer kişiler karşısında korunması, modern çağın önemli sorunlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, önemli bir yere sahip olan ve Anayasamızda da kişi hak ve özgürlükleri arasında sayılan özel hayatın korunması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmazları arasında bulunmaktadır. Kişinin özel hayatını keyfi müdahalelere karşı koruyan özel hayat hakkı; kişinin bireysel tercihlerine karışılmamasını, özel alanında herkesin bağımsız ve özgürce hareket etmesini teminat altına alır. Özel hayatlarını düzenleyebilmek ve istemedikleri kişilerin algı ve müdahalelerine kapalı tutabilmek, insanlar için vazgeçilmez bir ihtiyaçtır. İnsanın maddi ve manevi varlığının korunması da bu ihtiyacın karşılanması ile gerçekleşir. Bu sebeple çeşitli hukuk sistemleri, geçmişten günümüze kişinin, başkalarının müdahalesine kapalı tutmak istediği bu özel alanın korunmasını amaçlayan pek çok somut düzenleme getirmiştir.

Bununla birlikte günümüzde insan hakları, artık hiçbir ülkenin içişleri olarak görülmemektedir. İnsan haklarının uluslararası denetim mekanizmaları, insanlığın kolektif vicdanını ve evrensel hukuku temsil etmekte, insanın insan olması dolayısıyla sahip olduğu haklar uluslararası toplumun güvencesi altına alınmaktadır. Bu sebeple hukuk açısından en değerli varlık olarak kabul edilen insanın, sahip olduğu özel hayat hakkı da evrensel ve bölgesel belgelerde düzenlenerek koruma altına alınmıştır. Ne var ki özel hayat hakkının koruma alanı, hakkın nesnesini ve aynı zamanda öznesini oluşturan özel hayat kavramının tam olarak açıklanamamasından ve sınırlarının net bir şekilde ortaya konulamamasından dolayı belirsiz kalmaktadır. Yine, her yönden sürekli gelişme kaydeden dünyamızda, hayat çevreleri ve şekillerinin değişmesiyle, modernleşme ve teknolojiye paralel şekilde söz konusu hakkın sınırları da değişmektedir.

Günümüzde pek çok ülkede, kamuya veya özel sektöre ait bilgisayarlar, kişilerin sağlık durumlarını, görüntü ve fotoğraflarını, medeni ve mali durumlarını, kariyerlerini, tüketim alışkanlıklarını, hobilerini ve iş hayatlarına ilişkin ayrıntılı bilgileri saklamaktadır. Bu tür bilgilerin kolayca ulaşılabilir bir ortamda saklanması insan hayatını

kolaylaştıran bir yönü olduğu muhakkaktır. Ancak sorun, bu bilgilerin kötüye kullanılması ihtimalinin çok yüksek olması ve mevcut denetim mekanizmalarının yeterliliği ve güvenliliği konusunda duyulan haklı kuşktur. Çünkü teknolojide meydana gelen hızlı gelişmeler, kişinin özel hayatına müdahaleyi kolaylaştırmakta, mevcut düzenlemeleri deyim yerindeyse anlamsızlaştırmaktadır. Artık günümüzde bireyin özel hayatına ait pek çok ayrıntı mahrem bilgi olmaktan çıkmış, özel hayatın gizliliği hakkının koruduğu alan da fiilen daralmıştır. Dolayısıyla bireyin özel alanını korunma isteği her geçen gün artmakta ve farklılaşmaktadır.

Çalışmanın konusunu oluşturan özel hayat hakkını anlayabilmek ve korunması ortaya koyabilmek için, öncelikle özel hayat kavramının ve çerçevesinin ortaya konulması ve daha sonra da uluslararası belgelerde bu kavramın ne şekilde yer aldığının gösterilmesi gerekmektedir. Bu amaçla çalışmanın birinci bölümünde; hak ve özgürlük kavramları, insan hakları ve kişinin hayat çevreleri ekseninde özel hayat kavramı ve devamında özel hayatın gizliliği hakkı ile bu hakkın niteliği ve koruduğu hukuki değer anlatılmaya çalışılmaktadır. Sonrasında ise, küreselleşen dünyamızda neredeyse bütün milletlerin birbirleriyle temas halinde olmaları ve temel hak ve özgürlüklerin uluslararası boyutu dikkate alınarak, özel hayat hakkının uluslararası belgelerde ne şekilde ifade bulunduğu ve korunduğu ele alınmaktadır.

Günümüzde bireyin insan hakları alanında kendi iç hukukundan beklediği korumayı, evrensel hukuktan da bekliyor olması küçülen dünyanın bir neticesidir. Bu amaçla devletlerin taraf oldukları uluslararası sözleşmeler ve belgeler, insanlığın bu konuda ihtiyaçlarına bir nebze de olsa katkı sağlamaktadır. Bu sebeple çalışmanın önemli bir bölümünü oluşturan ikinci bölümde; ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde özel hayat hakkının ve bu hakka ilişkin korumanın nasıl düzenlendiği, AİHS 8. madde çerçevesinde özel hayat ve unsurlarının tanımları, kapsamı ve bu hakkın sınırlandırılma yöntem ve şartları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuyla ilgili içtihatlarıyla örneklendirilerek anlatılmaya çalışılmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ÖZEL HAYAT HAKKI

1.1. İnsan Hakları Kavramı ve Kapsamı

Modern dünyanın gözde kavramları arasında yer alan “insan hakları” kavramı, itiraf etmek gerekir ki, tanımlanması son derece zor bir kavram olup artık devletlerin, kültürlerin, coğrafyaların çizdiği sınırların ötesinde kabul gören vazgeçilmez bir değerler sistemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kavramın popüler kullanımı yanında, içeriğinde devamlılık unsurunun bulunması insan haklarını tanımlamayı güçleştiren hususlardandır. Öte taraftan tanımlamanın kısıtlamayı da barındırması bu durumu daha da zorlaştırmaktadır. Ancak insan haklarının soyutluluğu karşısında her ne kadar tanım yapmakta ve bu hakları açıkça ortaya koymaya zorlanılsa da, insan hakları yabancı olmadığı hayatımızın içinden bir kavramdır. İnsanlar farkında olmasalar da bu haklarla iç içe yaşayıp bu hakları kullanmaktadırlar. Özgür bir şekilde düşündüğünü söyleyebilmek, istediği yere gidebilmek diğer bireyler ve devlet makamlarıyla olan ilişkilerde insan onuruna yaraşır muamele görebilmek insanın günlük hayatta belki de farkına varmadan ve değerini bilmeden kullandığı ve yararlandığı haklardan sadece birer örnektir.¹ Dikkat çeken bir başka konu ise; kendisine pek çok değişik anlamlar yüklenen, siyasi, ahlaki ve hukuki açıdan önem arz eden “insan hakları” ifadesinin geçtiği yerlerde “hak” ve “özgürlük” kavramlarından bahsedilmesidir. Aralarında birtakım farklılıklar bulunan hak ve özgürlük kavramlarına açıklık getirildiğinde insan haklarının tanımı kolaylaşacaktır.

1.1.1. Hak Kavramı

Hak kavramı, hukukçuları en fazla uğraştıran konulardan biridir ki bu da son derece doğaldır. Zira hukuk bilimin temel işlevi hakların nasıl doğduğunu, nasıl kullanılacağını, ne zaman ve hangi koşullarda sona ereceğini araştırmaktır. Bu sebeple hakkın niteliği ince ve ayrıntılı araştırmalara konu edilmiş, birçok tanım yapılmıştır. Kant’a göre hak; “*bireyin diğer bireylerle bağdaşabilir özgürlüğüdür.*” Hukukçularımızdan da bu düşüncüyü

¹ Şeref Ünal, **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1997, s. 19.

benimseyen Aarsal (1880-1957) hakkı Şu Şekilde ifade etmiştir: “*Hak, hukuk düzenince tanınmış, sınırı, konusu, kullanılma Őekil ve koşulları gösterilmiŐ, yararlanılması toplumca sağlanmış özgürlüktür.*”² Yine, hak; “*hukuk düzeni tarafından korunan ve hak sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi verilen menfaa olarak da tanımlanmıştır.*”³  zet olarak hak; bir Şeyi yapmak veya başkalarının belirli bir davranıŐta bulunmasını ya da belirli bir davranıŐtan kaçınmasını istemek yetkisi anlamına gelmektedir. Hukuki manada hak, “hukuk düzenin kiŐilere⁴ tanıdığı bir isteme yetkisidir.” Kısaca hak “kanuni yetki” biçiminde anlaşılabilir.⁵

Hak kelimesinin iki temel ahlaki ve siyasi anlamı vardır: Doğruluk ve yetki. Birincisinde, bir Őeyin haklı olduğundan ve haklı olan bir eylemden söz ederiz. İkincisinde ise, bir kimsenin bir hakka sahip olduğundan bahsederiz. Normal olarak haklardan söz ettiğimizde, bu ikinci anlamı vurgulamıŐ oluruz.⁶ Hak sahibi kişi, başka insanlar ya da sosyal kurumlar tarafından kendisine belli Şekilde davranılmaya hakkı olduğunu iddia eder. Dolayısıyla, her hak iddiası belirli bir somut durumda başkasının özgürlüğüne müdahale edebilmek için ahlaken yetkili olunduğunun kısaltılmıŐ bir formülüdür.⁷ Hukuk dilindeki hak kavramı da, özünde böyle bir yetki veya meşru talebin hukuki biçimde ifade edilmesinden başka bir Şey değildir. KuŐkusuz söz konusu müdahale, kişinin kendi alanının korunması amacıyla vuku bulacağından, bunun menfi karakterde olduğunu ve başkasının kendi alanındaki özgürlüğünü ortadan kaldırmayacağını ilave etmek gerekir.

Hakkın varlığından anlamlı bir Şekilde söz edebilmek için, bazı unsurların bulunması gereklidir. Bunlar: **1. Yetki:** Hakkın  z , bir Şey yapabilme yetkisidir. Hak sahibi, o Şeyi yapıp yapmama konusunda serbesttir. **2. Talep:** Her hak sahibine olumlu veya olumsuz bir talepte bulunabilme yetkisi verir. Yani bir hak başkalarına sırf bir kaçınma yükümlülüğü getirebileceği gibi, bir edim veya yerine getirebilme yükümlülüğü de getirebilir. Hukuki haklar hem pozitif hem negatif taleplere dayanarak oluŐturulabilir.

² Ahmet Mumcu ve Elif Küzeci, **İnsan Hakları ve Kamu  zg rl kleri**, Ankara: Savaş Yayınları, 2003, s. 20-21.

³ Mustafa Dural ve Suat Sarı, **Türk  zel Hukuku: Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010, s. 121.

⁴ Kişi, hak sahibi varlık anlamına gelmektedir. Bkz. Kemal Oğuzman,  zer Seliçi, Saibe Oktay  zdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 10. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010, s. 2.

⁵ Mumcu ve Küzeci, a.g.e., s. 21.

⁶ Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (ev. Mustafa Erdoğan-Levet Korkut), Ankara: Yetkin Yayınları, 1995, s. 19.

⁷ Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Ankara: Orion Yayınevi, 2007, s. 7-8.

Genellikle “özgürlük hakkı” ve özgürlükten türeyen haklar negatif taleplerin kaynağıdır. **3. Saygı gösterilmesi zorunluluğu:** Bir hak iddiası, ona saygı gösterilmesini meşru olarak beklemek demektir. Sırf ahlaki haklarda bu unsur sadece talebin ahlaken meşru olduğuna ilişkin inanç şeklinde ortaya çıkarken, hukuki haklar söz konusu olduğunda hak sahibi hakkını tanımayan veya ihlal edenlere karşı hakkına saygı gösterilmesini veya hakkın konusundan yararlanmasını hukuki yaptırım yoluyla sağlayabilir.⁸ Zaten bir hakkın gerçek değeri de; hakkın konusundan yararlanmanın tehlikede olması veya inkâr edilmesi durumunda, kişiye hak taleplerini ileri sürme özel yetkisini vermesinde yatmaktadır.⁹

1.1.2. Özgürlük Kavramı

Özgürlük bir diğer adıyla hürriyet kelimesi siyasi yönü de olduğundan en az hak kavramı kadar tanımlanmasına girilmiş ve tartışmalara sebep olmuştur. Özgürlüğü Türk Dil Kurumu şu şekilde tanımlamıştır: “**1. Herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumu, serbestî. 2. Her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu, hürriyet.**”¹⁰ Bir anlayışa göre özgürlük, bağımsızlığın kendisidir. Yalnız özgürlüğü sadece bağımsızlık olarak görmek, kavramlardan birini diğeri yerine ikame etmek anlamı taşır ki, sonuçta özgürlük kavramı daraltılmış olur.¹¹ İnsan, toplum hayatı içerisinde mutlak bağımsız değildir; dış dünya ile toplumsal hayat kurallarıyla bağlıdır. Eğer bu anlayışı kesin olarak doğru kabul edersek; en hür insanın, toplum hayatı içinde bulunmayan insan olduğu sonucuna varırız ki, bu da bize tek başına bağımsızlığın kavramı açıklamada yeterli olmadığını gösterir.¹²

Öte yandan özgürlük kavramının insanın bilinçli ve amaçlı olarak eylemde bulunabilme potansiyelini, serbestçe seçebilme kapasitesini ifade ettiği ve “bireyin özel alanı içerisinde zorlanmadan masum” olması durumu olarak tanımlandığı görülmektedir.¹³ 1789 tarihli “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde yıllarca geçerliğini sürdüren bir

⁸ Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, 4. Baskı, Ankara: Siyasal Kitapevi, 2001, s. 163.

⁹ Donnelly, a.g.e., s. 21.

¹⁰ TDK (Türk Dil Kurumu), **Türkçe Sözlük**, 8. Baskı, TDK Yayını, C. II, Ankara, 1998, s. 1747.

¹¹ İsmail Kılıçoğlu, “İnsan ve Özgürlük Üstüne Bir Deneme”, **Yeni Türkiye**, Yıl 4, S. 22, 1998, s. 693’den aktaran Said Vakkas Gözlüğü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi**, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002, s. 27.

¹² Gözlüğü, a.g.e., s. 28.

¹³ Enver Bozkurt, **İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü**, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2003, s. 14.

tanımlama özgürlüğü şöyle nitelemiştir: “Özgürlük başkasına zarar vermeden her şeyi yapabilme gücüdür; bundan ötürü her insanın doğal haklarının kullanılmasının sınırı; toplumun diğer üyelerine aynı haktan yararlanmayı sağlayan sınırdır.”¹⁴ Yapılan bu tanıma göre özgürlükten “serbest insan eylemi” anlaşılabılır. Özgürlüklerin içeriği aslında bir “insan fiili”nden ibarettir. Örneğin seyahat özgürlüğü, gelip gitme; yerleşme özgürlüğü, bir yerde devamlı olarak oturma; haberleşme özgürlüğü, mektup gönderme, telefon ile konuşma; basın özgürlüğü gazete çıkarma vb. fiillerden oluşmaktadır. Kurucu iktidar bu özgürlükleri anayasada tanıyarak, insanların o konuda “serbest hareket etme güçleri”nin olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu özgürlüklerin tanınması, o konuda insan fiillerinin serbest olduğu anlamına gelmektedir.¹⁵

Kavram üzerinde sayısız tanımlamaların yapılması tam tanımını yapmayı neredeyse imkânsızlaştırmaktadır. Bundan dolayı Montesquieu bu durumu yüzyıllar öncesinde, “hiçbir kelime yoktur ki, hürriyet kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli biçimlerde yansımış olsun” sözüyle veciz bir şekilde ifade etmiştir.¹⁶ Yüzlerce yapılan bunlar gibi tanımlama çabası kavramın bütün yönlerini etraflıca içeren tanıma kavuşmasını sağlayamamış olup, Abraham Lincoln bu durumu, “dünya hiçbir zaman hürriyet kelimesinin iyi bir tarifine kavuşamamıştır” şeklinde ifade etmiştir.¹⁷

Özgürlük kavramının genel tanımındaki belirsizlik ve çeşitlilik; özgürlüğün hukuk açısından tanımlanmasında da karşımıza çıkmaktadır. Hukukçu, belirsiz veya sınırları geniş kavramların doğurduğu sorunların çözülebilmesini genel hukuk kuramından ve pratik yollardan sağlamaktadır. İşte özgürlük de bu tür kavramların içindedir. Pek çok hukukçu özgürlüğü tanımlamaya bile gerek görmez ve hukuk düzeni içerisinde özgürlük adıyla nitelenen çeşitli normları açıklamak ve yorumlamakla yetinir. Sorunların çözümü için en pratik yol da budur. Hukukçular özgürlüğü felsefi ve sosyolojik tartışmalara girmeden bir “hak” olarak kabul etmiş ve tanımlama sorununu çözmüşlerdir. Özgürlüğün bir hak olduğu üzerinde hukuk bilimiyle uğraşanlar arasında tam sayılabilecek bir fikir birliği vardır.¹⁸ Nitekim aşırı derecede tanımlama çabasının başarıya ulaşması da mümkün

¹⁴ İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, madde 4, (Çev. Coşkun Üçok, **Siyasi Tarih (1789-1960)**, 3. Bası, Ankara: 1980, s. 19’dan aktaran Mumcu ve Küzeci, a.g.e., s. 15.

¹⁵ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa: Ekin Kitapevi, 2000, s. 203.

¹⁶ Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), Ankara: Yetkin Yayınları, 1993, s. 3.

¹⁷ Kapani, a.g.e., s. 4.

¹⁸ Mumcu ve Küzeci, a.g.e., s. 18-19.

görünmemektedir. İnsan yaşadığı sürece özgürlük gelişen şartlara ve durumlara göre tanımlanmaya devam edecektir.

Hak ve özgürlük arasındaki ilişkiye geldiğimizde, durum biraz daha karmaşık hale gelmektedir. Hak ve özgürlük kavramları dar hukuki bakış açısıyla, şekillendirilmiş ve çoğunlukla birbirinin yerine kullanılmıştır. Anayasalarımızda hak ve özgürlük (hürriyet) kelimeleri çoğu yerde yan yana veya madde başlığı özgürlük; maddenin içeriği hak olarak düzenlenmiş olup bu durum kavram karmaşasına sebep olmaktadır. Buna göre hak kavramı, bireylere kanunlarla tanınan bir özgürlük olarak ele alınmaktadır. Ancak, felsefi temelleri gözönünde tutulduğunda, hak ve özgürlük kavramlarının değişik içeriklere sahip olduğu görülecektir. Bu farklılık anlamında özgürlük, bir şeyi yapma veya yapmama serbestliğidir. Başka bireyler veya üstün bir otorite tarafından, herhangi bir şekilde, bir baskı ve müdahaleye maruz kalmamayı ifade etmektedir. Hak kavramı ise, yalnızca davranış serbestliğini değil; aynı zamanda devletten ve toplumdan kimi taleplerde bulunmayı da kapsamaktadır.¹⁹ Ayrıca özgürlükler var olan, sözleşme ile toplum hayatına aktarılan ve devletçe korunacak kavramlar olarak; haklar ise kanunlarla, yazılı hukuk belgeleri ile bu özgürlüklerin kullanılmasını sağlamak amacıyla siyasi bir toplumda devletin sağladığı bazı olanaklar²⁰ olarak da ifade edilmiştir.

Esasen herkese tanınmış bir insan hakkı niteliğinde olarak bütün hakların ortak kökenini oluşturan geniş kapsamlı ve soyut nitelikteki özgürlük, ondan yararlananlar için somutlaştırılmış bir haktır.²¹ Mesela “hak arama hürriyeti”, “dava hakkı” ile gerçekleşir. Eğer bir kişinin, bir konuda hakkı var ise, devletten veya diğer kişilerden onun yerine getirilmesini “isteme yetkisi”ne sahip demektir. Diğer bir ifadeyle özgürlük soyut, hak ise somuttur. Ayrıca özgürlüklerin gerçekleşmesi için başkalarının veya devletin bir şey yapmaması gerekir. Özgürlük, kişinin kendi fiilî ile gerçekleşir. Oysaki hakkın gerçekleşmesi için, diğer kişilerin veya devletin hak sahibi kişi lehine birtakım edimlerde bulunması gerekir. Hakkı gerçekleştiren fiil, hak sahibinin değil, başka kişilerin veya devletin fiilidir.²² Esasen hak ve özgürlüğün bir hukuki gerçeğin iki yönüdür.

¹⁹ Gözlügöl, a.g.e., s. 29.

²⁰ İlhan F. Akın, **Temel Hak ve Özgürlükler**, İstanbul: İÜHF Yayınları, No. 287, 1968, s. 7-8.

²¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Kollektif Özgürlükler**, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989, s. 267’den aktaran Fuat Şenoğlu, **Türk Mevzuatında İnsan Hakları ile İlgili Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Normu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Malatya: İnönü Üniversitesi, 2005, s. 21.

²² İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuki Yapısı**, 5. Baskı, İstanbul: Afa Yayınları, 1999, s. 12.

Gerçekleştirilecek bir hak yoksa özgürlüğün anlamı kalmayacağı gibi, özgürlük yoksa hakkın da bir anlam ve değeri yoktur. Hak, özgürlüklerin temeli ve konusu; özgürlük ise, hakkın gerçekleşme vasıtasıdır.²³ Neticede bunları birbirinden bağımsız düşünmek imkânsızdır.

1.1.3. İnsan Hakları

Hukuk öğretisinde insan hakları alanında birçok kavrama yer verildiği bilinmektedir. Mesela, “kamu özgürlükleri”, “temel haklar ve özgürlükler”, “kişi hakları ve özgürlükleri” gibi kavramlar sık olarak kullanılmaktadır. Yaygın görüşe göre insan hakları kavramı²⁴, bu alanda kullanılan pek çok kavram arasında anlam bakımından en geniş olanıdır.²⁵ “Kamu özgürlükleri” kanunla tanınan ve idareye karşı, “temel hak ve özgürlükler” anayasayla tanınan ve yasamaya karşı da ileri sürülebilen hukuki menfaat ve değerleri ifade etmektedir. “İnsan hakları”nın ifade ettiği ise, sadece belli bir ülkede belli bir anda anayasa ve kanunlarla tanınan hak ve özgürlükler değil, insanlığın ulaştığı her gelişme aşamasında bütün insanlara tanınması gereken hak ve özgürlüklerdir. Muhattap da yalnızca idare ve kanun koyucu değil, aynı zamanda anayasa koyucudur. Dolayısıyla bu kavramın, zaten var olan ya da yazılı hukukun tanıdığı haklarla olduğu kadar, olması gerekenlerle ve evrensel olanla da ilgisi vardır. Böylece insan hakları her zaman, anayasa ve kanunların tanıdığı hak ve özgürlükler katoloğunun önündedir.²⁶

Genel kabul gören tanıma göre insan hakları, insanı insan yapan ve insanın sırf insan olarak herhangi bir şarta veya statüye bağlı olmadan doğuştan sahip olduğu üstün nitelikli ahlaki değerler olarak ifade edilmektedir. Bu haklar; insanın değerini ve onurunu koruyan; insanın, insanca yaşaması için gerekli ve zorunlu koşulları ifade eden; insanın insan olmaktan kaynaklanan ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik, maddi ve manevi varlığını korumayı, geliştirmeyi hedef edinen en temel değerler olup²⁷; sosyolojik ve dolayısıyla

²³ Hasan T. Fendoğlu, **Milenyum Türkiye’sinde İnsan Hakları ve AB Konusundaki Açılımlar**, Ankara: Başbakanlık Yayını, 2007, s. 21.

²⁴ İnsan hakları kavramı için öğretilde verilen çeşitli tanımlamalar için Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005, s. 996-1003.

²⁵ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 995-996.

²⁶ Bülent Tanör, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Baskı, İstanbul: BDS Yayınları, 1994, s. 14.

²⁷ Ahmet Uzak ve Mehmet Altuntaş, **İnsan Hakları Nedir?**, Ankara: Başbakanlık Yayını, 2007, s. 5.

ahlaki olarak insanın sahip olduğu haklardır.²⁸ Birleşmiş Milletler (BM) kaynaklarında insan hakları; “*bütün şahısların insan olmaları dolayısıyla hür ve haysiyetli yaşamaları için sahip oldukları eşit ve devredilmez haklar*” olarak ifade edilmektedir.

Her kişinin insan olmak sıfatıyla sahip olduğu genel bir ahlaki hak olarak insan hakkı, her insana borçlu olunan ve haklı gerekçeleri bulunan üstün, öncelikli bir iddia²⁹ olarak ifade edilmekte, “*modern devletin ve modern piyasaların insan onuruna yönelttiği standart tehditlere karşı bireyleri korumak için zorunlu olan sosyal ve siyasi güvenceler*” olarak da tanımlanmaktadır.³⁰ Bu tanımdaki güvence kapsamına hukuki teminatları da eklemek gerekir. Hukuki teminat altına alınmamış haklar, felsefî ve siyasi bir kavram olmaktan öteye geçemez. Bunlar, gerçek niteliğini ancak pozitif hukuk içinde yer alıp, hukuki teminata kavuşarak kazanabilir. Uğruna tarih boyunca çetin mücadeleler verilen insan hakları, günümüzde bütün insanlara tanınmış bulunmaktadır. İnsan hakları, insanın içinde bulunduğu somut tehlikelerden kaynaklanan bir özgürlük arayışı ve insan şeref ve haysiyetini bu özgürlük içinde yaşama istediğidir.³¹ Eskiden insan hakları öğretisinin temel amacı daha çok devletin, siyasi iktidarın sınırlandırılması iken, bugün bu haklar bireylerin pozitif hak arayışları yoluyla devletin etkinlik alanını genişletmeye yönelik taleplerin de temel dayanağı haline gelmiştir. İnsan haklarının muhatabı olarak devlet ve onun temsilcisi olarak hükümet insan haklarına hem müdahale etmemek hem de bazı çeşit hakların kullanılmasına ortam hazırlamakla yükümlüdür.³²

İnsan hakları deyimi geniş kapsamlı olup, bir yandan insanların haklarını devlet organlarına karşı korunmasını; diğer yandan da çok boyutlu olan insan kişiliğinin geliştirilmesini içermektedir.³³ Devlete yönelik (siyasi) bir talep olarak bir insan hakkı iddiası, özünde ahlaki bir değerin korunmasıyla ilgilidir. Şüphesiz, anayasalar veya uluslararası hukuk belgeleri tarafından tanınmaları, insan haklarına hukuken

²⁸ Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları-I-Temel Kavramlar Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No. 17, 1995, s. 1’den aktaran Bozkurt, a.g.e., s. 6.

²⁹ Brian Orend, **Human Rights: Concept and Context**, Broadview Press, 2002, s. 34’den aktaran Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, **İnsan Hakları**, Ankara: Başbakanlık Yayını, 2006, s. 18.

³⁰ Jacq Donnely, **International Human Rights**, 2.ed., Colorado/Oxford: Westview Press, 1998, s. 22’den aktaran Muhlis Ögütçü, **Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar**, s. 7. <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-ozel/PDF/ogutcu19.pdf>, (07.01.2011).

³¹ Ünal, a.g.e., s. 22.

³² Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 115.

³³ A. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 7. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007, s. 3.

uygulanabilme olanağı sağlamak bakımından vazgeçilmez önemdedir. Ama bu, bir insan hakkının varlığının onun hukuken tanınmış olmasına bağlı olduğu anlamına gelmez. İnsan haklarına yer veren hukuki düzenlemeler, bu hakları insanlara vermez veya onları bu belgeler yaratmazlar; onların yaptığı, insanların zaten sahip oldukları hakları tanımak ve koruma altına almaktır.³⁴ Başka bir ifadeyle insan hakları kavramı, devlet tarafından tanınsın veya tanınmasın, hukuki güvence altına alınsın veya alınmasın, bir coğrafyaya bağlı olmaksızın tüm insanlara tanınan hakları kapsayacak genişliktedir. Bu, insan haklarına tanınan yüksek ahlaki nitelikten kaynaklanmaktadır.³⁵ İnsan hakları kavramı aynı zamanda bir ideali içermektedir. Bu terimi kullananlar, bu alanda olanı değil, daha çok “olması gerekeni” dile getirmektedir.³⁶

İnsan haklarının kaynağı, “insan doğası” ve bu doğanın özünde var olan “insan onurudur”. İnsan onuru, insanın düşünce ve değer dünyasının dayanak noktasını oluşturmaktadır. Onur sahibi bir varlık olarak insan; düşünce yeteneği, hürriyeti ve ahlaki özerkliğiyle mutlak bir değer taşımaktadır.³⁷ İnsan onurunu güvenceye alan bütün kurallar, insan hakları kapsamına girer denilebilir. Tüm insanlar, insan olmanın gereği olarak, bu haklara din, dil, ırk, cinsiyet, köken, aidiyet vb. hiçbir ayrım gözetilmeksizin “eşit” bir şekilde sahiptirler. Yani insan hakları “evrensel”; zamandan, mekândan, ekonomiden ve kültürden bağımsız olarak insanın varoluşuyla birlikte vardır.³⁸ İnsan hakları, belki de daha doğru adlandırma ile ortak haklar (*common rights*), kullanılmaları hak sahibinin herhangi bir özel topluluğa, gruba veya kategoriye mensup olmasına bağlı olmayan haklar ve özgürlüklerdir, insan hakları tüm insanların haklarıdır.³⁹ Bu haklar, iç hukukta anayasada ve anayasada belirtilen haklar ve özgürlüklere binaen çıkarılan kanunlarda; uluslararası hukukta ise bildirge ve sözleşmelerde yer almakta ve hukukun değişiminde yol gösterici rol oynamaktadır.

Diğer taraftan insan hakları dinamik bir yapıya sahip olup, gelişim ve değişim süreci devam etmektedir. Bununla kastedilen, insan hakları kategorisinin içerdiği hak ve özgürlüklerin, tanınmış (veyahut düzenlenmiş) bulunanlardan ibaret bir listeye

³⁴ Peter Jones, **Rights**, New York: St Martin's Press, 1994, s. 82'den aktaran İnsan Hakları, a.g.e., s. 18.

³⁵ Gözlüöl, a.g.e., s. 30.

³⁶ Şenoğlu, a.g.e., s. 22.

³⁷ Esra Atalay, ‘Vicdan Özgürlüğü’, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 21-22, 1999-2000, s. 124'den aktaran Gözlüöl, a.g.e., s. 31.

³⁸ Uzak ve Altuntaş, a.g.e., s. 5.

³⁹ J.E.S Fawcett, **The Law of Nations**, London: Allen Lane the Penguin Press, 1968, s. 151'den aktaran Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 999.

indirgenemeyeceğidir.⁴⁰ Bu zamana kadar çeşitli insan hakları listeleri oluşturulmakla beraber nihai nokta konulamamaktadır. Son zamanlarda ortaya atılan gelişme hakkı, çevre hakkı ve benzerleri haklar son noktanın konulmadığının bir göstergesidir.

İnsan haklarının özellikleri konusunda çeşitli fikirler ortaya atılmakla beraber asgari düzeyde şu nitelendirmelerin yapıldığı görülmektedir: İnsan hakları; evrenseldir, doğuştandır, mutlaklıdır, toplum öncesidir, vazgeçilmezdir, temel haklardır, çoğunlukla özgürlük haklarıdır, ahlaki değerlerdir, esas olarak devlete ileri sürülen iddialardır, daha alt düzeydeki haklarla veya bu hakları yerleştirme mücadelesiyle yakından ilgilidir, siyasi meşruluğun ölçütüdür. Bununla birlikte insan haklarının niteliğiyle ilgili teorik açıklamalar bu hakların temel anlam ve işlevini unutturmamalıdır. Onun için tekrar belirtmek gerekir ki, insan haklarının temel anlam ve işlevi, siyasi baskıdan korunma ihtiyacında ve arayışında kendisini gösterir. İnsan hakları öğretisinin amacı, insanlara ek kazanımlar sağlamak ve onları pozitif olarak donatmaktan çok, devlet baskısından koruyacak şekilde onların özgürlük alanlarını garanti etmektir.⁴¹

1.2. Özel Hayat Kavramı ve Özel Hayatın Kapsamı

Sosyal bir varlık olarak insan hemcinslerinden ayrı yaşayamaz. Yine de bu birlikte yaşamak gereği, onun özgürlüklerinden ve karar verme iradesinden vazgeçmesi anlamına gelmez. Zira insan bir yönüyle herkese açık olan, topluma katılma duygusunu ve diğer taraftan toplumdan uzaklaşarak kendine has olan özel ve gizli alanında hayatını sürdürme isteğini birlikte taşır.⁴² Bu iki özellik insan hayatının genel ve özel olmak üzere iki yönü olduğunu işaret eder. Hayatın bu özel alanının korunması, bireye değer veren bütün siyasi sistemlerde, gerçek bir sosyal ve psikolojik ihtiyacın sonucudur. Simmel, R. E. Park, Kurt Lewin ve Erving Goffman gibi sosyologlarca bireyin başkalarıyla olan ilişkileri, gizlilik veya açıklık dereceleri bakımından, içice geçmiş birtakım bölgelere, ya da çemberlere benzetilmektedir. Çekirdek benlik (*core self*) denilebilecek olan en iç çember, kişinin normal durumlarda hiçbir kimseyle paylaşmadığı mutlak sırları, onun en gizli duygularını, düşüncelerini, ümitlerini, korkularını, dileklerini içine alır. Bu çember; bireyin tam anlamıyla kendisiyle baş başa kalacağı bir alan, onun kişiliğinin nihai sığınağıdır. İkinci

⁴⁰ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 1006.

⁴¹ İnsan Hakları, a.g.e., s. 19.

⁴² Oya Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C Anayasasında Düzenlenişi**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi, 1979, s. 8'den aktaran Yusuf Ziya Polater, **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 3.

çemberde, kişinin kural olarak ancak en yakınlarına açacağı nispi sırlar vardır. Daha sonra, arkadaş ve dostlar çevresiyle paylaşılan duygu ve düşünceler çemberi gelir. En dışta ise, kişinin herhangi bir kimseye açıklamaktan veya kamunun bilgisine sunmaktan çekinmediği konular bulunmaktadır.⁴³

İnsan, akıl sahibi bir varlık olarak yaşam ve geleceği üzerinde düşünüp karar vermek, özel hayatını istediği gibi düzenleyebilmek yetkisine sahiptir.⁴⁴ Bu noktada özel hayat alanının ne olduğuna dair kesin bir tanım vermek oldukça güçtür. Her olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak özel hayatın tanımlamasını tekrar yapmak gerekir. Bu durum sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmelere ayak uydurmak ve sağlanacak korumanın dinamik tutulması bakımından yerinde olmakla birlikte, özel hayat için sınıflandırılmış bir tanım vermeyi de güçleştirmektedir.⁴⁵ Yalnız özel hayat kavramının tanımının yapılması zor olsa da, kesin çizgilerle olmasa bile ortaya konması zorunluluktur. Bu açıdan bakıldığında öğretide kişinin hayat alanlarının “üç alan kuramı (*sferler teorisi*)” ile tasnif edildiği görülmektedir.

1.2.1. Kişinin Hayat Çevreleri

Üç alan kuramı uyarınca kişinin hayatı, *kamuya mal olmuş, kamuya açık, ortak hayat; özel hayat; gizlilik alanı, gizli hayat* olmak üzere üç alandan oluşur.⁴⁶ Bu şekilde hayat alanları ayrımı, kişiliğin hukuken korunması gereken bölümünü göstermekte olup, ayrımda özel ve gizli alanlar korunan kişilik alanları olmaktadır. Bununla birlikte “üç alan kuramı” kişisel verilerin açık edilmeksizin toplanması ve depolanması şeklindeki müdahalelere karşı yeterli korumayı sağlamadığı için eleştirilmektedir.⁴⁷ Bununla birlikte Kuram, yaşam alanlarının kapsamının kesin şekilde saptanmadığı ve her olayın özelliğine

⁴³ Alan F. Westin, **Privacy and Freedom**, New York: Atheneum, 1970, s. 33’den aktaran Ergun Özbudun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, **AÜHF 50. Yıl Armağanı**, C. I, Ankara: 1977, s. 266.

⁴⁴ Ünal, a.g.e., s. 4.

⁴⁵ Ursula Kilkelly, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Sekizinci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No. 1, Almanya: Avrupa Konseyi, 2001, s. 10-11.

⁴⁶ Kuram, Prof. Heinrich Hubmann tarafından ortaya atılmış ve Türk öğretisinde de benimsenmiştir. Bkz. Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2006, s. 7.

⁴⁷ Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2001, s. 61’den aktaran Sevimli, a.g.e., s. 8.

göre bu sınırların değişebileceği göz önünde bulundurularak ele alındığında, kavramın tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi çabasında yol gösterici niteliktedir.⁴⁸

1.2.1.1. Kişinin Kamuya Açık Hayatı (Ortak Alan)

Kamuya açık hayat da denilen ortak alan; kişinin başkalarının bilmesinden rahatsızlık duymadığı, topluma açık, herkes tarafından izlenebilen hayat olaylarından meydana gelen alandır.⁴⁹ Kişinin toplum içindeki herkese açık şekilde gerçekleştirdiği eylemler, kurduğu ilişkiler ve dâhil olduğu olaylar kamuya açık hayat alanını oluşturmaktadır. Bir kimsenin sinemaya veya tiyatroya gitmesi, parkta dolaşması, pazara gitmesi yahut bir şirketin ticarete atılması ortak alana giren faaliyetlerdir. Ortak hayat alanı ise, hukuki koruma kapsamı dışında kalır. Zaten bu alanda oluşan olayları ve bu alan kapsamındaki kişileri toplumun diğer bireyleri de görerek ve duyarak öğrenebildiklerinden, bu alanın diğer kişilerden gizli tutulması pek mümkün değildir.⁵⁰ Bu noktada zor olan ortak hayat alanı ile özel hayat alanı arasındaki sınırın çizilmesidir. Çünkü hayat alanları mahiyeti gereği kişiye ve duruma göre değişiklik göstermektedir.

Kamuya açık hayat alanındaki alenilik, bu alandaki her olayın yayınlanabileceği anlamına gelmemektedir. Bazen bu alandaki olaylarla ilgili kişinin rızasının gerekebileceği unutulmamalıdır.⁵¹ Kişinin bazı davranışları vardır ki bunlar kamuya açık alanda başkalarının gözü önünde gerçekleştiği halde kişi bunların, özellikle haber formatında bir yorum şeklinde başkalarına aktarılmasını istemeyebilir. Bu davranışlar basın tarafından ya da üçüncü kişiler tarafından açıklandığı takdirde kişilik haklarının ihlali söz konusu olabilir. Mesela tüp bebek tedavisi için doktora gitmek, bir erkeğin bir kadınla sinemaya gitmesi gibi olayların sıradan insanların toplum içinde yaptığı faaliyetler şeklinde değil de kişinin tanınmasını sağlayacak tarzda haber yapılması gösterilebilir. Eğer haber yapılacaksa bile kişinin ismi ve tanınmasını sağlayacak unsurların haberde belirtilmemesi gerekir. Yani kişinin esasında toplum içinde yaptığı ve bu nedenle kamuya ait hayata

⁴⁸ Sevimli, a.g.e., s. 8.

⁴⁹ Ahmet Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, Ankara: AÜHF Yayınları, No. 466, 1982, s. 84.

⁵⁰ Aydın Zevkililer, **Medeni Hukuk-Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku**, Ankara: Savaş Yayınları, 1992, s. 397.

⁵¹ Pierre Tercier, **Le nouveau droit de la personnalite**, Zürih: Schulthess, 1984, s. 67'den aktaran Yunus Nadi Kolukısa, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Koruması**, s. 1. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>, (16.02.2010).

girdiği iddia olunan bazı davranışları özel hayat içinde kalmakta ve bu faaliyetlerin izinsiz olarak kamuya aksettirilmemesi gerekmektedir.⁵²

1.2.1.2. Kişinin Özel Hayatı (Özel Alan)

Özel hayat alanı, kamuya açık alanlarda cereyan etmeyen ancak kişiye yakından bağlı olanlarla paylaşılan hayat olaylarını kapsamaktadır. Burada kamuya açık alan; sayı ve kişi bakımından belirsiz kişilere açık alanı ifade etmektedir. Buna göre dar anlamda özel hayat alanı, sayı ve kişi bakımından belirsiz kişilere açık olmayan aksine kişiyle yakın ilişkileri olan belirli kişilerle paylaşılan hayat alanını ifade etmektedir.⁵³ Başka bir anlatımla kişinin birlikte oturduğu, birlikte çalıştığı, günün olayları üzerinde birlikte konuştuğu ve çeşitli sebeplerle birlikte bulunması nedeniyle, bu kişiler tarafından bilinen eylemleri, kendine ilişkin bilgiler ve olaylar, kişinin özel hayat alanını oluşturur. Bu alandaki olaylar belirli kişilerce bilinmekle birlikte kamuya da açık değildir.⁵⁴ Özel hayat alanı, kişilik hakkına ilişkin korumadan yararlanmaktadır. Özel konuşmaların dinlenmesi, gizlice resim veya film çekme, kişinin özel hayatını yayın yapma, telefonla sürekli olarak rahatsız edilme, özel hayatı dedektif veya casuslar aracılığıyla araştırma, gazetecilerin kişilerin hayatlarına müdahalesi, özel alanın en sık görülen ihlalleridir.⁵⁵

1.2.1.3. Kişinin Gizli Hayatı (Gizlilik Alanı)

Gizlilik alanı, kişinin üçüncü kişilerden gizlediği ya da sadece kendilerine açıkladığı kişilerce bilinmesini istediği olayları içeren hayat alanıdır. Bu alana başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen tüm olaylar, bilgiler ve bunları içeren belgeler girer.⁵⁶ Gizli hayat alanı, bir kimsenin hayatının en özel ve gizli kısmını oluşturur. Kişinin sağlık durumu, aile hayatı, dini inançları, özel yazışmaları ve psikolojik durumunu gösterir olaylar bu alana dâhildir. Gizlilik alanına ilişkin bilgileri, kişinin kendi rızasıyla güven duyduğu belirli şahıslara aktarması, yani sırlarını paylaşması ihtimal dâhilindedir. Kişinin söz konusu alanına ait bazı olayların saklı tutacaklarına güvendiği kişilere açıklaması, bu konudaki sır saklama arzusunun kalktığını göstermez. Gizlilik alanına giren bir hususu,

⁵² Ersan Şen, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Korunması**, İstanbul: Kazancı Kitap A.Ş., 1996, s. 214-215.

⁵³ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 84.

⁵⁴ Sevimli, a.g.e., s. 8.

⁵⁵ Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku: Cilt II Kişiler Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009, s. 129.

⁵⁶ Dural ve Ögüz, a.g.e., s. 128.

kişi güvendiği bir kimseye açıklamışsa arada akdi bir ilişki olmasa da bu kimse öğrendiği yani kendisine sır olarak verilen bilgileri üçüncü kişilere açıklayamaz. Kaldı ki bu yükümlülük kanundan da doğabilir. Mesela, bir avukat, doktor, ebe meslekleri dolayısıyla öğrendikleri bir takım bilgileri, kanun gereği açıklamamakla yükümlüdürler.⁵⁷

Gizli hayat alanında insan, kişiliğini geliştirebilmek için yalnız kalarak çeşitli faaliyetlerde bulunmak imkânına kavuşacaktır. Kişinin “gizli alanı” ihlal edilecek olursa, kişiliğin gelişmediği ve zihni yeteneklerinin köreleceği görülecektir. Günümüzde gizlilik hakkı, uygar insanlar tarafından yaygın bir şekilde kabul edilen ve oldukça değer verilen bir hak olarak benimsenmiştir.⁵⁸ Son olarak belirtilmesi gereken bir husus da, “*üç alan kuramı*”nın özel hayatı tanımlama amaçlı girişimlerden biri olarak algılanmasının ve değişen koşullara ve her bir somut olaya göre yeniden yorumlanmasının gerekliliğidir. Alanlar arasındaki sınırın silikliği ve her üç alanın da genişleyip daralabileceği bu çabada öncelikle akılda tutulmalıdır. Aksi tutum, özel hayat kavramının özündeki tüketici tanım götürmezliğe ve gelişen hayata paralel şekilde hukukun da gelişmekte olduğu gerçeğine aykırı düşecektir.⁵⁹

1.2.2. Özel Hayat ile Diğer Hayat Alanları Arasındaki İlişki

Özel alan ve gizlilik alanı, her ikisinin de kamuya açık olmaması olgusu göz önünde tutulduğunda, nitelik bakımından değil, nicelik bakımından farklıdır.⁶⁰ Özel alanın gizlilik alanıyla karşılaştırıldığında daha aleni olması toplum nezdinde bir aleniliği ifade etmemektedir. Bu alandaki olaylar, belirli kişilerce bilinmekle birlikte kamuya da açık değildir. Özel hayat alanının giderek gizli hayat alanını da kapsadığı ileri sürülmektedir. Nitekim hukuk düzeni tarafından korunan bu iki alandır.⁶¹ Esasen her üç alanında sınırlarını kesin çizgilerle çizmek güçtür. Toplumda ön plana çıkmış, kamunun ilgisi üstünde toplamış, hakkında bilgi edinme ihtiyacı duyulan politikacı, oyuncu, sporcu gibi “*kamuya mal olmuş*” kişilerin özel hayat alanlarının diğer kişilere göre daha dar olduğu belirtilmelidir. Yine özel hayatın kapsamı kişinin toplumdaki konumuna ve zamana bağlı

⁵⁷ TCK m. 137, Avukatlık Kanunu m. 36 vb.

⁵⁸ Erkan Demirtaş, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesi ve İlgili Yargı Kararları**, 2004, s. 2. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>, (14.01.2010).

⁵⁹ Sevimli, a.g.e., s. 11.

⁶⁰ Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, No. 2378, 1978, s. 22.

⁶¹ Helvacı, a.g.e., s. 62-63’den aktaran Sevimli, a.g.e., s. 9.

olarak farklılık arz etmektedir. Kişinin, gerek kendi başına gerek başkalarıyla beraber günlük hayat içerisinde katıldığı sosyal faaliyetler, özel hayatı söz konusu olan kişiyi tanımayanlar için sıradan ve gayri şahsi niteliktedir. Ayrıca özel hayatın sınırları çizilirken kişinin yaşadığı olayların, belge ve bilgilerin hangilerini kimlere karşı ne ölçüde paylaşmak istediği de önemlidir.⁶²

Özel hayat, kişinin inzivası (*seclusion*) ve gizleri (*secrecy*) üzerindeki kontrolü şeklinde de açıklanmaktadır. Gizler üzerindeki kontrol, kişinin çeşitli konuları kamuoyundan sakınmasını ya da bunların ne kadarının kamuoyuna sunulacağına karar vermesini sağlar; ne kadarının kamuoyuna sunulacağı noktasındaki yelpaze, aile bireylerinden, belirli arkadaş çevresine, aynı problemten şikâyetçi olan kişilere ya da toplumun tamamına dek uzanabilir.⁶³ Kişinin özel ve gizli hayat alanına giren hususların sadece açıklanması değil, bunların hukuka aykırı olarak öğrenilmesi de kişilik hakkının ihlalidir. Bu bakımdan bir kimsenin hatıra defterini çalan kişi, bunu açıklamasa bile, kişinin gizli hayatına müdahale etmiş olur.⁶⁴ Bu noktada ifade edilmesi gereken diğer bir husus ise öğretideki özel hayat ve gizli hayat alanı ayrımının kabul edilmesine yönelik görüşün yürürlükte bulunan hukuka aykırı düştüğünün söylenebileceğidir. Hukuki düzenlemelere bakıldığında gerek Anayasamızda ve gerekse uluslararası hukuki düzenlemelerde kullanılan kavram “özel hayat alanı”dır. Burada kişinin özel hayat alanından farklı olarak bir “gizli hayat alanı” kavramının kullanılmadığı görülmektedir. Yani herkesin bir özel hayat alanı vardır ve burada geçen tüm faaliyetlerin gizliliği ve korunması esastır.⁶⁵

1.2.2.1. Kişinin Özel Hayat Çevreleri

Özel hayat kavramı kişinin aile hayatı, konutu ve haberleşmesi ile birlikte anılmaktadır. Mesela Anayasamız “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” başlığı altında, özel hayat ile birlikte, aile hayatını, konut dokunulmazlığını ve haberleşmenin gizliliğini de güvence altına almaktadır. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. maddede “Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması” başlığı altında özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme, saygı gösterilmesi gereken haklar olarak sayılmıştır. Özel hayat, aile hayatı,

⁶² Dural ve Ögüz, a.g.e., s. 128.

⁶³ Blanca R. Ruiz, *The Right to Privacy: A Discourse-Theoretical Approach*, *Ratio Juris*, Vol.11, No. 2, Blackwell Publishers Ltd., 1998, s. 157-163’den aktaran Sevimli, a.g.e., s. 10.

⁶⁴ Dural ve Ögüz, a.g.e., s. 130.

⁶⁵ Demirtaş, a.g.e., s. 2.

konut ve haberleşme kavramları, bireysel hayatın değişik uzantıları olarak iç içe geçmiş durumdadırlar, bu kavramların kesin şekilde birbirinden ayrılması da gerekli değildir. Yapılan bu sıralama, özel hayatın genel olarak, kapsamının belirlenmesine yardımcıdır. Sıralamanın amacı, bu alt unsurların özel hayat kavramına dâhil olduğu noktasında olası duraksamaya meydan vermemektir.⁶⁶

1.3. Özel Hayat ve Gizliliği Kavramı

Özel hayat kavramının şahıs, mekân ve zamana göre değişken özelliği ve çağımızdaki hızlı değişimler nedeniyle öğretide ve yargı kararlarında kavrama dair kesin bir tanım vermekten kaçınıldığı, dolayısıyla çok çeşitli tanımların yapıldığı görülmektedir. Bu tanımlardan bazıları şunlardır: “Herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinmeyle sağlanan kişiye ait hususlar”⁶⁷, “kişinin hukuk tarafından korunan ve herkesle paylaştığı ortak, kendisine yakın kişilerle paylaştığı özel, bizzat kendisi ve güvendiği kişiler dışında herkese gizli tuttuğu gizli yaşam görünümünden meydana gelen kişisel varlık”⁶⁸, bireyin yalnızca kendine özel olan ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünümü”⁶⁹, “başkalarınca öğrenilmesi istenilmeyen kişiye ait hususlar”⁷⁰ bu kavrama dair tanımlardan bazılarıdır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Danışma Meclisinin 428 (1970) sayılı kararında ise özel hayatın gizliliği şu şekilde ifade edilmiştir: “Özel hayat zorunlu olarak bireyin kendi hayatını en az müdahale ile yaşamasını içerir: özel, aile ve ev hayatı, fiziki ve moral bütünlüğü, onuru ve şöhreti, aldatılma durumunda olmaktan sakınmak, ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmaması, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanması, güvenilir olarak verilen veya alınan enformasyonun açıklanmasının engellenmesidir.”⁷¹

Özel hayatın gizliliği kavramı, kişinin üstünün, özel kâğıt ve eşyasının aranmaması, bunlara el konulamaması; konutuna girilememesi ve özel haberleşmelerinin gizliliğine dokunulamaması gibi üç unsuru kapsamaktadır. Bu hakkın temel amacı insan kişiliğinin serbestçe gelişmesine olanak vermek üzere kişiye, kendisi ve yakınları ile baş

⁶⁶ Sevimli, a.g.e., s. 12.

⁶⁷ Çetin Özek, **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, İstanbul: Alfa Basım Yayım, 1999, s. 259.

⁶⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 81.

⁶⁹ Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 4. Baskı, İstanbul: İÜHF Yayınları, No. 584, 1979, s. 127.

⁷⁰ Şen, a.g.e., s. 6-7.

⁷¹ Sultan Üzeltürk, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2004, s. 168.

başla kalabileceği, devlet tarafından ve başkalarınca tedirgin edilemeyeceği özel bir dünya, özerk bir alan sağlamaktır. Nitekim Anglo Amerikan hukukunda “*privacy*” adı verilen ve dilimize “*mahremiyet*” olarak çevrilmesinin daha uygun düşebileceği ifade olunan kavram, özel hayatın korunmasındaki bu üç unsuru içine almaktadır.⁷²

Yine özel hayatın gizliliğinin birey tarafından dört şekilde gerçekleştirileceği ifade edilmiştir. Bunlar: “*Toplumdan çekilme*”, “*mahremiyet*”, “*tanınmazlık*” ve “*saklama*”dır.⁷³ Toplumdan çekilme halinde kişinin toplumla ilişkilerini keserek, dış etkilere izole edilmiş münzevi bir hayat sürdürmesi söz konusudur. Mahremiyet halinde kişi özel hayatını aile, eş, yakın arkadaş gibi sınırlı bir çevre ile paylaşmaktadır. Tanınmazlık, kişinin kendisini tanımayan bir yabancıyla tanınmamasının verdiği güven ve rahatlıkla özel hayatını paylaşması veya duygu ve düşüncelerini anonim olarak yani kendi düşünceleri değilmiş gibi paylaşmasıdır. Saklama ise, kişinin özel hayatına dair olayların anlaşılmasını tamamen önlemesi veya sınırlamasıdır.

Ayrıca belirtmelidir ki dilimizde özel hayatın gizliliği kavramına karşılık olarak kullanılan “*mahremiyet*”⁷⁴ bu kavramın sadece bir boyutunu kapsamaktadır. Bu sebeple özel hayatın gizliliğini gerçekleştirme yöntemlerinden sadece biri olduğu için “mahremiyet hakkı” yerine “özel hayatın gizliliği hakkı” teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı kabul edilmektedir. Çünkü özel hayatın gizliliği hakkı, sadece bireyin hayatının mahrem alanının korunması değildir, bu hak aynı zamanda mahrem olmayan, kamuya açık olan hayat alanını da korumaktadır. Bu noktada kritik soru makul özel alan beklentisidir. Bu sebeple, özel hayatın gizliliği kavramı yerine kullanılabilmesi için, bir öneri olarak kısaca kavrama “özel hayat hakkı” da denilebilir.⁷⁵

1.4. Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

Özel hayatın gizliliği hakkı; bireyin özel hayat alanının gizli ve hangi odaktan gelirse gelsin meşru olmayan müdahaleden uzak tutulması noktasında, hukuk düzeni tarafından korunmaya değeri görülen bir yararın tanınması anlamına gelmektedir. Başka bir

⁷² Özbudun, a.g.e., s. 265.

⁷³ Araslı, a.g.e., s. 10’dan aktaran Üzeltürk, a.g.e., s. 3.

⁷⁴ Mahremiyet, Osmanlıca bir sözcük olup mahrem olan anlamına gelmektedir. Mahrem ise “gizli” ve “herkese söylenmez, herkesçe bilinmez” anlamındadır. Bkz. Mustafa Nihat Özön, **Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, 6. Basım, İstanbul: İnkılâp ve Aka Kitapevleri, 1979.

⁷⁵ Üzeltürk, a.g.e., s. 3.

anlatımla, özel hayat hakkı, politik bağlamda devlete; sivil bağlamda ise topluma ve onu oluşturan bireylere (kişilere) karşı özel hayat değerlerine dokunulmaması noktasında talep hakkını anlatmaktadır.⁷⁶ Bugünkü anlamı ile özel hayatın gizliliği konusunda tartışmalı olmayan, hemen herkes tarafından özel hayat alanı içinde kabul edilen bir kısım vardır. Bu da öncelikle “yalnız bırakılma hakkı (*right to be left alone*)”dır. Yalnız bırakılma hakkı; istenmeyen müdahalelerin engellenmesini, güvenmeyi ve tanınmazlığı da kapsamaktadır.⁷⁷ Genel kabul gören bu tanıma, “kişinin hayatını en az derecede müdahaleyle yaşama hakkı” da eklenmektedir.⁷⁸ Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresinde “Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Hakkı” çerçevesinde özel hayat hakkı, “*kişi için asgari dış müdahalelerle kendi öz varlığını serbestçe sürdürebilmesi*” olarak ifade edilmiştir.⁷⁹

Özel hayatın gizliliği hakkı, hem insan hakları ve anayasal boyutu olan ya da devlet ve birey ilişkilerini ilgilendiren bir konu, hem de özel ilişkiler çerçevesinde gündeme gelebilecek bir konudur. Bunu devlet-birey arasındaki ilişkiler açısından “dikey ilişkilerde” ve birey-birey ilişkileri açısından “yatay ilişkilerde” özel hayata yapılan müdahale ve ihlaller olarak nitelendirmek mümkündür. Dikey ilişkilerle özel hayatın gizliliğinin ihlali konut dokunulmazlığı, sebepsiz arama, izleme ve haberleşmeye müdahale, doğum kontrolü, gebeliğin iradi olarak sona erdirilmesi, giyim tarzı ve görünüş ve cinsel davranış gibi özel kararlara devletin müdahalesi gibi durumlarda ortaya çıkar. Yatay ilişkilerde ise, müdahaleler haksız fiil hukuku çerçevesinde karşılanmaktadır.⁸⁰ Esasen özel hayat hakkının kabul ve ifade edilmiş, sınırları çizilmiş net bir tanımı bulunmamaktadır. Bunun sebebi mutlak nitelikte bir tanımın, özel hayata yönelen saldırıların çeşitliği karşısında sağlanacak hukuki korumanın sınırlanmasına neden olabileceği endişesidir.

1.5. Özel Hayat Hakkının Koruduğu Hukuki Değer

Bir hak olarak özel hayat, üç felsefi temele dayanmaktadır. Bunlardan birincisi, özgürlük ideolojisinde güçlü bir eleman olan kişisel özerkliktir. Özel hayatın gizliliği seçme özgürlüğünün şartlarının oluşturulmasına yardımcı olan bir değer olduğu için

⁷⁶ Ruiz, a.g.e., s. 156’den aktaran Sevimli, a.g.e., s. 18.

⁷⁷ Üzeltürk, a.g.e., s. 4.

⁷⁸ Sevimli, a.g.e., s. 18.

⁷⁹ Emrullah Ayıcı, **İletişim Özgürlüğü ve Özel Hayatın Gizliliği**, s. 10. http://www.emniyet.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/45/web/makaleler/Emrullah_AYCI.htm, (19.08.2009).

⁸⁰ R. Clayton, H.Tomlinson, **The Law of Human Rights**, Oxford, New York, 2000, s. 776’den aktaran Üzeltürk, a.g.e., s. 5.

müdahaleden uzak olmalıdır. Birey, belirlenen bu alana girişleri meşru bir amaca dayanma istisnası dışında durdurarak, kendisini tüm gelenlere karşı savunup koruyabilecektir. İkincisi ise, fayda düşüncesidir. Birey, özel hayatına devlet müdahale etmediği zaman kedisini daha mutlu hissetmektedir. Faydacı yaklaşım özel hayat alanının özel ve ailevi alandan iş alanına da genişletilmesini haklı çıkarmaktadır. Üçüncüsü ise, bireyin izlenmesi ve onun hakkında izni olmadan kişisel bilgiler toplanması bireyin bağımsızlığı ve onuru alanında yer almakta ve bu durum “zihinsel ve duygusal güvenlik” olarak ifade edilmektedir.⁸¹ Bireyin özerk hareket edebilmesinin ilk şartı devletten, toplumdan gelebilecek baskılara karşı direnebilmesidir. Özel hayat sayesinde birey, topluma katılıp katılmama, katıldığı durumda ise bunu seviyesini belirleme imkânına sahip olur.⁸²

Özel hayat hakkının korunması, bireysel özelliklerin ve bireysel seçme (tercih) hürriyeti bilincinin gelişmesi bakımından da zorunludur. Birey; kime, neyi, ne zaman açıklayacağını, neleri kendisine saklı tutacağını kendi hür iradesiyle belirleyemiyorsa, seçimde bulunma ve kendi hayatına dileğince yön verme hürriyetinden de geniş ölçüde yoksundur. Nihayet, toplumun kültür ve düşünce hayatının gelişmesi de, özel hayatın gizliliğinin korunmasıyla gerçekleşebilir. Birçok düşünceler, görüşler ve sanat eserleri, kamuya açıklanacak biçime ulaşmadan önce, bireyin kendi iç dünyasında bir olgunlaşma sürecinden, tabir caizse bir kuluçka devresinden geçmek zorundadır.⁸³ Kişinin sürekli olarak gözetim altında tutulduğu yerlerde, kişiliğinin pek az geliştiği ve yaratıcı düşünme yeteneğinin köreldiği bir gerçektir.⁸⁴

Her demokratik hukuk devletinde fertlere, maddi ve manevi varlıklarını istedikleri gibi şekillendirebilecekleri özgür bir hayat alanı tanınır. Devletin müdahalesinden korunmuş bulunan ve bireyin küçük dünyası olarak anılabilecek olan bu alan temel hak ve özgürlükler ve ülkenin siyasi rejimi bakımından hassas bir gösterge işlevini de taşır. Bireyin bu küçük dünyası ne kadar geniş ise ülkede mevcut olan siyasi rejim o kadar özgürlükçü ve demokratik, ne kadar dar ise o kadar baskıcı ve otoriterdir.⁸⁵ Neticede özel hayat hakkının; kişinin, düşünce ve anlatım özgürlüğü başta olmak üzere kişi özgürlüğü,

⁸¹ D. Feldman, **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales**, Second edition, Oxford: Clarendon Press, 2002, s. 512’den aktaran Üzeltürk, a.g.e., s. 8.

⁸² Sevimli, a.g.e., s. 21.

⁸³ Westin, a.g.e., s. 33-34’den aktaran Özbudun, a.g.e., s. 266.

⁸⁴ Özsunay, a.g.e., s. 128.

⁸⁵ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006 s. 182.

katılım, çoğulculuk kendini geliştirme gibi önemli hak ve özgürlüklerini kullanabilmesi için kilit konumda olduğu, dahası kişisel ve sosyal düzen ve huzurun sağlanmasında, bu hakka gösterilecek saygının öneminin de yadsınamaz boyutta olduğu anlaşılmaktadır.⁸⁶

1.6. Özel Hayat Hakkının Niteliği

İnsan hakları, tüm insanların sadece insan olmaları sebebiyle, her zaman her koşulda ve her yerde sahip oldukları, insana yaraşır bir yaşam ve insanın kendini gerçekleştirebilmesi için vazgeçilmez nitelikteki haklardır. İnsan haklarının pozitif hukuka aktarılmış hali için “temel haklar” deyimini kullanılmakta ve temel hak ve hürriyetler günümüzde çeşitli açılardan sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda zaman açısından yapılan tasnifte; birinci, ikinci ve üçüncü kuşak haklardan söz edilmektedir. Birinci kuşak haklar; can ve mal güvenliği, din ve vicdan özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, düşünce ve siyasi haklar gibi geleneksel haklar olup kişisel ve siyasal haklar olarak da nitelendirilmektedir. Bu haklar devletlere öncelikle çekinme yükümlülüğü yüklemektedir. Bu tür klasik haklara zaman içerisinde eklenen çalışma hakkı, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, adil ve eşit ücret hakkı, sosyal güvenlik, eğitim ve öğrenim hakkı, insan haysitine yaraşır bir hayat düzeyine kavuşma hakkı gibi bir takım ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ise, ikinci kuşak haklardan sayılmaktadır. Bahse konu haklar, insanların maddi ve manevi ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla devlet kaynaklarının bireyler arasında ayrımcılık yapılmaksızın hakça dağıtımını gerektirmektedir.⁸⁷ Bilim ve teknolojik gelişmelerin ortaya çıkardığı temiz bir çevrede hayatını sürdürmek, insani yardım almak gibi yeni bir takım haklar ise üçüncü kuşak haklar olarak nitelendirilmektedir. Bu tür haklar geleneksel insan haklarının yatay bir genişlemesi olmayıp, onların yeni bir yorumudur.⁸⁸

Temel bir hak olarak özel hayat hakkı ise, kişi hakları ve siyasi hakların yer aldığı birinci kuşak klasik haklardan sayılmakla birlikte hem ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yer aldığı ikinci kuşak haklarla hem de dayanışma haklarının yer aldığı üçüncü kuşak haklarla bağlantısı olan bir haktır. Mesela özel hayat hakkı, hem kişi dokunulmazlığı

⁸⁶ Sevimli, a.g.e., s. 23.

⁸⁷ Human Rights and Social Work, UN, Geneva: 1994, s. 4’den aktaran Ünal, a.g.e., s. 43.

⁸⁸ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 46.

ile hem çalışma hakkı ile hem de çevre hakkı ile ilişkilidir.⁸⁹ Kamu hukuku açısından özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, 1982 Anayasasında “Kişinin Hak ve Ödevleri” başlığı altında temel bir hak olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. 1982 Anayasasında belirtilen bölümde yer alan haklar, kişinin kişiliğine bağlı haklar olup kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizerek kişiyi devlete karşı korumaktadır.⁹⁰ Özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin güvenceler, bireylerin kişiliğini tam ve özgürce geliştirmesine ve onu kendi dünyası ile baş başa bırakıp, küçük dünyasına dokunmaya engel olan korumalar olarak tanımlanmaktadır.⁹¹ Çağdaş hukuk sisteminde de geçerli olan anlayışa göre, kişi her yönü ile bir bütün olup, özel hayat da bu bütünün ayrılmaz bir parçasıdır. Bu bakımdan, bireye yalnız kalabileceği devletçe ya da özel kişilerce rahatsız edilmeyeceği özerk bir alan sağlanmalıdır.⁹²

Temel hakların özel hukuktaki yansıması kişilik haklarıdır. Bu bağlamda özel hayat hakkı da yine kişilik haklarının bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişilik haklarına dair öğretilerde yer alan bazı tanımlar şunlardır: Kişinin varlığı ve bu varlığının bir gereği olarak sahip olduğu beden bütünlüğü, sağlığı, geniş bir ifade ile yaşamı gibi maddi değerler ile şerefi, haysiyeti, itibarı, özel hayatı ve sırları, mesleki ve ticari değerleri, ismi, görüntüsü ve bunlar üzerindeki hakları gibi manevi değerlerin tümü kişiliği, kişiliği oluşturan tüm bu değerlerin üzerindeki hak ise “kişilik hakkını” ifade etmektedir.⁹³ Kişilik hakkı; kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden öğelerin tümü üzerindeki haktır.⁹⁴ Kişilik hakkı; kişisel varlıklar üzerinde söz konusu olan şahsa bağlı bir mutlak haktır.⁹⁵ Sonuç olarak öğretilerde ve yargı kararlarında genel kabul görmüş bir tanımla olmasa da kişilik hakkı; “bireylerin kişi olması nedeniyle sahip olduğu kişiliğine bağlı, insanı insan kılan maddi ve manevi tüm değerler üzerindeki hakkı” olarak ifade edilebilir. Tanımlardan da anlaşılacağı üzere özel hayat hakkı da kişilik hakkını oluşturan temel değerlerden birisidir.

⁸⁹ Kaboğlu, a.g.e., s. 39.

⁹⁰ Necmi Yüzbaşıoğlu, **Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003, s. 20.

⁹¹ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 25.

⁹² Özbudun, a.g.e., s. 265.

⁹³ Zeki Hafizoğulları, ‘İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakkı ve Kişilik Haklarının Korunması’, Ankara: **AÜHF Dergisi**, C. 46, 1997, s. 3.

⁹⁴ Özek, a.g.e., s. 244.

⁹⁵ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 21.

1.7. Uluslararası Belgelerde Özel Hayat Hakkı ve Korunması

İnsan hakları, hem iç hukuka özgü hem de uluslararası hukuka özgü bir kavramdır. 21. yüzyılda insan hakları alanında en önemli gelişme, bireyin milli hukuk öznesi olmasının yanında uluslararası hukuk öznesi haline gelmeye başlamasıdır.⁹⁶ İnsan hakları ve temel hürriyetlerinin, tanınması, güvence altına alınması ve daha etkin bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak düşüncesiyle çeşitli uluslararası kuruluşlar oluşturulmuş ve bu kuruluşlar çok önemli insan hakları belge ve sözleşmelerini kabul etmişlerdir. Özel hayat hakkı da temel bir hak olarak uluslararası alanda, sözleşme, bildiri, şart gibi çeşitli formlarda oluşturulan insan hak ve özgürlüklerini tanıyan ve koruma altına alan belgelerde açıkça yer almaktadır.

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m.12 ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m.17; Avrupa Konseyi (AK) İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) m.8; Avrupa Birliği (AB) Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirisi m.6 ve Temel Haklar Şartı m.7-8; Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ) Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi m.5 ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi m.11/2; Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) İnsan Boyutu Konferansı Moskova Toplantısı Belgesi m.24, özel hayat hakkının düzenlendiği önde gelen temel uluslararası belgelerdir.⁹⁷

1.7.1. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

II. Dünya Savaşı sonrasında, 1943-1945 yılları arasında yapılan bir dizi uluslararası toplantıdan sonra 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco’da imzalanan ve 24 Ekim 1945’de yürürlüğe giren BM Antlaşması (Şartı) insan haklarının korunması açısından önemli kurallar içermektedir.⁹⁸ Antlaşma, insan haklarına ve temel hürriyetlerine ırk, cinsiyet, dil ve din ayrımı yapılmaksızın, her şart altında saygı gösterilmesini ve uyulmasını sağlamak amacıyla devletleri uluslararası bir iş birliğine zorlayarak, yeni bir dönem başlatmıştır.⁹⁹ Çünkü nerede olursa olsun insan haklarına saygısızlık ve bu hakların ihlali dünya barışı

⁹⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 3.

⁹⁷ Belgelerin çeviri metinleri için Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri**, C. I-II, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010.

⁹⁸ Bu antlaşma Türkiye tarafından 15 Mayıs 1945 tarih ve 4081 sayılı kanun ile onaylanmıştır. Bkz. RG 29.08.1945/6092.

⁹⁹ Gözlügül, a.g.e., s. 88.

için tehlike oluşturacak kadar önemli bir olaydır¹⁰⁰ ve bu sebeple BM'nin kurulmasından bu yana, "insan hakları" uluslararası hukukun ana kavramlarından birisi olmuştur.¹⁰¹ Ancak BM Antlaşması, insan hakları kavramına defalarca yer vermiş olmasına rağmen bu hakları listelememiştir. Böyle bir listeye ihtiyaç olmasından dolayı, insan hakların bir belgede sistemli olarak belirtmekle görevli İnsan Hakları Komisyonu kurulmuştur.¹⁰² Komisyonun çalışmaları neticesinde hazırlanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kuruluna sunulan tasarı BM Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde Paris'te, kırk sekize karşı sekiz çekimser oyla İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB) olarak kabul ve ilan edilmiştir.¹⁰³

Bildiri'nin "Mahremiyet Hakkı" (right the privacy) başlıklı 12. maddesi uyarınca özel hayata ilişkin şu ifade yer almaktadır: *"Hiç kimsenin, özel hayatı, aile hayatı, konutu ya da haberleşmesi keyfi müdahaleye; onuru ve şöhreti saldırılara maruz bırakılamaz. Herkesin, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı hukukun korumasından yararlanma hakkı vardır."* İHEB, insan hakları alanında gidilecek yönü, ulaşılması gereken amacı gösteren bir ideali yansıtmaktadır.¹⁰⁴ Bildiri uluslararası hukuk bakımından bir sözleşme veya antlaşma değildir. Ancak Bildiri'nin bugün dünya düzeyindeki siyasi ve moral etkisi herkesçe bilinmektedir. Ayrıca İHEB madde 12'de özel hayat hakkının düzenlenmiş olması, bu hakkın dünya ölçeğinde benimsendiğine işaret etmesi bakımından önemlidir ve özel hayat hakkının korunması konusunda yapılan düzenlemelere de model teşkil ettiği muhakkaktır.

1.7.2. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde sıralanan hakların sözleşme şekline dönüştürülmesi çabalarının ürünlerinden biri olan BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 19 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş ve 23 Mart 1976'da yürürlüğe girmiştir.¹⁰⁵ Özel hayat hakkı, Sözleşme'nin 17. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır:

¹⁰⁰ M. Refik Korkusuz, **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler**, İstanbul: Özrenk Matbaacılık, 1998, s. 44.

¹⁰¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 4.

¹⁰² Gözlügöl, a.g.e., s. 88.

¹⁰³ Türkiye, Birleşmiş Milletler Genel Kurulundaki bu oylamaya olumlu oy vermiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi Türkiye tarafından 6 Nisan 1949 tarihinde 9191 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla onaylanarak 27 Mayıs 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. RG 27.05.1949/7217.

¹⁰⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 6.

¹⁰⁵ Türkiye Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000'de imzalamıştır. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 4868 sayılı Kanun 18.06.2003 tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazetede, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve

“Hiç kimsenin, özel yaşamı, aile yaşamı, konutu ya da haberleşmesi keyfi ya da hukuka aykırı müdahaleye; onuru ve şöhreti hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz” (m.17/1) ve *“Herkesin, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı hukukun korumasından yararlanma hakkı vardır”* (m.17/2).

Sözleşme’ye taraf olmakla, devletler iç hukuklarını Sözleşme ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına girmiş olurlar (m.2). Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerin uygulanmasında âkit devletlerin bu hak ve özgürlüklere uygun hareket edip etmediğinin tespitinde bulunmak üzere Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi madde 8/2 uyarınca kurulan İnsan Hakları Komitesi görevlendirilmiştir. İnsan Hakları Komitesi, taraf devletlerin Sözleşme’de tanınan hakları uygulamaya geçirmek ve bu hakların kullanılmasında ilerleme sağlanmak için aldıkları tedbirler hakkında sunmakla yükümlü oldukları raporlar hakkında değerlendirme (m.40/1) ve uygun şartlarda devletler tarafından yapılan bildirimlerin incelemesini yapmaktadır (m.41). Ayrıca gerekli gördüğü durumlarda Sözleşme ile ilgili genel yorum yapmakta ve bunları taraf devletlere iletmektedir (m.40/4). Değerlendirme ve genel yorumlar, taraf devletlere tavsiye niteliğinde olmakla birlikte; giderek işlevlerinin arttığı gözlenmektedir.¹⁰⁶

Komitenin, Birleşmiş Milletlerin Mayıs 2004 tarihli derlemesinde yer alan genel yorumu uyarınca, “özel hayata saldırının kaynaklandığı odağın” önemi yoktur. Saldırı kamu makamlarından kaynaklanabileceği gibi (gerçek ya da tüzel) özel kişilerden de gelebilir. Sözleşme madde 17’nin devletlere yüklediği görev, bu saldırıların tümü için etkili koruma sağlamaktır.¹⁰⁷ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi denetim mekanizmasının başka bir boyutu ise, İnsan Hakları Komitesine yapılabilecek devletler arası ve bireysel şikâyet başvurularıdır. Yalnız devletler arası başvuru için Komitenin bu yetkisinin şikâyet başvurusunu yapan ve hakkında şikâyetle bulunulan taraf devletlerce ayrıca tanınmış olması (m.41/1) gerekmektedir. Bireysel başvuru için ise, taraf devletlerin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin ilk Protokolüne de taraf olması gerekmektedir.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Protokolleriyle kurulan mekanizmanın etkin olmadığı yolundaki eleştirilere rağmen, BM gibi dünya ölçeğinde bir örgüt tarafından

Çekince ile Onaylanmasına Dair Karar ise 21.07.2003 tarih ve 25175 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Türkiye 23.09.2003 tarihinde Sözleşmenin tarafı olmuştur.

¹⁰⁶ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 380-387.

¹⁰⁷ UN (Birleşmiş Milletler), **Compilation Of General Comments**, 2004, s. 124-142’den aktaran Sevimli, a.g.e., s. 38.

oluşturulan ve 2006 Şubat ayı itibariyle 155 devletin taraf olduğu bir sözleşmeyle özel hayat hakkının korumaya alınmış olması, anlamlıdır. Unutulmamalıdır ki; Sözleşme’ye taraf olmakla devletler iç hukuklarını Sözleşme ile uyumlu hale getirme yükümü altına girmiş olurlar (m.2). İnsan Hakları Komitesinin şikâyet başvurularını değerlendirme yetkisinin tanınmaması halinde dahi, Komitenin hazırlayacağı ve taraf devletlere ileteceği değerlendirme ve yorumların, Sözleşme hükümlerine uyum sağlayamayan devletleri bu konuda harekete geçirmesi muhtemeldir.¹⁰⁸

1.7.3. Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi

Kuzey ülkeleri hukukçuları ile tanınmış hukuk uzmanlarının meydana getirdiği Kongre 22-23 Mayıs 1967’de Stockholm’de toplanmış ve “özel hayat” konusu, ilk kez uluslararası bir hukuk kongresinde ele alınarak incelenmiştir. Kongrede özel hayatın gizliliğinin hukuki niteliğinin temel bir hak olduğu, bu hakkın kişiyi, kamu otoritelerine, topluluğa ve diğer kişilere karşı koruduğu belirtilmiş ve hakkın tanımı yapılmıştır. Kongrede “Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Hakkı” çerçevesinde özel hayat, “*bir insanın en ufak bir harici müdahale olmaksızın kendi hayatını dilediği gibi sürdürmekte serbest olması hakkı*” olarak tanımlanmıştır. Kongrede özel hayatın gizliliğin korunması hakkı; “özel ve aile hayatına ve konutuna müdahalelere, beden ve akıl tamlığına, ahlak ve fikir hürriyetine, şeref ve itibarına karşı her türlü izleme ve gözetleme ve baskı altında kalma hareketlerine, muhaberata el konulmasına, yazılı ve sözlü özel muhabereleden kötü niyetle faydalanılmasına, meslek sırrı olarak kendisine bildirilen veya kendisinin öğrendiği bilgilerin açıklanmasına karşı ferdin güvence altına alınması” olarak belirtilmiştir.¹⁰⁹

Kongre, kararlarında hakkın koruyacağı alan genişletilmiş ve böylelikle bireyin özel hayatının, onun kendisine ait olmasını istediği hayat alanını kapsamaması amaçlanmış ve özel hayatın gizliliği hakkına yapılacak müdahalelerde AIHS madde 8/2’de belirtilen sınırlandırmaları benimsenmiştir. Kongrede, devletlerin ilgili temel hak ve hürriyetlere getirecekleri somut kısıtlamaların özetle “hukuka uygun olarak” veya diğer bir ifadeyle “hukuk tarafından öngörülme” ve “demokratik bir toplumda gereklilik” şeklinde kabul edilen iki kriterle sınırlı olması ve bu sınırlamaların dar olarak yorumlanması gerektiği,

¹⁰⁸ Sevimli, a.g.e., s. 38.

¹⁰⁹ Şen, a.g.e., s. 75.

ayrıca bu müdahalelerin sadece devlet tarafından yapılabileceği ifade edilmiştir.¹¹⁰ Bununla birlikte Kongrede “koruma” başlığı altında özel hayata saygı gösterilmesi hakkının hukuk sistemlerindeki koruma yöntemlerinden bahsedilerek bunların kuvvetlendirilmesi ve özel tedbirlerin alınmasının gerekliliği vurgulanmıştır.

1.7.4. AK İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi

Özellikle II. Dünya Savaşı’nın Avrupa’da yarattığı siyasi, toplumsal ve ekonomik çöküntü sonucu benimsenen yeni bir Avrupa kurma düşüncesinin ürünü olan Avrupa Konseyinin¹¹¹, amaçları arasında yer alan en önemli ilke, “insan haklarının ve temel hürriyetlerinin korunması ve geliştirilmesidir.”¹¹² Avrupa Konseyinin insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik çalışmalarının neticesi olarak İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanarak 3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹¹³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ön sözünden başlayarak esinlendiği İHEB’den koruma altına aldığı haklar bakımından daha dar kapsamlı olmakla birlikte, daha ileri düzeyde bir hukuki belge niteliğindedir. Sözleşme ile insan haklarının etkin bir biçimde korunabilmesi için bölgesel bir koruma sistemi kurularak, taraf devletler birtakım yükümlülükler altına sokulduğu gibi, bireyin uluslararası hukuktan doğan kimi haklarının bulunduğu kabul edilmiştir.¹¹⁴ Bu sistem, daha sonra Amerika ve Afrika kıtalarında örnekleri görülecek olan bölgesel koruma sistemlerinin öncüsü olmuştur.¹¹⁵ AİHS’nin asıl önemi, düzenlediği haklar konusunda uluslararası yargısal bir denetim mekanizması kurması ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlamasından dolayıdır.¹¹⁶ Sözleşme, taraf devletlerin yargı yetki alanındaki¹¹⁷ bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması

¹¹⁰ Şen, a.g.e., s. 75-77.

¹¹¹ Konsey Statüsü 3 Ağustos 1949 tarihinde yürürlüğe girmiş; Türkiye tarafından onaylanmasına ilişkin yasa ile Türkiye, Konsey Statüsüne katıldığı 8 Ağustos 1949 tarihinden geçerli olmak üzere Avrupa Konseyi üyesi olmuştur. Bkz. RG 17.12.1949/7382.

¹¹² Gözlügöl, a.g.e., s. 135.

¹¹³ Türkiye, AİHS’ye 4 Kasım 1950 tarihinde imza koymuş; 18 Mayıs 1954 tarihinde onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmesiyle üstlenilen yükümlülükler işlerlik kazanmıştır.

¹¹⁴ Muzaffer Sencer, **Belgelerle İnsan Hakları**, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 1988, s. 395.

¹¹⁵ Yasemin Özdek, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, Ankara: TODAİE Yayını, 2004, s. 27.

¹¹⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 11.

¹¹⁷ Sözleşmeye taraf devletlerin sorumluluğu ülke topraklarıyla sınırlı değildir. Yargı yetki alanı kavramı hakkında bilgi ve ilgili içtihatlar için Bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 52-53.

bağlamında, oluşturduğu bireysel başvuru mekanizmasıyla özgün bir karaktere sahiptir.¹¹⁸ Sözleşme'nin uygulama sürecinde biriken zengin içtihat hukuku da uluslararası insan hakları hukukunun önemli bir kaynağı niteliğindedir.¹¹⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlıklı 8. maddesi uyarınca;

"Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir" (m.8/1). "Bu hakkın kullanımına, bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak milli güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin koruması amaçlarıyla, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir" (m.8/2).¹²⁰

AIHS, hukuk tekniği açısından uluslararası bir antlaşma niteliğindedir. Bu niteliği gereği, taraf devletler bakımından uluslararası hukuka göre bağlayıcı sonuçlar doğurmakta ve taraflara Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri kendi yargı yetkileri içinde koruma ödevini yüklemektedir.¹²¹ Bunun yanı sıra Sözleşme'nin, taraf devletler için sadece bireylerin haklarını ihlalden kaçınma değil, aynı zamanda (özel hayata saygı hakkının da aralarında bulunduğu) bu hakların kamusal ya da özel hangi odaktan gelirse gelsin saldırılara karşı korunması için etkili kanuni düzenlemelerin yapılması, kanuni düzenlemeyle oluşturulan koruma mekanizmasının bireyler tarafından ulaşılabilir ve işletilebilir olmasının sağlanması; bireylerin haklarının ihlal edildiğinden haberdar olabilmesinin ve buna karşı tavsiye alabilmelerinin sağlanması ve ağır hak ihlallerinin ceza yaptırımına tabi olması gibi pozitif yükümlülükler¹²² (*positive obligations*) de öngördüğüne işaret edilmektedir.¹²³

¹¹⁸ Sözleşmenin 11 Nolu Protokol öncesi halinde, Sözleşmeye taraf devletlerin bireysel başvuru hakkını ayrıca tanımaları gerekmekteydi (Türkiye, bireysel başvuru hakkını tanıma işlemini 28 Ocak 1987 tarihinde gerçekleştirmiştir). 11 Nolu Protokolle yapılan değişiklik sonrasında AIHS'ye taraf devletler bakımından bireysel başvuru hakkının işlerliği zorunlu hale gelmiştir.

¹¹⁹ Özdek, a.g.e., s. 28.

¹²⁰ Resmi çeviri için Bkz. RG 13.03.1954/8662.

¹²¹ Özdek, a.g.e., s. 29.

¹²² Devletin pozitif yükümlülüğünden söz edildiğinde ilk akla gelen ekonomik ve sosyal haklar olsa da medeni ve siyasi haklar için de bu tür bir yükümlülük söz konusudur. AIHS'de düzenlenen haklar bakımından pozitif yükümlülük, bazı haklar için Sözleşmenin metninden doğrudan; özel hayata saygı hakkının da aralarında bulunduğu bazıları için, maddelerin yorumundan çıkmaktadır.

¹²³ Bir ihlal iddiasıyla karşılaşıldığında, pozitif yükümlülüğün bulunup bulunmadığı ve bulunuyorsa yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesinde kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengenin gözetilmesi Sözleşmenin tamamına egemen ilkedir. Bu yapılırken de AIHS madde 8/2'deki sınırlama ölçütlerinden yararlanılabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Sevimli, a.g.e., s. 40.

Ayrıca bireyler arasındaki ilişkilerde de kişilerin özel hayatlarının korunması için gerekli tedbirleri almak, bu anlamda devletin yükümlülüğüdür. Bu alandaki kanuni boşluklardan dolayı da devlet sorumludur.¹²⁴

Sözleşme'nin 46. maddesi ve özü Strazburg organları kararlarının uygulanması zorunluluğunu öngörmektedir. Eğer AİHM, kararıyla davalı devletin zarar gören başvuruca tazminat ödemesine hükmetmişse, bu kararın yerine getirilmesi tazminatın ödenmesi ile olacaktır. Bununla birlikte Mahkemenin ihlalin tespitini içeren kararı, Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı işlemi kendiliğinden ortadan kaldırmamakta, bu etki için, iç hukuk mercilerinin harekete geçirilmesi gerekmektedir.¹²⁵ Mahkeme kararlarının iç hukukta uygulanması ise, maddi imkânsızlıklar dışında, belirlenen ihlalin ve bu ihlalden doğan sonuçların ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. İhlal tespiti içeren kararların yerine getirilmesi için, söz konusu ihlalin gerekli kıldığı uygun tedbirlerin alınması taraf devletlere düşen bir görevdir. Birçok kararda da belirtildiği gibi, kararı yerine getirecek devlet, kararı yerine getirme yol ve yöntemini seçmekte serbesttir.¹²⁶ Ancak belirtilmelidir ki Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (toplanamamışsa Delegeler Komitesi) kararın gereğinin yerine getirilip getirilmediğini düzenli aralıklarla izlemektedir. Kararların bağlayıcı etkisi, yalnızca aleyhine başvuru yapılan devlet bakımından söz konusu olmakla birlikte verilen kararların diğer taraf devletler açısından da yönlendirici bir fonksiyonu olduğu muhakkaktır.¹²⁷

1.7.5. AB Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi

Avrupa Parlamentosu tarafından 12 Nisan 1989 tarihinde kabul edilen Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi uyarınca, “*özel hayata ve aile hayatına, şöhrete, konut ve özel haberleşmeye saygı güvence altına alınmalıdır*” (m.6/2). Bildiri, topluluk hukuku kapsamındaki herkes için koruma sağlamayı hedeflemektedir (m.25/1) ve topluluk vatandaşlarına özgülenen bazı haklar için, herkese uygulanması yolunda karar alma ihtimali de açık bırakılmıştır (m.25/2). Bildirinin, hukuki nitelik tartışmasına girilmeksizin,

¹²⁴ Gözlügöl, a.g.e., s. 148.

¹²⁵ Gözlügöl, a.g.e., s. 405.

¹²⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 124.

¹²⁷ Tezcan, Erdem, Sancaktar, a.g.e., s. 113.

AB Temel Haklar Şartı'nın oluşumundaki dayanaklardan biri olması ve özel hayat hakkını açık şekilde içermesi nedeniyle önemli olduğu dile getirilmiştir.¹²⁸

1.7.6. AB Temel Haklar Şartı

Avrupa Birliğinin siyasi bir bütün olma emeli doğrultusunda, Avrupa Birliği Avrupa Konseyinin 1999 yılında aldığı kararla kurulan ve *ad hoc* nitelikteki bir kurul olan Avrupa Konvansiyonuna, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın hazırlanması görevi verilmiştir. Şart; AB Avrupa Komisyonu, Avrupa Birliği Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu tarafından imzalanarak, 18 Aralık 2000'de ilan edilmiştir.¹²⁹ Şart'ın, “Özel ve Aile Hayatına Saygı” başlıklı 7. maddesine göre “*herkes özel hayatına ve aile hayatına, konutuna ve iletişimine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir*”. Ayrıca Şart'ın 8. maddesinde özel hayat hakkının görünümlerinden biri olan kişisel verilerin korunması hakkını düzenlemektedir. “*Herkes, kendisi hakkındaki kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir*” (m.8/1), “*bu tür veriler açıkça belirtilmiş amaçlarla dürüst biçimde ve ilgili olduğu kişinin rızası temelinde ya da kanunlarca/hukuk tarafından öngörülen diğer meşru temellerde işlenmelidir. Herkes kendisi hakkında toplanmış verilere ulaşım ve düzeltme hakkına sahiptir*” (m.8/2).

1.7.7. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

15-27 Şubat 1967 tarihleri arasında toplanan Amerikalılararası Olağanüstü Konferansta imzalanan protokol gereği oluşturulan Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu Sözleşme'nin metnini hazırlamış, 22 Kasım 1969'da imzalanan Sözleşme 18 Temmuz 1978'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'deki ekonomik, kültürel ve sosyal hakların eksikliği ek protokollerle giderilmeye çalışılmıştır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki bu eksiklikleri gidermek için 17 Kasım 1988'de imzalanan “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Alana İlişkin Ek Protokol” ile 8 Haziran 1990'da kabul edilen “Ölüm Cezasının Kaldırılması İçin Ek Protokoller” eklenmiştir.¹³⁰ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ikinci kısmında siyasi ve medeni hak kategorileri düzenlenmiş olup, özel hayatın gizliliği de bu kısımda 11. maddede düzenlenmiştir. “*Hiç kimsenin özel hayatı,*

¹²⁸ Sevimli, a.g.e., s. 42.

¹²⁹ Sevimli, a.g.e., s. 43.

¹³⁰ Mehmet Semih Gemalmaz, **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika'da İnsan Hakları**, İstanbul: Kavram Yayınları, 1991, s. 93.

ailesi, konutu, haberleşmesi ya da onur ve şöhreti keyfi veya kötü müdalaleye maruz bırakılamaz. Herkesin bu tür müdahale ve saldırılara karşı kanun tarafından korunmaya hakkı vardır” (m.11).

Kıta ülkelerindeki insan hakları ihlallerini incelemek üzere Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu olmak üzere iki organ kurulmuştur. Komisyon üye ülke hükümetlerine genel nitelikte önerilerde bulunmakta ve ülke raporları hazırlamaktadır. Bunun yanı sıra bazı haklara ilişkin (yaşama, kişi özgürlüğü ve güvenliği, din özgürlüğü, keyfi tutuklamaya uğramama hakkı, savunma hakkı) bireysel başvuruları inceleme yetkisine sahiptir. Herhangi bir kişi, kişi grubu Komisyona insan hakları ihlali ile başvurabilir. Sözleşme’ye taraf olmakla kişisel başvuru yolu doğrudan kabul edilmiş olmaktadır. Ancak devletler arası başvuru usulünün işleyebilmesi için ilgili taraf devletlerin Komisyonun yetkisini tanıklarına dair ayrı bir bildirimde bulunmaları gereklidir.¹³¹ Ayrıca Komisyon ciddi bilgiler gelmesi halinde kendiliğinden inceleme başlatma ve Mahkeme önünde dava açma yetkisine sahiptir. Mahkeme ise Sözleşme’nin yorum ve uygulamasına ilişkin bütün anlaşmazlıklara bakmaya yetkilidir. Mahkemeye başvuru sadece Komisyon ve taraf devletler tarafından yapılabilir. Bireyler bir olayı doğrudan Mahkemeye götüremezler. Sözleşme’nin 68. maddesine göre Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi kararları taraf devletleri bağlar, ilgili devlet mahkemelerince verilmiş gibi kesin hüküm gücü taşır. Bu kararlar ile suçtan zarar görenin mağduriyetinin giderilmesine ve haklı bir tazminata da hükmedilebilir.¹³²

1.7.8. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı

Afrika’da insan haklarının kurumsallaştırılması amacıyla, BM tarafından bölgede organize edilen seminerlerden sonra bir sözleşme taslağı hazırlanması kararlaştırılmıştır. Yapılan hazırlık çalışmaları sonrasında, 1981’de Nairobi’de, Afrika Devlet ve Hükümet Başkanlarının katılımıyla gerçekleşen zirvede kabul edilen Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, 21 Ekim 1986’da yürürlüğe girmiştir. Kısaca “Afrika Şartı” olarak da ifade edilen Şart’ın birinci bölümde insan ve halkların haklarına, ikinci bölümde ödevlere yer

¹³¹ Akıllıoğlu, a.g.e., s. 417-419’dan aktaran Bozkurt, a.g.e., s. 94-95.

¹³² Mine Kaya, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayat ve Korunması**, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 9-10’dan aktaran Polater, a.g.e., s. 48.

verilmiştir.¹³³ Bahse konu Şart'ta özel hayatın gizliliği ve korunması adı altında hüküm bulunmasa da, özel hayat kapsamında yer alan bilgilendirme hakkı, insan onuruna saygı gösterilmesi, ailenin korunması gibi hak ve ödevlere yer verilmiştir. Denetim mekanizması olarak Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu kurulmuştur. Bununla birlikte Şart ile kurulan denetim mekanizmasının işlevi Devlet ve Hükümet Başkanları Konferansının görevlendirmesi halinde rapor hazırlayıp tavsiyede bulunmakla sınırlıdır.¹³⁴ Dolayısıyla Afrika'daki insan hakları denetim mekanizması Avrupa ve Amerika'daki kadar sağlıklı ve etkin değildir.

¹³³ Bozkurt, a.g.e., s. 99.

¹³⁴ Ünal, a.g.e., s. 142.

İKİNCİ BÖLÜM

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYAT HAKKI ve KORUNMASI

2.1. AİHS'ye Göre Özel Hayat ve Tanımı

AİHS'de özel hayat ve unsurlarını oluşturan hakların tanımı yapılmamaktadır. Ne Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ne de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından AİHS 8. maddede yer alan özerk kavramlar (özel hayat, aile hayatı, konut, haberleşme) tanımlanmaya çalışılmamıştır. Bunun temel sebebi AİHS sistemi içinde 8. maddenin özel konumu ve dinamik yapısının, hakkın kapsamını genişletmesi ve farklılaştırmasıdır.¹³⁵ 8. maddede kişi, bireysel yaşamının çeşitli yönleri veya zemini olarak “özel hayatı ve aile hayatı”, “haberleşmesi” ve “meskeni” (konut yahut oturduğu yer) düzeyinde koruma altına alınmıştır. 8. maddede özel hayatın unsurları ifade edilmiş yalnız korunan hakların tanımını verilmemiştir. Bu nedenle Strazburg organları 8. maddenin uygulamasında, kazuistik metotla her somut olayı kendine özgü koşullar içinde değerlendirmiş; günün gerçeklerini ve ihtiyaçlarını göz önünde tutarak, geliştirici ve ileri götürücü bir yorumla, bahsi geçen deyimlere belli bir içerik kazandırmıştır.¹³⁶ Başka bir ifadeyle önlerine gelen her olayı kendisine özgü koşulları içinde değerlendirerek, bunun özel hayat kavramına dâhil bulunup bulunmadığını saptamışlar ve neticede verilen kararlarla adı geçen kavram, belli ölçüde açıklık kazanmıştır.

AİHM'ye göre özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavramdır. Mahkeme, bu sebeple özel hayatın tanımını tüketici bir şekilde yapmaktan kaçınmaktadır. Ancak bu kavram, açık bir biçimde mahremiyet hakkından daha geniştir ve herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmasını ve geliştirmesini sağlayan bir alan

¹³⁵ Üzeltürk, a.g.e., s. 2.

¹³⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 330-331.

içermektedir. Mahkeme, *Niemietz/Almanya Davası'nda*¹³⁷ bu konuyu şu şekilde ifade etmiştir:

...özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir “iç alan”la kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir.

AİHK'nın bir kararına göre özel hayat; “yabancı gözlerden uzak yaşanmayı isteme hakkından daha geniş olup bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkıdır.”¹³⁸ Özel hayat hakkı genellikle yalnız bırakılma hakkı olarak ifade edilmekle birlikte, zaman içinde özel hayat hakkının koruduğu hukuki menfaatler çeşitlenmiştir. Bu hakkın ilk görünüm şeklini oluşturan, yalnız bırakılma hakkı süreç içinde genişlemiştir. Nitekim AİHM kararlarında, bireyin fiziki ve sosyal kimliğini¹³⁹, ismini¹⁴⁰, maddi ve manevi bütünlüğünü¹⁴¹, kişisel bilgilerini¹⁴², sosyal faaliyetlerini¹⁴³, cinsiyetini¹⁴⁴, kişisel, özerk alanını¹⁴⁵, iş ilişkilerini¹⁴⁶, dış dünyada insanlarla ilişkiler geliştirmesini¹⁴⁷, fiziki ve moral güvenliğini¹⁴⁸, bireye özel yerlerin aranmasını, evrakın aranmasını ve zaptını¹⁴⁹, özel hayatına ilişkin bilgilerin açıklanmasını “özel hayat” kavramı içerisinde değerlendirmiştir.¹⁵⁰

¹³⁷ Niemietz/Almanya, 13710/88, 16.12.1992. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=388>, (04.03.2010); Kilkelly, a.g.e., s. 17.

¹³⁸ Van Oosterwick/Belçika, 7654/76, 01.03.1979, para. 52. Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 334.

¹³⁹ Miculic/Hırvatistan, 53176/99, 07.02.2002, para. 53.

¹⁴⁰ Burghartz/İsviçre, 16213/90, 22.02.1994, para. 24.

¹⁴¹ X ve Y/Hollanda, 8978/80, 26.03.1985, para. 22; Costello-Roberts/Birleşik Krallık, 13134/87, 25.03.1993, para. 49; Herczegfalvy/Avusturya, 10533/83, 24.09.1992.

¹⁴² Leander/İsveç, 8978/80, 26.03.1987.

¹⁴³ McFeeley/Birleşik Krallık, 8317/78, 15.05.1980, s. 161 vd.

¹⁴⁴ Van Kück/Almanya, 35968/97, 12.09.2003, para. 75; Pretty/Birleşik Krallık, 2346/02, 29.04.2002, para. 61; B/Fransa, 13343/87, 25.03.1992, para. 63.

¹⁴⁵ Pretty/Birleşik Krallık, 2346/02, 29.04.2002 para. 61.

¹⁴⁶ Niemietz /Almanya, 13710/88, 16.12.1992.

¹⁴⁷ Friedl/Avusturya, 15225/89, 31.01.1995, para. 45.

¹⁴⁸ Christine Goodwin/Birleşik Krallık, 25680/94, 11.07.2002, para. 90.

¹⁴⁹ Cremieux/Fransa, 11471/85, 25.02.1993, para. 28, 31; Funke/Fransa, 10828/84, 25.02.1993, para. 48.

¹⁵⁰ R. Clayton, H.Tomlinson. **The Law of Human Rights**, Oxford, New York, 2000, s. 812., Harris, O'Boyle, Warbrick, **The Law of The European Convention of Human Rights**, s. 305 vd.; Kenan Özdemir, **Bireysel Hayatın Korunması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi)**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumunda Sunulan Tebliğ, Yargıtay, Ankara: 2003'den aktaran Üzeltürk, a.g.e., s. 171; Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 333-334.

2.1.1. Kişinin Maddi ve Manevi Kişiliği

Devletin, kişinin fiziki ve manevi kişiliğinin korunması yönünde pozitif bir yükümlülüğü vardır. Bu başlık altında kişinin iradesine aykırı olarak yapılan her türlü bedeni ve psikolojik tıbbi müdahaleler ve deyimler, alkol, DNA, kan testleri ve benzeri uygulamalar yer almaktadır.¹⁵¹ Mesela Mahkeme, *X ve Y/Hollanda Davası'nda*¹⁵² 16 yaşında zihinsel özürlü bir kıza tecavüz olayında, mağdurun Hollanda hukukuna göre dava açma ehliyetinin olmamasını “kötü davranışın niteliği de göz önüne alınarak” 8. maddenin ihlali olarak görmüştür. Mahkeme kararında, ceza hukukundaki bu boşluğun söz konusu kişinin hiç korunmaması anlamına geldiğini ve bu durumda devletin kişinin fiziki bütünlüğünün korunması için pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğine karar vermiştir. Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler anlamında bile, özel hayat hakkının korunmasını sağlayacak önlemler almayı içermektedir.¹⁵³

Strazburg organlarınca fiziki şahsiyetle ilgili bazı müdahalelerin özel hayatın kapsamına girdiği kabul edilse de AIHS 8. maddede düzenlenen hakkı ihlal etmediği sonucuna ulaşılabilmektedir. Mahkeme, *Costello-Roberts/Birleşik Krallık Davası'nda*¹⁵⁴ birinci sınıf öğrencisi yedi yaşında bir kız çocuğunun disiplin amacıyla fiziki cezaya çarptırılmasını 8. maddeye aykırı bulmamıştır. Mahkeme bazı şartlarda eğitim konusunda alınan önlemlerin özel hayata saygı hakkını etkileyebileceğini ancak bütün hareket ve önlemlerin mutlaka bir müdahale durumu anlamına gelmediğini belirtmektedir. Çocuğun okula gönderilmesinin bir dereceye kadar özel hayatına müdahale edilmesi anlamına geldiğini göz önünde bulundurarak, hem cezanın hafifliği hem de okulun kurumsal ortamında cezanın verilmiş olması gibi durumları birlikte değerlendirerek fiziki ve manevi kişiliğin 8. madde çerçevesindeki yasağın kapsamına girecek kadar olumsuz yönde etkilenmediğini, neticede özel hayat hakkının ihlal edilmediğini belirtmiştir.¹⁵⁵

*Raninen/Finlandiya Davası'nda*¹⁵⁶ kelepçe takılması ile ilgili olarak Mahkeme, özel hayat kavramının, geniş ve tüketici bir tanım getirilmesinin zorunlu olduğu bir kavram

¹⁵¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 335.

¹⁵² X ve Y/Hollanda, 8978/80, 26.03.1985, para. 22.

¹⁵³ Osman Ermumcu, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Tahlili**, s. 3. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>, (18.02.2010).

¹⁵⁴ Costello-Roberts/Birleşik Krallık, 13134/87, 25.03.1993.

¹⁵⁵ Costello-Roberts/Birleşik Krallık, 13134/87, 25.03.1993. Kilkelly, a.g.e., s. 24-25; <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoester.asp?id=404>, (24.02.2010).

¹⁵⁶ Raninen/Finlandiya, 20972/92, 16.12.1997.

olmadığını, kişinin fiziki ve moral bütünlüğünün etkilemesinin, duruma bağlı olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, kararda kavramın bu yönünün özgürlüğün kaybedilmesinde de söz konusu olduğunu ve bunun da ötesinde AİHS madde 3'ün şiddet seviyesinde olmayan ancak 8. maddenin korumaya değer bulduğu alanların olabileceğine dikkat çekilmektedir. Anılan vakada sonuç olarak, kelepçe takılmasının fiziki ve manevi anlamda başvurucaı etkiler görünmediğine ve onu utandırmaya yönelik olmadığına karar verilmiştir. Mahkeme, artık özel hayata saygı hakkı çerçevesinde fiziki veya ruhsal bütünlüğü etkileyecek bir durumun olup olmadığını tartışmaya gerek duymamış ve ihlal olmadığına karar vermiştir.¹⁵⁷ Benzer şekilde devlet tarafından halkı çeşitli tehlikelere karşı korumak için alınan önlemler; emniyet kemeri takmayı veya sanayide güvenliğe ilişkin önlemlerin alınmasını zorunlu kılmak gibi, genellikle madde 8/2 kapsamında hukuka uygun olmakla beraber, 8. madde kapsamında incelenecektir.¹⁵⁸

Cezaevlerindeki soyularak aranma ve rektal inceleme yapılması, özel hayata müdahale sayılabilirse de, cezaevlerinde suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin korunması amacıyla hukuka uygun kabul edilebilecektir. Cezaevindeki kişiler için cezaevi dışındaki kişilere kıyasla daha geniş müdahale önlemlerinin kabul edilebileceği ve bu tür uygulamaların cezaevinin anlaşılabilir ve olağan gerekleri göz önünde bulundurularak açıklanabileceği ifade edilmiştir.¹⁵⁹ Mesela *McFeeley/Birleşik Krallık Davası*'nda¹⁶⁰, daha önce tehlikeli nesnelerin gizlice içeri sokulduğu Kuzey İrlanda'daki Maze cezaevinin sıra dışı güvenlik şartlarında sık sık soyularak aranmanın gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Komisyon, bu şartların kişisel açıdan aşağılayıcı olmasına rağmen, özellikle fiziki temas olmadığı için ve istismarı önlemek amacıyla üçüncü bir görevli bulunduğu için kasıtlı olarak aşağılayıcı olmadığına karar vermiştir.

Kişinin fiziki ve manevi bütünlüğü açısından değerlendirilmesi gereken konunun bir yönü de bireyin tedaviyi reddetme ve ölme hakkıdır. AİHM'ye göre, bireyin yaşamını kendi tercih ettiği şekilde sürdürebilmesi, kendisine fiziki yahut zihinsel olarak zarar verebilecek nitelikteki faaliyetlerde bulunmasını da içerebilir. Kişinin sağlığını hatta hayatını tehdit eden eylemler karşısında devletlerin aldığı zorlayıcı veya cezai önlemler bireyin özel hayata saygı hakkına bir müdahale teşkil etmektedir ve bu nedenle de madde

¹⁵⁷ Raninen/Finlandiya, 20972/92, 16.12.1997, para. 60-64. Üzeltürk, a.g.e., s. 183.

¹⁵⁸ Kilkelly, a.g.e., s. 25.

¹⁵⁹ Kilkelly, a.g.e., s. 74.

¹⁶⁰ McFeeley/Birleşik Krallık, 8317/78, 15.05.1980. Kilkelly, a.g.e., s. 74.

8/2 altında meşrulaştırılması gereklidir.¹⁶¹ Kişiler kural olarak, rızaları olmaksızın tıbbi müdahaleye tabi tutulamazlar, aksi halde bireyin fiziki ve zihinsel bütünlük hakkına bir müdahale söz konusu olabilecektir. Mahkemece *Herczegfalvy/Avusturya Davası*'nda¹⁶² o dönemde genel kabul gören psikiyatrik prensiplere göre tıbbi gereklilik tedaviyi haklı çıkardığı için, akıl hastası suçlu, psikiyatrik tedavi sırasında serbest bırakılmadığı gerekçesiyle bir kaç kez açlık grevine başlamış, sağlığının bozulması üzerine zorla beslenmesi sağlanmıştır. Mahkeme, 8. madde çerçevesindeki incelemesinde ise, başvurunun kendi adına karar verme kapasitesinden yoksun olması noktasına ağırlık vererek 8. madde ihlali olmadığına karar vermiştir.¹⁶³

Pretty/Birleşik Krallık Davası'nda¹⁶⁴ başvuru evli olup, kocası, kızı ve torunu ile birlikte yaşamakta olan 43 yaşında bir kadındır. Başvurucu, 1999 yılından beri motor nöron hastalığından muzdariptir. Başvuru yapıldığı sırada başvuru hastalığının son safhalarını yaşamaktadır, vücudunun boynundan aşağı kısmı felçlidir, konuşması anlaşılır şekilde değildir ve bir tüp vasıtasıyla beslenmektedir. Haftalar ya da aylarla ölçülebilecek kadar az bir yaşama şansı vardır. Muzdarip olduğu hastalığın son safhaları oldukça acı verici ve onur kırıcıdır. Buna karşılık, başvurunun zihni ve karar verme yeteneği zarar görmemiştir. Başvurucu, hastalığı olağan sürecinde maruz kalacağı acıdan ve onur kırıcı durumdan korktuğu için ne zaman ve nasıl öleceğini kontrol edebilmeyi istemektedir. İntihar ve intihara teşebbüs İngiliz hukuku çerçevesinde suç olarak düzenlenmiş değil ise de, başvuru hastalığından ötürü bir başkasının yardımı olmaksızın intihar edebilme olanağından yoksundur ve intihara yardım etme İngiliz hukukunda bir suç olarak öngörülmektedir.

Başvurunun avukatı, başvurunun kocasının yardımı ile intihar edebilmesi için, savcılıktan, kocası başvurucuya intihar etmesine yardım ederse, kovuşturulmayacağına dair bir güvence verilmesi talebinde bulunmuştur. Ancak bu talep reddedilmiştir. Bayan Pretty, AİHM'ye bireysel şikâyet başvurusunda bulunarak, AİHS madde 2,3,9,14 ve 8'in ihlal edildiğini ileri sürmüştür. İncelenilen olayda başvurunun hayatının son zamanlarını geride bırakmak için seçtiği yol yaşama eyleminin bir parçasıdır ve buna da saygı

¹⁶¹ Pretty/Birleşik Krallık, 2346/02, 29.04.2002, para. 62.

¹⁶² Herczegfalvy/Avusturya, 10533/83, 24.09.1992.

¹⁶³ Herczegfalvy/Avusturya, 10533/83, 24.09.1992, para. 86. Üzeltürk, a.g.e., s. 189.

¹⁶⁴ Pretty/Birleşik Krallık, 2346/02, 29.04.2002.

gösterilmesini isteme hakkı vardır.¹⁶⁵ Mahkeme, Bayan Pretty'nin arzu etmediği onursuz ve ızdırıp verici sondan sakınma yönündeki tercihinin kanun tarafından engellenmiş olmasının 8. maddede korunan hakkına bir müdahale teşkil ettiğini kabul etmiştir. Fakat ölümcül hastaların büyük çoğunluğunun mağdur edilebilir durumda olduklarını da vurgulamıştır. Bu nedenle, intihara yardıma ilişkin genel yasağın esnetilmesi veya bu yasağa bazı istisnalar getirilmesi durumunda suiistimal riskini ve bunun oranını belirleme yetkisinin öncelikle taraf devletlerde olduğunu belirtmiş intihara yardımın kategorik olarak yasak olmasının, orantısız bir önlem olmadığına karar vermiştir.¹⁶⁶

2.1.2. Kişinin Cinsel Hayatı ve Tercihleri

Bireyin cinsel hayatı onun cinsel kimliğini oluşturmaktadır ve bu kimliğe ilişkin herhangi bir düzenleme, müdahale kural olarak, AİHS 8. maddeye bir müdahale oluşturacaktır. Cinsel hayata müdahale; çeşitli cinsel yönelim yasakları, transeksüelizmin tanınmaması ya da sınırlı tanınması ve kürtaj yasağı gibi görünümlere sahiptir. Mesela *A.D.T./Birleşik Krallık Davası'nda*¹⁶⁷, bir eşcinselin evinde yapılan aramada aralarında kendisinin de bulunduğu dört kişinin eşcinsel ilişkilerine ait videokasetlerinin ele geçirilmesi ve adaba aykırılık suçundan mahkûm olmaları neticesinde özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan başvuru incelenmiştir. Mahkeme, cinsel faaliyetlerin bazı biçimlerine devletin müdahalesinin haklı olabileceğini belirtmekle beraber somut olayda, haklı bir sebep bulunmadığını, başvurusunun söz konusu faaliyetleri sınırlı sayıdaki kişiyle ve başkalarının onları anlama ihtimalinin çok düşük olduğu şartlarda yapmış olduğunu vurgulanmıştır. Mahkeme, bu faaliyetlerin kaydedilmesinden ziyade, bizzatı faaliyetlerin kendisine önem vermiş, bu faaliyetleri “özel” saymış ve başvurusunun cezalandırılmasını madde 8/2’de belirtilen “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” amacıyla orantılı bulmamış, 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁶⁸

*Dudgeon/Birleşik Krallık Davası'nda*¹⁶⁹ başvurucu 30 yaşında bir erkektir ve Kuzey İrlanda’da yürürlükte olan ve erkekler arası eşcinsel ilişkiyi suç olarak düzenleyen

¹⁶⁵ Pretty/Birleşik Krallık, 2346/02, 29.04.2002, para. 64.

¹⁶⁶ Pretty/Birleşik Krallık, 2346/02, 29.04.2002, para. 67, 76. Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2009, s. 120-123.

¹⁶⁷ A.D.T./Birleşik Krallık, 35765/97, 31.07.2000.

¹⁶⁸ A.D.T./Birleşik Krallık, 35765/97, 31.07.2000. Kilkelly, a.g.e, s. 40-41.

¹⁶⁹ Dudgeon/Birleşik Krallık, 7525/76, 22.10.1981.

kanunun varlığını şikâyet konusu yapmıştır. Dikkati çekmek gerekir ki, başvuru eşcinsel ilişkiye girdiği gerekçesiyle herhangi bir cezai soruşturmaya uğramış değildir. Bir eşcinsel olarak, erkekler arası eşcinsel aktiviteleri suç sayan düzenlemenin varlığından ötürü korku ve stres yaşadığı gerekçesiyle AİHS 8. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkemeye göre, eşcinsel davranışların demokratik bir toplumda ceza normlarına konu olması Sözleşme ile bağdaşmaz değildir. Burada gençler, bedensel ve zihinsel engelliler, deneyimsizler ve fiziki, resmi veya ekonomik bağımlılık arz etmeleri nedeniyle güçlük içinde bulunan kimseler sömürü ve istismara karşı korunmalıdırlar. Ancak Kuzey İrlanda'daki kanuni düzenleme her şartta erkekler arasındaki cinsel sapmaları cezalandırmaktadır. Tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını da tartışan Mahkeme, düzenlemenin sıkı bir biçimde uygulanmamasının toplumsal bir talep yaratmadığından hareketle, “toplumsal ihtiyaç baskısının” düzenlemeyi haklı çıkarmadığı kanaati ile söz konusu hukukun Sözleşme’ye aykırı olduğu kararını vermiştir.¹⁷⁰

Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus da, kapalı kapılar ardında yapılan her türlü cinsel faaliyetin 8. maddenin korumasından yararlanamayacağıdır. *Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık Davası’nda*¹⁷¹ başvuru grup halinde kendileri tarafından gerçekleştirilen sadomazoşist ilişkilerin kaydedildiği videokasetlerinin bulunması sebebiyle kasten müessir fiilden mahkûm olmuşlardır. Bunun üzerine Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlali gerekçesiyle Mahkemeye başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme, cinsel yönelimin ve cinsel aktivitelerin özel hayatın mahrem yönünü oluşturduğunu vurgulamakla birlikte, somut olayda çok sayıda kişinin katıldığı bir sadomazoşist faaliyet olduğunu, gruba yeni üyelerin kazandırılmaya çalışıldığını, daha sonra üyelere dağıtılmak üzere film çekilmesini de içeren başvuru gruplarının faaliyetlerini, beden üzerinde yaralanmalara da yol açan uç özelliklerinden dolayı, devletin yalnızca gerçek zararı değil, potansiyel zararı da takdir etmek yetkisine sahip olduğu görüşüyle sağlığın korunması amacıyla haklı bulunmuştur, neticede müdahale haksız ve orantısız değil, meşrudur.¹⁷²

¹⁷⁰ Dudgeon/Birleşik Krallık, 7525/76, 22.10.1981. Üzeltürk, a.g.e., s. 218; Kil Kelly, a.g.e., s. 74; <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=48.>, (18.02.2011).

¹⁷¹ Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık, 21627/93, 21826/93, 21974/93, 19.02.1997.

¹⁷² Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık, 21627/93, 21826/93, 21974/93, 19.02.1997. Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi, 2005, s. 297-299; <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=630.>, (11.04.2010).

2.1.2.1. Cinsiyet Değiştirme (Transeksüellerin Durumu)

Gelişen tıp teknikleriyle beraber hormon tedavisi ve cerrahi operasyonlar ile transeksüellerin ait olduklarını hissettikleri cinsiyete göre fiziki görünümelerini değiştirmeleri mümkündür. Ancak bu durum beraberinde, transseksüelizm olgusunun sonuçlarının hukuk tarafından tanınması ve düzenlenmesi meselesini getirmiştir. Çünkü transseksüel fiziki cinsiyetini psikolojik cinsiyetine göre değiştirdikten sonra doğum belgelerinde yer alan cinsiyetinin zıttı olan yeni cinsiyetine uygun olarak, başta doğum belgeleri olmak üzere pasaport, sürücü belgesi, sosyal güvenlik kartı ve sağlık kartı gibi cinsiyetinin yer aldığı belgelerin düzeltilmesini ve yine ön adının yeni cinsiyetine uygun şekilde değiştirilmesini talep edecektir. Bu taleplerin kabul görmesi, transseksüelin evlilik, emeklilik ve bazı belirli meslek grupları bakımından yeni cinsiyetine uygun şekilde muamele görmesini mümkün kılacaktır.¹⁷³

Bir transeksüelin doğum sertifikasının yetkililer tarafından değiştirilmemesine ilişkin *Rees/Birleşik Krallık Davası'nda*¹⁷⁴ Komisyon oybirliğiyle, Mahkeme de büyük çoğunlukla 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermişlerdir. Mahkeme davada karara ulaşırken üye devletlerin hukuk sistemlerinde transeksüalizme nasıl bakıldığını araştırmış ve üye devletlerin bu alanda geniş takdir yetkisi kullanıldığını belirtmiştir. Davada doğum kayıtlarında olayları olduğu zamanda kaydetme esasını kabul edilmiştir. Mahkeme kararında, transeksüellerin tıbbi durumunun bilim adamları tarafından araştırıldığını ve tıbbi ve cerrahi yardım ile bu sorunun yatıştırılabileceğini de vurgulamaktadır.¹⁷⁵ Sonuç olarak Sözleşme'nin bugünkü durumun ışığında yorumlanması ve uygun kanuni tedbirlerin alınmasının denetim altında tutulmasına karar verilmiştir. Bu karar transeksüellerin durumunun *Rees* kararında çözümlenmediğini göstermektedir. Yine 1998 tarihli *Sheffield ve Horsham/Birleşik Krallık* ve 1990 tarihli *Cossey/Birleşik Krallık* kararlarında da Mahkeme, önceki çizgisini korumuş ve bu konuda henüz önemli bir bilimsel gelişmenin kaydedilmediği belirtmiştir.¹⁷⁶

¹⁷³ Öncü, a.g.e., s. 235-236.

¹⁷⁴ *Rees/Birleşik Krallık*, 9532/81, 17.10.1986.

¹⁷⁵ *Rees/Birleşik Krallık*, 9532/81, 17.10.1986. Kikelly, a.g.e., s. 47-77; Üzeltürk, a.g.e., s. 175-176.

¹⁷⁶ *Cossey/Birleşik Krallık*, 10843/84, 27.10.1990 para. 40; *Sheffield ve Horsham/Birleşik Krallık*, 22985/93, 30.07.1998, para. 56. A.H. Robertson ve J.G. Merrills, **Human Rights in Europe A Study of the European Convention on Human Rights**, Third Edition, Manchester University Press, Manchester and New York. 1994, s. 130'dan aktaran Üzeltürk, a.g.e., s. 176.

*Christine Goodwin/Birleşik Krallık Davası'nda*¹⁷⁷ başvuru, cinsiyet değişikliği ameliyatı ile erkekten kadına dönmüş bir kadın transseksüeldir. Başvuru, yeni cinsiyetinin hukuken tam olarak tanınmamasından dolayı çeşitli ayrımcılığa ve aşağılayıcı muameleye maruz kaldığını ileri sürmektedir. Örneğin kadınlar için öngörülen emekli yaşını doldurduğu halde biyolojik cinsiyetinden dolayı emekli olamamakta ve yine ulaşım araçlarından ücretsiz yararlanmak için kadınlar bakımından öngörülen yaş haddini doldurduğu halde bu haktan da biyolojik cinsiyetinden ötürü yararlanamamaktadır. Büyük Daire halinde toplanan Mahkeme, meseleyi bu bağlamdaki önceki içtihatlarına paralel şekilde pozitif yükümlülükler öğretisi çerçevesinde ele alarak transseksüelizmin tamamen psikolojik mi yoksa beyindeki fiziki farklılıktan mı kaynaklandığı noktasının halen muğlak olduğunu not etmiş ve transseksüelin cinsiyet değişikliği operasyonu sonrası yeni cinsiyetin tüm biyolojik özelliklerinin kazanılamadığını belirtmiştir. Ancak Mahkeme, “kromozomsal unsurun” transseksüellerin cinsiyetlerine ilişkin kimlikleri bakımından tek belirleyici faktör olmaması gerektiği görüşündedir. Mahkeme, transseksüelizmin tıbbi bir durum olduğu konusunda geniş çaplı uluslararası bir kabul olduğunu ve bu durumun, cinsel kimlik bozukluğu (*gender identity disorder*) olarak adlandırıldığını belirterek buna büyük önem vermiştir. Mahkeme, transseksüelizmin gerek sosyal açıdan gerekse de hukuk tarafından kabul edilmesi yönünde devam eden uluslararası trendin varlığını not ederek, bu konuda bir Avrupa uzlaşması olmamasına önem vermemiştir.¹⁷⁸

Mahkeme, 21. yüzyılda transseksüellerin kişisel gelişimi ile fiziki ve zihni güvenliğinin zamanın geçmesi ile netleşecek bir uyuşmazlık konusu olarak değerlendirilemeyeceğini belirterek, transseksüellerin arada kalmış durumlarının artık sürdürülemeyeceğini, bireylerin şahsi bedeller karşılığında seçtikleri cinsel kimliklerine göre onur içinde yaşamalarına toplumun müsamaha göstermesinin beklendiğini ifade etmiştir. Mahkeme, tüm bu gerekçelerle transseksüellerin hukuki durumunun artık muhatap hükümetin takdir yetkisi içinde olmadığını zira transseksüellerin hukuken kabul görmeleri karşısında korunacak ağırlıkta bir kamu yararı bulunmadığını belirterek somut olayda 8. maddenin ihlal edildiğine oy birliğiyle karar vermiştir.¹⁷⁹ Görüldüğü üzere

¹⁷⁷ Christine Goodwin/Birleşik Krallık, 25680/94, 11.07.2002.

¹⁷⁸ Christine Goodwin/Birleşik Krallık, 25680/94, 11.07.2002. Öncü, a.g.e., s. 240-241.

¹⁷⁹ Christine Goodwin/Birleşik Krallık, 25680/94, 11.07.2002. Öncü, a.g.e., s. 241.

Mahkemenin *Christine Goodwin* kararı, transseksüellere ilişkin önceki içtihatlarından bir dönüş teşkil etmektedir.¹⁸⁰

Transseksüellerin durumuna ilişkin olarak olguların ortaya çıkışı açısından farklı nitelendirilebilecek bir başka dava ise, *Van Kück/Almanya Davası*'dır.¹⁸¹ Bu davada erkek olarak doğan başvuru, hayatını bu cinsiyetle sürdürmüş, orduya katılmış ve evlenmiştir. Evliliği devam ederken başarısız bir operasyon sonucu çocuk sahibi olma yeteneğini kaybetmiş (ve temyiz mahkemesinin kararına göre bu noktadan sonra o halde erkek de değilim diyerek kadın olmaya karar vermiştir) ve tıbbi yardım olmadan kadınlık hormonları almıştır. Bu arada mahkemeye başvurarak adını da bir kadın adı olarak değiştirmiştir. AİHM önüne gelen davada sorun, cinsiyet değiştirme operasyonunun masraflarının, hastalığına bizzat kendisi sebep olduğundan bahisle genel sigorta kapsamında olmayacağına ilişkin mahkeme kararıdır. Milli mahkeme bu karara varırken uzman yardımından da yararlanmış ve cinsiyet değiştirme operasyonunun söz konusu kişi tarafından tedavi olarak kabul edilip edilmeyeceğini araştırmıştır. Operasyonun bireyin durumunu iyileştireceğinin beklenmemesi gerektiğini, ancak psikososyal durumunu iyileştirebileceği sonucu milli mahkemeye yetmemiş ve bu noktadan başvuruçunun operasyonun gerekliliğini ispatlayamadığı sonucuna varmıştır.

AİHM önüne gelen davada, öncelikle uzman görüşünün milli mahkeme tarafından yanlış anlaşıldığını saptamıştır. Bir transseksüel üzerinde tedavi etkisi olan cinsiyet değişikliği tedbirinin tıbbi gerekliliğine karar vermenin, hukuki bir tanımlama konusu olmadığını belirtmiş ve *Christine Goodwin* kararındaki transseksüelizmin tıbbi bir durum olduğu ve tedavi gerektirdiğine ilişkin kararına atıfta bulunmuştur. Daha da önemlisi Mahkemeye göre, bireyin özel hayatının en mahrem alanı içinde yer alan cinsel kimlik konusuna ilişkin olarak, bireyin geri dönülmez cerrahi müdahale de dâhil olmak üzere yapılacak işlemlerin tıbbi gerekliliğini ispatlama durumu ile karşı karşıya kalmasını orantısız bulmuştur. Mahkeme ayrıca, başvuruçunun çocuk sahibi olamaması üzerine kadın olmaya karar vermesine ilişkin milli mahkemenin saptamasını bu kadar zahmetli bir sürecin keyfi olarak alınamayacağına dayanarak ikna edici bulmamaktadır. AİHM, bu

¹⁸⁰ Esasında Mahkeme, resmi olarak önceki içtihatları ile bağlı değildir. Fakat hukuki kesinlik, hukuk önünde eşitlik ve öngörülebilirlik ilkeleri gereği iyi bir gerekçe olmaksızın önceki içtihatlarından dönmemesi gerekmektedir. Ancak, Sözleşmenin günün koşullarına göre dinamik bir şekilde yorumlanması gereği, koşulları oluştuğunda önceki içtihatlardan dönmeyi gerekli kılabilir. Bkz. Chapman/Birleşik Krallık, 27238/95, 18.02.2001, para. 70; Ploski/Polonya, 26761/95, 12.11.2002, para. 27. Öncü, a.g.e., s. 241.

¹⁸¹ Van Kück/Almanya, 35968/97, 12.09.2003.

noktada transseksüelizmin sebebinin psikolojik mi, yoksa beyindeki fiziki bir değişimden mi kaynaklandığı konusundaki belirsizliği de hatırlatarak düzenlemeyi AİHS madde 6'ya aykırı bulmuştur. Bu durumun yansıması sonucu özel hayat, cinsel kimlik hakkı ve kişiliğin gelişmesi çerçevesinde, şikâyetle ilgili olarak 8. madde açısından da ihlalin söz konusu olduğu belirtilmiştir. Bu noktada sorun, cinsiyet değiştirme operasyonu için tıbbi masrafların karşılanmasında devletin pozitif yükümlülüğünün olup olmadığıdır.

Mahkeme, davanın 1992-1995 tarihleri arasında geçtiğini ve bu zamanlarda transseksüelliğin genellikle bilindiğini, ancak transseksüelliğin nedeni ve cerrahi müdahalenin gerekliliğinin bazı durumlarda tartışmalı olduğunu kabul etmektedir. Fakat Mahkemenin, *Rees* kararında¹⁸² açıkladığı gibi, kamusal sağlık hizmeti veren kurum tarafından, transeksüellerin tüm hukuki yönleri araştırılıp çözülene kadar tıbbi veya cerrahi tedavi verilmesinin ertelenemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca bu durum yararlanan bireyin bireysel seçme hakkı olarak görülmüştür. AİHM, cinsiyet değiştirme operasyonu konusunda milli mahkemeler tarafından tıbbi bilgi desteği olmadan tıbbi gerekliliğinin tartışıldığını saptamıştır. *I/Birleşik Krallık ve Christine Goodwin/Birleşik Krallık Davalarında*¹⁸³ olduğu gibi, özel hayatın en mahrem alanında bireyin, cerrahi müdahaleyi de içeren tıbbi tedavinin gerekliliğini ispat yükümlülüğünün olması orantısız görünmektedir. Sonuçta Mahkeme, özel sağlık sigortası şirketinin menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasında adil bir denge kurulamadığına ve Alman yetkililerin madde 8/2 anlamında takdir yetkisini aştıklarına karar vermiştir.¹⁸⁴

2.1.2.2. Kürtaj Hakkı

Özel hayata saygı hakkı kapsamında ileri sürülebilecek bir diğer hukuki menfaat, kadının kürtaj hakkıdır. Kürtaj hakkından bahsederken, bu hakka ilişkin bazı muhtemel sınırlandırmalardan söz etmek gerekmektedir. Bunların başında, kürtajın gebeliğin kaçınıcı haftasına kadar yapılabileceği meselesi gelmektedir. Kürtajın tanındığı milli hukuklarda, tıbbi bir zorunluluk olmaksızın yapılacak kürtaja, en fazla gebeliğin 13. ya da 14. haftasına kadar izin verilmektedir. Böylesine bir süre sınırının, kadının 8. madde çerçevesindeki haklarına bir müdahale teşkil edeceği akla gelmektedir. Bilinebildiği kadarıyla, bu yönde

¹⁸² *Rees/Birleşik Krallık*, 9532/81, 17.10.1986, para. 45. Üzeltürk, a.g.e., s. 178.

¹⁸³ *I/Birleşik Krallık*, 25680/94, 11.07.2002, para. 62; *Christine Goodwin/Birleşik Krallık*, 25680/94, 11.07.2002, para. 82. Üzeltürk, a.g.e., s. 178.

¹⁸⁴ *Van Kück/Almanya*, 35968/97, 12.09.2003. Üzeltürk, a.g.e., s. 177-178.

bir başvuru henüz Strazburg organları önüne gelmemiştir. Ancak bu hususun bir özel hayat hakkı meselesi doğurma potansiyeli bulunmaktadır.¹⁸⁵

Bir diğer konu ise kimi milli hukuklarda, kürtaj için babanın görüşüne başvurulmasıdır. Bu husus, Strazburg organlarınca içtihadı bağlanmıştır. Babanın rızası bağlamında örnek verilebilecek *R.H./Norveç Davası'nda*¹⁸⁶ başvuru, kendi görüşü alınmaksızın anne adayının kürtaj yaptırmasına izin verilmesini 8. madde çerçevesinde şikâyet konusu yapmıştır. Komisyon, kadının gebeliği sonlandırma bağlamında özel hayata saygı hakkının, kocanın baba olma hukuki menfaati ekseninde özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına göre üstün olduğunu, gebeliğin devamının ve sonlandırılmasının, öncelikle kadını ilgilendiren bir husus olduğunu belirtmiş; babanın rızası alınmadan yapılan kürtajın, “başkalarının haklarının korunması” meşru amacı bağlamında haklı olduğuna karar vermiştir.¹⁸⁷

2.1.3. Kişinin Adı ve Soyadı Üzerindeki Hakları

Kişinin adı ve aile adını belirleyen soyadı, şahsi kimliğin belirlenmesindeki etkisi nedeniyle özel hayatının bir parçasıdır. Mahkeme; nüfus kayıtlarının doğru tutulmasındaki kamu yararı, kişinin adının kimliğini belirlenmesindeki önem ve belirli bir adı taşıyanların belli ailelerle bağının kurulması konusundaki gerekliliği dikkate alarak, kişinin adının veya soyadının değiştirilmesinin kabul edilmemesini veya belirli sınırlamalara ve kurallara bağlanmasını 8. madde çerçevesinde bir ihlal olarak görmemiştir. Mahkeme, Sözleşme’ye taraf devletler arasında kabul edilebilir ad değişiklikleri ve seçimindeki sınırlamalar konusunda çok az ortak zemin bulunduğu için, bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir hakkı vermiştir.¹⁸⁸ Ancak şahsi kimliğin ifadesi ve bireylerin ailesiyle bağının aracı olan adın kullanımının taraf devletlerce düzenlenmesinde bir kamu yararı bulunabilirse de ad ve soyad; belirli bir dereceye kadar diğer kişilerle ilişki kurmayı da içeren özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde korunmaktadır.

*Guillot/Fransa Davası'nda*¹⁸⁹ başvuru ebeveynin, çocuğuna vermek istedikleri adın nüfus görevlileri tarafından doğum belgesine kaydedilmemesine ilişkin müracaatları

¹⁸⁵ Öncü, a.g.e., s. 249.

¹⁸⁶ R.H./Norveç, 17004/90, 19.05.1992.

¹⁸⁷ R.H./Norveç, 17004/90, 19.05.1992. Öncü, a.g.e., s. 250.

¹⁸⁸ Kilkelly, a.g.e., s. 71.

¹⁸⁹ Guillot/Fransa, 22500/93, 24.10.1996.

incelenmiştir. Guillot çifti, kızlarına “Fleur de Marie” adını vermek istemiş ancak bu ad hiçbir takvimde aziz günü olarak yer almadığı için reddedilmiş ve kaydedilmemiştir. Milli makamlar tarafından kendilerine ön ad olarak “Fleur-Marie” önerilmiştir. Çift bu durumun özel ve aile hayatlarına saygı hakkının ihlali olduğu kanaatinde. Mahkeme öncelikle 8. maddenin açıkça ön ad konusunda bir düzenleme getirmediğini belirtmiştir. Ancak bireyin kendisini tanımlayan soyadı gibi aile ve topluluk adları da özel hayat ve aile hayatı kapsamındadır. Ayrıca Mahkeme, çocuğun ön adının ebeveynleri tarafından seçilmesinin şahsi ve duygusal bir konu olup ebeveynlerin özel alanına girdiği ve buna ilişkin meselelerin 8. madde kapsamında olduğu görüşündedir. Diğer bir ifadeyle ebeveynlerin, çocuklarının adını seçme hakkı bulunmaktadır. Yalnız bu veriler olaya uygulandığında; hükümet, bahse konu adın çocuğa konulmasının engellenmesinde bireylerin özel hayatları üzerindeki etkilerinin zayıf olduğunu, çocuklarının özel alanlarında “Fleur de Marie” adını kullanabileceğini, resmi alanlarda kullanamayacağını ve resmi makamlar tarafından kendilerine, talep ettikleri ada çok yakın bir öneri getirildiğini (Fleur-Marie) ifade etmiş ve Komisyon da bu görüşü benimsemiştir. Mahkeme, çocuğun menfaatlerini de dikkate alarak başvuruçuların özel veya aile hayatına saygı hakkını ortadan kaldıracak yeterlilikte bir şikâyetin olmadığına ve talebin reddine karar vermiştir.¹⁹⁰

*Johansson/Finlandiya Davası’nda*¹⁹¹ başvuruçular, oğullarına “Axl” adını koymak istemiş ancak bu adın nüfus kütüğüne kaydı, telaffuzu Fin isim ve isimlendirme pratiğine uymadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. AİHM incelemesini yaparken *Guillot* ve diğer davalara da gönderme yapmış ve bu davaların aksine *Johansson Davası’nda* başvuruçuların çocuklarının “Axl” adı ile kaydedilmesi durumunda çocuğun bir önyargıya veya zarara maruz kalabileceğinin ya da bu adın herhangi bir şekilde uygunsuz veya çocuğun menfaatlerine aykırı olduğunun, iç hukukta yahut AİHM önünde ileri sürülmediğini tespit etmiştir. Mahkemenin bu tespiti, ebeveynlerin çocuklarına ad seçerken çocuğun menfaatlerini de gözetmesi gerekliliğini içeren ölçütün bir sonucudur. Mahkeme, bir tarafta başvuruçuların çocuklarına ad seçme hakkını, diğer tarafta ise ad seçmeye ilişkin düzenlemelerin taşıdığı kamu yararını not etmiş ve ad seçimindeki sınırlamaların çocuğun ve toplumun menfaatleri temelinde meşrulaştırılabileceğini belirtmiştir. Ayrı bir milli adlandırma uygulamasını muhafaza etmeye çalışmanın meşru bir amaç olduğunu ve

¹⁹⁰ Guillot/Fransa, 22500/93, 24.10.1996. Üzeltürk, a.g.e., s. 175; Dutertre, a.g.e., s. 291-292.

¹⁹¹ Johansson/Finlandiya, 10163/02, 06.09.2007.

dolayısıyla da kamu yararına olduğunu kabul etmiştir.¹⁹² Bununla birlikte somut olayda Mahkeme; “Axl” ön adının saçma ya da tuhaf olmadığını, çocuğa karşı bir önyargı yahut zarar oluşturma riski bulunmadığını, Fince’de telaffuzunun mümkün olduğunu ve bazı başka ülkelerde de kullanıldığını not etmiştir. Ayrıca, söz konusu adın yeni bir isim olmadığını, zira “Axl” ön adı ile üç kişinin nüfus kütüğüne kayıtlı olduğu gerekçeleriyle 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.¹⁹³

*Stjerna/Finlandiya Davası ’nda*¹⁹⁴ başvuru, atalarının soyadının yarısından oluşan ve eski bir İsveç soyadı olduğundan pek bilinmeyip telaffuz güçlüğüne yol açan “Stjerna” soyadını, atalarının soyadı olan “Tawaststjerna” ile değiştirmek istemiş, iç hukukta istediği neticeye ulaşamadığı için konuyu Mahkemeye taşımıştır. Özellikle, soyadının İsveççe olduğu için sorun yarattığını ve Fince konuşanlar tarafından yanlış telaffuz edilebildiğini, bu durumun da postada gecikmelere ve kendisine lakaplar takılmasına neden olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme bu somut olay özelinde, başvuru soyadının telaffuzu konusundaki güçlüğü yeterince tatmin edici bulmamıştır, zira bugün Avrupa’da, kişilerin ülkeler ve diller arasındaki seyahati sıradan bir durumdur. Yine Mahkeme, başvuru soyadının atalarının soyadını kullanma arzusuyla ilgili olarak, söz konusu soyadı taşıyan en son atanın bundan iki yüzyıl önce yaşamış olduğuna dikkat çekmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, somut olayda 8. maddenin ihlal edilmediği kararına varmıştır.¹⁹⁵

*Tekeli/Türkiye Davası ’na*¹⁹⁶ konu olayda, stajyer avukatken evlenen başvuru Türk Medeni Kanununa göre eşinin soyadını almış, meslek hayatında da kızkılık soyadıyla tanındığından, bu soyadı eşinin soyadı önüne eklemeyi sürdürmüştür. Ancak resmi dosyalarda her iki ismi de kullanamamaktadır. Başvuru yalnızca kızkılık soyadı “Ünal”ın kullanmasına izin verilmesi için dava açmış, mahkeme evli kadınların evlilikleri süresince kocalarının soyadını taşımalarının gerektiğini gerekçe göstererek bu talebini reddetmiştir. Sonrasında başvuru yaptığı itiraz Yargıtay tarafından da reddedilince AİHM’ye başvurmuştur. AİHM davayı incelerken 8. madde ile 14. maddenin birlikte ele alınması gerektiği sonucuna varmıştır. Mahkeme oybirliği ile başvuru mağdur olduğunu iddia

¹⁹² Johansson/Finlandiya, 10163/02, 06.09.2007, para. 33-36. Öncü, a.g.e., s. 256.

¹⁹³ Johansson/Finlandiya, 10163/02, 06.09.2007, para. 38, 39. Öncü, a.g.e., s. 257.

¹⁹⁴ Stjerna/Finlandiya, 18131/91, 25.11.1994.

¹⁹⁵ Stjerna/Finlandiya, 18131/91, 25.11.1994. Kilkelly, a.g.e., s. 72; Öncü, a.g.e., s. 258; Dutertre, a.g.e., s. 291.

¹⁹⁶ Tekeli/Türkiye, 29865/96, 16.11.2004.

edebileceğine ve olayda AİHS 8. madde ve birlikte düşünüldüğünde 14. maddenin de ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁹⁷

2.1.4. Bireyin Kimliğine İlişkin Verilere Ulaşması

Özel hayatın ayrılmaz bir parçası olan kişinin hakkında tutulan kişisel bilgiler, bilgilerin bulunduğu dosyaya erişme, dosyadaki bilgilere itiraz etme bu hakkın kapsamında olan hususlardandır. Mahkeme, bireyler tarafından, özel hayata müdahale niteliğinde olan devlet kayıtlarındaki kişisel bilgilere ulaşamamasını, özel hayatın ihlali olarak değerlendirmiştir. *Gaskin/Birleşik Krallık Davası*¹⁹⁸ küçük yaşta devletin bakım ve gözetimi altına alınan başvuru, reşit oluncaya kadar bu sürenin önemli bir kısmını bakıcı ailelerin yanında geçirmiştir. Birleşik Krallık hukuk kurallarına göre, kamu makamları, bakım ve gözetimi altında bulunan başvuru hakkında, onun bakımıyla ilgili belgelerin yer aldığı gizli bir dosya tutmakla yükümlüdür. Başvuru, bakımı sırasında bakıcı aileden kötü muamele gördüğü gerekçesiyle açtığı davada, bu gizli dosyadaki belgelerden bakıcı aile tarafından izin verilenlere ulaşabilmiş, dosyanın bütününe elde edememiştir. Söz konusu bilgilere hiçbir sınırlama olmadan erişmesine izin verilmemesinin, 8. madde kapsamında özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlali anlamına geldiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, söz konusu dosyadaki bilgilerin davacının özel hayatına ve aile hayatına ait olduğu ve bu dosyaya erişememe durumunun 8. madde kapsamında endişeler yarattığı konusunda karar vermekte hiç tereddüt etmemiştir. Daha sonra kamu yararı (sosyal hizmet kayıtlarını gizli bir sistemde tutmak) ile şahsi haklar (özel hayatı hakkında bilgilere erişebilmek) arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme, şahsi haklar konusunda, davacı gibi kişilerin kendi çocukluklarını ve erken gelişim dönemlerini bilmek ve anlamak için gerekli bilgileri almak konusunda bir “temel hakka” sahip olduğuna dikkat çekmiştir. Ancak kamu yararı açısından, nesnel ve güvenilir bilgi edinmek ve gizli bir kamu kayıt sistemi oluşturmak arasında önemli bir bağ olduğuna da dikkat çekmiştir. Sonuç olarak, erişimin kayıtlara katkıda bulunan tarafların onayına bağlı olduğu bir sistemin en azından prensipte 8. maddeye uygun olduğuna karar vermiştir. Ancak kayıtlara katkıda bulunan bir tarafa ulaşamadığı veya söz konusu tarafın uygunsuz

¹⁹⁷ Tekeli/Türkiye, 29865/96, 16.11.2004. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar ve Rıfat Murat Önok, **İnsan Hakları**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 201.

¹⁹⁸ Gaskin/Birleşik Krallık, 10454/83, 08.07.1989.

biçimde rızasını vermediği durumlarda, kendi özel ve aile hayatı hakkındaki kayıtlara ulaşmak isteyen bireyin haklarının korunması konusunda sorun yaşanmaktadır. Mahkemeye göre, böyle bir sistemin orantılılık prensibine uygun olması için; kayıtlara katkıda bulunan bir tarafın cevap veya rıza vermediği durumlarda, bilgilere erişim izninin verilip verilmeyeceği konusunda nihai karar verecek bağımsız bir otorite olmalıdır. Böyle bir önlemin getirilmediği durumlarda ise 8. madde ihlal edilmiş olacaktır.¹⁹⁹

Mahkeme, *Leander/İsveç Davası'nda*²⁰⁰, bir bireyin AİHS 8. maddede yer alan haklarını korumak için gerekli usul önlemlerinin özelliklerini detaylı bir biçimde ele almıştır. İlgili davada davacının, stajyer olarak çalıştığı askeri deniz müzesinde kadrolu olarak istihdam edilmesi önlenmiş ve otoritelerin görüşüne göre kendisini güvenlik açısından riskli kılan bazı gizli bilgiler nedeniyle geçici istihdamı sona erdirilmiştir. Söz konusu kişi, hem bu bilgilerin saklanması hem de kullanılmasının yanı sıra kendisine bu iddiaları “çürütme fırsatı verilmemesinin” 8. madde ile teminat altına alınan özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği konusunda şikâyetle bulunmuştur. Mahkemece, gizli polis kayıtlarında davacının özel hayatıyla ilgili bilgiler olduğuna karşı çıkılmamaktadır. Bu bilgilerin saklanması ve açıklanması ve davacıya bu duruma karşı çıkma hakkı verilmemesi, 8. maddede teminat altına alınmış olan özel hayat hakkına müdahale edilmesi anlamına gelmektedir. Ancak İsveç, söz konusu sicil adayların deniz üssündeki göreve atanmasında yardımcı olmak amacıyla hazırlandığını ve bunun güvenlik nedeniyle yapıldığını iddia etmiştir. Mahkeme de, davacı hakkındaki bilgilerin saklanması madde 8/2 kapsamında, milli güvenliği sağlamak için gerekli olduğuna karar vererek bu görüşü kabul etmiştir.²⁰¹

*Mikulic/Hırvatistan Davası'nda*²⁰², evlilik dışı doğan başvurusunun, biyolojik babasının tespit edilememesine ilişkin başvurusunda, Mahkeme özel hayatın bireyin fiziki ve sosyal kimliğini de kapsadığını belirtmiş, evlilik dışı doğan çocuğun doğal babası ile hukuki bir ilişki kurmasını özel hayat kavramı içerisinde değerlendirmiştir. Olayda başvuru, babası olduğunu düşündüğü H.P. hakkında babalık davası açmış, ancak H.P. hem babalığı hem de DNA testini reddetmiştir. İlk derece mahkemesi Mikulic'in annesinin

¹⁹⁹ Gaskin/Birleşik Krallık, 10454/83, 07.07.1989. Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C. IV, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, s. 373 vd.; Tezcan, Erdem, Sancaktar, a.g.e., s. 291.

²⁰⁰ Leander/İsveç, 9248/8, 26.03.1987.

²⁰¹ Leander/İsveç, 9248/8, 26.03.1987. Kilkelly, a.g.e., s. 62-64; Dutertre, a.g.e., s. 305-306.

²⁰² Mikulic/Hırvatistan, 53176/99, 07.02.2002.

tanıklığına ve H.P.'nin testi reddetmesine dayanarak (altı kez test talebini reddetmiştir) babalığa hükmetmiş, fakat karar delillerin yetersizliğine dayanarak temyizde bozulmuştur. Mahkemeye göre, başvurunun durumu şahsi kimliğinin önemli bir parçası hakkında gerçeğe ulaşmak için hayati bir önem taşımaktadır. Ancak, diğer yandan üçüncü bir kişinin DNA testini de içeren tıbbi bir teste zorlanması söz konusudur. Mahkeme, üye devletlerin mevzuatını da inceleyerek bu konuda farklı düzenlemelerin olduğuna dikkat çekmiştir. Hırvat sisteminde ise, babalığa hükmedilecek kişinin teste zorlanması mümkün değildir. Mahkeme, bu aşamada üye devletin bu noktada pozitif yükümlülüğünün olup olmadığını tespitinde; tarafların menfaatleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını değerlendirmiştir. Sonuç olarak kimliğine ilişkin bilgilere sürekli bir şekilde ulaşamadığı için, çocuğun menfaatlerinin üstün olduğuna karar veren Mahkeme, bu noktadaki hareketsizliği orantısız bulmuş ve Hırvat yetkililerinin, özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.²⁰³

2.1.5. Tıbbi Verilerin Gizliliği

Strazburg organları tıbbi verilerinin gizliliğini de özel hayat kapsamı içerisinde değerlendirmektedir. *Z./Finlandiya Davası'nda*²⁰⁴, başvurunun eşi hakkında açılan davada kullanılmak üzere, HIV virüsü taşıyan başvuru ve eşinin sağlık danışmanlarından, başvurucuya ve eşine ait tıbbi verilerin istenmesi ve rızaları olmaksızın haklarındaki sağlık raporlarına el konularak soruşturma dosyasına eklenmesi, ayrıca bahse konu sağlık belgeleri üzerindeki gizliliğin on yıl sonra kaldırılması ve başvurunun kimliğinin mahkeme kararında yer alarak alenileşmesi dava konusu edilmiştir. Mahkeme, söz konusu davada sağlık danışmanından delil istenmesini ve başvurunun sağlık raporlarına el konulmasını 8. maddenin ihlali olarak görmemiş, ancak oybirliği ile sağlık danışmanı tarafından sunulan belgelerin on yıl sonra (2002) kamuya açık hale gelecek olması ile başvurunun kimliğinin ve sağlık durumunun Helsinki Temyiz Mahkemesi tarafından açıklanmasının 8. maddenin ihlali olduğuna karar vermiştir.

Mahkemenin *Z./Finlandiya* kararında yer alan önemli tespitler şöyledir: Tıbbi verilerin gizliliğine saygı göstermek, AİHS'nin taraf devletlerdeki hukuki sistemlerin temel bir prensibidir. Sadece hastanın gizlilik duygusuna saygı göstermek değil, hastanın tıp

²⁰³ Mikulic/Hırvatistan, 53176/99, 07.02.2002. Üzeltürk, a.g.e., s. 173.

²⁰⁴ *Z./Finlandiya*, 22009/93, 25.02.1997.

mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine duyduğu güveni de korumak şarttır. Böyle bir koruma olmazsa, tıbbi yardıma ihtiyacı olanlar doğru tedavi görmek, hatta tıbbi yardım almak için gerekli olan şahsi veya mahrem bilgileri açıklamaktan cayabilir. Bu durum da, hem kendi sağlıklarını hem de bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda toplum sağlığını tehlikeye atarlar.²⁰⁵ Bu sebeple iç hukuka ilişkin düzenlemeler, AİHS 8. maddedeki teminatlarla tutarsız olabilecek biçimde, kişisel tıbbi verilerin bildirilmesini veya açıklanmasını önleyecek uygun önlemler içermelidir. Çünkü benzer bilgilerin açıklanması, kişinin özel ve aile hayatının yanı sıra sosyal ve iş hayatında kökten etkileyebilir, adının lekelenmesi veya toplumdan dışlanması riskini ortaya çıkartabilir. Bu tür müdahaleler, ağırlıklı bir kamu yararı olmadığı durumlarda, AİHS 8. madde ile uyumlu olmayacaktır.

Bir kişinin HIV virüsü taşımasının mahrem ve hassas bir konu olduğu göz önünde bulundurularak, hastanın rızası olmadan söz konusu bilginin verilmesini veya açıklanmasını zorunlu kılan ve devlet tarafından alınan herhangi bir önlem, etkin bir koruma sağlamayı amaçlayan bütün önlemlerde olduğu gibi, Mahkeme tarafından çok detaylı olarak incelenecektir. Mahkeme, başvurucunun doktoru ve psikiyatristinin delil sunma zorunluluğunu ilgili ve yeterli sebeplere dayandırarak Sözleşme ile uyumlu bulmuştur. Başvurucunun sağlık raporlarına el konulmasında da aynı tekniği kullanmış ve bireyin menfaatleri ile diğer sebepleri karşılaştırarak tedbirin varılmak istenen meşru amaçla orantılı olduğuna karar vermiştir. Tıbbi verilerin on yıl sonra aleni olması noktasında ise, bu süre içinde o kişinin hâlâ hayatta olma ihtimalinin olmasından hareketle bilginin daha uzun süre gizli kalması gerektiğini belirtmiş ve Sözleşme'ye aykırı bulmuştur. Nihayet basının da ulaşabileceği şekilde temyiz mahkemesinin karar metninde başvurucunun kimliği ve sağlık durumunun yer alması Mahkeme tarafından 8. maddenin ihlali olarak görülmüştür.²⁰⁶

Mahkeme *M.S./İsveç Davası'nda*²⁰⁷ ise, hak talebinde bulunan bir kişinin sigortadan yararlanması amacıyla devletin tıbbi kurumları tarafından ellerinde bulunan kişinin tıbbi geçmişine ait bilgilerin, yine bir başka kamu kurumu olan sosyal sigortaya verilmesinin meşru olduğuna karar vermiştir. Mahkeme; ilgili İsveç kanunlarına göre başvurucunun

²⁰⁵ Bkz. 24 Ekim 1989'da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen, sağlık hizmetleri ve toplumsal ortamlarda HIV enfeksiyonuyla ilgili etik meseleler konulu tavsiye, No. R (89) 14, Dutertre, a.g.e., s. 307.

²⁰⁶ Z./Finlandiya, 22009/93, 25.02.1997. Dutertre, a.g.e., s. 306-308; Üzeltürk, a.g.e., s. 189-190.

²⁰⁷ M.S./İsveç, 20837/92, 28.08.1997.

klinikteki tıbbi kayıtlarının gizlilik ilkesine tabi olduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme; verilen bilgilerin sigorta talebi ile ilgili olması, gizlilik yükümlülüğünün olmasını ve kötüye kullanma halinde personele karşı hukuk veya ceza davası açılabilmesini hakkın koruyucusu olarak görmüş ve orantılı bulmuştur.²⁰⁸

2.1.6. Kişisel Bilgilerin Toplanması ve Kullanılması

Resmi makamlar tarafından birey hakkında, rızası dışı bilgi toplanması ve bu bilgilerin saklanıp kullanılması da özel hayat kapsamına girmektedir. Mesela; polis tarafından parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi²⁰⁹; cinsiyet, medeni hal, doğum yeri ve diğer kişisel bilgilerle ilgili zorunlu yanıtlanacak soruları içeren nüfus sayımları²¹⁰; sağlık, sosyal hizmetler ve vergi gibi idari ve sivil konuları ele alan bireysel kimlik belirleme sistemi; vergi makamlarının şahsi harcamaları (dolayısıyla özel hayatın detaylarını) açıklama zorunluluğu getirmesi²¹¹ gibi hususlar özel hayat kapsamında değerlendirilmiştir. Bu çerçevede özel hayat hakkına yapılacak müdahaleler madde 8/2 kapsamında meşru amaçlara dayanmalıdır.

*Rotaru/Romanya Davası'nda*²¹² başvuru, hakkında gizli bilgiler içeren ve Romen İstihbarat Teşkilatı görevlileri tarafından tutulan ayrıca yanlış ve küçük düşürücü bilgiler içerdiği iddia edilen bir dosyanın bulundurulmasını ve bu bilgilerin ortadan kaldırılmamasını şikâyet etmiştir. Mahkemeye göre öncelikle, bireyin özel hayatına ilişkin bilgilerin gizli bir kayıt altında tutulması ve bu tür bilgilerin açıklanması ve bu bilgileri çürütmeye izin verilmemesi 8. madde anlamında özel hayata müdahaledir. Mahkeme ayrıca, iş hayatı ve mesleki aktiviteleri de özel hayat kapsamında görmektedir. Sadece özel bilgilerin değil, hükümetin iddia ettiği gibi toplanan kamusal bilgilerinde, eğer kamu otoriteleri tarafından sistematik olarak toplanıyorsa özel hayata saygı kapsamında olduğu ve bireyin uzak geçmişi hakkındaki bilgiler için de aynı sonucun geçerli olduğu Mahkeme tarafından belirtilmektedir.²¹³

²⁰⁸ M.S./İsveç, 20837/92, 28.08.1997. Kil Kelly, a.g.e., s. 69.

²⁰⁹ Murray/Birleşik Krallık, 14310/88, 28.10.1994 para. 84. Üzeltürk, a.g.e., s. 189.

²¹⁰ X./Birleşik Krallık, 9702/87, 06.10.1982. Kil Kelly, a.g.e., s. 21.

²¹¹ Başvuru No. 9804/82, 07.12.1982. Kil Kelly, a.g.e., s. 21.

²¹² Rotaru/Romanya, 28341/95, 04.05.2000.

²¹³ Davada başvurunun eğitimi, siyasi faaliyetleri, sabıka kaydı gibi bazıları 50 yıldan fazla zamandır kamu otoritelerince toplanan bilgiler söz konusudur. Mahkemeye göre bu bilgiler kamusal ajanlar tarafından

Davada istihbarat teşkilatına bu bilgileri toplama yetkisi veren kanuna, başvuruçunun ulaşılabilirliği tartışılmıştır. Kanunilik ilkesinin değerlendirilmesinde ise, söz konusu müdahalenin iç hukukta bir temelinin olduğu ancak bunun tek başına yeterli olmayacağı hatırlatılmıştır. Bahsedilen davada Mahkeme öncelikle, yürütmenin bir yetkisini gizli kullanıldığı durumlarda keyfi uygulama olma riskinin özellikle yüksek olduğuna dikkat çekmiş ve ayrıca şöyle demiştir: *“Gizli gözetim önlemlerinin uygulamaya geçirilmesi, söz konusu kişiler veya genel olarak kamu tarafından eleştiriye açık olmadığı için yürütmeye verilen takdir yetkisinin sınırsız bir güç olarak ifade edilmiş olması hukukun üstünlüğüne karşıdır. Bu nedenle yetkililere verilen takdir yetkisinin kapsamı ve uygulanma yöntemi, bireye keyfi müdahaleye karşı gerekli korumayı sağlayacak biçimde ve alınan önlemin meşru amacı göz önünde bulundurularak, kanunda yeterince açıklıkla belirtilmelidir.”*²¹⁴

Mahkeme kararında, milli düzenlemede idarenin belirtilen yetkileri nasıl kullanacağını belirtmediğini vurgulamıştır. Mesela ne tür bilgilerin kaydedileceği; hakkında bilgi toplama ve saklama gibi gözetim önlemlerinin alınabileceği insan kategorileri; bu önlemlerin alınma şartları; bilgilerin ne süreyle saklanacağı ve izlenecek yöntemin açık olmadığı kararda belirtilmektedir. Ayrıca Mahkeme, bilgi toplama ve arşivleme konusundaki yetkinin keyfi kullanılmasını önlemek için alınması gereken önlemler konusunda, Romen hukuk sisteminde söz konusu önlemin uygulanması talimatı verildiğinde veya daha sonrasında herhangi bir denetim usulü olmadığına da dikkat çekmiştir. Sonuçta Romen İstihbarat Teşkilatı tarafından davacının özel hayatı hakkında bu şartlarda bilgi toplanmasının ve bilgilerin kullanılmasının kanunlara uygun olmadığına ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.²¹⁵

Mahkeme suçun önlenmesi amaçlı bilgi toplanmasında özellikle kişinin rızası dışı görüntülenmesini ve fotoğrafının çekilmesi durumunu ayrıntılı biçimde değerlendirmiştir. Çünkü özel hayata saygı hakkı, bireyin görüntüsü üzerindeki hakkını da kapsamaktadır. Nitekim *Lupker ve Diğerleri/Hollanda Davası’nda*²¹⁶, başvuruçuların izni olmaksızın fotoğraflarının, polis tarafından kendileri hakkındaki bir suç soruşturmasında kullanılması

sistematik olarak toplanıp saklandığında Sözleşme 8. maddedeki özel hayat kapsamında yer almaktadırlar. Üzeltürk, a.g.e., s. 191.

²¹⁴ Rotaru/Romanya, 28341/95, 04.05.2000, para. 55; Malone/Birleşik Krallık, 8691/79, 02.08.1984, para. 67. Kilkelly, a.g.e., s. 48; Dutertre, a.g.e., s. 356.

²¹⁵ Rotaru/Romanya, 28341/95, 04.05.2000, Kilkelly, a.g.e., s. 48-49; Üzeltürk, a.g.e., s. 191-192.

²¹⁶ Lupker ve Diğerleri/Hollanda, 18395/91, 07.12.1992.

şikâyet konusu yapılmıştır. Komisyon incelemesinde şu üç unsuru vurgulanmıştır: **1.** Söz konusu fotoğraflar başvuruçuların özel hayatlarına tecavüz edilerek elde edilmemiştir. **2.** Fotoğraflar başvuruçular tarafından örneğin pasaport ya da sürücü ehliyeti için gönüllü olarak verilmiş yahut daha önceki bir tutuklama nedeniyle polis tarafından alınıp polis arşivinde ya da diğer resmi bir arşivde tutulmuştur. **3.** Fotoğraflar sadece, başvuruçular aleyhindeki suç soruşturmasında suçluların tespit edilmesi amacıyla kullanılmış ve kamunun erişimine açılmadığı gibi başka bir amaç için de kullanılmamıştır.²¹⁷ Sonuç olarak Komisyon, bu üç unsura dayanarak başvuruçuların 8. madde kapsamında özel hayatlarına bir müdahale olmadığına karar vermiştir.

*Friedl/Avusturya Davası'nda*²¹⁸, başvuruçunun katıldığı bir gösteri sırasında ve sonrasında Viyana Polisi tarafından fotoğrafının çekilip bunları idari bir dosyada saklamasının 8. maddenin ihlali olduğu iddiası incelenmiştir. Komisyon, bu durumun söz konusu kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğu sonucuna ulaşmamış ve kararını da şu üç nedene dayandırmıştır: **1.** Söz konusu otoritelerin davacının evine girip evinde fotoğraf çekmesi durumu gibi özel hayatının “iç alanına” bir müdahale olmamıştır. **2.** Fotoğraflar, davacının kendi isteğiyle katıldığı kamuya açık bir alanda birden fazla kişinin yaptığı bir gösteriye aittir. **3.** Fotoğraflar, konuyla ilgili suçların daha sonra soruşturulması göz önünde bulundurularak, sadece gösterinin özelliğini ve gösteriye katılan kişilerin davranışlarını kayda geçmek amacıyla çekilmiştir. Ancak Komisyon nihai kararını verirken hükümetin; kaydedilen kişisel verilerin ve çekilen fotoğrafların veri işlem sistemine girilmediği (idari bir dosyada tutulup, bilgi işlem sistemine girilmediği), hiçbir isim yazılmadığı ve söz konusu durumda fotoğrafı çekilen kişileri belirlemek konusunda bir adım atılmadığı ve çekilen fotoğraflardaki bireylerin kimliğinin belirsiz kalmaya devam edeceği konularında vermiş olduğu teminatlara önem vermiştir.²¹⁹

Polisin meşru olarak kayıtlarında tutabileceği bilgiler arasında, hem geçmiş suçlara ait sabıka kaydı hem de dava başlatılmayan soruşturmalarda ve söz konusu kişi hakkında belirli bir suçla ilgili makul şüphe olmadığı durumlarda toplanan bilgiler vardır. Organize terör suçuyla mücadele gibi özel nedenlerin, bu tür bilgilerin saklanmasıyla dayanağı olduğu durumlarda, ikinci tür uygulamaya özellikle izin verilmektedir. *Murray/Birleşik*

²¹⁷ Lupker ve Diğerleri/Hollanda, 18395/91, 07.12.1992, para. 5; Öncü, a.g.e., s. 212.

²¹⁸ Friedl/Avusturya, 15225/89, 19.05.1994.

²¹⁹ Friedl/Avusturya, 15225/89, 19.05.1994. Kilkelly, a.g.e., s. 59-60.

*Krallık Davası'nda*²²⁰, ağabeyi terör nedeniyle mahkûm olan başvurucunun evinde makul şüphe üzerine arama yapılması ve şahsın gözaltına alınması sonrasında, gözaltında iken iradesi dışında polisler tarafından fotoğraflarının çekilmesi ve kaydedilmesi olayı incelenmiştir. Mahkemeye göre kaydedilen kişisel bilgilerin hepsi tutuklama ve soruşturma usulleriyle alakalıdır. Kararda, davacı gözaltına alındığında, kişisel bilgilerinin ve fotoğraflarının kaydedilmesinin, terörizm suçlarının soruşturulması sürecinin meşru sınırları içine girdiği belirtilmiştir. Bu davadan yola çıkarak, Mahkemenin polisin ve güvenlik güçlerinin kaydettiği bilgilerin doğasını ve kapsamını inceleyeceği ve bu bilgilerin bu tür benzer davalarda uygulanan geniş takdir hakkına tabi olacağı sonucuna varılmaktadır.²²¹

Kişisel bilgi kapsamına giren oldukça önemli bir diğer husus ise, bireylerin genetik verileridir. Genetik verilerin 8. madde kapsamına girip girmediği hususu *S. ve Marper/Birleşik Krallık Davası'nda*²²² incelenmiştir. Başvurucular, bir suç şüphesi üzerine tutuklanmışlar ve bu süreç içerisinde polis tarafından başvuruculardan parmak izleri, DNA profilleri ve biyolojik örnekler alınmıştır. Yapılan yargılama neticesinde her iki başvuru da beraat etmiştir. Beraat kararı üzerine başvurucular, polis tarafından alınan parmak izi ve DNA örneklerinin yok edilmesi için yaptıkları talep reddedilince, 8. maddenin ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ye bireysel şikâyet başvurusunda bulunmuşlardır. Mahkeme incelemesinde öncelikle parmak izi, DNA profili ve biyolojik örneklerin, kişisel veri olduğunu tespit etmiş ve bu noktada DNA profili ile biyolojik örnekleri parmak izinden ayırmıştır. Gerekçe olarak, DNA profili ve biyolojik örneklerin içerdikleri kişisel bilgilerin gelecekte kullanılma potansiyelinin parmak izine göre daha güçlü olmasını göstermiş, bu sebeple de DNA profilinin ve biyolojik örneklerin alınmasının bir başına 8. maddeye bir müdahale olduğunu tespit etmiştir. Parmak izi ile DNA profili ve biyolojik örnekler arasında; bunların alınması, kullanılması ve saklanması bakımından bir ayırım yapmanın meşru olduğunu değerlendirmekle birlikte, parmak izi alınmasının da özel yaşama saygı hakkına bir müdahale teşkil ettiğini kabul etmiştir.²²³

²²⁰ Murray/Birleşik Krallık, 14310/88, 28.10.1994.

²²¹ Murray/Birleşik Krallık, 14310/88, 28.10.1994. Kilkelly, a.g.e., s. 60-61.

²²² S. ve Marper/Birleşik Krallık, 30562/04, 30566/04, 04.12.2008.

²²³ S. ve Marper/Birleşik Krallık, 30562/04, 30566/04, 04.12.2008, para. 69, 77, 86. Öncü, a.g.e., s. 214.

*Amann/İsviçre Davası'nda*²²⁴ başvuru, Sovyet elçiliği ile yapılan telefon görüşmelerinin dinlenmesinin ve fişlenmesinin 8. maddeyi ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme, özel hayata ilişkin bilgilerin saklanması 8. madde kapsamında olduğunu hatırlatmaktadır. Ayrıca, özel hayatın dar anlamda alınmaması gerektiğini ve diğer insanlarla ilişki kurmak ve geliştirmeyi de içerdiğini hatırlatarak fişlenmeyi de 8. madde kapsamında değerlendirmiştir. Yetkililerin fişteki bilgilerin birey hakkında hassas bilgiler olmadığı savunmasını Mahkeme haklı bulmamış, önemli olanın bilginin fişlenmesi olduğunu ve sonraki kullanımın hakka müdahale olduğu durumunu değiştirmeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, hem fişin hazırlanması hem de saklanması konusunda İsviçre hukukunun başvurusunun özel hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini, çünkü kanunun kamu otoritelerinin yetkilerinin alanlarını ve şartlarını yeterince açık bir şekilde ortaya koymadığını belirtmiştir.²²⁵

Milli güvenliği korumak amacıyla kişisel bilgi toplamak konusunda Mahkemenin *Leander/İsveç Davası*²²⁶ kararında belirttiği teminatlar önemlidir. Mahkeme, milli güvenliği korumak amacıyla devletlerin yetkililere kamunun ulaşmadığı kayıtlarda bilgi toplama ve kaydetme yetkisini veren kanunlara ihtiyaç duyduğunu kabul etmiştir. Ayrıca milli güvenlik açısından önemli olan görevlere alınacak adayların değerlendirilmesinde, bu bilgilerin kullanılması da kabul edilebilir bir uygulama olup istisnai şartları ve özel görevleri tanımlamak devletin sorumluluğundadır. Bu nedenle devletler, devletin gücünü istismar etmesini ve 8. maddede yer verilen hakların ihlal edilmesini önlemek için asgari koruma standartlarını belirleyen gerekli çerçeveyi oluşturmalıdır.²²⁷ Mahkeme, milli güvenliği korumaya yönelik bir gizli izleme sisteminin, demokrasiyi korumak adına demokrasiye zarar vermesi, hatta demokrasiyi ortadan kaldırması riski yarattığını göz önünde bulundurarak, istismara karşı yeterli ve etkin teminatların olduğundan tatmin olmalıdır.²²⁸

Mahkeme *Leander/İsveç Davası'nda*, İsveç Hükümetinin istismara karşı yeterli korumayı sağladığına inandığı, personel kontrol sisteminin etkilerini olması gereken asgari düzeye indirmeyi amaçlayan şu hükümlere önem vermiştir: Hangi bilgilerin kayda gireceği

²²⁴ Amann/İsviçre, 27798/95, 16.02.2000.

²²⁵ Amann/İsviçre, 27798/95, 16.02.2000, para. 64-80. Üzeltürk, a.g.e., s. 195.

²²⁶ Leander/İsveç, 9248/81, 26.03.1987.

²²⁷ Leander/İsveç, 9248/81, 26.03.1987, para. 59, 60. Kilkelly, a.g.e., s. 62.

²²⁸ Klass ve Diğerleri/Almanya, 5029/71, 06.11.2010, para. 49, 50. Dutertre, a.g.e., s. 306.

konusunda Milli Polis Kurulunun takdir yetkisi vardır. Ancak bu yetki kanunlarda düzenlenmiş, kapsamı da idari talimatlarla belirlenmiştir. Gizli polis kaydına bilgilerin girilmesi, söz konusu bilginin özel polis birimi için gerekli olması ve milli güvenliğe karşı suçları önleme veya belirleme amacını gütmesi şartlarına tabidir. Yetki veren kanunda hangi bilgilerin dağıtılabileceği, hangi bilgilerin iletilebileceği ile şartları ve bilgilerin dağıtımında Milli Polis Kurulunun takip etmesi gereken usul ayrıntılarıyla belirlenmiştir. Gizli polis kayıtlarındaki bilgilerin personel kontrolü dışında kullanımı ceza davaları ve İsveç vatandaşlığına geçme konusu ile sınırlıdır. Sistemin düzgün işleyişinin kontrolü hem Parlamentoya hem de Adalet Bakanlığı ile Ombudsman ve Meclis Adalet Komisyonu gibi kurumlara verilmiştir. Milli Polis Kurulunun çalışma sisteminde, Kurulun parlamenter üyeleri tüm kararlara katılmaktadırlar ve her birinin veto hakkı vardır. Özellikle her birine verilen veto hakkı sayesinde, bu hak kullanıldığında Kurulun bilgileri vermesi otomatik olarak önlenmektedir. Bu durumda bilgileri verme kararını, ancak konunun Milli Polis Komiseri veya parlamenterlerden birinin talebi üzerine hükümete getirilmiş olması şartıyla hükümetin kendisi verebilir. Kaydın en önemli unsuru olan bilgilerin verilmesi konusundaki bu doğrudan ve düzenli kontrol mekanizması, istismara karşı önemli bir koruma sağlamaktadır.²²⁹ Tüm bu teminatları dikkate alan Mahkeme, İsveç hukukunun konu bağlamında madde 8/2 şartlarını karşılamaya yeterli olduğu kanaatindedir.

2.1.7. Özel Hayata İlişkin Bilgilerin İfşası

Özel hayata ilişkin bilgiler; kamu makamları ile özel kurumlar özellikle de basın tarafından açıklanabilmektedir. Bir suçun soruşturulması ve yargılanması sırasında başvurusu ait olan ve polis dosyalarında bulunan bilgilerin üçüncü kişilere gösterilmesine ilişkin olarak *Doorson/Hollanda Davası'nda*²³⁰ ortaya çıkan özel hayata müdahale durumunun, madde 8/2 kapsamında haklı olup olmadığını değerlendirme durumunda kalan Mahkeme şu tespitlerde bulunmuştur: Başvurucunun fotoğrafları sadece soruşturma amaçlı kullanılmıştır. Genel olarak kamunun erişimine açık değildir ve fotoğraflar daha önceki bir tutuklama sırasında polis tarafından kanunlara uygun ve özel

²²⁹ Leander/İsveç, 9248/81, 26.03.1987, para. 62, 65. Kilkelly, a.g.e., s. 62-64; Tezcan, Erdem, Sancaktar, a.g.e., s. 285; Üzeltürk, a.g.e., s. 195; <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=126>, (23.06.2010).

²³⁰ Doorson/Hollanda, 20524/92, 26.03.1996.

hayata müdahale etmeyen bir biçimde çekilmiştir. Dolayısıyla müdahale izlenen amaçla orantılı olup 8. madde ihlal edilmemiştir.²³¹

Özel hayatın gizliliği hakkının yarıştığı hakların başında basın özgürlüğü gelmektedir. İki hak arasında dengenin kuruması önemlidir. Teknolojideki gelişmeler ve kitle iletişim araçlarında geline nokta, bu araçlar karşısında özel hayatın korunmasını zorunlu kılmıştır. 1997’de Galler Prensesi Diana’nın, gazetecilerden kaçmaya çalışırken geçirdiği trafik kazasında hayatını kaybetmesi üzerine, bireyin kendisi hakkındaki bilgiyi kontrol etme hakkı, özellikle kamusal figürler özelinde Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesinde tartışma konusu olmuş, bu tartışma neticesinde “Mahremiyet Hakkı” başlıklı 1998 tarihli ve 1165 sayılı karar kabul edilmiştir.²³² Bu toplantıda öncelikle Galler Prensesinin ölümünden birkaç hafta sonra yapılan Eylül 1997’deki toplantılara atıfta bulunulmuştur. Burada da tartışılan konu özel hayat ve ifade özgürlüğü ikilemi çerçevesinde olmuş bu konuyu açıklamak üzere resmi yetkililerin yetkililerin ve medyanın katıldığı bir toplantı organize edilmiştir²³³.

Bahse konu toplantılarda özellikle kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatına müdahalenin ekonomik açıdan kazançlı bir iş olduğu, yeni teknolojilerin bireye ilişkin verilere ulaşılmasını ve kullanılmasını mümkün kıldığı, politikacılar gibi belli kişiler için bireyin özel hayatının bilinmesinin kamuoyunun gerçekleri öğrenmesi açısından bir menfaat bulunduğu, demokrasi için önemli olan ifade özgürlüğü ile özel hayatın korunması arasındaki dengenin sağlanması gerektiği, ancak bu iki hak arasında hiyerarşik üstünlük olmadığı ve her ikisinin de mutlak olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca özel hayatın gizliliği hakkının bireyi sadece devlete karşı değil, medya gibi özel kurumlara karşı da koruyacağını ve Sözleşme’yi tüm ülkeler onayladığı ve birçok milli hukuk alanında da koruma sağlandığı için yeni bir sözleşme sunmaya gerek olmadığına ve nihayet hükümetlerin eğer kanuni düzenlemeleri yoksa özel hayatın gizliliğini korumak için

²³¹ Doorson/Hollanda, 20524/92, 26.03.1996. Kilkelly, a.g.e., s. 67.

²³² Resolution 1165 (1998), “**Right to privacy**”, adopted by the Parliamentary Assembly on 26 June 1998. Anılan kararın Türkçe çevirisi için Bkz. Haydar Burak Gemalmaz, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Yayına Hazırlayan Kayıhan İçel ve Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayıncılık., 2007, s. 137-139’dan aktaran Öncü, a.g.e., s. 206.

²³³ Üzeltürk, a.g.e., s. 223.

belirtilen rehberdeki esasları iç hukuka geçirmeleri gereğine karar verilmiştir. Belirlenen rehber şu hususları içermektedir²³⁴:

1. Özel hayatına müdahale edildiği gerekçesiyle muhtemel zarar iddiasında bulunacak mağdura hukuk davası açma olanağı verilmelidir.

2. Editör ve gazeteciler tazminat için olduğu gibi, özel hayata müdahale eden yayınlar için sorumlu olmalıdırlar.

3. Bireyleri izleyerek takip ederek fotoğraflarını çekmek, filme almak veya kaydetmek gibi davranışlarla olağan hayatlarını özel hayatlarından bekledikleri huzur ve sessizlik içinde sürdürmelerine engel olmak veya hatta fiziki zarar vermek yasaklanmalıdır.

4. Editörün yayınladığı, ancak yanlış olan bilgi için ilgilinin talebi üzerine aynı şekilde göze çarpacak boyutta düzeltme yayınlanacaktır.

5. Bireyin özel hayatına ilişkin bilgi veya fotoğraf yayılmak üzere ise özel hayatın ihlali iddiasının boyutlarını değerlendirdiği bir mahkeme kararı ile geçici emir için kısa yargılama usulü gibi acil yargılama usulünü başlatacak veya bir karar ile bilginin yayılmasını erteletecek hükümler getirilmelidir.

6. Sistemik biçimde özel hayatı ihlal eden yayınlar yapan yayın grupları için ekonomik cezalar öngörülmelidir.

7. Mağdur tarafından özel hukuk davasının, gazetecinin ihlal ettiği veya kayıt için görsel ve işitsel araçlar kullandığı ve aksi halde elde edilmesi mümkün olmayan durumlarda doğrudan fotoğrafçıya veya ilgili kişiye karşı açılmasına izin verilmelidir.

8. Medyanın kendi yayın rehberini hazırlaması ve bireylerin özel hayatın ihlali konusunda veya düzeltmenin yayınlanmasını sağlamak için şikâyetlerini getirecekleri bir kurum oluşturmaları özendirilmelidir.

Parlamenteler Asamblesi ayrıca hükümetleri, Bireylerin Kişisel Bilgilerinin Otomatik İşlenmesine Karşı Korunması Sözleşmesi'ni²³⁵ onaylamaya davet etmektedir.

²³⁴ Üzeltürk, a.g.e., s. 223-224.

Ayrıca Asamble, üye devletleri aşağıdaki rehberle de bu kez basın kendi içinde kontrol yapmasını sağlamak ve bunun hukuki denetimini sağlamak üzere yol göstermektedir²³⁶:

1. Gazetecileri temsil eden meslek kurumlarının kendi kendilerini düzenlemeleri ve gazetecilerin davranış kurallarını belirledikleri gibi mesleğe giriş için belli kriterler belirlemeleri konusunda özendirilmelidir.

2. Medya kullanıcılarını, özel hayatın gizliliğinin korunmasının gerekliliği konusunda uyarmak için, insan hakları ve sorumlulukları hakkında eğitimin bir parçası olarak daha geniş bir alanda medya eğitiminin gelişmesi sağlanmalıdır.

3. Toplum karşısında özel hayatın gizliliği hakkının önemini vurgulayacak gazeteciler için hukuk kursları eğitim programı sağlanmalıdır.

4. Mağdur haklarının daha iyi korunabilmesi için basın suçlarına ilişkin olarak hukuki usul basitleştirilmeli ve mahkemeye giriş olanağı sağlanmalıdır.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesinin açıkladığı rehber, ana hatları ile basın karşısında bireyin özel hayatının gizliliğini korumayı amaçlamaktadır. Ancak bu alanda hukuken bağlayıcı ve etkin koruma mahkeme kararları ile sağlanmaktadır. Özel hayat hakkının ifade özgürlüğü ve özellikle de basın özgürlüğü karşısında korunması İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesini gündeme getirmektedir. 10. maddenin 2. fıkrasında ifade özgürlüğünün sınırlama sebepleri arasında “başkalarının şeref ve haklarının korunması ve gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi” de yer almaktadır. Mahkeme, basının belli sınırları aşmaması gerektiğini belirtirken, yine kamunun menfaatini gerektiren her konuda haber ve bilgi akışının sağlanmasının da basının görevi olduğunu vurgulamaktadır.²³⁷ Bu noktada basının, bilinmesinde kamu yararı bulunan ve kamunun ilgisini çeken güncel olayları, konu bağlamında gerçekleri araştırdıktan sonra kamuya aktarma hakkı vardır. Bu şartın gerçekleşmiş sayılması için de; olayın gerçek olması, güncel bulunması, açıklamasında

²³⁵ **Bireylerin Kişisel Bilgilerin Otomatik İşlenmesine Karşı Korunması Sözleşmesi** (No. 108/*Convention for the Protection of the Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data*), 28 Ocak 1981 tarihinde Strazburg'ta imzaya açılmış ve 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşmenin başlığında “Avrupa” ibaresinin yer almaması dikkat çekicidir. Zira bu Sözleşme, 23. maddesi uyarınca AK üyesi devletlerin yanı sıra AK üyesi olmayan Devletlerin de katılımına açıktır.

²³⁶ Üzeltürk, a.g.e., s. 225.

²³⁷ Üzeltürk, a.g.e., s. 225-226.

kamu yararının olması, haber ile kullanılan ifadeler arasında fikri bir bağın varlığı; diğer bir anlatımla, haberin içerdiği düşünce ile bağlantısı olmayan küçültücü ifadelerin yahut değer yargılarının habere katılmamış olması (kişilik hakkını zedeleyecek tarzda olmaması) gereklidir.²³⁸

*Von Hannover/Almanya Davası'nda*²³⁹ başvuru, Monako Prensesi Caroline'dır. Prenses, Alman mahkemeleri karşısında evinden çıktıktan sonra, sürekli gazeteciler tarafından takip edildiği ve bütün hareketlerinin fotoğraflandığını belirtmiş; gündelik yaşamının çeşitli alanlarında yalnızken, çocukları veya arkadaşları ile birlikte iken yer alan, bazen tatilde, alışverişte, spor yaparken, bazen de gözlerden uzak bir restoranda bir arkadaşı ile yemek yerken yayınlanan fotoğrafları için dava açmıştır. Ancak çocukları ile olan fotoğrafları için ailenin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde ve gizli bir restoranda yemek yerken yayınlanan fotoğrafları için de kamusal bir alanda bulunmadığı için başarılı olmuş, diğer fotoğraflar için aynı sonuca ulaşamamıştır. Başvurucuya göre, kendisi gibi kamusal bir şahsiyetin özel hayatının, Alman hukuku tarafından çok az korunmakta olduğunu çünkü “gözden uzak ortam” kavramının, Federal Adalet Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi tarafından çok dar tanımlandığını ileri sürmektedir. Esasen başvuru devletin herhangi bir eyleminden ziyade, özel yaşamının ve imajının devlet tarafından yeterince korunmamasından şikâyetçi olmuştur.

AIHM, ilgili davada sadece iç hukukta başarılı olunamayan kamuya açık alandaki fotoğraflar için değerlendirme yapmıştır. Mahkeme öncelikle, bireyin fotoğraflarının da özel hayat kapsamında olduğunu belirtmektedir. 8. maddenin esas itibarıyla kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı bireyi koruyan bir madde olmakla birlikte, bu maddenin sadece devleti bu tür müdahalelerde bulunmaktan kaçınmaya zorlamadığını, sözü edilen bu temel negatif yükümlülüklerine ilaveten devletin, özel hayata ve aile hayatına etkili bir şekilde saygı gösterilmesine ilişkin bulunan bir takım pozitif yükümlülükleri de içerdiğini hatırlatmaktadır. Bu noktada bireyin manfaati ile kamunun menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini ve her iki durumda da devletin takdir yetkisi olduğunu belirtmektedir. Bu yükümlülükler, kişilerin birbirleri ile olan ilişkilerini de kapsayacak şekilde, özel hayata saygının güvence altına alınması amacıyla

²³⁸ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, a.g.e., s. 205.

²³⁹ Von Hannover/Almanya, 59320/00, 24.06.2004.

bir takım tedbirler alınmasını gerektirebilir. Bu tedbirlere, kişinin fotoğrafının başkaları tarafından istismar edilmesine karşı korunması konusunda da başvurulabilir.

Mahkeme, ayrıca basın özgürlüğünün demokratik toplum açısından önemine de değinmiştir. Yalnız ihtilaflı olsalar bile politikacıların resmi görevlerini icra ederken yaptıkları faaliyetler gibi demokratik bir toplumdaki tartışmaya katkı sağlayabilecek olayların aktarılması ile bu davada olduğu gibi resmi bir görevi yerine getirmeyen bir bireyin özel yaşamına ilişkin ayrıntıların aktarılması arasında temel bir ayrım yapılması gerektiğini düşünmektedir. Birinci olayda basın, kamuyu ilgilendiren haber ve düşüncelerin iletilmesini sağlayarak demokratik toplumda temel rolü olan “gözcü” rolünü yerine getirmektedir. Aynı şekilde, demokratik bir toplumda temel bir hak olan halkın bilgilendirilme hakkı, özellikle siyasetçiler söz konusu olduğunda, kamuya mal olmuş şahsiyetlerin özel yaşamlarına ilişkin olayları da kapsayabilir. Ancak mevcut davada durum, herhangi bir siyasi veya kamusal tartışma alanına girmemektedir. Çünkü yayınlanan fotoğraflar ve yazıların amacı, başvurucunun özel hayatına ait ayrıntılarla birtakım okuyucuların merak duygularını tatmin etmektir. Mahkeme, her bireyin kişiliğinin gelişimi açısından özel hayatının korunmasının temel bir öneme sahip olduğunu hatırlatmaktadır. Unutulmamalıdır ki bu koruma, aile çerçevesinin ötesine geçmekte ve sosyal bir boyutu da içermektedir. Mahkeme, halk tarafından bilinen kişiler dahi olsalar, herkesin özel hayatının korunması ve saygı gösterilmesi hususlarında meşru bir beklentiye sahip olabileceğini ve bu haklardan da yararlandırılmaları gerektiğini düşünmektedir.²⁴⁰

Mahkeme, Alman milli mahkemesinin bireyi çağdaş toplumun “mükemmel (par excellence)” figürü olarak tanımlamasını özel hayatın korunmasında yetersiz bulmuştur. AİHM’ye göre, bu durum politikacılar için geçerli olabilir ancak olayda hiçbir resmi faaliyeti olmayan ve sadece kraliyet ailesinin bir üyesi olan başvuru için haklı değildir.²⁴¹ Günümüz toplumunda örnek kişiler ile bazı kamuya mal şahsiyetler arasında yapılan ayrımın açık ve belirgin olması gerekir. Böylece bir hukuk devletinde kişi benimseyeceği davranışlar hakkında açık işaretlere sahip olur. Her şeyden öte bireyin tam olarak nerede ve ne zaman gözden uzak bir ortamda bulunduğunu veya tam tersi nerede ve ne zaman üçüncü kişilerin ve özellikle magazin basınının müdahalelerine maruz kalabileceği bir

²⁴⁰ Von Hannover/Almanya, 59320/00, 24.06.2004. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=4438>, (11.07.2010).

²⁴¹ Üzeltürk, a.g.e., s. 231.

alandanda olduğunu bilmeye hakkı vardır. İfade özgürlüğü ve özel hayatın korunması dengesinde kararı etkileyen husus, basılan fotoğrafların ve yazıların genel yarar düşüncesine sağladığı katkıdır. Mevcut davada fotoğraf ve yazıların, başvurucunun herhangi bir resmi göreviyle ilgili olmamaları ve başvurucunun özel hayatıyla ilgili olmaları nedeniyle, bu tarz bir katkı sağlamadığı açıktır. Mahkemeye göre; söz konusu fotoğraf ve makalelerin yayınlanmasında dergilerin de ticari bir menfaati bulunması gibi mevcut olayda halkın da bir menfaati bulunsa dahi, bu menfaatlerden başvurucunun özel hayatının etkili şekilde korunması hakkı, diğeri karşısında üstündür. Neticede Alman mahkemeleri, başvurucunun menfaatleri ile kamunun menfaatleri arasında adil bir denge kuramamıştır. Mahkeme, bu nedenlerle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁴²

*Craxi/İtalya Davası'nda*²⁴³ ise, İtalya'da “temiz eller operasyonu” diye bilinen rüşvet ve yolsuzluk kovuşturmasında telefon görüşmelerinin basına yansması karşısında Sözleşme'nin ihlal edilip edilmediğı sorgulanmaktadır. Başvurucu, yargılaması esnasında savcılık tarafından duruşmada ifşa edilen bir telefon konuşmasının tüm ayrıntılarının daha sonra basında yayımlanmasını şikâyet konusu yapmıştır. Zira söz konusu telefon görüşmesinde tamamen özel hayata ilişkin hususlar da yer almaktadır. Mahkeme öncelikle, devam eden bir suç yargılamasıyla ilgili olarak basında haber çıkması ve yorum yapılmasının, yargılamanın aleniliğı bakımından gerekli olduğunu tespit etmiştir. Mahkemeye göre, basının haber yapma görevi ve kamunun da bilgi alma hakkı, kamuya mal olmuş figürler özelinde özellikle geçerli olup politikacılar gibi kamuya mal olmuş figürler, kaçınılmaz olarak ve bilerek kendilerini kamunun incelemesine açmışlardır. Ancak kamunun bilgi edinme, haber alma hukuki menfaati sadece, başvuru aleyhindeki suçlamaya ilişkin olguları kapsamaktadır. Oysa basında yer verilen bazı detayların, başvuru aleyhindeki suçlamayla hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, başvurucunun özel hayatıyla ilgili yapılan haberler ile başvurucunun 8. madde çerçevesindeki haklarına bir müdahale olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Ancak Mahkeme, başvurucunun özel hayatına ilişkin bilgilerin basında yayımlanmasının taraf devlete atfedilip edilemeyeceğini değerlendirmiştir. Mahkeme, öncelikle söz konusu haberlerin kaynağının gizli dinleme dökümleri olduğunu ve bunun da

²⁴² Von Hannover/Almanya, 59320/00, 24.06.2004. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=4438>, (11.07.2010); Üzeltürk, a.g.e., s. 230-232.

²⁴³ Craxi/İtalya, 25337/94, 17.10.2003.

dava dosyasında bulunduğunu belirtmiştir. Fakat basında görüşmelerin yayınlanması savcının doğrudan sebep olduğu bir durum değildir. Mahkeme, söz konusu dava dosyasına hem savcının hem de başvurucunun avukatlarının ulaşabildiğini ve fakat üçüncü kişilerin ulaşamadığını dikkate alarak muhatap hükümetin negatif yükümlülüğüne aykırı davranmadığını tespit etmiştir. Yalnız burada Mahkeme 8. maddede korunan hakkın garanti edilmesi için devletin sadece negatif değil, pozitif yükümlülüklerinin de olduğunu hatırlatmaktadır. Devletin bu alanda üzerine düşen pozitif yükümlülüğü yerine getirip getirmediğini tartışan Mahkeme, basında açıklamalar yayınlandıktan sonra da devletin, konuşmaları kimin sızdırdığına ilişkin etkili bir soruşturma yapma pozitif yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. Bahse konu olayda ise sorumluların ortaya çıkarılması için etkili bir soruşturma yapılmamıştır.²⁴⁴ Neticede Mahkeme, taraf devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmeyerek 8. maddeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

2.2. Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı

2.2.1. Aile Kavramı ve Aile Bağları

AİHS 8. madde çerçevesinde güvence altına alınan alt kategori haklardan biri de, “*aile hayatına saygı hakkı*”dır. AİHS hazırlandığından beri aile hayatı kavramında hızlı bir değişim yaşanmıştır. Bu nedenle Mahkeme özel hayat konusunda olduğu gibi, modern aile düzenlerinin çeşitliliğini, boşanmanın sonuçlarını ve tıbbi gelişmeleri göz önünde bulundurarak, aile hayatının yorumuna karşı esnek bir yaklaşım benimsemektedir. Aile hayatı; devletin keyfi müdahalesinden uzak tamamen özel bir alanın içindedir.²⁴⁵ Bir ailenin var olup olmadığını, ortada aile hayatı bulunup bulunmadığını belirlemede pek çok unsur birlikte ele alınmaktadır. Bir ilişkide aile hayatının var olup olmadığı, her davanın kendine özgü durumuna göre ele alınmaktadır ve bu konuda uygulanan genel prensip taraflar arasında “*yakın kişisel bağlar*” olup olmadığıdır. Ancak nelerin yakın kişisel bağ olduğunun belirlenmesi her zaman kolay değildir.²⁴⁶

AİHS 8. maddenin öngördüğü koruma, “hukuki” ve “gerçek” olduğu gösterilebilen evlilikleri her zaman kapsamaktadır. Aynı zamanda çocuklar doğumla birlikte ayrıca bir işleme gerek kalmaksızın içinde doğdukları ailenin bir parçası haline gelirler ve aile

²⁴⁴ Craxi/İtalya, 25337/94, 17.10.2003, Üzeltürk, a.g.e., s. 206; Öncü, a.g.e., s. 208-209.

²⁴⁵ Kilkelly, a.g.e., s. 26.

²⁴⁶ Kilkelly, a.g.e., s. 26.

ilişkisinin tarafı durumunda sayılırlar. Mahkeme, iç hukuka göre yapılmış nikâhlı kadın ve erkek birlikteliği yanında nikâhsız olarak beraberce yaşayan kadın ve erkeğin vücuda getirdiği fiili birlikteliği de aile kavramının içinde ele almıştır. Lakin birlikte yaşama, sahip olduğu öneme rağmen aile olmanın zorunlu ve vazgeçilmez unsuru değildir. Kısaca aile hayatı vardır diyebilmek için bireyler arasındaki ilişkilerin “*yeter düzeyde gerçek ve yakın olması*” gerekmektedir.²⁴⁷ Dolayısıyla, aile hayatı kavramını otonom bir kavram olarak görmek doğru olacaktır. Bilinmesi gerekir ki, aile hayatına saygı hakkı, bir aile kurma hakkını güvence altına almamaktadır. Hakkın korumasından yararlanabilmek için, kural olarak hâlihazırda bir ailenin varlığı ön koşuldur. Ancak evlilik dışı çocuk ile babası arasındaki ilişki gibi potansiyel aile ilişkileri de 8. madde güvencesinden yararlanacaktır.

2.2.2. Aile Hayatı Sayılan İlişkiler

Sözleşme organları, aile ilişkileri ile aile hayatı arasında bir ayırım yapmakta ve aile ilişkilerini tek başına AİHS 8. madde anlamında aile hayatına saygı hakkı güvencesini devreye sokmak için yeterli görmemektedir. Aile hayatına saygı hakkının gündeme gelebilmesi için aile ilişkilerinin, bir aile hayatı oluşturduğunun, yani fiiliyatta yakın bağların bulunduğu, başvuru tarafından gösterilebilmesi gerekmektedir. Nitekim evli olmayan anne ile çocuk arasındaki ilişki, aile hayatı kapsamında değerlendirilebileceği gibi birlikte yaşayan erkek ve kadın; çocuklar ile dede, nine gibi yakın akrabalar; uzun süreden beri birlikte yaşamakta olmalarının yanında, birlikte yaşamasalar da aralarındaki kan bağı, maddi, manevi ve benzeri bağlar, ortada bir aile kurumunun varlığına karine olabilir.²⁴⁸ Hem çocuk hem de yetişkin kardeşler aile hayatının kapsamına girmektedir.²⁴⁹ Yine amca, dayı, teyze, hala ve yeğeni arasındaki ilişkiler de özellikle arada yakın bağlar olduğuna dair kanıt bulunan durumlarda aile hayatı kapsamına girebilir. Nitekim AİHM, *Boyle/Birleşik Krallık Davası*’nda²⁵⁰, bir amca ile yeğeni arasındaki ilişkiyi, yeğen hafta sonlarını amcası evinde geçirdiği ve milli yetkililerin amcayı çocuk için “iyi bir baba modeli” olarak değerlendirebiliyor olmaları sebebiyle aile hayatı kapsamında kabul etmiştir.

²⁴⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 336 vd.

²⁴⁸ Marckx/Belçika, 6833/74, 13.06.1979, para. 31, 45, 51; Johnson/İrlanda, 9697/82, 18.12.1986, para. 25; Berrehab/Hollanda, 10730/84, 21.06.1998, para. 62; Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, 9214/80, 9473/81, 9474/81, 29.05.1985, para. 62. Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 337.

²⁴⁹ Olsson/İsveç, 10465/83, 24.03.1988; Boughanemi/Fransa, 22070/93, 24.04.1996. Kilkelly, a.g.e., s. 31.

²⁵⁰ Boyle/Birleşik Krallık, 16580/90, 09.02.1993. Kilkelly, a.g.e., s. 31.

2.2.2.1. Evli Çiftler Arasındaki Aile Hayatı

Hukuken evli anne baba ve çocuk arasındaki ilişki, otomatik olarak aile hayatı kavramına dâhildir. Evli bir çift söz konusu olduğunda, “aile hayatı” ifadesi normalde bir arada oturmayı içermekle birlikte evli çiftlerin birlikte yaşaması, aile hayatına saygı hakkının devreye girebilmesi için olmazsa olmaz bir koşul değildir. Dolayısıyla gerçek ve hukuka uygun bir evliliğin akdedilmiş olması, birlikte yaşamaya başlanılmamış olsa dahi, AİHS 8. maddedeki aile hayatına saygı hakkı güvencesi için yeterli olacaktır. Evlilik ilişkisinin, birlikte yaşam olgusunda somutlaşan sosyal ilişki pratiği aranmaksızın aile hayatı kapsamında değerlendirilmesi, Strazburg organları içtihatlarında aile hayatı kavramını oluşturan ilişkiler bakımından bir hiyerarşi olduğu ve en başa da geleneksel evlilik ilişkisinin oturtulduğunun bir göstergesi olarak yorumlanabilir.²⁵¹

2.2.2.2. Evlilik Dışı Fiili Birliktelikler

AİHS 8. madde anlamında aile hayatı, sadece hukuki evlilik ilişkisinden ibaret değildir. Aile hayatı kavramının otonom bir şekilde yorumlanması ile evlilik dışı yaşam birlikteliklerinin de AİHS 8. madde korumasından yararlandığı görülmektedir. Ancak, evlilik dışı birliktelikler, evlilik ilişkisi gibi otomatikman aile hayatına saygı hakkı korumasına girmemektedir. Fiili birlikteliklerin aile hayatı oluşturup oluşturmadığı; hayatı birlikte sürdürme, birlikteliğin süresi ve karşılıklı bağlılığın gösterilmesi gibi ölçütlerle belirlenebilir. Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus; evlilik dışı birlikteliklerinin, AİHS 8. madde anlamında aile hayatı oluşturup oluşturmadığının tespitinde, bu ölçütlerin illaki birarada sağlanmasının beklenmediğidir. Yani somut vakalara göre, bu ölçütlerden sadece birinin varlığı bile aile hayatına saygı hakkının korumasını gündeme getirebilecektir.

Bir birlikteliğin, aile hayatına saygı hakkının korumasından yararlanabilmesi için çiftlerin birlikte yaşaması bir gerekliliktir. Yalnız daha önce değindiğimiz üzere birlikte yaşamak, ebeveynlerin medeni durumu ne olursa olsun, aile hayatı için olmazsa olmaz değildir. Böylece boşanma, ayrılma veya istek üzerine bir arada yaşamayan aile üyeleri yine de 8. maddenin korumasından yararlanabilecektir.²⁵² İkinci ölçüt olan birlikteliğin

²⁵¹ Öncü, a.g.e., s. 292.

²⁵² Mesela Berrehab/Hollanda, 10730/84, 21.06.1998, (boşanmış baba). Tezcan, Erdem, Sancaktar, a.g.e., s. 287; Kroon ve Ors/Hollanda, 18535/91, 27.10.1994, (evli olmayan çift). Kilkelly, a.g.e., s. 27.

süresi ölçütü ise, birlikte yaşama ölçütü ile yakından ilintilidir. Kısa süreli birliktelikler, aile hayatına saygı hakkının korumasını devreye sokmak için yeterli olmayabilir, birlikteliğin belirli bir süre devam etmesi gerekmektedir. Üçüncü ölçüt karşılıklı bağlılığın gösterilmesi ölçütü de fiili birlikteliklerin, aile hayatı oluşturup oluşturmadığını tayinde kullanılan diğer bir araçtır. Mesela *Johnston ve Diğerleri/İrlanda Davası*’nda Mahkeme, evli olmayan ebeveynler ve çocukları arasındaki doğal aile bağlarının normal gelişiminin, söz konusu çocukların kanuni ve sosyal olarak ebeveynleri evli olan çocuklarınkine benzer bir konumda olmasını gerektirdiği belirtmiştir. Mahkeme, bahse konu davada çocuklarıyla beraber yaşayan evli olmayan çifti aile hayatı yaşıyor saymaktadır ve kararı verirken, söz konusu ilişkinin istikrarlı olma özelliğinden ve diğer yönleriyle evliliğe dayalı bir aileden ayırt edilememesine vurgu yapmaktadır.²⁵³

2.2.2.3. Eşcinsel Fiili Birliktelikler

Sözleşme organlarının yerleşik içtihatları uyarınca homoseksüel fiili birliktelikler; uzun süreli dahi olsa, AİHS 8. madde anlamında aile hayatı kapsamına girmemekte, yalnız özel hayata saygı hakkı alt kategorisi altında değerlendirilebilmektedir. Strazburg organları, homoseksüel çiftler tarafından yapılan bireysel şikâyet başvurularında, ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS 14. maddenin ihlal iddiaları incelemelerinde homoseksüel fiili birlikteliğe heteroseksüel fiili birliktelikten farklı muamele gösterilmesini, ailenin korunması amacı temelinde meşru görmüş ve AİHS 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

Strazburg organlarının aile hayatı kavramına yaklaşımı, evlilik kavramına yaklaşımı ile aynı doğrultudadır. Aile hayatının varlığının kabulü için de, tıpkı evlilikte olduğu üzere bir erkek ve bir kadının yani karşıt cinsten kişilerin varlığı bir ön koşul olarak belirlemiştir. Ancak Sözleşme’nin günün koşullarına göre yorumlanmasının bir sonucu olarak artık cinsiyet; biyolojik cinsiyete indirgenmeyip, cinsiyet değişikliği operasyonu geçiren transseksüellerin de hem aile hayatının varlığının tespitinde hem de evlilik hakkının kullanımı bağlamında yeni cinsiyetleri AİHM tarafından ölçüt alınmaktadır. Bununla birlikte taraf devletler arasında eşcinsel fiili birlikteliklerin hukuken tanınması konusunda bir mutabakat sağlanması halinde eşcinsel fiili birliktelikleri aile hayatı

²⁵³ Johnston ve Diğerleri/İrlanda, 9697/82, 18.12.1986. Kilkelly, a.g.e.,s. 27; Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatları**, C. II, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004, s. 207 vd.

kapsamında değerlendirmeyen içtihatların da zaman içerisinde dönüşme potansiyeli bulunmaktadır.²⁵⁴

2.2.3. Çocuk ve Ebeveyn Arasındaki Aile Hayatı

Aile hayatının var olup olmadığının olgusal bir mesele olup, fiiliyatta yakın kişisel bağların bulunması önemlidir. Bu sebeple ne kan bağının yokluğu ne de sadece genetik ilişkinin varlığı, çocuk ile ebeveyn arasında bir aile hayatının olup olmadığının tespitinde tek başına yeterlidir. 8. maddenin dayanağı olan aile kavramında, evlilik içi doğan çocuğun, doğumundan itibaren ebeveynleri ile arasında kanunen (*ipso jure*) bir aile hayatı vardır. Başka bir anlatımla, bir çocuk ve ebeveynleri arasında, doğduğu andan itibaren ve doğumundan dolayı, ebeveynler bir arada oturmaya bile “aile hayatını” oluşturan bir bağ vardır. Bu bağlamda AİHM’ye göre bir evlilik birlikteliğinden doğan bir çocuk ve ebeveynleri arasındaki aile bağının, sadece istisnai şartlarda bozulabileceği unutulmamalıdır.²⁵⁵ Böylece evli ebeveyn ve çocukları arasındaki ilişki her zaman 8. madde kapsamına girmektedir. Mesela; ebeveynin sınır dışı edilmesi, hapsedilmesi, ya da çocuğun başka bir ülkeye götürülmesi gibi olgular ebeveyn ile çocuk arasındaki bağ dolayısıyla da aile hayatını ortadan kaldırmayacaktır.

Evlilik dışı ilişkinin ürünü olan çocuk söz konusu olduğunda, çocuk ile o çocuğu doğuran kadın arasında salt doğurma olgusuna dayanılarak bir soy bağı, dolayısıyla da aile ilişkisi oluşur. Doğurma olgusuna dayalı olan bu soy bağı, yani ana her zaman bellidir (*mater semper certa es*) karinesinin bir sonucudur. Kadının evlilik dışı doğurduğu çocuğu hukuken tanınması gerekmez.²⁵⁶ Bu kural, Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi²⁵⁷ madde 2’de açıkça düzenlenmiştir. *Marckx/Belçika Davası’nda*²⁵⁸, evli olmayan bir anne ve çocuğu arasındaki aile bağının, doğum ve doğum sonucu oluşan biyolojik bağ nedeniyle oluştuğunu belirtmiştir. Bu karar AİHS 8. madde kapsamında aile hayatına saygı gösterilmesini teminat altına almak için, söz konusu biyolojik bağın otomatik olarak ve hemen hukuki bir bağa dönüşmesi temeldir anlamına

²⁵⁴ Öncü, a.g.e., s. 304.

²⁵⁵ Berrehab/Hollanda, 10730/84, 21.06.1998. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=168>, (23.08.2010); Dutertre, a.g.e., s. 312-313.

²⁵⁶ Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005, s. 165’den aktaran Öncü, a.g.e., s. 295.

²⁵⁷ **Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi** (No. 85, European Convention on the Legal Status of Children Born Out of Wedlock), 15.10.1975 tarihinde Strazburg’ta imzaya açılmış ve 11.08.1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁵⁸ Marckx/Belçika, 6833/74, 13.06.1979.

gelmektedir. Bu durumu tanımak için taraf devletlerde farkı yöntemler olması, söz konusu tanınmanın nasıl yapılacağı konusunda milli otoritelere belirli bir takdir hakkı verildiği anlamına gelmektedir. Ancak daha da önemlisi “aile hayatına saygı, doğum anından itibaren çocuğun ailesine entegre olmasını sağlayan kanuni güvencelerin var olduğunu” ima eder. Mahkeme ayrıca, aile bağlarıyla ilgili milli kanunların ilgili bütün tarafların normal bir aile hayatı sürmelerini mümkün kılması gerektiğini de belirtmiştir.²⁵⁹

Bir erkeğin evlilik dışı ilişkisinden doğan çocuğu ile soy bağı, doğumla birlikte kendiliğinden kurulmaz. Evlilik dışı doğan çocuğun baba ile soy bağı, babanın çocuğu resmen tanınması ya da mahkemece verilecek bir kararla kurulur. Nitekim bu husus, Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi madde 3’de ifade edilmiştir. Bu ihtimalde devreye bazı ölçütler girmektedir. Bunlar; çocuğun ebeveynleri arasında doğumdan önce ya da sonra bir aile hayatının olması, erkeğin çocukla beraber yaşaması yahut sıklıkla görüşmesi, çocuğun büyütülmesi sürecine katılım ve mali destektir. Mahkemenin *Boughanemi/Fransa Davası’nda*²⁶⁰ belirttiği gibi “aile hayatı” kavramı, bir arada yaşanmadığında bile, çocuk meşru olsun veya olmasın bir anne veya baba ile çocuğu arasındaki bağı kapsar. Söz konusu bağ ortaya çıkan olaylardan dolayı bozulsan bile, bu sadece istisnai şartlarda gerçekleşebilir. Bu prensipten yola çıkarak, davacının evlilik dışı doğmuş olan ve çok az temas kurmuş olduğu oğlu ile arasındaki ilişkinin, söz konusu hüküm kapsamında aile hayatı oluşturduğuna karar verilmiştir. Ne bir babanın çocuğunu kabul etmekte gecikmesi veya çocuğa maddi destek vermemesi, ne de Sözleşme’ye taraf bir devlete göç ederken çocuğu bakılmak üzere akrabalarına bırakmaya karar vermiş olması, bu bağlamda istisnai şart olarak değerlendirilmiştir.²⁶¹

*X., Y. ve Z./Birleşik Krallık Davası’nda*²⁶² birinci başvuru cinsiyet değişikliği operasyonu sonucunda kadın iken erkek olmuş bir transseksüeldir ve ikinci başvuru ile sürekli ve kalıcı bir ilişki içindedir. İkinci başvuru, anonim bir donörden alınan sperm ile suni dölleme (AID) yoluyla gebe kalmış ve üçüncü başvurucuyu doğurmuştur. X kendisini, çocuğun babası olarak kaydettirmek istemiş fakat iç hukukta sonuca ulaşamamış ve konuyu AİHM’ye taşımıştır. Mahkeme kararında bir transseksüel ile onun kadın

²⁵⁹ Marckx/Belçika, 6833/74, 13.06.1979, para. 31. Kil Kelly, a.g.e., s. 84; Dutertre, a.g.e., s. 281.

²⁶⁰ Boughanemi/Fransa, 22070/93, 24.04.1996.

²⁶¹ Boughanemi/Fransa, 22070/93, 24.04.1996; C/Belçika, 21794/93, 07.08.1996; Ahmet/Hollanda, 21702/93, 28.11.1996. Kil Kelly, a.g.e., s. 28.

²⁶² X., Y. ve Z./Birleşik Krallık, 21830/93, 20.03.1997.

partnerinin bir donörden alınan sperm ile suni dölleme yoluyla doğurduğu çocuğu arasındaki ilişkiyi 8. madde anlamında aile hayatı olarak kabul etmiştir. Mahkeme bu sonuca ulaşırken, birincisi öncelikle aralarındaki ilişkinin geleneksel ailelerde yaşanan ilişkilerden diğer yönleriyle ayrılamaz olduğu not etmiştir. İkinci olarak bu vakada bir de çocuk bulunmaktadır ve bu çocuk X ve Y'nin birlikte kabul etikleri bir suni dölleme işlemi sonrasında dünyaya gelmiştir. X, bu sürecin başından sonuna kadar içinde olmuş ve çocuğun doğumundan itibaren onun babasıymış gibi hareket etmiştir. İşte tüm bu faktörlerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda Mahkeme, somut olayda bir aile hayatı olduğu kabul etmiştir.²⁶³ Öte yandan, *J.R.M./Hollanda Dvasında*²⁶⁴ Komisyon, bir sperm donörü ile bu donörlükten suni dölleme yoluyla doğan çocuk arasında sadece bu unsura dayanarak bir aile hayatının olduğunun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

2.2.4. Velayet Hakkı ve Aile Bireyleriyle İlişki Kurma

AIHS 8. madde kapsamında aile hayatı, boşanma ile sona ermemektedir. Aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, evli eşlerin yanı sıra ayrı eşler ve çocuklarının da sahip oldukları bir haktır. Çocuk ile ebeveyn arasındaki aile hayatından kaynaklanan hakların başında velayet hakkı gelmektedir. Ayrılma sonrasında velayet hakkı ve çocuğun bakımı ebeveynlerden birine verildiğinde, diğer eş aile hayatına saygı gösterilme hakkının ihlal edildiğinden bahisle müracaatta bulunabilir.

İç hukuk sistemlerinde evlilik içi çocukların velayeti anne ve babanıdır, yani ortak velayettir. Evlilik dışı doğan çocuğun velayeti ise anneye aittir.²⁶⁵ Evlilik dışı yaşam birlikteliklerinin ürünü olan çocuk üzerinde çiftin ortak velayete sahip olamaması meselesi, Strazburg organları önüne gelmiştir. Komisyon, aile hayatına saygı hakkının tam korumasından evli çiftlerin yararlandığını belirtmiş ve evlilik dışı beraberlik yaşayan çiftlerin sahip oldukları çocuklar üzerinde ortak velayet hakkına sahip olamamasını, AIHS 8. madde bakımından bir mesele olarak görmemiştir. Komisyon gerekçesinde, bu tür ilişkilerde, kadının doğurduğu çocuğu ile olan ilişkisinin çok doğrudan bir ilişki olduğunu ve devam ettiğini belirtmiştir. Öte yandan, erkeğin genellikle aile sorumluluğu almak istemediğini ve bu sebeple çocuğun velayetinin annede olmasının makul olduğu kabul edilmiştir. Komisyon devamla, evlilik dışı yaşam beraberliği sürdüren çiftin, çocuklarının

²⁶³ X., Y. ve Z./Birleşik Krallık, 21830/93, 20.03.1997. Öncü, a.g.e., s. 294-304.

²⁶⁴ J.R.M./Hollanda, 16944/90, 08.02.1993, para. 1. Öncü, a.g.e., s. 294.

²⁶⁵ Serozan, a.g.e., s. 253'den aktaran Öncü, a.g.e., s. 297.

ortak velayetine sahip olmak istiyorlarsa evlenebileceklerini, yok eğer evlenmiyorlar ise bunun hukuki sonuçlarına katlanmaları gerektiği yönünde karar vermiştir.²⁶⁶

*Hokkanen/Finlandiya Davası'nda*²⁶⁷ Mahkeme başvurucunun, kızıyla temas kurma hakkını uygulamaya geçirmek için, yetkililerin yeterli ve uygun önlemler almadığına ilişkin başvurusunu incelemiştir. Mahkeme kararında şu hususları belirtmiştir: 8. maddenin devleti vesayet ve temas konularında mahkeme emirlerinin yerine getirilmesini sağlamak için aktif adımlar atmaya zorlayabileceğini belirtmiştir. Ancak aile hayatına saygı duyulmasını sağlama yükümlülüğü mutlak değildir. Mahkeme, özellikle vesayet kararlarının uygulanması konusunda, çocuğun belirli bir süre başkalarıyla yaşadığı durumlarda hazırlık amaçlı önlemler alınması gerekebileceğine dikkat çekmiştir. Ayrıca bu tür hazırlıkların doğası ve kapsamı, davanın durumuna göre belirlenmelidir. Yani milli yetkililer, bu tür işbirliğini kolaylaştırmak için ellerinden geleni yapmalıdır, ancak (özellikle çocuğunkiler olmak üzere) bütün menfaat ve hakların göz önünde bulundurulması gerektiği için, zorlama yükümlülüğü sınırlı olmalıdır.²⁶⁸ Genel olarak devlet, çocuğun velayetine sahip olmayan ebeveynin temas haklarının yerine getirilmesini sağlamak için en başta çocuğun menfaatini gözeterek mevcut şartlarda gerekli olan bütün önlemleri almalıdır.

*Olsson/İsveç Davası*²⁶⁹, ebeveynlerin üç çocuğunun duygusal ve entelektüel ihtiyaçlarını karşılayamaması gibi çeşitli nedenlerden dolayı, sosyal hizmet yetkililerince çocukların gelişiminin tehlikede olduğunu düşüncesiyle üç çocuğun, birbirleriyle ve ebeveynleriyle teması çok zorlaştıracak şekilde yüzlerce kilometre mesafelerdeki koruyucu ailelerin yanına yerleştirilmiş olmasıyla ilgilidir. Mahkemenin ifadesiyle bir aileyi bölmek, çok ciddi bir müdahaledir. Bu yönde atılan bir adım, çocuğun menfaatlerinin yeterince sağlıklı ve ağırlıklı biçimde değerlendirilmesiyle desteklenmelidir. Mahkeme, aileden alınan üç çocuğun birbirleri ve ebeveynleri ile kişisel ilişkiyi zorlaştıracak biçimde yüzlerce kilometre uzaklıktaki koruyucu aileler yanına yerleştirilmelerinin aile hayatına saygı gösterilmesiyle uyumlu olup olmadığı değerlendirmiştir. Neticede, yetkililerin bakım konusunda bu kararı alırken iyi niyetle hareket etmelerine rağmen uygun koruyucu aile olmaması, yerleştirme imkânı olmaması vb. gibi etmenlerin ikinci derecede etken

²⁶⁶ B. R. ve J./Almanya, 9639/82, 15.03.1984, para. 4. Öncü , a.g.e., s. 297.

²⁶⁷ Hokkanen/Finlandiya, 19823/92, 23.09.1994.

²⁶⁸ Hokkanen/Finlandiya, 19823/92, 23.09.1994. Dutertre, a.g.e. s. 320; Kilkelly, a.g.e., s. 90.

²⁶⁹ Olsson/İsveç, 10465/83, 24.03.1988.

olduklarını ve bu nedenle ulaşılmaya çalışılan amaçla orantılı müdahalede bulunulmadığını belirterek 8. madde ihlalini tespit etmiştir.²⁷⁰

*K. ve T./Finlandiya Davası'nda*²⁷¹ Büyük Daire şeklinde toplanan AİHM, özel koruma altına alınan küçüklerle ilgili yaklaşımını şu şekilde belirtmiştir: Her bir çocuk için önce acil koruma kararları, daha sonra normal koruma kararları ayrı ayrı incelenmelidir. Bir karardan hemen sonra diğeri alınsa bile, acil koruma ve normal koruma kararlarını, farklı tür kararlar oldukları ve farklı sonuçları olduğu için (acil koruma kararları kısa ve sınırlı süre içindir, oysa normal koruma kararları daha kalıcıdır) ve farklı karar verme süreçlerinin sonuçları olduğu için, ayrı ayrı değerlendirmeyi uygun görmektedir. Bir koruma (bakım) kararı şartlar mümkün kılar kılmaz durdurulması gereken, geçici bir önlem olarak görülmelidir. Bir çocuğun uzun süre bir başkasının bakımı altında olması gerekse bile, söz konusu dönemde yapılan bütün düzenlemelerin amacı, bu kararı geri çevirmek olmalıdır. Bu noktada dikkat edilecek husus ise; makul olan en kısa süre içinde ailenin bir araya getirilmesini kolaylaştıracak makamların, önlemler alma konusundaki pozitif yükümlülüğünün her zaman çocuğun mefaatini gözetme göreviyle dengelenmesidir.²⁷²

*Johansen/Norveç Davası'nda*²⁷³, başvuru kadının kızı, daha sonra koruyucu aile tarafından evlat edinilmek üzere bir koruyucu aileye yerleştirilmiş ve başvuru bu karara 8. madde kapsamında itiraz etmiştir. Mahkemeye göre, ebeveynin temasını veya vesayetini daimi olarak önlemeyi amaçlayan bu tür önlemler, istisnai durumlarda alınmalıdır ve sadece çocuğun manfaatinin korunmasını amaçlayan şartlara bağlı olduklarında haklı gösterilebilirler. Mahkeme, konunun incelenmesinde annenin başkasının bakımında olan kızıyla temasının iyi gittiğini ve annenin hayatında iyileşme işaretleri olduğunu dikkate almıştır. Yetkililerin, davacının işbirliği yapmama ihtimali olduğu ve koruyucu ailenin evine erişimine izin verilirse kızının bakımını olumsuz etkilemesi riski olduğu yönündeki görüşü, bu kişinin oğluyla ilgili bakım kararının uygulanmasında yaşanan zorluklara dayanmaktaydı. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu zorlukların ve risklerin, yetkililerin 8. madde kapsamında ikisini tekrar bir araya getirmek üzere önlem almaları konusundaki

²⁷⁰ Olsson/İsveç, 10465/83, 24.03.1988. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=156.>, (18.03.2010); Dutertre, a.g.e, s. 316; Kilkelly, a.g.e., s. 94.

²⁷¹ K. ve T./Finlandiya, 25702/94, 12.07.2001.

²⁷² K. ve T./Finlandiya, 25702/94, 12.07.2001, para. 165, 178. Dutertre, a.g.e, s. 316.

²⁷³ Johansen/Norveç, 17383/90, 07.08.1996.

normal yükümlülüklerinden arınmalarına neden olacak özellikte ve derecede olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle annenin ebeveyn haklarını elinden almak 8. maddeyi ihlal etmektedir.²⁷⁴

*Hansen/Türkiye Davası'nda*²⁷⁵, başvuru İzlandalı bir annedir ve Türk makamlarının, çocuklarına ulaşma hakkını güvenceye almamaları nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Söz konusu olayda Bayan Hansen'in Türk vatandaşı olan eski eşi, evliliklerinin kötü seyri neticesinde iki çocuğunu yaz tatili için Türkiye'ye getirmiş ancak tekrar İzlanda'ya göndermeyerek çocuklarının anneleriyle irtibatını koparmıştır. Bu süreçten sonra anne çocuklarını görmek için Türkiye'ye gelmiş ve dava açmıştır. Mahkeme çocukların velayetini babaya vererek, annenin ise her ayın belli günlerinde çocuklarını görme hakkını tanımıştır. Ancak mahkeme kararına karşın başvuru 1992-1998 yılları arasında onlarca kez Türkiye'ye gelmesine rağmen çocuklarını ancak dört kez görebilmiştir. Türk mahkemelerine açılan davalarda ise, eski eş mahkeme kararlarına uymadığı için birkaç kez hapis ve para cezalarına mahkûm edilmiş, ancak hapis cezaları da para cezalarına çevrilmiştir. AİHM, başvurunun çocuklarını görmesinin sürekli engellenmesi karşısında, yetkililerin eski eşe karşı zorlayıcı önlemler alarak başvurunun çocuklarını görebilmesinin sağlanması gerektiğini belirtmiş, eski eşe verilen para cezalarını da etkili ve yeterli bulmayarak bu konuda yetkililerin gerekli önlemleri almadıkları sonucuna ulaşmıştır.²⁷⁶

*Hoffmann/Avusturya Davası'nda*²⁷⁷, davacı kadın Katolik olup ve Katolik bir erkekle evlenmiştir. İki beraber çocuklarını ortak dini inançlarına göre yetiştirmişlerdir. Ancak davacı daha sonra Yehova Şahidi olmuş, kocasından boşanmış ve çocuklarını da yanına almıştır. Çift, velayet konusunu Avusturya mahkemelerine götürmüş, ilk derece mahkemesi çocukların velayetini anneye vermiştir. Ancak üst derece mahkemesi annenin dininin; kan naklini ve resmi tatilleri kabul etmemesi ve toplumsal azınlık konumunda olması gibi nedenlerle çocukların üzerindeki olumsuz etkisinden kısmen etkilenecek bu kararı bozmuştur. AİHM, Avusturya Temyiz Mahkemesi kararının, dine dayalı ayrımcılık anlamına geldiğini ve Sözleşme'ye uygun olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, Yehova Şahidi olmanın getirdiği muhtemel tehlikelerin (dini bir azınlığın parçası olmanın

²⁷⁴ Johansen/Norveç, 17383/90, 07.08.1996. Kilkelly, a.g.e., s. 92.

²⁷⁵ Hansen/Türkiye, 36141/97, 23.09.2003.

²⁷⁶ Hansen/Türkiye, 36141/97, 23.09.2003. Demirtaş, a.g.e., s. 5; Özdek, a.g.e., s. 228-229.

²⁷⁷ Hoffmann/Avusturya, 12875/87, 23.06.1993.

çocukların sosyal hayatı üzerindeki olası etkisi ve annenin mahkeme emri olmadığı takdirde kan naklini reddetmesi) velayet kararı verilirken teraziye bir ebeveynin lehine etkileyebileceğini reddetmemektedir. Yalnız ebeveynler arasında sadece dini farklardan dolayı bir ayırım yapmanın kabul edilemez olduğu görüşünü belirtmiştir.²⁷⁸

*W./Birleşik Krallık Davası'nda*²⁷⁹ başvuru, yerel makamların çocuğuyla ilgili olarak kendisiyle önceden görüşmeden, tartışmadan, çocuğun ileride evlat edinilmesi amacıyla koruyucu aile yanına uzun süreli yerleştirmek, babanın çocukla temasını kısıtlamak ve zamanla sona erdirmek dâhil bir dizi kararından şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, bahse konu davada aile hayatına yapılan bu müdahalenin 8. madde ile uyumlu olup olmadığını değerlendirirken; kararların geri döndürülemez olabileceği (örneğin çocuğun kendisine bakan diğer kişilerle yeni bağlar kurması) bir konuda, ebeveynlerin keyfi müdahalelere karşı yeterince korunmasının olmazsa olmaz olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme söz konusu davada, davacının çocuğuyla olan ilişkisini etkileyen bazı konularda davacının hiç bilgilendirilmediğini veya davacıya önceden başvurulmadığını ve bunun sonucu olarak, karar verme sürecinin kritik noktalarında yeterince katkısının sağlanmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, davacının görüşlerine yeterince dikkat gösterilmediği veya haklarının yeterince korunmadığı gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edildiği görüşünü benimsemiştir.²⁸⁰

Burada oluşan emsal karardan, 8. madde kapsamında aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının içerdiği usule ait bazı hakların var olduğu, ebeveynlerin veya uygun olan durumlarda diğer aile bireylerinin, kendi haklarının yeterince korunmasını sağlayacak derecede, çocuklarını ilgilendiren karar verme süreçlerine dâhil edilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Ebeveynlerin veya diğer aile bireylerinin dâhil olduğu, çocuklarını ilgilendiren idari veya kanuni karar verme süreçlerinin usulen adil olmasına özellikle dikkat edilmelidir; yalnız ebeveyn olmayan akrabalar söz konusu olduğunda gerekli olan danışma veya katılım düzeyi farklı olabilecektir.²⁸¹

²⁷⁸ Hoffmann/Avusturya, 12875/87, 23.06.1993. Kilkelly, a.g.e. s. 88-89.

²⁷⁹ W./Birleşik Krallık, 9749/82, 08.07.1987.

²⁸⁰ W./Birleşik Krallık, 9749/82, 08.07.1987. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=138>, (27.09.2010); Duterre, a.g.e., s. 318; Kilkelly, a.g.e., s. 96.

²⁸¹ Price/Birleşik Krallık, 12402/86, 14.07.1988. Kilkelly, a.g.e., s. 96-97.

2.2.5. Göç ve Sınır Dışı İşlemlerinin Aile Hayatına Etkisi

Öncelikle belirtilmelidir ki, AİHS 8. maddedeki aile hayatına saygı hakkı, bir taraf devletin ülkesinde, hukuka uygun şekilde ikamet eden yabancılar tarafından oluşturulan aile hayatını da kapsamaktadır.²⁸² Üstelik 8. maddenin öngördüğü teminat, bir taraf devletin ülkesinde, hukuka aykırı şekilde ikamet eden yabancıların aile hayatını da kapsamaktadır. Nitekim, *Amara/Hollanda Davası*'nda, muhatap hükümetin ülkesinde hukuka aykırı bir şekilde ikamet eden başvurucunun, aile hayatına saygı hakkı bağlamında yaptığı şikâyetini Mahkeme; davacının hukuka aykırı şekilde ikamet ediyor olmasına tek başına bir sonuç bağlamamış, diğer hususları da dikkate alarak davayı incelemiştir.²⁸³ Esasen bu durum AİHS'nin vatandaş veya yabancı olmasına bakılmaksızın bir taraf devletin ülkesinde bulunan herkes bakımından Sözleşme'den kaynaklanan hakların garanti edilmesi yükümlülüğünün bir sonucudur. Vatandaş olsun yahut olmasın Sözleşme'ye taraf bir devletin topraklarında yaşayan kişinin, çocukları yahut birlikte aile hayatı sürdüğü kişilerle yaşadığı bu devletten sınır dışı edilmesi; bir aile bireyinin diğer aile bireyleriyle yaşadığı söz konusu devlette bir araya gelmesine izin verilmemesi kararı, AİHS 8. madde kapsamında aile hayatına müdahale anlamına gelmektedir.

Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık Davası'nda²⁸⁴, evli çiftlerde eşlerden birinin yaşamakta olduğu bir taraf devletin ülkesinde diğer eşin ikamet etmesine izin verilmemesinin, AİHS 8. madde anlamında aile hayatına bir müdahale teşkil edip etmediği tespitinde belli prensipler belirlenmiştir. Bu ölçütler özetle şunlardır: 8. madde evli çiftlerin oturacakları yeri seçme hakkını güvence altına almadığı gibi, ilgili taraf devletin vatandaşı olmayan bir eşin o ülkeye kabul edilmesi genel yükümlülüğünü taraf devletlere yüklememektedir. Devletlerin bu konuda geniş bir takdir hakkı vardır. Evlendikten sonra, eşin veya davacının geldiği ülkede yaşamaları için engel olup olmadığı veya söz konusu ülkelerde yaşamamaları için özel nedenlerin olup olmadığı; ilgili taraf devletin ülkesinde bulunan eşin, diğer eşle bir aile hayatı kurarken, onun o devlette oturum

²⁸² Slivenko/Letonya, 48321/99, 09.10.2003, para. 94. Öncü, a.g.e., s. 308.

²⁸³ Amara/Hollanda, 6914/02, 05.10.2004. Öncü, a.g.e., s. 308.

²⁸⁴ Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28.05.1985.

izni alamayabileceğinin veya sınırlı giriş konusundaki problemlerin farkında olup olmadıkları önemlidir.²⁸⁵

AIHM, sınır dışı edilmenin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı üzerindeki etkisini sınır dışı edilme ile ulaşılmaya çalışılan hedefle orantılı olup olmadığını her olayda ayrı ayrı irdeler. Mahkeme birkaç durumun varlığında, bir bireyin sınır dışı edilmesinin 8. madde hakları üzerindeki etkisinin, sınır dışı edilmesiyle ulaşılmaya çalışılan hedefe göre orantısız olduğuna karar vermiştir. Özellikle davacı, hayatının büyük bir kısmını onu sınır dışı etmek isteyen devlette geçirmiş, söz konusu devlette önemli sosyal ve aile bağları olup, gönderileceği devletle çok az teması veya yakınları varsa müdahale orantısız olabilecektir. Mesela *Moustaquim/Belçika Davası*'nda, 2 yaşından daha küçük iken Belçika'ya gelen ve bütün ailesi Belçika'da yaşayan, gönderileceği Fas'ta hiçbir yakın akrabası bulunmayan ve Arapça konuşamayan bir kişinin, işlediği suç nedeniyle sınır dışı edilmesi söz konusudur. Mahkeme, bir suç nedeniyle sınır dışı edilmenin genel olarak mümkün olduğunu belirtmiştir, yalnız bahsi geçen dava özelinde davacının sınır dışı edilmesini orantısız bulmuştur.²⁸⁶

AIHS 8. madde, aile hayatını geliştirmek için en uygun yeri seçme hakkını teminat altına almamaktadır. *Ahmut/Hollanda Davası*'nda başvurucu, bir süredir yaşamakta olduğu ülkeye (Hollanda) 15 yaşındaki oğlunun girişine yetkililerin izin vermemelerini AIHM'ye taşımıştır. Mahkeme kararında 8. maddenin ihlal edilmediği görüşünü belirtirken çocuğun hayatının büyük bir kısmını Fas'ta geçirdiğine, bu ülkeyle dil ve kültür açısından güçlü bağlara sahip olduğuna ve diğer aile üyeleri tarafından bu ülkede yetiştirildiğine özellikle dikkat çekmiştir. Mahkeme, taraflar arasındaki aile hayatının daha önce olduğu gibi devam etmemesi için hiçbir neden görememiştir.²⁸⁷ Benzer davalarda ailenin, çocuklarıyla bir araya gelmek için geri dönme olanağına sahip olması da kararı etkileyen bir unsur olabilecektir. Göçmenler söz konusu olduğunda 8. madde bir devleti göçmenlerin ikamet etmek istediği ülkeyi seçme hakkına saygı göstermeye ve kendi topraklarında ailenin bir araya gelmesine izin vermeye zorlayamaz. Mesela, İsviçre'de yaşayan ve oturma izni olan Türk bir babanın 12 yaşındaki oğlunu yanına alma konusundaki başvurusunun başarısızlıkla sonuçlandığı *Gül/İsviçre Davası*'nda Mahkeme, ebeveynlerin İsviçre'ye

²⁸⁵ Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28.05.1985. Dutertre, a.g.e., s. 312; Kilkelly, a.g.e., s. 99-100; <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=101>, (25.09.2010).

²⁸⁶ Moustaquim/Belçika, 12313/86, 18.02.1991. Tezcan, Erdem, Sancaktar, a.g.e., s. 290.

²⁸⁷ Ahmut/Hollanda, 21702/93, 28.11.1996. Kilkelly, a.g.e., s. 101.

taşınarak ayrılığa neden olduğuna ve Türkiye’de yaşamalarını önleyen herhangi bir engel olmadığına dikkat çekmiştir.²⁸⁸

2.3. Konuta Saygı Gösterilmesi Hakkı

2.3.1. Konut Kavramı

AİHS 8. madde çerçevesinde güvence altına alınan alt kategori haklardan biri de, konuta saygı hakkı’dır. Dilimizde kullandığımız “konut” teriminin orijinali, Sözleşme’nin aynı şekilde geçerli olan iki resmi dilinden biri olan İngilizcede “home”²⁸⁹, diğer resmi dil olan Fransızcada ise “domicile”²⁹⁰ şeklindedir. AİHM içtihatlarında “home” ve “domicile” terimlerinin eş anlamlı olmayıp, ikincisinin ilkinin göre daha geniş bir anlama sahip olduğu belirtilmiş ve konuta saygı hakkının uygulanabilirlik alanı belirlenirken Sözleşme’nin Fransızca metninde geçen “domicile” terimi esas alınmıştır.²⁹¹ Genel bir ifade ile bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yer konut olup, Mahkeme bir yerin konut olup olmadığını her olay için olaya özgü olarak değerlendirmektedir.

2.3.1.1. Neler Konut Kavramına Dâhildir

Mahkemenin Sözleşme’yi yaşayan bir belge olarak kabul edip günün koşullarına göre yorumlaması ve konut terimini geniş anlamıyla kabul etmesi, konuta saygı hakkının kapsamının mekân olarak da genişlemesine imkân vermiştir. Her şeyden önce oturulan ev konut kavramının kapsamında olup, konutun kira olup olmadığı da önemli değildir. Kişi konutunun mülkiyetine sahip olması durumunda hem 8. maddeden hem de I. Protokolün ilk maddesinde ifade bulunan mülkiyete saygı gösterilmesi hakkının korunmasından yararlanacaktır. Menkul ya da gayrimenkul olsun konut kavramına kişinin hayatını idame ettirdiği karavan, çadır, otel odası gibi yerler de girebilmektedir. Ayrıca konut hakkının ileri sürülmesi için konutun iç hukuka uygun yapılmış olması şartı da bulunmamaktadır.

²⁸⁸ Gül/İsviçre, 23218/94, 19.02.1996. Tezcan, Erdem, Sancaktar, a.g.e., s. 290; Dutertre, a.g.e., s. 323.

²⁸⁹ Home; aile ikametgâhı, ev halkı, bir kişinin sevildiği huzur bulduğu, dinlendiği ikametgâhı anlamlarına gelmektedir. **The New International Webster’s Comprehensive Dictionary of the English Language**, Trident Press International, 1996, s. 603’dan aktaran Öncü, a.g.e., s. 215.

²⁹⁰ Latince domus kelimesinden gelen domicile; yerleşik ikamet yeri, ev ya da konut anlamına gelmektedir. Bir anlamı da kişinin resmi ikametgâhının bulunduğu yerdir. **The New International Webster’s Comprehensive Dictionary of the English Language**, s. 377’den aktaran Öncü, a.g.e., s. 215.

²⁹¹ Niemietz/Almanya, 13710/88, 16.12.1992, para. 30. Öncü, a.g.e., s. 215.

*Gillow/Birleşik Krallık Davası'nda*²⁹², Bay ve Bayan Gillow, Guernsey adasında bir ev inşa etmiş ve adada yaşama izni almışlardır. Orada beş yıl yaşadıktan sonra, Bay Gillow işi nedeniyle seyahat ettiği için sonraki 18 yıl boyunca farklı yerlerde yaşamışlardır. Çiftin aynı zamanda İngiltere'de de bir evi vardır. 18 yıllık aradan sonra Guernsey'e yaşamak üzere geri döndüklerinde, onlara orada yaşayabilmeleri için gerekli iznin verilmemesi nedeniyle konutlarına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, başvuruçuların 18 yıldır sahip oldukları yerde hiç yaşamamış olmalarına rağmen, bu yeri 8. madde anlamında konut saymıştır. Gerekçe olarak da başvuruçuların hep söz konusu yere dönme niyetlerinin olması ve söz konusu gayrimenkulle ilişkilerini konut sayılabilecek ölçüde devam ettirmiş olmalarıdır.²⁹³ Strazburg organları, bir yerin 8. madde korumasından faydalanabilecek bir konut sayılabilmesi için ele aldığı olaylarda bireyin bahse konu o yer ile devam eden ve yeterli bağının olup olmadığını değerlendirmektedir.

*Niemietz/Almanya Davası'nda*²⁹⁴, “konut” kavramı ve bu kavramın işyerlerine uygulanmasını açıklığa kavuşmuştur. Mahkeme, 8. maddenin İngilizce metninde geçen “home” kelimesinin, Almanya gibi bazı taraf devletlerde işyerlerini de kapsayacak biçimde kabul edildiğine dikkat çekmiştir. Bu yorum, Fransızca metinle de uyumludur. Çünkü “domicile” kelimesinin çağrıştırdıkları “home” kelimesinden daha fazladır ve örneğin bir kişinin ofisini de içerebilir. Bu bağlamda, bir bireyin mesleğiyle veya işiyle ilgili faaliyetler kişinin özel konutunda yürütülebileceği ve o kadar da ilgili olmayan faaliyetler de bir ofiste veya ticari kurumda yürütülebileceği için, bu konuda kesin ayrımları belirlemek her zaman mümkün olmayabilir. Bu nedenle “home” ve “domicile” kelimelerinin dar anlamda yorumlanması, “özel hayat” kavramının dar anlamda yorumlanmasında da söz konusu olan eşit olmayan muamelelerin ortaya çıkmasına neden olabilir.²⁹⁵ İncelenilecek davalar özelinde bireyin özel faaliyetlerini işyeri veya eklentilerde gerçekleştirdiği durumlarda, işyerleri de 8. maddenin korumasına alınmıştır.

*Buckley/Birleşik Krallık Davası'nda*²⁹⁶, Çingene asıllı başvuruçu, ailesiyle beraber sahip olduğu arazinin üzerindeki karavanda yaşamasını mümkün kılacak olan imar izninin

²⁹² Gillow/Birleşik Krallık, 9063/80, 24.11.1986.

²⁹³ Gillow/Birleşik Krallık, 9063/80, 24.11.1986. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=119>, (24.01.2011); Kilkelly, a.g.e., s. 33.

²⁹⁴ Niemietz/Almanya, 13710/88, 16.12.1992.

²⁹⁵ Niemietz/Almanya, 13710/88, 16.12.1992, para. 29-31. Dutertre, a.g.e., s. 330.

²⁹⁶ Buckley/Birleşik Krallık, 20348/92, 25.09.1996.

verilmemesinden şikâyetçi olmuştur. AİHM, bu davada 8. maddenin kanuni olmayan konutlara uygulanmasını inceleme fırsatını elde etmiştir. Hükümet, dava konusu olayda başvurunun 8. madde kapsamında haklarının söz konusu olmadığı savunmaktadır. İddialarına göre, sadece kanunlara uygun olarak oluşturulmuş bir konut bu hükmün koruması kapsamına girmektedir. Başvurucunun ve Komisyonun beyanlarında ise, ne 8. maddede kullanılan dilde ne de Mahkemenin veya Komisyonun içtihatlarında “konut” kavramının kanunlara uygun olarak oluşturulmuş konutlarla sınırlı olduğunu gösteren hiçbir şey yoktur. Mahkeme, başvurunun arsayı üzerinde konut kurmak amacıyla aldığı ikna olmuştur. Başvurucu, ailevi nedenlerle sadece iki haftalık bir ayrılık dışında 1988’den beri orada neredeyse hiç aralıksız oturmaktadır ve davada başka bir yerde konutu olduğu veya olmasına niyetlendiği de iddia edilmemiştir. Bu nedenle dava, başvurunun konut hakkına saygı gösterilmesiyle ilgilidir.²⁹⁷

*O’Rouke/Birleşik Krallık Davası’nda*²⁹⁸ başvuru, kamu makamları aracılığıyla yerleştiği otel odasından çevreye verdiği rahatsızlık nedeniyle, bir ay bile dolmadan atılmış olmasının 8. madde çerçevesinde konutuna saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, bu dava ile bir otel odasının da konut sayılıp sayılamayacağı meselesini incelemiştir. Mahkeme, başvurunun otel odası ile olan bağlarının, orayı konut yapacak kadar “yeterli ve devam eden bağlar” bulunduğu noktasında şüpheleri olduğunu belirtmiş ve konut olduğu kabul edilse bile otel odasından atılmasının madde 8/2 çerçevesinde meşru olduğuna karar vermiştir. Bu kararda dikkat edilmesi gereken husus, Mahkemenin yeterli ve devam eden bağların bulunması durumunda bir otel odasının dahi 8. madde anlamında konut sayılabileceğinin işaretini vermiş olmasıdır.²⁹⁹

*Societe Colas Est ve Diğerleri/Fransa Davası’nda*³⁰⁰, Mahkeme, başvuru şirkette gerçekleştirilen denetleme işlemini konuta saygı hakkı kapsamında değerlendirmiş ve şirketlerin merkez, şube ve diğer iş eklentilerinin belirli şartlar altında, konut sayılabileceği içtihadında bulunmuştur. Belirtilmelidir ki Mahkeme, tüzel kişilerin de konuta saygı hakkının öznesi olabilmesinin yolunu açan bu içtihadını, Sözleşme’nin günün şartlarına göre yorumlanması gerekliliğinin ve belirli şartlar altında şirketlerin merkez, şube ve diğer eklentilerinin de 8. madde korumasından yararlanmasının zamanının geldiği gerekçelerine

²⁹⁷ Buckley/Birleşik Krallık, 20348/92, 25.09.1996, para. 52-54. Dutertre, a.g.e., s. 331.

²⁹⁸ O’Rouke/Birleşik Krallık, 39022/97, 26.06.2001.

²⁹⁹ O’Rouke/Birleşik Krallık, 39022/97, 26.06.2001. Öncü, a.g.e., s. 216.

³⁰⁰ Societe Colas Est ve Diğerleri/Fransa, 37971/97, 16.04.2002.

dayandırmıştır.³⁰¹ AİHM'nin konuta saygı hakkının öznesinde gerçekleştirdiği bu genişlemeden sonra *Societe Colas Est ve Diğerleri* içtihadına kadar konuta saygı hakkından tüzel kişileri yararlandırmayan AB Adalet Divanı, konuta saygı hakkının öznesi olarak tüzel kişileri de kabul etmiştir.³⁰²

2.3.2. Konuta Saygı Hakkına Müdahale Edilmesi

2.3.2.1. Fiziki Müdahaleler

Konuta yönelik müdahalelerde korunan tek hukuki menfaat konuta saygı hakkı olmayıp konuta saygı hakkına yönelik her müdahale, aynı zamanda özel hayata saygı ve bir aile var ise aile hayatına saygı hakkını da gündeme getirebilecektir. Konutun aranması ve konuttaki eşyalara el konulması ise, tipik müdahale hallerindendir. Bu müdahalelerin madde 8/2'de belirtilen meşruluk şartlarını taşıması gerekmektedir.

*Camenzind/İsviçre Davası'nda*³⁰³, başvurucunun evinde “telgraf ve telefonla haberleşmeyi” düzenleyen İsviçre kanuna aykırı olarak kullanıldığı tespit edilen yasadışı bir telsiz telefona el koymak amacıyla arama yapılmıştır. Evde yapılan arama öncesinde PTT merkezindeki radyo haberleşmesini izleme birimi, başvurucunun konuşmalarını kaydettiği için yetkili makamların elinde suçla ilgili bazı deliller olmakla beraber, Bay Camenzind'de telefonu kullandığını itiraf etmiştir. Mahkeme, taraf devletlerin bazı suçlar hakkında suçun maddi unsurunun ele geçirilmesi için konutların aranması ve mallara el konması gibi önlemlere başvurması gerekebileceğini kabul etmektedir. Bu tür önlemler, normalde bireyin 8. maddede korunan haklarına müdahale anlamına gelmesine rağmen, bu önlemleri açıklamak için kullanılan nedenler ilgili ve yeterli olduğunda ve hedeflenen amaca göre orantılı olduğunda müdahale meşrudur. Fakat bunun yanı sıra Mahkeme, ilgili kanunların ve uygulamaların istismara karşı, bireylere yeterli ve etkin koruma sağladığı konusunda da tatmin olmalıdır.

Mahkeme, ilgili davada kanunların yeterli korumayı sağladığı görüşüne şu tespitler sayesinde varmıştır: İsviçre hukukuna göre; istisnalar dışında bir arama, sadece sınırlı sayıdaki üst düzey devlet memuru tarafından verilen yazılı bir arama emriyle ve bu amaç

³⁰¹ *Societe Colas Est ve Diğerleri/Fransa*, 37971/97, 16.04.2002, para. 42. Öncü, a.g.e., s. 219-220.

³⁰² Öncü, a.g.e., s. 220.

³⁰³ *Camenzind/İsviçre*, 21353/93, 16.12.1997.

için eğitilmiş özel görevliler tarafından gerçekleştirilebilir. Söz konusu yetkililer, tarafsızlıklarını etkileyebilecek bir durum ortaya çıktığında, bu görevden ayrılmakla yükümlüdür. Evlerde ve başka yerlerde, ancak bir şüphelinin orada saklanma ihtimali varsa veya bir suçun işlendiğini göstermek için el konulabilecek veya kanıt olabilecek eşya veya değerli şeylerin bulunma ihtimali varsa arama yapılabilir. Önemli durumlar veya yakın bir tehlike olan durumlar haricinde pazar günleri ve tatil günlerinde ve geceleyin arama yapılamaz. Aramanın başında, araştırmadan sorumlu bir görevli, kimliğini göstermeli ve söz konusu mekânda yaşayan kişiye aramanın amacını belirtmelidir. Söz konusu kişi, o yoksa bir akrabası yahut o evde yaşayanlardan birinden, arama sırasında orada bulunması istenmelidir. Aramayla ilgili rapor aramaya katılan kişilerin önünde hemen hazırlanır; isterlerse bulunan kişilere de arama emrinin ve söz konusu kaydın bir kopyası verilmelidir. Ayrıca belge için yapılan aramalarda özel sınırlamalar vardır. Şartlar ne olursa olsun şüphelilerin avukat tutma hakkı vardır. Arama kararından etkilenen ve arama kararının geçersiz kılınmasından veya değiştirilmesinden menfati olan herkes, federal mahkemeler önünde şikâyetle bulunabilir. Kendisi hakkında hiçbir suçlama yapılmayacağı ortaya çıkan şüpheli, ortaya çıkan zarar için tazminat talebinde bulunabilir.³⁰⁴

Olayda Bay Camenzind, aramada tek bir görevli bulunmasını istemiştir. Kendisi de telefonla avukatına danıştıktan sonra hazır bulunmuştur. Mahkeme, aramanın tek bir görevli tarafından ve davacıya hakkındaki dosyayı inceleme ve bir avukatı arama fırsatı verildikten sonra davacının da hazır bulunduğu bir biçimde yapıldığına dikkat çekmiştir. Arama yaklaşık iki saat sürmüş ve tüm evi kapsamıştır ancak görevli, televizyon ve telefon dışında hiçbir şeyi aramamış, mobilyaların içine bakmamış, herhangi bir belgeyi incelememiş veya herhangi bir şeye el koymamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, davacının haklarına yapılan müdahalenin, hedeflenen amaçla orantılı olduğuna ve 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu tür güvenceler içeren bir kanun temelinde yapılan bu tür bir aramanın 8. maddeyi ihlal etmediği açık olmasına rağmen, bu önlemlerin bir kısmını içermeyen bir kanunun yeterince koruma sağlayıp sağlamadığı konusu kesin değildir.³⁰⁵

*McLeod/Birleşik Krallık Davası'nda*³⁰⁶, bir konuta polis memurlarının girişinin, doğal olarak konuta saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu

³⁰⁴ Camenzind/İsviçre, 21353/93, 16.12.1997. Kilkelly, a.g.e., s. 111-112.

³⁰⁵ Camenzind/İsviçre, 21353/93, 16.12.1997. Dutertre, a.g.e., s. 332-334; Kilkelly, a.g.e., s. 110-113.

³⁰⁶ McLeod/Birleşik Krallık, 24755/94, 23.09.1998.

tür bir giriş, amacıyla orantılı ise ve madde 8/2’de belirtilen şartlarda yapılmışsa haklı olabilecektir. Bahsi geçen davada polis, davacının çeşitli eşyalarını geri almak isteyen eski eşine eşlik etmiştir. AİHM’ye göre olayda, düzenin bozulması veya suç işlenmesi riski hiç olmadığı veya çok düşük olduğu bariz olduğu için, polis memurları başvurucunun orada olmadığını öğrendikten sonra konutuna girmemeliydi. Bu bağlamda Mahkeme, polis memurlarının sürenin bir kısmı boyunca gayrimenkulün dışında kalmasının, başvurucunun olmadığı bir ortamda huzurun bozulması ihtimalinin olmadığı yönündeki inançlarının bir göstergesi olduğuna dikkat çekmektedir. Sonuçta Mahkeme, polis memurlarının kullandığı yöntemlerin izlenen meşru hedefle orantısız olduğuna dolayısıyla 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁰⁷

*Elçi ve Diğerleri/Türkiye Davası’nda*³⁰⁸, başvuru olan beş avukat evlerinin ve bürolarının güvenlik güçlerince yetkisiz biçimde aranması ve evraklarına el konulması gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Davanın ilginç bir yönü, el konulan evrakların bir kısmının avukatların müvekkilleri adına Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna yaptıkları başvurularla ilgili olmasıdır. AİHM bu davada, başvuru olanların 8. maddedeki “konut” ve “haberleşme” haklarına hukuki olmayan bir müdahalede bulunulduğu kanaatine varmıştır. Bu kararın gerekçesi, bir savcı ya da hâkimin herhangi bir resmi arama izni olmaksızın, güvenlik güçlerinin başvuru olanların evlerini ve bürolarını aramalarıdır. Neticede Arama ve el koyma işleminin yetkisiz yapıldığına dayanılarak 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.³⁰⁹

*Funke/Fransa Davası’nda*³¹⁰, Alman vatandaşı olup Fransa’da yaşayan başvuru olanın evinde, yurtdışı mal varlığını araştırmak üzere arama yapılmıştır. Olaydan önce de gümrük memurları Funke’den satın aldığı bir evin parasının kaynağını ispat edecek belgeleri, son üç yıla ait yurtdışı bankalardaki hesap özetlerini ve bir bankadaki portföy hisselerini istemişlerdir. Fakat başvuru önce bu talepleri kabul etmiş, sonradan fikir değiştirmiş ve neticede Fransız hukuk sistemine göre; gümrük yetkilileri gümrük suçlarında aramaların aciliyeti, sayısı, uzunluğunu ve kapsamını münhasıran değerlendirme konusundaki yetkilerine dayanarak Funke’nin evini aramıştır. Aramada bazı banka hesap özetleri, çek defterleri bulunmuş ve bunlara el konularak tutanak düzenlenmiştir.

³⁰⁷ McLeod/Birleşik Krallık, 24755/94, 23.09.1998. Dutertre, a.g.e., s. 332.

³⁰⁸ Elçi ve Diğerleri/Türkiye, 23145/93, 25091/94, 13.11.2003.

³⁰⁹ Elçi ve Diğerleri/Türkiye, 23145/93, 25091/94, 13.11.2003. Özdek, a.g.e., s. 224.

³¹⁰ Funke/Fransa, 10828/84, 25.02.1993.

Mahkeme, ele aldığı davada arama ve el koyma için mahkeme kararının gerekliliğini belirtmiştir. Aramadan önce mahkeme kararının alınması, konuta saygı gösterilmesi hakkının bir teminatıdır. Mahkeme, para kontrolüne ilişkin suçlar için fiziki delil toplamak amacıyla konutun aranması ve el koyma tedbirini kabul etmekte, fakat ilgili kanunun ve uygulamanın kötüye kullanmalara karşı uygun ve etkili koruyucular içermesi gerektiğini ifade etmektedir. Ancak ele alınan davada gümrük memurlarının yetkilerinin genişliği, özellikle de soruşturmanın sayısı, uzunluğu ve kapsamı konusunda amaca ulaşmak için geniş takdir yetkilerinin olması, bunun da ötesinde yargısal garanti zorunluluğunun olmaması; başvurusunun haklarına müdahalede oldukça gevşek ve kaçamaklarla dolu bulunmuştur. Mahkeme ayrıca gümrük memurlarının Funke'ye karşı bir suç isnadında bulunmamış olmalarına da dikkat çekmiştir. Bu durum öngörülen amaçla orantılı bulunmamaktadır ve 8. madde ihlal edilmiştir.³¹¹

*Miailhe/Fransa Davası'nda*³¹², başvuru Filipin ve Fransız vatandaşı olan Miailhe, bir şirketin müdürü ve Filipinler fahri konsolosudur. İşyerinde gümrük memurları ve polis eşliğinde arama yapılmış, bu aramada yaklaşık 15.000 belgeye el konulmuştur. Daha sonraki süreçte kendisi hakkında açılan ceza davasından beraat etmiştir. Mahkeme, özellikle yurt dışına sermaye kaçışını ve vergi kaçırılmasını önlemek için devletin, bankacılık sisteminin ve finansal kanalların boyutu ve karmaşıklığı nedeniyle ve milli sınırların göreceli olarak kolay aşılmasından dolayı daha da kolaylaşan uluslararası yatırım yapma uygulamalarının geniş kapsamı nedeniyle ciddi zorluklarla karşılaştıklarına dikkat çekmiştir. Bu nedenle, devletin kambiyo denetimi suçları için delil elde etmek amacıyla evleri araması ve bazı şeylere el koyması gerekebileceğini ve sorumlular aleyhine dava açabileceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte incelemesinde, öncelikle *Niemietz/Almanya* kararına gönderme yaparak işyerinin aranması halinde özel hayata ve özel mektuplara da el konulduğu için haberleşme hakkına da müdahale edildiğine karar vermiştir. Devamında tıpkı *Funke/Fransa* kararında olduğu gibi gümrük memurlarının yetkilerini aynı sebeplerle çok geniş bulmuş, ayrıca davacıların mekânında yapılan el koyma uygulamasının, gümrük yetkililerinin binlerce belgeyi soruşturmayla ilgisi olmadığı için davacılara iade etmesini

³¹¹ Funke/Fransa, 10828/84, 25.02.1993, para. 47-59. Üzeltürk, a.g.e., s. 214.

³¹² Miailhe/Fransa, 12661/87, 02.02.1993.

gerektirecek kadar kapsamlı ve ayırım yapmadan yapıldığının altını çizerek, 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.³¹³

2.3.2.2. Gürültü ve Çevresel Kirlilik Sonucu Olan Müdahaleler

Mahkemeye göre konut kavramına söz konusu yerde huzur içinde keyif alarak yaşamak da dâhildir.³¹⁴ Dolayısıyla “konuta saygı hakkı”nı, sadece fiziki alana ilişkin haklar ile sınırlamak yanlış olacaktır. 8. madde özel hayat ve konutun ses veya başka bir rahatsızlıkla ihlal edilmesine karşı koruma da sağlamaktadır. *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık Davası*’nda başvuruçular İngiltere’deki Heathrow Havaalanındaki hava trafiğinin yarattığı aşırı sestten şikâyetçi olmuşlardır. Komisyon, yoğun ve sürekli uçak sesinin özel hayat ve aile hayatını çekilmez hale getirdiği iddiasına karşı, hükümetin davanın 8. madde kapsamında olmadığı yönündeki savunmasına; “şüphesiz yüksek gürültü bireyin fiziki iyiliğini etkiler ve özel hayatına müdahaledir” şeklinde karşılık vermiştir. Mahkeme ise; Heathrow Havaalanının gün boyu süren gürültüsünün, özel hayatı, aile hayatını ve konut konforunu etkilediğini kabul etmekle beraber yetkililerin, uçakların sesini kontrol etmek ve telafi etmek için aldıkları önlemleri değerlendirdiğinde, bireyin ve toplumun menfaatleri arasında adil bir denge kurulduğuna kanaat getirmiş ve 8. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.³¹⁵

Lopez Ostra/İspanya Davası’nda³¹⁶ başvuruç, evinin çok yakınında bulunan bir atık işleme tesisinin neden olduğu pis koku, kirlilik yaratan gazlardan ve bu durumun konutunu, özel hayatını ve aile hayatını ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, davacının ve ailesinin birkaç yıldır bu tesisin yakınında yaşamak zorunda kaldığına dikkat çekmiş ve fabrikanın sağlıkları üzerinde yarattığı zarar konusundaki yerel bulguları ikna edici bulmuştur. *Lopez Ostra/İspanya* kararının önemi; Mahkemenin çevre kirliliği ve sağlığa zararı arasında bir bağ olduğunu kanıtlama konusunda yaşanabilecek zorlukları göz önünde bulundurarak, 8. maddenin sağlığa gerçek biçimde zarar verilmesinin şart koşulmadığını kabul etmiş olmasıdır. Mahkeme, devletin takdir hakkının göz önüne alındığı durumda bile, yetkililerin kasabanın ekonomik refahı (bir atık işleme tesisine sahip olması) ile davacının konutuna ve aile hayatına saygı gösterilmesi ve davacının bu haktan

³¹³ Mialhe/Fransa, 12661/87, 02.02.1993. Üzeltürk, a.g.e., s. 214-215; Kilkelly, a.g.e., s. 117.

³¹⁴ Powell ve Rayner/Birleşik Krallık, 9310/81, 21.02.1990, para. 40.

³¹⁵ Powell ve Rayner/Birleşik Krallık, 9310/81, 21.02.1990. Üzeltürk, a.g.e., s. 188-189.

³¹⁶ Lopez Ostra/İspanya, 16798/90, 09.12.1994.

etkin biçimde yararlanması arasında adil bir denge kurmayı başaramadığı ve 8. maddenin ihlal edildiği görülmüştür.³¹⁷

*Guerra ve Diğerleri/İtalya Davası'nda*³¹⁸, başvuruçular geçmişte büyük bir patlamanın yaşandığı ve standartlara uygun olmadığı sonucuna ulaşılan kimyevi maddeler üreten bir fabrikanın yakınında oturan kasabalılar olup, fabrikanın oluşturduğu riskler ve olası kazalar konusunda alınan önlemler hakkında kendilerine bilgi verilmediği nedeniyle şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme; şiddetli çevre kirliliğinin, kişilerin özel ve aile hayatlarını olumsuz etkileyerek evlerinde huzur içinde yaşamalarına engel olduğunu ve sorumlu kamu yetkililerinin fabrikanın faaliyeti ve bir kaza meydana geldiğinde yörede yaşayanların karşılaşabileceği risk konusunda bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediğine hükmetmiş ve İtalya'yı mahkûm etmiştir.³¹⁹ Karar çevresel bilgi edinme hakkının tanınması açısından Mahkemenin önemli kararları arasında yer almaktadır.

2.4. Haberleşmeye Saygı Gösterilmesi Hakkı

2.4.1. Haberleşme Kavramı

Haberleşme; bilgi, düşünce ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığıyla kişiler veya gruplar arasında değiş tokuş edildiği bir süreç olarak ifade edilmiştir.³²⁰ AİHM ise, özel hayatın unsurları olan diğer kavramlarda olduğu gibi haberleşme konusunda da kesin çizgileri olan bir tanım yapmamıştır. Yalnız Mahkeme çeşitli kararlarında, Sözleşme'nin resmi Fransızca ve İngilizce metnindeki “correspondance” ve “correspondence” kelimelerinin sadece sözlük anlamındaki yazışmayı değil; aynı zamanda her çeşit yol ve araç aracılığı ile (mektup, telefon, telsiz vb.) kişiler arasında gerçekleştirilen özel nitelikteki haberleşmeyi de ifade ettiğini belirtmiştir.³²¹ Esasında, haberleşme teriminin içeriğinin teknolojik gelişmeler ışığında belirlenmesi, Sözleşme'nin günün şartlarına göre yorumlanması ilkesine de uygundur. Mahkemenin, teknolojideki hızlı gelişmelere ayak uyduracak biçimde e-posta gibi diğer haberleşme yöntemlerini de koruma altına alacak şekilde kavramın kelime anlamını genişletme eğilimde olduğu söylenebilir. Daha önce

³¹⁷ Lopez Ostra/İspanya, 16798/90, 09.12.1994. Kilkelly, a.g.e., s. 106.

³¹⁸ Guerra ve Diğerleri/İtalya, 14967/89, 19.02.1998.

³¹⁹ Guerra ve Diğerleri/İtalya, 14967/89, 19.02.1998. Üzeltürk, a.g.e., s. 185; Kilkelly, a.g.e., s. 107.

³²⁰ Kayıhan İçel, **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 1990, s. 4.

³²¹ Klass ve Diğerleri/Almanya, 5029/71, 06.09.1978, para. 10-11; Malone/Birleşik Krallık, 8691/79, 02.08.1984, para. 64; A/Fransa, 14838/89, 23.11.1993, para. 36. Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 341.

ifade edildiği gibi kişinin aile hayatı, konutu, haberleşmesi onun özel hayatının farklı tezahürleridir. Bu nedenle özel hayatla ilgili değerlendirmeler haberleşmeye saygı hakkı için de esas itibarıyla geçerlidir.

2.4.2. AİHS’ye Göre Haberleşmeye Saygı Gösterilmesi Hakkının Kapsamı

Haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır.³²² Bilinmesi gerekir ki 8. madde kapsamında korunan haberleşmeye saygı hakkı, kişiler arasındaki özel nitelikli haberleşme olarak nitelendirilen “bireysel haberleşme” ye yönelik olup, “kitle haberleşmesi” bu maddenin kapsamı dışında yer almaktadır.³²³ 8. maddenin sunduğu koruma, genellikle haberleşmenin içeriğinden çok haberleşme yol ve yöntemleriyle ilgilidir ve bu sebeple taraf devlet, mesela suç teşkil eden faaliyetlerle ilgili telefon görüşmelerinin 8. madde kapsamına girmediğini iddia edemeyecektir.³²⁴

Bu noktada ifade edilmesi gereken bir başka husus ise, haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının, haberleşmenin içeriğinden bağımsız şekilde koruma sağlamakla kalmayıp aynı zamanda korumasından yararlanmak için mekân olarak da özel meskeni veya özel alanı gerekli kılmadığıdır. Mesela; durumun özelliklerine göre, işyerinden yapılan telefon görüşmeleri de güvence altına alınmaktadır. Nitekim bir polis memurunun işyeri olan polis merkezinden yaptığı özel telefon konuşmalarının dinlenmesinin şikâyet konusu yapıldığı *Halford/Birleşik Krallık Davası’nda*³²⁵ Mahkeme, 8. maddeyi uygulanabilir bulmuş ve söz konusu hükmün kapsamında “özel hayat” ve “haberleşme” kavramlarının hem konuttan hem de işyerinden yapılan telefon görüşmelerini kapsadığını belirtmiştir.

2.4.3. Haberleşmeye Saygı Gösterilmesi Hakkına Müdahale Edilmesi

2.4.3.1. Gizli İzleme ve Dinleme

Haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının ihlali ile çoğu zaman özel hayata dair diğer hakların da ihlal edildiği görülmektedir. Zaten bu hakka yönelik en ciddi ve yaygın

³²² Kil Kelly, a.g.e., s. 34.

³²³ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 341.

³²⁴ A/Fransa, 14838/89, 23.11.1993. Kil Kelly, a.g.e., s. 19.

³²⁵ Halford/Birleşik Krallık, 20605/92, 25.06.1997, para. 44-45. Öncü, a.g.e., s. 226.

müdahalelerden biri de, haberleşmenin denetlenmesidir. Özellikle telefon görüşmelerinin, gerek önleme tedbiri olarak gerekse de koruma tedbiri olarak gizli dinlenmesi sık rastlanılan bir olgudur. Üstelik haberleşmenin gizli denetlenmesine izin veren bir kanun da herhangi bir uygulama önlemi olmaksızın, kapsama alanına giren tüm kişiler bakımından özel hayata, aile hayatına ve haberleşmeye saygı hakkına bir müdahale oluşturacaktır. Bu konuda AİHM'nin önemli kararları bulunmaktadır.

Bu konudaki pilot davalardan biri olan *Klass ve Diğerleri/Almanya Davası*'nda³²⁶ başvuruçular, bazı makamlarca bireylerin haberleşmelerinin gizlice denetlenmesine imkân veren 1968 tarihli “Mektup Posta ve Telekomünikasyon Gizliliğinin Sınırlandırılması Hakkındaki Kanun”un AİHS 8. maddeye aykırılığını ileri sürmüş beş Alman hukukçudur. Bu davada başvuruçuların doğrudan haberleşmelerine müdahalede bulunulmadığı halde, adı geçen kanun gereği herkesin mektup, posta ve iletişiminin potansiyel olarak izlenebileceği gerekçesi ile ilgili hukuki düzenlemenin tüm kullanıcıları ilgilendirdiği, davacıların da bundan doğrudan etkilendikleri ve “mağdur” oldukları kabul edilerek, 8. maddeye uygunluğu denetlenmiştir. Mahkeme, casusluk araçlarındaki teknolojik gelişmeye ve son yıllarda Avrupa’da yükselen terörizm tehdidinde dikkat çekerek, haberleşmenin gizli denetimine imkân veren mevzuatın, istisnai şartlarda demokratik bir toplumda gerekli olabileceğini belirtmiştir. Ancak bu, kesinlikle taraf devletlerin casusluk ya da terörizmle mücadele adına uygun saydıkları her türlü önlemi alabilecekleri anlamına gelmemektedir. Mahkeme, gizli denetlemeye ilişkin olarak hangi sistemin seçildiğine bakılmaksızın müdahaleyi düzenleyen kanunların devlet yetkililerinin suiistimaline karşı yeterli güvence sistemi kurulup kurulmadığını incelemektedir. Anılan vakada Mahkeme, şu hususları dikkate alarak haberleşme hakkının ihlal edilip edilmediğini belirlemiştir³²⁷:

1. İtiraz konusu kuralla izin verilen sınırlayıcı tedbirler, bir kimsenin belirli suç fiillerini ciddi şekilde işlemeyi planladığına, işlemekte olduğuna veya işlediğine dair kuşku duymak için maddi belirtilerin bulunduğu durumlarla sınırlıdır. Söz konusu önlemlere ancak maddi olayların tespitinin başka yöntemlerle mümkün olmaması veya çok güç olması halinde başvurulabilir. Gözetim, belirli bir şüpheli kişi veya onunla bağlantılı olduğu tahmin edilen kişilerle sınırlıdır. Sonuç olarak kanun genel bir gözetime olanak vermemektedir.

³²⁶ *Klass ve Diğerleri/Almanya*, 5029/71, 06.09.1978.

³²⁷ *Klass ve Diğerleri/Almanya*, 5029/71, 06.09.1978. Üzeltürk, a.g.e., s. 199; Öncü, a.g.e., s. 227-229.

2. Gizli gözetim neticesinde elde edilen bilgi ve belgeler öngörülen amaç dışında kullanılmamakta ve elde edilen bilgiler ilgili birimlere gönderilmeden önce bir görevli tarafından kontrol edilmektedir. Söz konusu görevli, izlenen amaç bakımından ilgisiz olan bilgileri yok etmektedir.

3. Gözetim önlemlerinin emredilmesi ve yerine getirilmesi bakımından mahkemeye başvurma hakkı tanınmamış ise de anılan önlemlere haksız bir şekilde başvurulmasını engelleyen bir usulün varlığına dikkat çekilmiştir. Gizli denetlemeye ilişkin kanunun uygulanmasına ilişkin olarak, yetkili bakan belirli sürelerle parlamentodan seçilerek oluşturulmuş bir komisyona rapor vermektedir. Yine, oluşturulan bir komisyona da (G10 Komisyonu) her ay, gizli denetleme kararlarının bir dökümü sunulmakta ve söz konusu komisyon gizli denetleme kararının hukukiliği ve gerekliliğine karar verebilmektedir. Herhangi bir gizli denetleme kararının hukuka aykırı ya da gereksiz olduğuna karar verilmesi halinde gizli denetleme derhal sonlandırılmaktadır ve denetim için oluşturulan iki kuruluşun (Parlamento Heyeti ve G10 Komisyonu) objektif bir karar verebilmek için yeterli bağımsızlığa sahip olduğu kabul edilmiştir.

Mahkeme, gözetimin sona ermesinden sonra bireyin katılabileceği hukuki bir denetime yer verilmemesinin gereğini de tartışmış ve somut olayda ilgili kanunun gizli denetlemeye karşı bir hukuk yolu öngörmemiş olmasını madde 8/2 bakımından bir mesele olarak görmemiştir. Bu sorun ilgili kişiye bilgi verilmesiyle de yakından bağlantılı bir konudur. Gizli denetleme sona erdikten sonra, özellikle ilgili kişinin katılımını mümkün kılan hukuki bir kontrol ancak ilgili kişinin gizli denetleme konusunda bilgilendirilmesi halinde mümkündür. Hâlbuki gizli denetleme sonrasında önlemlerden etkilenmiş olan her bir bireye sonradan bildirimde bulunmak, gözetimi harekete geçiren başlangıçtaki uzun vadeli amacı tehlikeye düşürebilecektir. Bu tür bir bildirim, istihbarat servislerinin çalışma yöntemlerinin ve faaliyet alanlarının açığa çıkmasına ve hatta ajanlarının kimliklerinin muhtemelen belirlenmesine neden olacaktır. Müdahale madde 8/2'ye göre haklı olduğu için bireyin, gözetim sona erdikten sonra haberdar edilmemesi bu hükme kendiliğinden aykırı olmaz. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi kararından sonra sınırlamanın amacını tehlikeye sokmadıkça kısa süre içinde bildirim yapılma zorunluluğu vardır. Mahkeme kararında genel bir gözetime olanak tanınmaması, yargısal olmasa da etkili bir denetimin yapılması ve sınırlamanın amacını tehlikeye düşürmedikçe sonradan bildirimin mümkün

olduğu bir sistemin Sözleşme ile bağdaşabilirliğinin altını çizmiştir.³²⁸ Sonuç itibarıyla davaya konu Kanun, Sözleşme’ye aykırı değildir.

*Malone/Birleşik Krallık Davası’nda*³²⁹, başvuru bir ceza soruşturmasında polis tarafından telefonlarının ve postalarının izlenmesine imkân veren uygulama nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiği iddia etmektedir. Mahkeme, gizli izleme ve dinlemeye izin veren ilgili hukuki düzenlemenin açıklık arz etmemesi, devlet temsilcilerinin takdir alanının belirsiz olması ve demokratik bir toplumda “hukukun üstünlüğü” prensibi gereği kişinin asgari hukuki korumasının gerçekleşmediği gerekçesi ile anılan müdahalenin “kanunla açıkça öngörülme” şartına uygun olmadığına karar vermiştir. Doğaldır ki tahmin edilebilirlik şartı; bir bireyin yetkililerin haberleşmesine ne zaman müdahale edeceğini tahmin edip ona göre davranışını ayarlayabilmesi anlamına da gelmemektedir. AİHM’nin bu kararından sonra Birleşik Krallık, haberleşmenin izlenmesine ilişkin mevzuatını, Mahkemenin yorumu doğrultusunda değiştirmiş ve ayrıntılı bir çerçeve getirerek kanuni izleme sebeplerini ayrıntılı olarak göstermiş ve kanuna aykırı izlemeyi de suç saymıştır.³³⁰

*P.G. ve J. H./Birleşik Krallık Davası’na*³³¹ konu olan olayda bir sabıkalının soygun yapacağına dair istihbarat alan polisler; hukuki bağlayıcılığı olmayan ve kamunun doğrudan ulaşamayacağı bir belgeye (rehber-guidelines) dayanarak başvurusunun izlenmesine, dairesine dinleme cihazı yerleştirilmesine ve telefonda kimlerle konuştuğunun tespitine önce sözlü, sonra da geriye dönük yazılı emirle karar vermişlerdir. Ayrıca İngiliz Telekomünikasyon İdaresinden şüphelinin kimlerle konuştuğuna dair liste istemişlerdir. İlk başvuru çalıntı otomobilde yakalanmış, otomobilin bagajında soygun malzemeleri olduğu düşünülen araçlar ele geçmiştir. Polis sorgusunda başvuru, konuşma örneği vermeyi reddetmiştir. Kasetteki ses ile karşılaştırmak için ses testine ihtiyaç vardır ve bu sebeple başvurusunun hücre sine dinleme cihazı yerleştirilerek tetkik yapılmıştır. Bu tetkikin sonucunda uzmanlar sesin ilk başvuru için ‘muhtemelen’, ikinci başvuru için ‘oldukça muhtemelen’ onlara ait olduğuna karar vermiştir.

³²⁸ Klass ve Diğerleri/Almanya, 5029/71, 06.09.1978. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30.>, (02.02.2011); Üzeltürk, a.g.e., s. 197-200.

³²⁹ Malone/Birleşik Krallık, 8691/79, 26.04.1985.

³³⁰ Malone/Birleşik Krallık, 8691/79, 26.04.1985. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=86.>, (04.02.2011); Dutertre, a.g.e., s. 301-302.

³³¹ P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, 44787/98, 25.09.2001.

Mahkeme, başvuruçunun telefon kayıtları kullanılarak bilgi toplama işleminin kendiliğinden 8. maddenin ihlali anlamına gelmediğini, fatura amacı ile bu işlemin yapılmasında ihlalin olmadığını belirtmiştir. Olayda, sadece belirli tarihler arasında aranan numaraların denetlendiğini, konuşmaların içeriğine ilişkin bir bilginin kullanılmadığını dolayısıyla oldukça sınırlı olduğunu da göz önünde bulundurmıştır. Ayrıca ilgili faaliyet Bilgi Toplama Kanununa dayandığından kanunilik ilkesinin yerine getirildiğine ve bilginin silahlı soygun şüphesine dair bir soruşturma ve dava ile ilgili olarak elde edilip kullanıldığı için orantısız olmadığına ve demokratik bir toplumda gerekli olduğuna karar vermiştir. Bununla birlikte Mahkeme, başvuruçunun dairesine dinleme cihazı yerleştirilmesiyle ilgili incelemesinde ise tedbirin uygulandığı dönem zarfında hukukilik unsurunun yerine getirilmediğini, çünkü İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan ve hukuki bir bağlayıcılığı olmayan ve kamuca ulaşabilir olmayan bir belgeye dayanarak özgürlüğe müdahale edildiğini, bunun 8. maddenin ihlali olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, polis karakolunda ses örneği almak için nezarethaneye yerleştirilen dinleme cihazıyla soygun suçuna teşebbüs eden sanıklar hakkında gizli dinleme yapılması konusunda ise, keyfiliğin önlenmesi mümkün olmadığı için tedbirin kanunilik ilkesine uygun olmadığına ve bu yönden de 8. maddenin ihlal edildiği kararını vermiştir.³³²

Halford/Birleşik Krallık Davası’nda³³³ terfi talep eden bir kadın polis şefinin işyeri telefonlarının dinlenmesine ilişkin şikâyetini inceleyen Mahkeme, işyerinin de 8. madde anlamında özel hayat kapsamında olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, Bayan Halford’un polis merkezindeki dâhili telefonunun dinlenebileceği konusunda uyarılmadığını, bilakis bu telefon konuşmalarının özel olmasını beklemekte haklı sebebi olduğunu; çünkü merkezde şef yardımcısı olarak kendine ait bir odası ve bu odada biri sadece kendi kullanımına hizmet eden iki telefonu olduğunu ve kendisine cinsiyet ayrımcılığı ile ilgili davasıyla ilgili olarak ofis telefonunu kullanabileceği garantisi verildiğini belirterek 8. maddenin uygulanabileceğine karar vermiştir. Mahkeme kararında *Malone/Birleşik Krallık* kararındaki kanunilik ilkesine ilişkin güvenceleri tekrarladıktan sonra olaya uygulamış ve iç hukukta kamusal iletişim ağının dışındaki haberleşme sisteminde (dahili telefon

³³² P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, 44787/98, 25.09.2001. Üzeltürk, a.g.e., s. 200; Dutertre, a.g.e., s. 286-288.

³³³ Halford/Birleşik Krallık, 20605/92, 25.06.1997.

görüşmeleri) telefonların dinlenmesine ilişkin düzenleme olmadığı için kanunilik ilkesinin yerine getirilmediği ve madde 8/2'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.³³⁴

2.4.3.2. Tutuklu ve Hükümlülerin Haberleşmesi

AİHM, çok defalar tutuklu ve hükümlülerle yapılan haberleşmenin kontrol edilmesinin 8. maddede korunan haklara müdahale olduğunu belirtmiştir. Tutukluların avukatlarıyla veya AİHS kurumlarıyla haberleşmeleriyle ilgili davalarda da bu görüş belirtilmiştir. *Golder/Birleşik Krallık Davası*'nda³³⁵, soygun nedeniyle cezaevinde bulunan başvurusunun, kendisine hakaret eden gardiyana karşı dava açma hakkını kullanmak için avukatıyla görüşme talebinin reddi, davanın konusunu oluşturmaktadır. Davalı devlet, müdahalenin tüzük gereği ve 8. madde anlamında demokratik bir toplumda gerekli olduğunu savunmuştur. Mahkeme, hapisliğin olağan ve makul koşullarının değerlendirilmesi gerektiğini vurgulayarak başvurusunun bir avukatla haberleşmesinin kişisel bir dava açılmasına ve sonuç olarak Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen başka bir hakkın kullanılmasına hazırlık oluşturacağını ve demokratik bir toplum için gerekli olduğunu belirtmiştir.³³⁶ Mahkeme, olayda başvurusunun avukatına ulaşmasına izin verilmemesinin haklı bir sebebe dayanmadığını ve 8. maddenin ihlali olduğunu kabul etmiştir.

Campbell/Birleşik Krallık Davası'nda³³⁷ başvuru, avukatı ve Komisyon ile yaptığı yazışmaların cezaevi yetkilileri tarafından açıldığı ve okunduğu gerekçesiyle haberleşmesine saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, incelemesinde ilgili taraf devletin cezaevi kurallarına göre; başvurusunun Komisyona gönderdiği bir dilekçe hariç, avukatına gönderdiği ve avukatından gelen yazışmaların incelenebileceğini kabul ettiğine dikkat çekmiştir. Mahkeme, öncelikle avukatla yapılan yazışmaların 8. madde kapsamında gizli olduğunu ve bu gizliliğin mesela cezaevi uzakta olması nedeniyle, bir avukatın müvekkilini şahsen ziyaret etmesinin daha zor olabileceği bir durumda özellikle önemli olduğunu tekrar belirtmiştir. Mahkeme, ayrıca avukatla gizli haberleşmenin, söz konusu haberleşme yöntemlerinin otomatik kontrole tabi olduğu durumlarda amacına ulaşamayacağına dikkat çekmiştir. Bu tür müdahalelerin mutlaka

³³⁴ Halford/Birleşik Krallık, 20605/92, 25.06.1997. Üzeltürk, a.g.e., s. 201.

³³⁵ Golder/Birleşik Krallık, 445170, 21.02.1975.

³³⁶ Golder/Birleşik Krallık, 445170, 21.02.1975. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=19,> (29.02.2011); Kilkelly, a.g.e., s. 78; Tezcan, Erdem, Sancaktar, a.g.e., s. 294.

³³⁷ Campbell/Birleşik Krallık, 13590/88, 25.03.1992.

sağlam bir açıklaması olmalıdır. Mahkemeye göre bir avukatın bir tutukluya yazdığı mektuba ancak istisnai durumlarda müdahale mümkün olup “*mektubun içinde, normal denetim yöntemleriyle ortaya çıkmayacak yasadışı bir şey olduğu konusunda makul bir şüphe bulunması*” halinde mektubun açılması kabul edilebilecektir. Kaldı ki bu durumda bile mektubun tutuklunun önünde açılması gibi okunmasını önleyecek yeterli düzeyde önlemler olmalıdır.

Bir tutuklunun avukatıyla mektup yoluyla yaptığı yazışmanın okunması konusunda ise Mahkeme, sadece istisnai durumlarda ve yalnız yetkililerin, “*mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atması veya başka şekillerde suç tekil etmesi şeklinde, söz konusu gizliliğin istismar edildiğini düşünmesine neden olacak düzeyde makul gerekçeleri varsa*” izin verilebileceğini belirtmiştir. Buradaki makul gerekçe mevcut şartlara göre değişebilecektir. Bahse konu davada hükümetin, bir tutuklu ile avukatı arasındaki yazışmalara özel statü verilmesinin, bu sistemin istismar edilmesi riskini doğuracağını iddia etmesine rağmen Mahkeme, avukat müvekkil ilişkisinin içerdiği gizlilik unsuruna saygı gösterme ihtiyacının, istismar ihtimaliden daha ağırlıklı olduğu görüşünü belirtmiştir. Sonuç olarak bir tutuklu ve avukatı arasındaki haberleşmeye müdahale etmek, 8. madde kapsamında sadece istisnai durumlarda haklı bulunabilecek bir müdahaledir. Anılan davada da Mahkeme, başvurucunun avukatıyla yaptığı yazışmaların açılmasının ve okunmasının; Komisyondan gelen mektupların açılmasının acil bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığına ve bu nedenle madde 8/2’deki anlamda “demokratik bir toplumda zorunlu” olmadığına karar vermiştir.³³⁸

Mahkemenin *Schönenberger ve Durmaz/İsviçre Davası*’nda³³⁹ verdiği karara göre, yukarıda bahsedilen prensipler bir avukat ve sorgu sonrası cezaevine gönderilmiş tutuklu için de geçerlidir. Bu davada, davacıların şikâyeti yetkililerin mektubun içeriğini görmüş olmaları değil, tutuklu olan sanığa gönderilen mektubun, muhatabına ulaştırılmaması ve geri gönderilmesidir. Hükümetin mektubu iletmemek konusunda yaptığı açıklama; bahse konu mektubun sorgu sonrasında cezaevine gönderilen tutukluya, ilerideki ceza davasının doğru biçimde yürütülmesini tehlikeye atacak özellikte tavsiyeler içermesidir. Aslında mektup Bay Durmaz’a ifade verdiği takdirde bunun kendisi aleyhine delil olarak kullanılabileceğini hatırlatarak susma hakkını kullanmasını tavsiye ediyordu. Mahkeme,

³³⁸ Campbell/Birleşik Krallık, 13590/88, 25.03.1992. Kilkelly, a.g.e., s. 79-80; Dutertre, a.g.e., s. 335-338.

³³⁹ Schönenberger ve Durmaz/İsviçre, 11368/85, 20.06.1998.

mektupta tavsiye edilen susma hakkının taraf devletlerde de kabul gören ve İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatlarında da izin verilen kanuni bir yol olduğunu ve bu nedenle bahse konu davada haberleşmeye yapılan bu müdahalenin 8. maddenin ihlali olduğunu belirtmiştir.³⁴⁰

AIHM, birçok kararında madde 8/2 kapsamında düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amacının; özgür bir bireye kıyasla tutuklu bir kişiye karşı daha kapsamlı müdahale önlemleri alınmasını açıklayabileceği³⁴¹ için, tutukluların yazışmaları konusunda belirli bir düzeyde kontrol uygulanmasının Sözleşme'ye uygun olduğunu belirtmiştir. Mesela, *Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık Davası'nda*³⁴², cezaevinde bulunan başvuruçuların bir kısım mektuplarına çok uygunsuz bir dil ve aynı zamanda şiddet tehditleri içerdiğinden el konulması incelenmiştir. Başvuruçuların avukatı, Komisyonun müdahalenin “zorunlu” olduğu yönündeki görüşüne itiraz etmiştir. Mahkeme de Komisyona katılmaktadır, el konulan 28-30 ve 31 numaralı mektuplar açık tehditler içermektedir. Mahkemenin kararına göre, yetkililerce bu mektuplara el konulmasının madde 8/2 kapsamında “düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için” zorunlu olduğu sonucuna varmaları için yeterli neden bulunmaktadır. Bununla birlikte bahse konu davada yine hükümlülerin akraba veya arkadaşı ile haberleşmesinin; hukuki veya başka bir işle bağlantılı olarak haberleşmenin; yetkililere saygısızlığa varan haberleşmeleri, cezaevi hakkında iç usullere göre ileri sürülmemiş şikâyetlere avukatlara ve parlamento üyelerine yazılan mektuplarda yer verilmesinin; mevzuata karşı hile ve dolanma içeren mektupların yasaklanmasının “demokratik toplumda gerekli olmadığı” görüşüyle Mahkeme, 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁴³

2.5. AIHS Madde 8/2 Çerçevesinde Özel Hayat Hakkının Sınırlandırılması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması” başlıklı 8. maddesi şu şekildedir: “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak milli güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı,*

³⁴⁰ Schöenberger ve Durmaz/İsviçre, 11368/85, 20.06.1998. Tezcan, Erdem, Sancaktar, a.g.e., s. 295; <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=167>, (11.03.2011).

³⁴¹ Golder/Birleşik Krallık, 445170, 21.02.1975, para. 45. Kilkelly, a.g.e., s. 81.

³⁴² Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 5947/72, 25.03.1983.

³⁴³ Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 5947/72, 25.03.1983. Dutertre, a.g.e., s. 339-340; Üzeltük, a.g.e., s. 210; <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=66>, (25.02.2011).

dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”

Madde metninde görüldüğü üzere; birinci fıkrada koruma altına alınan haklar belirtilmiş, ikinci fıkrada ise bu hakların mutlak olmadığı devletin bazı koşullarda hak ve özgürlüklere müdahalede bulunabileceği, bunlara istisna veya sınırlama getirebileceği (meşruluk şartları belirtilerek) ifade edilmiştir. Öncelikle belirtilmelidir ki, söz konusu sınırlama ölçütleri dar bir şekilde yorumlanmalıdır.

Mahkemeye, 8. maddede yer alan haklara resmi makamların müdahale ettiğine dair bir şikâyet başvurusu geldiği zaman, Mahkeme üç aşamalı bir inceleme yapmaktadır. Öncelikle şikâyete konu olay ve işlemin maddedeki kavramlardan birine (özel hayat, aile hayatı gibi) dâhil bulunup bulunmadığını; yani hükmün “uygulanabilirliğini” saptamakta; müteakiben, bu soruya olumlu yanıt veriliyor ise, yapılan işlem ya da alınan önlemin bir müdahale teşkil edip etmediğini araştırmaktadır. Nihayet bu soruya da olumlu yanıt verilmesi durumunda, söz konusu müdahalenin madde 8/2 kapsamında meşruluk kazanıp kazanmadığı saptanarak sonuca varılmaktadır.³⁴⁴ Ayrıca belirtilmelidir ki, son aşamada söz konusu müdahalenin “*kanunlara uygunluğu*”, “*meşru bir amacının olup olmadığı*” ve “*demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı*” incelenmektedir.

2.5.1. Kanunilik İlkesi (Kanunlara Uygun Olarak)

AİHM’ye göre AİHS 8. maddeye yapılan bir müdahalenin “kanunlara uygun” kabul edilebilmesi için kanuni bir dayanağa sahip olması gereklidir. Özgürlüklerin kanun ile sınırlanması ise, liberal rejimlerde genel iradenin yansıdığı parlamento aracılığı ile özgürlüklerin sınırlanması anlamına gelmektedir. Yalnız parlamentoların her türlü karar yönteminin özgürlüklerin sınırlanması için elverişli olduğu düşünülmemelidir. Bu durum sınırlamanın kanun ile yapılması neticesi sağlanması hedeflenen güvenceler çerçevesinde olmalıdır. Bu güvenceler de iki noktada özetlenebilir. Öncelikle kanun parlamentoda açık görüşme ve tartışma yöntemleri ile hazırlanmalıdır. Bu sayede özgürlükler açık bir şekilde ve kamuoyunun denetimi altında sınırlanma güvencesine sahip olacaklardır. Sonra, kanun ile herkes için geçerli genel kurallar konulacak ve bu sayede sınırlamaların objektifliği

³⁴⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 331.

sağlanmış olacaktır. “Kanunla öngörülen” veya “kanuna uygun olarak” şartının Mahkeme içtihadındaki anlamı; hak ya da özgürlüğe müdahale teşkil eden önlem veya işlemin milli (iç) hukukta kanuni dayanağının bulunması demektir. Kanunilik şartının başka bir ifadesi olan “hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşırlık”; iç hukukun, 8. madde ile korunan haklara resmi makamların keyfi müdahalesini önleyecek bir koruma sistemine sahip olması anlamındadır. Devlet organlarına bu konuda bir takdir yetkisinin tanınmış bulunduğu hallerde de, söz konusu takdir yetkisinin kapsamının, bu yetkiyi tanıyan kanun ile keyfi uygulamayı önleyecek şekilde saptanması gerekir.³⁴⁵

Kanunilik ilkesi, öncelikle Sözleşme ile tanınan bir hakka müdahalenin, idari uygulama ile değil, kanun ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Müdahalenin “kanunlara uygun” olması için ilgili kanun, yeterince kesin olmalı ve özellikle kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlemler içermelidir. Kanunlar ile özel olarak yetki verilmemiş ve idari uygulamalarla veya bağlayıcı olmayan rehber kurallarla düzenlenen önlemler bu açıdan sorunludur. Ne kadar sıkı uyulursa uyulsun, idari bir uygulama “kanunen” şart koşulan teminatı sağlamamaktadır.³⁴⁶ Mahkeme, *Khan/Birleşik Krallık Davası’nda*³⁴⁷, gizli dinleme cihazıyla yapılan dinlemenin başvurucunun, 8. maddedeki haklarına bir müdahale oluşturduğu konusunda bir kuşku olmadığını belirttikten sonra incelemesinde dava konusu olayların geçtiği tarihte iç hukukta gizli dinleme cihazlarının kullanılmasıyla ilgili kanuni bir düzenlemenin olmadığını belirtmiştir. Müdahalenin dayanağı olarak gösterilen İçişleri Bakanlığının bu konudaki yönergesinin, hukuken bağlayıcı olmadığı gibi kamu tarafından ulaşılabilir de olmadığına dikkat çekmiştir. Dolayısıyla 8. madde anlamında gizli dinlemeyi düzenleyen bir iç hukukun olmadığı ve hakkın ihlal edildiği kanaatine varmıştır.³⁴⁸

AİHM kararları çerçevesinde kanunilik ilkesine ilişkin ortaya konulan içtihatlardan genel bir değerlendirme çıkartmak mümkündür. Mahkeme, incelediği vakada kanunilik ilkesini değerlendirirken iç hukuktaki dayanağın yeterliliğini değerlendirmektedir. Bu aşamada yapılan değerlendirme kanunun Sözleşme’nin başlangıcında ifade edilen hukukun üstünlüğüne uygun olmasıdır. Kanunilik ilkesi yetkililerin hukuka aykırı müdahaleleri

³⁴⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 375.

³⁴⁶ Kilkelly, a.g.e., s. 43.

³⁴⁷ Khan/Birleşik Krallık, 35394/97, 12.05.2000.

³⁴⁸ Khan/Birleşik Krallık, 35394/97, 12.05.2000. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=1209,> (25.03.201); Kilkelly, a.g.e., s. 44.

karşısında da iç hukukun uygun ve etkili garantiler sağlamasını içerecektir. Mahkeme kanun kavramından sadece yazılı hukuku değil yazılı olmayan örf ve adet hukukunu da anlamaktadır.³⁴⁹ Mahkemeye göre, aksi halde “*common law*” sistemine sahip ve Sözleşme’ye taraf devletin hukuk sistemi temelinden sarsılacaktır.³⁵⁰ Ayrıca Sözleşme ile tanınan bir özgürlüğün sınırlanması için milli hukukta yer alan yazılı veya yazısız dayanak belli özelliklere haiz olmalıdır. Söz konusu kanun, aynı zamanda ilgili kişiler tarafından ulaşılabilir olmalı ve gerekirse uygun tavsiyeler aldıktan sonra, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir hareketin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin etmelerini mümkün kılacak düzeyde açıkça ifade edilmelidir.³⁵¹ Bu husus “tahmin edilebilirlik” şartı yahut “öngörülebilirlik” şartı olarak tanımlanmaktadır.

Sözleşme’de sarih surette öngörülen istisna ve sınırlamalar (8.,11.,15. maddeler gibi) yanında, özellikle Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun geliştirdiği zımni yani belli hak ve özgürlüklerin ve belli özel durumların doğasında mevcut olan sınırlamalar (*inherent limitatitons*) bulunmaktadır. Burada anılan zımni sınırlamalar bir “meşruluk” nedeni olmayıp; sınırları aşılmadıkça, söz konusu olan hak veya özgürlük çiğnenmemiş olacak; yani meşruluk irdelenmesine gidilmeyecektir. Bu zımni sınırlamalar öğretisi özellikle resmi görevliler, ordu mensupları, tutuklular vb. gibi belli bir hukuki statüye sahip kişiler bakımından söz konusu olabilmektedir. Mesela tutuklu veya önlem olarak akıl hastalıkları kliniğine yatırılmış bulunan kişilerin aile ya da özel hayatları, durumları gereği öteki kişilerden daha sınırlıdır. Mahkeme ise bu konuda daha farklı bir görüş geliştirmiştir. Mahkemeye göre AİHS 8. ve 11. maddede olduğu gibi sınırlı sayım sarih sınırlamaların öngörülmüş bulunduğu durumlarda zımni sınırlamalara yer yoktur. Bununla beraber ikinci fıkralardaki amaç belirlemeleri geniş bir kapsam ve anlama sahip bulunduklarından, sınırlama gerekçesini bunlardan birine üstelik milli makamlara tanınan geniş takdir yetkisini ileri sürülerek dâhil etmek mümkündür.³⁵²

*Olsson/İsveç Davası’nda*³⁵³ başvuruçular, devletin çocuk bakımı alanında sosyal hizmet yetkililerine verdiği takdir yetkisi hakkında, ilgili kanunlar tarafından

³⁴⁹ R.Clayton, H.Tomlinson, **The Law of Human Rights**, Oxford, New York, 2000, s. 322-327’den aktaran Üzeltürk, a.g.e., s. 234.

³⁵⁰ Sunday Times/Birleşik Krallık, 6538/74, 26.04.1979. Üzeltürk, a.g.e., s. 234.

³⁵¹ Andersson/İsveç, 11776/85, 25.02.1992, para. 75. Kilkelly, a.g.e., s. 45.

³⁵² Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, 2832/66, 2835/66, 2899/66 18.6.1971, para. 93; Golder/İngiltere, 4451/70, 21.2.1975, para. 44; Schöenberger ve Durmaz/İsviçre, 11368/85, 20.06.1988, para. 25. Gözübüyük ve Gölçüklü, a.g.e., s. 372-373.

³⁵³ Olsson/İsveç, 10465/83, 24.03.1988.

belirlenmediğini ve söz konusu kanunların ortaya çıkaracağı sonuçların tahmin edilemeyecek derecede muğlâk ifadelerle hazırlandığını ileri sürmüştür. Mahkeme, İsveç'in konuyla ilgili kanununun genel ifadeler kullandığını kabul etmekle beraber, madde 8/2'nin hukuki şartlarına uyduğuna karar vermiştir. Mahkeme, özellikle bir çocuğun devlet bakımı altına alınması ve bakım konusundaki bir kararın uygulanmaması gereğini ortaya çıkarabilecek şartların, her türlü ihtimali ele alacak bir kanun yazmayı neredeyse imkânsız kılacak derecede değişken olduğunu belirtmiştir. Ayrıca yetkililerin harekete geçme hakkını çocuğun zaten zarar görmüş olduğu durumlarla sınırlamak, çocuğun ihtiyaç duyduğu korumanın etkinliğini gereksiz biçimde azaltacaktır. Ayrıca Mahkeme, kanunlar kapsamındaki takdir yetkisi konusunda, kanunlardan kaynaklanan neredeyse bütün yetkilerin kullanılmasının ya idari mahkemeye verildiğine ya da söz konusu mahkemelerin birkaç düzeyde gözetimine tabi olduğu için, kanunun keyfî müdahaleye karşı önlemler içerdiğine dikkat çekmiştir. Bu çerçevede idari otoritelere verilen takdir yetkisi, kapsamı ve yöntemi konusunda açıklık taşır şekilde verilmesi halinde Sözleşme ile uyumlu olacaktır.³⁵⁴

*Kruslin/Fransa*³⁵⁵ ve *Huvig/Fransa Davaları'nda*³⁵⁶, polisin telefon dinlemesini düzenleyen Fransız kanununun, madde 8/2 kapsamında tahmin edilebilirlik (öngörülebilirlik) şartına uyup uymadığı değerlendirmiştir. Mahkeme bahsi geçen kararlarda öngörülebilirliğin otoritelerin telefonunu dinlediğini öngörmeleri ve kendini buna göre ayarlamaları demek olmadığını, kanunun terim olarak; özel hayat ve haberleşme gibi bir alana müdahale ederken, kamu otoritelerine ait yetkilerin bireylere uygun uyarılar sunacak açıklıkta olması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre, idare gizli olarak bir yetkiyi kullandığında keyfilik riski vardır. Kanunun kalitesi ilgili kişilerin ulaşabileceği ve bunun ötesinde kendi üzerindeki sonuçlarını görebileceği (öngörülebilirlik) ve hukukun üstünlüğüne uygun bir kanun olarak algılanmaktadır. Mahkeme ele alınan davada söz konusu kanunun; hangi kategori insanların yargı kararı ile telefonlarının dinlenmesinden etkilenebileceği, telefon dinlemenin süresi, böyle bir emrin verilebileceği suçların doğası, dinlenen konuşmaların yazılma usulünün belirlenmesi, kayıtların savunma ve yargıç tetkiki için bozulmamış ve bütün olması konusunda tedbir alınması, dinleme sonunda kasetlerin

³⁵⁴ Olsson/İsveç, 10465/83, 24.03.1988. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=156>, (05.03.2011); Kilkelly, a.g.e., s. 45-46.

³⁵⁵ Kruslin/Fransa, 11801/85, 24.04.1990.

³⁵⁶ Huvig/Fransa, 11105/84, 24.04.1990.

silinmesi, yok edilmesi gibi gerekli güvenceleri taşımadığı dolayısıyla kanunilik ilkesinin yerine getirilmediği ve 8. maddenin ihlal edildiği kanaatine varmıştır.³⁵⁷

2.5.2. Meşru Amaç

AIHS 8. madde kapsamında korunan bir hakka yapılan müdahalenin meşru olabilmesi için kanunlara dayanması, meşru bir amaç için yapılması ve demokratik bir toplum için gerekli olması koşullarını sağlaması gerekmektedir. Bir hukuk düzeninde, davranış normları, amaç meşru-araç meşru, amaç gayri meşru-araç gayri meşru, amaç meşru-araç gayri meşru, amaç gayri meşru-araç meşru biçiminde ifade edilebilirler. Amaç meşru-araç meşru önermesini sağlayan beşeri davranışlar meşru davranışlardır. Buna karşılık, amaç gayri meşru-araç gayri meşru önermesini sağlayan beşeri davranışlar gayri meşru, yani suç olan davranışlardır. Buraya kadar bir sorun çıkmamaktadır. Ancak ne zaman amaç gayri meşru-araç meşru, amaç meşru-araç gayri meşru önermelerini sağlayan davranışlar söz konusu olsa müdahale de sorunlu olmaya başlamaktadır. Bu davranış normlarının nitelikleri devlet müdahalelerinde de görülmektedir.³⁵⁸

Mahkeme şikâyetle konu olan müdahaleyi incelemesinde, kanunlara uygun olduğunu saptarsa bu müdahalenin meşru bir amaca yönelik yapıp yapılmadığı meselesini değerlendirmeye geçer. AIHS madde 8/2’de özel hayat hakkına ilişkin sınırlama ölçütleri, tahdidi olarak sayılmıştır. Buna göre, 8. madde kapsamında korunan hukuki menfaatler ancak şu amaçlardan biri ya da daha fazlasına dayanılarak sınırlanabilir: “Milli güvenlik”, “kamu emniyeti”, “ülkenin ekonomik refahı”, “dirlik ve düzenin korunması”, “suçun ya da düzensizliğin önlenmesi”, “sağlığın korunması”, “ahlakın korunması” ve “başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması”. Belirtmek gerekir ki müdahalenin amacı veya amaçlarını belirlemek iddiayı yanıtlayan devletin sorumluluğudur. Ancak müdahalenin kapsamının bu kadar geniş olması, devletin genellikle müdahalenin nedenini mantıklı bir biçimde açıklayabildiği anlamına gelmektedir. Davacının genellikle devletin ileri sürdüğü nedenin müdahalenin “gerçek” nedeni olmadığını iddia etmesine rağmen, Mahkeme bu iddiayı kolaylıkla kabul etmemektedir. Mahkeme çoğunlukla devlet tarafından ileri sürülen sebepleri ve devletin uygun bir amaca yönelik hareket etmiş olduğunu kabul etmektedir.

³⁵⁷ Kruslin/Fransa, 11801/85, 24.04.1990; Huvig/Fransa, 11105/84, 24.04.1990. Üzeltürk, a.g.e., s. 202-203; Duterre, a.g.e., s. 303.

³⁵⁸ Zeki Hafizoğulları, **Liberal Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı**, 1997, s. 5. <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>, (12.02.2011).

Mahkeme, başvuruçuların itiraz ettikleri durumlarda bile belirlenen meşru amacı veya amaçları neredeyse hiç reddetmemektedir.³⁵⁹

2.5.2.1. Ülkenin Ekonomik Refahı

Aslında bu sebebin AİHS madde 8/2’de yer alması, Sözleşme’nin hazırlanması aşamasında henüz devletlerin para mekanizmalarında değişim sistemi kabul edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Taraf devletler bu sayede gerektiğinde postaları kontrol ederek kendi paralarının değerini bu yolla korumayı hedeflemekteydiler.³⁶⁰ Bugün ise belirtilen sınırlama sebebi daha çok mültecilerin iltica taleplerinin sınırlanması amacıyla kullanılmaktadır. Tabi bunun yanı sıra yine başka alanlarda yapılan müdahaleleri meşrulaştıracak bir sebep olarak bulunmaktadır. Mesela, yukarıda ifade ettiğimiz üzere *Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık Davası*’nda, konutları Heathrow Havaalanına yakın olan ve özellikle gece uçuşlarının neden olduğu gürültüden muzdarip başvuruçuların 8. maddenin ihlal dildiğine dair iddiaları karşısında, meşru sebep olarak ülkenin ekonomik refahı kullanılmıştır.³⁶¹

2.5.2.2. Milli Güvenlik ve Kamu Emniyeti

Milli güvenlik sınırlama ölçütü, bir taraf devletin güvenliğinin ve demokratik anayasal düzeninin iç ve dış düşmanlara karşı korunmasına ilişkindir. AİHS madde 8/2 bağlamında milli güvenlik sınırlama ölçütü taraf devletlerin çoğunlukla gizli denetleme davalarında dayandığı bir ölçütüdür.³⁶² Bununla birlikte arama, el koyma gibi ceza usul hukukuna ilişkin tedbirlere başvurulmasında yapılan müdahaleleri meşru kılmak için de ileri sürülen sınırlama sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır. *Leander/İsveç Davası*’nda³⁶³, Mahkeme, başvuruçulu hakkındaki bilgilerin saklanması, demokratik bir toplumda milli güvenliği sağlamak için gerekli olduğu görüşünü kabul etmiştir. Milli güvenlik açısından önemli olan görevlere alınacak adayların değerlendirilmesinde de bu bilgilerin kullanılması kabul edilebilir bir uygulamadır.

³⁵⁹ Kilkelly, a.g.e., s. 52-53.

³⁶⁰ Robertson ve Merrils, a.g.e., s. 128’den aktaran Üzeltürk, a.g.e., s. 238.

³⁶¹ Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 36022/97, 08.07.2003, para. 126. Üzeltürk, a.g.e., s. 238.

³⁶² Klass ve Diğerleri/Almanya, 5029/71, 06.09.1978, para. 60. Öncü, a.g.e., s. 408.

³⁶³ Leander/İsveç, 9248/8, 26.03.1987. Kilkelly, a.g.e., s. 62; Dutertre, a.g.e., s. 305-306.

2.5.2.3. Düzensizliğin ve Suçun Önlenmesi

AIHM önüne gelen davalara bakıldığında en çok kullanılan sınırlama sebeplerinden birinin düzensizliğin ve suçun önlenmesi olduğu görülmektedir. Dirlik ve düzenin korunması ve suçun önlenmesi sınırlama ölçütü, Strazburg organları içtihatlarında ağırlıklı olarak arama ve el koyma³⁶⁴, mahpusların haberleşmelerinin denetlenmesi³⁶⁵, gizli dinleme³⁶⁶, yabancıların sınır dışı edilmesi³⁶⁷ vakalarında kullanılan bir sınırlama sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha önce değindiğimiz *P.G. ve J.H./Birleşik Krallık Davası'nda*³⁶⁸, evde ve karakolda telefonların dinlenmesine ilişkin vakalarda meşru sebepler olarak başkalarının hakları ve özgürlüklerinin korunması ve milli güvenliğin korunması ile birlikte suçun önlenmesi de kullanılmıştır.

Mahpuslar özelinde suçun ve düzensizliğin önlenmesi sınırlama ölçütü özellik arz etmektedir. Mahpuslar gibi bazı özel kategoriler söz konusu olduğunda maddi ve manevi bütünlüğe yönelik müdahaleler, madde 8/2 çerçevesinde incelenirken, mahpusluk durumunun olağan ve makul gerekleri Sözleşme organları tarafından dikkate alınmaktadır. Madde 8/2'de sıralanan meşru amaçlardan biri olan düzensizliğin ya da suçun önlenmesi, mahpusların maddi ve manevi bütünlüklerine yönelik olarak özgür insanlara kıyasen daha geniş önlemler alınmasını haklılaştırabilmektedir. Dolayısıyla, mahpuslara yönelik kimi tıbbi müdahaleler de bu yaklaşım çerçevesinde meşru görülebilmektedir.

*A.B./İsviçre Davası'nda*³⁶⁹, başvuru bir mahpustur ve hapisane yönetiminin mahpuslardan test edilmek üzere düzenli aralıklarla idrar örneği alınması ve buna karşı çıkanlara disiplin cezası verilmesi yönündeki kararının özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Komisyon, idrar testinin özel hayata müdahale teşkil ettiğini tespit ettikten sonra, söz konusu müdahalenin madde 8/2 çerçevesinde demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı noktasındaki incelemesinde, mahpusların fiziki ve moral bütünlüklerine saygı hakkına yapılacak müdahalelerin gerekliliğinin, hapsetmenin olağan ve makul gerekleri dikkate alınarak değerlendirileceğini ifade etmiştir. Düzensizliğin veya suçun önlenmesi gibi bir meşru amacın, mahpuslar örneğinde özgür insanlara göre daha

³⁶⁴ Funke/Fransa, 10828/84, 25.02.1993.

³⁶⁵ Schöenberger ve Durmaz/İsviçre, 11368/85, 20.06.1988.

³⁶⁶ Klass ve Diğerleri/Almanya, 5029/71, 06.09.1978.

³⁶⁷ Moustaquim/Belçika, 12313/86, 18.02.1991.

³⁶⁸ P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, 44787/98, 25.09.2001, para. 76. Üzeltürk, a.g.e., s. 241.

³⁶⁹ A.B./İsviçre, 20872/92, 22.02.1995.

geniş ölçekte önlemler alınmasını meşrulaştırabileceğini değerlendirerek 8. maddenin ihlali olmadığı sonucuna varmıştır.³⁷⁰

2.5.2.4. Sağlık ve Ahlakın Korunması

Sağlığın korunması somuta indirgenebilecek bir kavram olmakla birlikte “ahlakın korunması” kavramının görece özelliği ve tanımının zorluğu bu sınırlama sebebinin de kapsamını güçleştirmektedir. Ahlakın korunması, genellikle eşcinsel veya transeksüellere ilişkin tedbirlere gerekçe olan bir sınırlama sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. “Ahlakın korunması” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği noktasında, AİHM’nin ifade özgürlüğü konusundaki pilot içtihatlarından birisi *Handyside/Birleşik Krallık Davası’na*³⁷¹ bakmak gerekmektedir. Mahkeme bu kararında; tüm Avrupa Konseyi üyesi devletler bakımından geçerli bir ahlak kavramının mümkün olmayacağını belirtmiş ve ahlakın gerekleri konusunda ilgili kanunların benimsediği görüşlerin, özellikle bu konudaki görüşlerin hızla ve kapsamlı bir biçimde değiştiği günümüzde, zamana ve mekâna göre değişkenlik gösterdiğine dikkat çekmiştir.

AİHS madde 8/2 çerçevesinde ahlakın korunması gerekleri her bir vaka özelinde ve ilgili taraf devletin toplumu bağlamında değerlendirilecektir. Ancak, belirtilmelidir ki, ilgili taraf devletin ülkesindeki halkın çoğunluğunun bir eylemi ahlaki temelde onaylamıyor olması, o eyleme “ahlakın korunması” sınırlama ölçütü temelinde getirilen bir yasağın demokratik bir toplumda gerekli olacağı anlamına gelmez. Zira çoğunluğun ahlak anlayışının tüm topluma dayatılmasına izin vermek madde 8/2’de sayılan sınırlama ölçütlerinin dar bir şekilde yorumlanması ilkesine de ters düşecektir. Bu noktada karşımıza çıkan bir ölçüt, yasaklanmak ya da sınırlandırılmak istenen eylemin toplumun ahlaki standartları üzerindeki etkisidir.³⁷² Dar bir şekilde yorumlanması gereken bu ölçütün kullanımında, demokratik toplumun gerekleri olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi değerler özellikle unutulmamalıdır. Nitekim Komisyon *Dudgeon/Birleşik Krallık Davası’nda*³⁷³, yetişkin erkekler arasında mahrem olarak gerçekleştirilen rızaya dayalı eşcinsel faaliyetin cezalandırılması için, “ahlakın korunması” bağlamında bastırıcı bir toplumsal ihtiyacın olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

³⁷⁰ A.B./İsviçre, 20872/92, 22.02.1995. Öncü, a.g.e., s. 409-410.

³⁷¹ *Handyside/Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, para. 48. Öncü, a.g.e., s. 410; Kilkelly, a.g.e., s. 12.

³⁷² *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 7525/76, 13.03.1980, para. 113. Öncü, a.g.e., s. 411-412.

³⁷³ *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 7525/76, 13.03.1980, para. 115. Öncü, a.g.e., s. 412.

Ancak belirtmelidir ki Mahkeme, taraf devletlerin belirli bir toplumda ahlakın korunmasında geniş takdir hakkına sahip olması gerektiği iddiasını reddetmekle beraber gençlerin korunması konusunda, rıza yaşının belirlenmesi dâhil uygun önlemlerin alınmasında taraf devletlerin belirli bir takdir hakkı olduğunu kabul etmektedir.³⁷⁴ Benzer şekilde *Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık Davası'nda*³⁷⁵, başvuruçuların iddiasına göre yargılandıkları ve hüküm giydikleri davaya konu olan sadomazoşist faaliyetleri devletin müdahale etmemesi gereken özel cinsel davranışlarla ilgilidir. Hâlbuki milli mahkemelerin belirlediği gerçeklere göre, başvuruçuların sadomazoşist fiilleri önemsiz veya geçici olarak adlandıramayacak düzeyde önemli zararlar veya yaralanmalar içermektedir. Sadece bu gerçek bile, yetişkinler arasında özel bir biçimde gerçekleştirilen ancak bu şekilde yaralanmalar içermeyen, rızaya dayalı eşcinsel davranışlarla ilgili Mahkemenin daha önce ele aldığı davalar ile bu davayı farklı kılmaktadır. Neticede Mahkeme, başvuruçuların iddiası konusunda ikna olmamış, genel sağlığın ve ahlakın korunması sebepleriyle müdahaleyi haklı bulmuştur.

2.5.2.5. Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması

Özel hayata sınırlama getirilecek bir diğer meşru sebep de başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenidir. Bu sınırlama ölçütüne ağırlıklı olarak, çocukların koruma altına alınması ve evlat edinme davalarında dayanılmaktadır. Yine, ev olarak da kullanılan işyerinde kopya hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle mahkeme kararı ile polis ve avukatlar eşliğinde arama yapılması ile ilgili davada müdahale rahatsız edici, şanssız ve üzücü olmakla beraber başkalarının hakları ve özgürlüklerinin korunması sebebiyle haklı bulunmuştur.³⁷⁶ *T.V./Finlandiya Davası'nda*³⁷⁷ ise Mahkeme, HIV virüsü taşıyan mahkûmun durumunun cezaevi personeline açıklanmasını başkalarının hakları ve özgürlüklerinin korunması temelinde haklı bulmuştur.

2.5.3. Müdahalenin Demokratik Toplumda Gerekli Olması

AİHS 8. maddeye yönelik bir müdahalenin meşru kabul edilebilmesi için demokratik bir toplumda gerekli olma koşulunu da sağlaması gerekmektedir. Mahkeme,

³⁷⁴ Norris/İrlanda, 10581/83, 26.10.1988. Kilkelly, a.g.e., s. 75.

³⁷⁵ Laskey, Jaggard ve Brown/ Birleşik Krallık, 21627/93, 21826/93, 21974/93, 19.02.1997. Kilkelly, a.g.e., s. 75; Dutertre, a.g.e., s. 297-299.

³⁷⁶ Chappell/Birleşik Krallık, 0641/83, 30.03.1989. Üzeltürk, a.g.e., s. 242.

³⁷⁷ T.V./Finlandiya, 21780/93, 02.03.1994. Üzeltürk, a.g.e., s. 242.

“demokratik bir toplumda gerekli” ifadesini nasıl anladığını, bu ifadeye dayalı konuların incelenmesinde işlevinin doğasını ve bu işlevleri nasıl gerçekleştireceğini birkaç defa ifade etmiştir. Demokratik bir toplumda gerekli olma ya da kısaca “gereklilik testi” bakımından belirtilmesi gereken ilk şey; devletin müdahale etmek için “bazı” nedenleri olmasının yeterli olmadığıdır. “Gerekli” olmanın ne anlama geldiği konusunda, Mahkemenin *Handyside/Birleşik Krallık Davası’nda*³⁷⁸ açıkladığı gibi: Gerekli ifadesi “vazgeçilmez” kelimesiyle eş anlamlı değildir ancak “kabul edilebilir”, “sıradan”, “faydalı”, “makul” veya “arzu edilen” gibi ifadeler kadar esnek de değildir. Yine aynı davada “demokratik bir toplumda gerekli” ifadesinin, bir müdahalenin AIHS ile uyumlu olabilmesi için, diğer hususların yanı sıra “acil bir toplumsal ihtiyacı” karşılaması ve “meşru hedefle orantılı” olması gerektiği anlamına geldiğini belirtmiştir. Bu bağlamda “gereklilik” kavramının içeriğindeki sıkıştıran toplumsal ihtiyacın gerçekliği konusunda karara varmak; öncelikle milli makamlara aittir.³⁷⁹

Sözleşme metninde ifade edildiği şekliyle “demokratik bir toplumda gerekli olma” kıstası görüleceği üzere demokratik toplum ve gereklilik olmak üzere iki unsur içermektedir. Mahkeme, demokratik bir toplumun özelliklerinin neler olduğunu ayrıntılı olarak açıklamış değildir ancak “demokratik toplumdan” ne anladığını ve bu toplumun unsurlarını çeşitli kararlarında belirtmiştir. *Dudgeon/Birleşik Krallık Davası’nda*³⁸⁰ demokratik toplumun, hoşgörü ve açık fikirlilik olmak üzere iki ana özelliği olduğunu belirtmiştir. Ayrıca anılan kararda 8. madde bağlamında demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün öneminin ve Sözleşme haklarına keyfi müdahalelerin önlenmesi ihtiyacının altı çizilmiştir. Aynı şekilde *Handyside/Birleşik Krallık Davası’nda*³⁸¹ Mahkemenin kabul ettiği demokratik toplum anlayışı, demokratik değerler olarak “çoğulculuk”, “hoşgörü” ve “açık fikirliliğe saygı duyan”, vatandaşların haklarını koruyan toplumdur. *Soering/Birleşik Krallık Davası’nda*³⁸² ise Mahkeme, Sözleşme’nin hazırlanma amacını, demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumak ve devam ettirmek olarak ifade etmiştir.

³⁷⁸ *Handyside/Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, para. 48, 49. Kilkelly, a.g.e., s. 53; Dutertre, a.g.e., s. 342.

³⁷⁹ Gözübüyük ve Gölçüklü, a.g.e., s. 147.

³⁸⁰ *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 7525/76, 22.10.1981, para. 53. Kilkelly, a.g.e., s. 54.

³⁸¹ *Handyside/Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, para. 49. Üzeltürk, a.g.e., s. 244.

³⁸² *Soering/Birleşik Krallık*, 14038/88, 07.07.1989, para. 84. Kilkelly, a.g.e., s. 54.

2.5.3.1. Müdahalenin Toplumsal İhtiyaç Baskısını Karşılayıp Karşılamadığı

Mahkeme, *Dudgeon/Birleşik Krallık Davası*'nda, AİHS 8. madde bağlamında bireyin genel olarak özel hayatına özel olarak da “bireysel/özel ahlak” alanına yönelik müdahalelerin, demokratik bir toplumda bir sosyal ihtiyaç baskısı ile meşrulaştırılmasının özellikle gerekli olduğunun akılda tutulması gerektiği içtihadında bulunmuş ve daha önce demokratik toplumun gerekleri olarak işaret ettiği “çoğulculuk”, “hoşgörü” ve “açık fikirlilik” kavramlarına gönderme yapmıştır.³⁸³ Aynı zamanda toplumsal ihtiyaç baskısını açıklamak için de ciddi nedenlere ihtiyaç vardır. Bu sebeple milli güvenlik için alınan önlemler daha kolay açıklanabilirken, mesela genel ahlak için aynı kolaylık söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle bazı haklar kaçınılmaz olarak diğerlerinden daha önemlidir ve söz konusu haklara müdahale edilmesinin açıklanması çok zordur.³⁸⁴

2.5.3.2. Orantılılık İlkesi

Sözleşme ile koruma altına alınan bir hakkın sınırlanması yönünde bir sosyal ihtiyaç baskısının varlığı tek başına, bir sınırlamayı (müdahaleyi) Sözleşme çerçevesinde meşru kılmaya yetmez. Aynı zamanda hakka yapılan müdahale ile izlenen meşru amaç arasında demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığı ölçüde bir orantı da bulunmalıdır, işte bu orantılılık veya ölçülülük ilkesidir. Kavram müdahalenin gerekçesi olan ulaşılmak istenilen meşru amaçla, bu amaca ulaşmak için kullanılan araç (sınırlama getiren önlem) arasındaki orantılılığı, ölçülülüğü veya sınırlama (müdahale) ile elde edilecek genel yarar ile sınırlamanın neden olduğu bireysel zarar (sınırlamadan doğan mahrumiyet) arasındaki denge veya orantıyı ifade etmektedir.³⁸⁵ Genel olarak orantılılık ilkesi; insan haklarının mutlak olmadığını ve birey haklarının kullanılmasının her zaman genel kamu yararı ile dengelenmesi gerektiğini belirler.³⁸⁶ Mahkemenin çok sık hatırlattığı gibi: Sözleşme'nin bütününün doğasında, kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturma çabası vardır. Orantılılık ilkesi,

³⁸³ *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 7525/76, 13.03.1980, para. 108. Öncü, a.g.e., s. 414.

³⁸⁴ Kil Kelly, a.g.e., s. 54.

³⁸⁵ *Soering/Birleşik Krallık*, 14038/88, 07.07.1989, para. 39. Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 145.

³⁸⁶ Kil Kelly, a.g.e., s. 54.

söz konusu dengeyi oluşturunun yöntemlerinden biridir ve Mahkemenin Sözleşme uygulamalarında da yaygın olarak kullanılmaktadır.³⁸⁷

Mahkeme, önüne gelen davalarda müdahalelerin 8. maddeye uyumlu olup olmadığını değerlendirirken yukarıda ifade edilen adil dengenin sağlanıp sağlanmadığına bakmaktadır. Başka bir ifadeyle “birey menfaatleri ile devlet menfaatlerinin (kamu yararının)” dengelenmesi anlamına gelen orantılılık testini uygulamaktadır. Ancak Mahkeme, milli mahkemelerin aldığı kararlar konusunda temyiz mercii de değildir ve bu sebeple herhangi bir davanın esasına göre görüşünü bildirmekten kaçınır. Burada Mahkeme davaya bir bütün olarak bakmakta, yetkililerin davaya neden olan önlemleri almak için “*ilgili ve yeterli nedenlere*” sahip olup olmadığını ele almakta³⁸⁸ orantılılık belirlemesi yaparken birçok unsuru bir arada değerlendirmektedir. Mesela korunmaya çalışılan hakkın niteliği ve yapılan müdahalenin şiddeti mahkemenin kararını etkileyen unsurlardır. Daha önceden de değinildiği gibi müdahalenin kapsamı ve şiddeti ne kadar güçlü ise, onu haklı çıkarmak için gereken nedenler de bir o kadar güçlü olmalıdır. Sözleşme’de yer alan bir hakkın sınırlanmasının demokratik bir toplumda gerekli olması, sınırlamanın öngörülen meşru amaçla orantılı olmasını gerektirmektedir.³⁸⁹

Orantılılık ilkesi çerçevesinde değerlendirilen bir diğer konu ise, başvurunun AİHS 8. madde bağlamındaki haklarının, başkalarının yine aynı hak altındaki hukuki menfaatleri ya da diğer maddelerde düzenlenen hakları ile dengelenmesidir. Burada farklı kişilerin menfaatleri arasında bir orantı kurulması söz konusudur. Esasında bu husus, “hakların çatışması” olarak nitelendirilmektedir. Nitekim AİHM içtihatlarında hakların çatışması teorisine gönderme yapmıştır.³⁹⁰ Bu açıdan 8. madde özelinde, özellikle çocuğa karşı şiddet bağlamında bu tür bir çatışma ilişkisine rastlanılmaktadır. Mesela aile içinde şiddete uğrayan çocuğun, korunması amacıyla devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde içinde bulunduğu aile ortamından uzaklaştırılması gerekli olabilir. İşte böyle bir durumda çocuğu kendisinden alınan ebeveynin aile hayatına saygı hakkına bir müdahale söz konusu olacaktır. Şiddete uğrayan çocuğun “özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkı” ile çocuğunun kendisinden uzaklaştırılması ihtimali doğan ebeveynin “aile

³⁸⁷ Soering/Birleşik Krallık, 14038/88, 07.07.1989. Kil Kelly, a.g.e., s. 55.

³⁸⁸ Olsson/İsveç, 10465/83, 24.03.1988. Kil Kelly, a.g.e., s. 55.

³⁸⁹ Dudgeon/Birleşik Krallık, 7525/76, 13.03.1980, para. 52. Üzeltürk, a.g.e., s. 333-334.

³⁹⁰ Evans/Birleşik Krallık, 6339/05, 10.04.2007, para. 90; Von Hannover/Almanya, 59320/00, 24.06.2004, para. 79; Jaggi/İsviçre, 58757/00, 13.07.2006, para. 38. Öncü, a.g.e., s. 416.

hayatına saygı hakkı” çatıştığında, haklar arasında adil bir denge kurulmalıdır. Sonuçta ya çocuğun 8. madde çerçevesindeki haklarına ya da ebeveynin yine aynı hak altındaki haklarına üstünlük tanınacaktır. Belirtilmelidir ki şiddete uğrayan çocuğun, şiddet uygulayan ebeveyninden uzaklaştırılması genellikle, madde 8/2’de yer alan “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” sınırlama ölçütü temelinde meşru bulunmaktadır.³⁹¹

2.5.3.3. Taraf Devletlerin Sahip Olduğu Takdir Yetkisi

Sözleşme’nin 1. maddesinde; bu belgede yer alan hak ve özgürlükleri tanımanın öncelikle ve ilk aşamada taraflara ait bir görev olduğu belirtmektedir. Uluslararası organların yetkisi bu görevin Sözleşme normlarına uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini denetleyerek, Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına ikincil (yedek) yetki ile katılmaktır. Mahkeme 8. madde özelinde, bir müdahalenin madde 8/2 çerçevesinde yerinde olup olmadığını belirlerken taraf devlete bir takdir yetkisi bırakmıştır. Bu prensip ilk olarak, 10. madde kapsamındaki bir anlaşmazlıkla ilgili olan, ancak kararı 8. madde davaları için de aynı şekilde geçerli olan *Handyside/Birleşik Krallık Davası*’nda³⁹² oluşturulmuştur. Mahkemeye göre;

“...devletin yetkili resmi mercileri, ülkelerinin yaşamsal gerçekleriyle doğudan ve devamlı temas halinde olmaları nedeniyle, söz konusu yaşamsal koşulların gereklerinin belirgin içeriği ve bu ihtiyaca cevap teşkil edecek kısıtlama veya müeyyidenin gerekli niteliği konusunda karar vermek için uluslararası yargıçtan ilke olarak daha elverişli durumda ve yetkilidirler...”

Böylece madde 10/2 taraf devletlere belirli bir takdir yetkisi bırakmaktadır. Bu takdir yetkisi hem milli kanun koyucuya hem de yürürlükteki kanunları yorumlama ve uygulama durumunda olan adli veya diğer kurumlara verilmiştir. Ancak Mahkeme, bu öğretinin taraf devletlere sınırsız bir takdir hakkı vermediğini vurgularken Mahkemenin, devletlerin Sözleşme yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamaktan sorumlu olduğunu ifade etmiştir. Sonuçta, şikâyet konusu yapılan önlemin Sözleşme ile bağdaşır olup olmadığına, yani muhatap hükümetin, müdahaleyi meşrulaştırmak için ileri sürdüğü ispat araçlarının “uygun” ve “yeterli” olup olmadığına karar verecek merci Mahkemedir. Dolayısıyla milli takdir yetkisi, Avrupa denetlemesiyle “el ele” düşünülmelidir. Mahkeme,

³⁹¹ Öncü, a.g.e., s. 417.

³⁹² Handyside/Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976. para. 48-49. Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 146-147.

söz konusu takdir yetkisine iki temel durumda başvurmuştur: **1.** 8. maddeye yapılan bir müdahalenin, madde 8/2’de belirtilen kamu menfaati dayanağına göre yerinde olup olmadığını belirlerken. **2.** Bir devletin, bu hüküm kapsamındaki pozitif yükümlülüklerine uymak için yeterince çaba sarf edip etmediğini değerlendirirken.³⁹³

Belirtilmesi gereken bir başka konu ise milli mercilere verilen takdir yetkisinin mevcut şartlara, konuya (hakkın niteliği) ve konunun geçmişine göre değişeceği. 8. madde çerçevesinde taraf devletlere tanınan takdir yetkisinin kapsamı belirlenirken öncelikle, taraf devletlerin kanunlarının bir ortak zemini olup olmadığı göz önünde bulundurulacaktır. Ortak uygulamaların bariz olduğu durumlarda, takdir yetkisi daha az olacaktır ve söz konusu uygulamaların dışına çıkmayı açıklamak zorlaşacaktır. Diğer yandan, taraf devletler arasında ortak hukuk düşüncesinin şekillenmediği alanlarda devletlerin takdir yetkisi daha geniş olacaktır.³⁹⁴ Takdir yetkisinin kapsamı, konuya göre değişmektedir. Mesela, çocukların korunması gibi konularda söz konusu pay özellikle geniş tutulmuştur. Ayrıca Mahkeme, milli yetkililerin, milli düzeyde belirlenen hassas ve karmaşık konulara daha yakın olmaları dolayısıyla her bir davanın şartlarını daha iyi değerlendireceklerini ve en uygun çözüm yolunu belirleyebileceklerini kabul etmektedir.³⁹⁵ Bu tür durumlarda milli yetkililer, alınacak önlemlerin belirlenmesi aşamasında veya önlemler belirlendikten hemen sonra, ilgili kişilerle doğrudan temasa geçebileceklerdir. Bu sebeplerle taraf devletler, 8. maddede yer alan hakların korunması yöntemleri konusunda belirli bir takdir yetkisine sahiptir.

³⁹³ Funke/Fransa, 10828/84, 25.02.1993, para. 55; Coster/Birleşik Krallık, 24876/94, 18.01.2001, para. 104; Lustig, Prean and Beckett/Birleşik Krallık, 31417/96, 32377/96, 27.09.1999, para. 80, 81; Fadeyeva/Rusya, 55723/00, 09.06.2005, para. 102. Öncü, a.g.e., s. 42; Kilkelly, a.g.e., s. 10-11.

³⁹⁴ Rasmussen/Danimarka, 8777/79, 28.11.1984. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=93>, (28.03.2011).

³⁹⁵ Kilkelly, a.g.e., s. 56-57.

SONUÇ

Özel hayat hakkı; uluslararası hukukta “temel insan hakları”, kamu hukukunda “temel hak ve hürriyetler” özel hukukta “kişilik hakları” arasında yer alan, insanın sadece insan olması sebebiyle sahip olduğu, bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususları da barındıran, korunması gerekli görülen hayat alanı üzerindeki hakkıdır. Bu hak, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmeyi de bir dereceye kadar içermektedir. Özel hayatlarını düzenleyebilmek ve istemedikleri kişilerin algı ve müdahalelerine kapalı tutabilmek, insanlar için vazgeçilmez bir ihtiyaçtır. Nitekim teknolojik gelişmeler arttıkça bireyin özel hayatının korunması ihtiyacı ve bu yöndeki beklentisi de artmaktadır. Bu sebeple yakın çağımıza kadar anayasalarda yer aldığı pek az görülen özel hayat hakkı, artık hem ulusal hem de uluslararası alanda çokça telaffuz edilen, korunan ve kapsamı günün şartlarına göre, gerek toplum hayatı gerekse teknik alanda yaşanan değişim ve gelişmelere paralel bir şekilde sürekli genişleyen bir hak haline gelmiştir.

Özel hayat hakkı, uluslararası hukukta ilk kez İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 12. maddede yer almış, bunu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi takip etmiştir. Söz konusu hak AİHS 8. maddede “Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması” başlığı altında düzenlenmiştir. Anılan belgelerdeki dikkat çekici bir husus, özel hayat kavramıyla birlikte aile hayatı, konut ve haberleşme kavramlarının da koruma altına alınmış olmasıdır. Bunun yanında Strazburg organları özel hayata dair 8. madde çerçevesinde tüketici tanımlar vermekten özellikle kaçınmış, özel hayatın tüm unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu ifade ederek, her somut olayı kendi şartları içerisinde değerlendirmiş ve hakkın kapsamına girip girmediğini belirlemiştir. Bu noktada AİHS 8. maddede geçen haberleşme, konut, aile gibi kavramların otonom nitelikte olduğunu hatırlatmak gereklidir. Somut olayın hakkın kapsamında olduğu tespit edilirse, müdahalenin 8. maddenin ihlali olup olmadığı incelenmektedir. Bu aşamada söz konusu müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunup bulunmadığı, meşru bir amacının olup olmadığı ve demokratik bir toplumda gerekliliği değerlendirilerek, hakkın ihlal edilip edilmediği karara bağlanmaktadır. Bu bağlamda kişinin maddi manevi kişiliği, aile hayatı, adı soyadı ve

fotoğrafları üzerindeki hakları, cinsel hayatı ve tercihleri, bireye özel yerlerin aranması, evrakın aranması ve zaptı, konut dokunulmazlığının ihlali, bireyin hakkındaki kişisel verilere erişim, tıbbi verilerin gizliliği, haberleşmenin denetlenmesi gibi çeşitli konular, hakkın kapsamında değerlendirilmiştir.

Uluslararası sözleşmeler bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, özel hayat hakkına en etkin korumayı sağlayan mekanizmaya sahiptir. AİHS mekanizmasının etkinliğinin en önemli unsuru AİHM kararlarının, taraf devletler bakımından bağlayıcı olmasıdır. Bunun yanı sıra AİHS madde metinlerinden ve AİHM kararlarından anlaşılaçağı üzere, sözleşme mekanizması ikincil ve tamamlayıcı bir niteliktedir. Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakların bireylere sağlanmasında öncelikle taraf devletlere görev düşmektedir. Devletlerin başarısız olması durumunda sözleşme mekanizması devreye girmekte, bireyin hak kayıpları telafi edilmeye ve önlenmeye çalışılmaktadır. Taraf devletler, AİHM kararının gereklerini yerine getirmek amacıyla, kamu makamlarını bilgilendirme, mevzuat değişikliği, içtihat değişikliği ve yeni bir hakkın tanınması gibi tedbirler almaktadır. Taraf devletler, mahkemenin ihlali tespit eden bir kararı hakkında aldıkları tedbirlerden en önemlisi, ihlâl tekrarının önlenmesi için mevzuat değişikliği yapmasıdır.

Sözleşme taraf devletler için sadece bireylerin haklarını ihlalden kaçınma değil, aynı zamanda (özel hayata hakkının da aralarında bulunduğu) bu hakların kamusal veya özel hangi odaktan gelirse gelsin saldırılara karşı korunması için etkili kanuni düzenlemelerin yapılması ve kanuni düzenlemeyle oluşturulan koruma mekanizmasının bireyler tarafından ulaşılabilir, öngörülebilir ve işletilebilir olmasının sağlanması; ağır hak ihlallerinin ceza yaptırımına tabi olması gibi pozitif yükümlölükler de öngörmektedir. Ancak pozitif yükümlölükler taraf devletlere tanınan takdir yetkisi ve devletler arasındaki yeknesaklık göz önüne alınarak belirlenmektedir. Mesela evlat edinme hakkı gibi kimi konularda tüm taraf devletler bakımından geçerli olacak asgari standartlar oluşturmak yerine, bu hususlardaki uzlaşma eksikliğine nedeniyle taraf devletlerdeki farklı uygulamalar kabul görebilmektedir. Bununla birlikte AİHM'ye yapılan başvurular neticesinde devletin pozitif yükümlölüğünü yerine getirip getirmediğinin tespiti mühimdir. Taraf devletin yükümlölükleri konusundaki hata ve eksikliklerini saptamak, gelecekteki benzer ihlalleri önlemesi bakımından son derece önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Zaten Sözleşme'nin amacı, sadece bir ihlaller karşısında sorumlu devleti tazminat ödemeye

mahkûm etmek değil, oluşturulan içtihatlar ve emsal kararlar aracılığıyla, taraf devletlerin ikaz edilmesi suretiyle benzer ihlallerin tekrarının önlenmesi; hakkın korunmasının sürdürülebilir hale getirilmesidir.

Strazburg organlarının 8. madde çerçevesinde oluşturduğu içtihatlarda şu hususlar vurgulanabilir: Devletin, bireyin maddi ve manevi kişiliğinin korunması yönünde pozitif bir yükümlülüğü vardır. Bu başlık altında kişinin iradesine aykırı olarak yapılan her türlü bedeni ve psikolojik tıbbi müdahaleler, alkol, DNA, kan testleri ve benzeri uygulamalar yer almaktadır. Kişinin sağlığını hatta hayatını tehdit eden eylemler karşısında devletlerin aldığı zorlayıcı veya cezai önlemler bireyin özel hayatına bir müdahale teşkil etmektedir ve bu nedenle AIHS madde 8/2 altında meşrulaştırılması gereklidir. Bireyin cinsel hayatı onun cinsel kimliğini oluşturmaktadır ve bu kimliğe ilişkin herhangi bir müdahale, düzenleme kural olarak 8. maddeye bir müdahale oluşturacaktır. Şahsi kimliğin ifadesi ve bireylerin ailesiyle bağının aracı olan adın kullanımının taraf devletlerce düzenlenmesinde bir kamu yararı bulunabilirse de ad ve soyad; belirli bir dereceye kadar diğer kişilerle ilişki kurmayı da içeren özel hayat hakkı çerçevesinde korunmaktadır. Tıbbi verilerin gizliliği de özel hayat hakkının görünümlerinden birisidir. Kamu veya özel kurumlar tarafından birey hakkında, rızası dışı bilgi toplanması ve bu bilgilerin saklanıp kullanılması da özel hayat hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Yine kişinin hakkında tutulan şahsi bilgilerin bulunduğu dosyaya erişme, dosyadaki bilgilere itiraz etme bu hakkın kapsamında olan hususlardandır.

Ayrıca Strazburg organları içtihatları, özel hayat hakkının koruduğu alanın sadece bireyin özel veya giz alanıyla sınırlı olmayıp bu korumanın, meşru beklenti ilkesiyle kamuya açık alana da genişleyebileceğini göstermiştir. Özel hayatın ifade özgürlüğüne karşı korunması sık karşılaşılan sorunlardandır. Mahkeme, basın belli sınırları aşmaması gerektiğini belirtirken, kamunun menfaatini gerektiren her konuda haber ve bilgi akışının sağlanmasının da basının görevi olduğunu vurgulamaktadır. Ancak basın bilinmesinde kamu yararı bulunan ve kamunun ilgisini çeken güncel olayları, konu bağlamında gerçekleri araştırdıktan sonra kamuya aktarmalıdır. Toplumda ön plana çıkmış, kamunun ilgisini üstünde toplamış, hakkında bilgi edinme ihtiyacı duyulan kamuya mal olmuş kişiler, özellikle politikacılar, sanatçılar, sporcular özel hayatlarını diğer kişilere göre daha dar yaşayacaklardır. Ancak, kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarındaki daralma, kişinin kamuya mal olduğu zaman dilimine özgüdür. Ayrıca bir kimsenin sadece kamuya

mal olmuş bir kişi olması, onun özel ya da gizlilik alanına her müdahaleyi haklı göstermeyecektir. Müdahalenin hukuka aykırı olmaması için öncelikle öğrenilmesinde kamunun üstün bir yararının bulunması, birey ve kamu menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmuş olması gereklidir.

Aile hayatı; devletin keyfî müdahalesinden uzak tamamen özel bir alanın içindedir. AİHM aile hayatı konusunda aile düzenlerinin çeşitliliğini, boşanmanın sonuçlarını ve tıbbi gelişmeleri göz önünde bulundurarak, aile hayatı yorumuna karşı esnek bir yaklaşım benimsemektedir. Özetle aile hayatı vardır diyebilmek için bireyler arasındaki ilişkilerin “yeter düzeyde gerçek ve yakın olması” gerekmektedir. Bilinmesi gerekir ki, aile hayatına saygı hakkı, bir aile kurma hakkını güvence altına almamaktadır. Hakkın korumasından yararlanabilmek için, kural olarak hâlihazırda bir ailenin varlığı ön koşuldur. Ancak evlilik dışı çocuk ile babası arasındaki ilişki gibi potansiyel aile ilişkileri de 8. maddenin korumasından yararlanacaktır. Ayrıca aile hayatının varlığının kabulü için de, tıpkı evlilikte olduğu üzere bir erkek ve bir kadının yani karşıt cinsten kişilerin varlığı bir ön koşul olarak belirlenmiştir. Tekrar hatırlatalım ki, aile hayatının var olup olmadığı olgusal bir mesele olup, fiiliyatta yakın kişisel bağların bulunması önemlidir. Mesela bu sebeple ne kan bağının yokluğu ne de sadece genetik ilişkinin varlığı, çocuk ile ebeveyn arasında bir aile hayatının olup olmadığının tespitinde tek başına yeterlidir.

Bir çocuk ve ebeveynleri arasında, doğduğu andan itibaren ve doğumundan dolayı, ebeveynler bir arada oturmasa bile “aile hayatını” oluşturan bir bağ vardır. Bu bağlamda AİHM’ye göre bir evlilik birlikteliğinden doğan çocuk ile ebeveynleri arasındaki aile bağının, sadece istisnai şartlarda bozulabileceği unutulmamalıdır. Çocuk ve ebeveynin arasındaki aile hayatından kaynaklanan hakların başında velayet hakkı gelmektedir. Ayrılma sonrasında velayet hakkı ve çocuğun bakımı ebeveynlerden birine verildiğinde, diğer eş, aile hayatına saygı gösterilme hakkının ihlâl edildiğinden bahisle müracaatta bulunabilecektir. Bir koruma (bakım) kararı şartlar mümkün kılar kılmaz durdurulması gereken, geçici bir önlem olarak görülmelidir. Ebeveynlerin veya uygun olan durumlarda diğer aile bireyleri, kendi haklarının yeterince korunmasını sağlayacak derecede, çocuklarını ilgilendiren karar verme süreçlerine dâhil edilmelidir.

Mahkemenin Sözleşme’yi yaşayan bir belge olarak kabul edip günün koşullarına göre yorumlaması konut terimini geniş bir anlamla kabul etmesi, konuta saygı hakkının

kapsamının mekân olarak da genişlemesine imkân vermiştir. Her şeyden önce oturulan ev konut kavramının kapsamında olup, konutun kira olup olmadığı da önemli değildir. Uygun şartlarda menkul ya da gayrimenkul olsun konut kavramına kişinin hayatını idame ettirdiği karavan, çadır, otel odası gibi yerler de girebilmektedir. Kişinin özel faaliyetlerini işyeri veya eklentilerde gerçekleştirdiği durumlarda, işyerleri de 8. maddenin koruması kapsamında değerlendirilecektir. Ayrıca AİHM konuta saygı hakkının öznesi olarak tüzel kişileri de kabul etmiştir. Konutun aranması ve konuttaki eşyalara el konulması ise, tipik müdahale hallerindendir ve bu müdahalelerin madde 8/2’de belirtilen meşruluk şartlarını taşıması gerekmektedir. Mahkemeye göre konut kavramına söz konusu yerde huzur içinde keyif alarak yaşamak da dâhildir. Dolayısıyla konuta saygı hakkını, sadece fiziki alana ilişkin haklar ile sınırlamak yanlış olacaktır. 8. madde özel hayat ve konutun ses veya başka bir rahatsızlıkla ihlal edilmesine karşı koruma da sağlamaktadır.

Mahkeme çeşitli kararlarında, haberleşme kavramının sadece yazışmayı değil; aynı zamanda her çeşit yol ve araç aracılığı ile (mektup, telefon, telsiz vb.) kişiler arasında gerçekleştirilen özel nitelikteki haberleşmeyi de ifade ettiğini belirtmiştir. 8. maddenin sunduğu koruma, genellikle haberleşmenin içeriğinden çok haberleşme yol ve yöntemleriyle ilgilidir ve bu sebeple taraf devletler, mesela suç teşkil eden faaliyetlerle ilgili telefon görüşmelerinin 8. madde kapsamına girmediğini iddia edemeyecektir. İfade edilmesi gereken bir başka husus ise, haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının, haberleşmenin içeriğinden bağımsız şekilde koruma sağlamakla kalmayıp aynı zamanda korumasından yararlanmak için mekân olarak da özel meskeni veya özel alanı gerekli kılmadığıdır. Mesela, durumun özelliklerine göre, işyerinden yapılan telefon görüşmeleri de güvence altına alınmaktadır. Mahkeme, casusluk araçlarındaki teknolojik gelişmeye ve son yıllarda Avrupa’da yükselen terörizm tehdidine dikkat çekerek, haberleşmenin gizli denetimine imkân veren mevzuatın, istisnai şartlarda demokratik bir toplumda gerekli olabileceğini belirtmiştir. Ayrıca gizli denetlemeye ilişkin olarak hangi sistemin seçildiğine bakılmaksızın müdahaleyi düzenleyen kanunların, devlet yetkililerinin suiistimaline karşı yeterli güvence sistemine sahip olması gerekmektedir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Akın, İlhan F. (1968), **Temel Hak ve Özgürlükler**, İstanbul: İÜHF Yayınları.

Akıntürk, Turgut (2005), **Medeni Hukuk**, 19. Bası, İstanbul: Beta Basım A.Ş.

Aycı, Emrullah (2005), **İletişim Özgürlüğü ve Özel Hayatın Gizliliği**,
http://www.emniyet.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/45/web/makaleler/Emrullah_AYC1.htm, (19.08.2009).

Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı (2006), **İnsan Hakları**, Ankara: Başbakanlık Yayını.

Bozkurt, Enver (2003), **İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü**, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.

Demirtaş, Erkan (2004), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi ve İlgili Yargı Kararları**, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>, (14.01.2010).

Doğru, Osman (2004), **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C. II, İstanbul: Legal Yayıncılık.

----- (2008), **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C. IV, İstanbul: Legal Yayıncılık.

Donay, Süheyl (1978), **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Donnelly, Jack (1995), **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (Çev. Mustafa Erdoğan-Levet Korkut), Ankara: Yetkin Yayınları.

Dural, Mustafa ve Öğüz, Tufan (2009), **Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku**, Cilt II, 9. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Dural, Mustafa ve Sarı, Suat (2010), **Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Cilt I, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.

- Dutertre, Gilles (2005), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi Yayınları.
- Erdoğan, Mustafa (2001), **Anayasal Demokrasi**, 4. Baskı, Ankara: Siyasal Kitapevi.
- (2007), **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Ankara: Orion Yayınevi.
- Ermumcu, Osman, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Tahlili**, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>, (18.02.2010).
- Fendoğlu, Hasan T. (2007), **Milenyum Türkiye'sinde İnsan Hakları ve AB Konusundaki Açılımlar**, Ankara: Başbakanlık Yayını.
- Gemalmaz, Mehmet Semih (1991), **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika'da İnsan Hakları**, İstanbul: Kavram Yayınları.
- (2005), **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- (2010a), **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri**, C. I, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- (2010b), **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri**, C. II, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Gözler, Kemal (2000), **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa: Ekin Kitapevi.
- Gözlügöl, Said Vakkas (2002), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi**, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz (2007), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 7. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Hafizoğulları, Zeki (1997), İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakkı ve Kişilik Haklarının Korunması, **AÜHF Dergisi**, C. 46, 1-40.
- (1994), **Liberal Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı**, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>, (12.01.2011).
- İçel, Kayıhan (1990), **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul: Beta Basım A.Ş.

- Kaboğlu, İbrahim Özden (1999), **Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuki Yapısı**, 5. Baskı, İstanbul: Afa Yayınları.
- Kapani, Münci (1993), **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kılıçoğlu, Ahmet (1982), **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, Ankara: AÜHF Yayınları.
- Kilkelly, Ursula (2001), **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Sekizinci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları, Almanya: Avrupa Konseyi Yayınları.
- Kolukısa, Yunus Nadi, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Koruması**, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>, (16.02.2010).
- Korkusuz, M. Refik (1998), **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler**, İstanbul: Özrenk Matbaacılık.
- Kuçuradi, İoanna (2009), **Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları**, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/>, (15.12.2009).
- Mumcu, Ahmet ve Küzeci, Elif (2003), **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Ankara: Savaş Yayınları.
- Oğuzman, Kemal & Seliçi, Özer & Özdemir, Saibe Oktay (2010), **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 10. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Öğütçü, Muhlis, **Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar**, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-ozel/PDF/ogutcu19.pdf>, (07.01.2011).
- Öncü, Gülay Arslan (2009), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Özbudun, Ergun (1977), Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, **AÜHF 50. Yıl Armağanı**, C. I, 265-295.

- Özdemir, Kenan (2005), Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği, **Adalet Dergisi**, S. 23, 1-34.
- Özdek, Yasemin (2004), **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, Ankara: TODAİE Yayını.
- Özek, Çetin (1978), **Türk Basın Hukuku**, İstanbul: İÜHF Yayınları.
- (1999), **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, İstanbul: Alfa Basım Yayın.
- Özön, Mustafa Nihat (1979), **Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, 6. Basım, İstanbul: İnkılâp ve Aka Kitapevleri.
- Özsunay, Ergun (1979), **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 4. Baskı, İstanbul: İÜHF Yayınları.
- Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan (2006), **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Polater, Yusuf Ziya (2010), **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Sevimli, Ahmet K. (2006), **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Sencer, Muzaffer (1988), **Belgeler İnsan Hakları**, İstanbul: Beta Basım A.Ş.
- Şen, Ersan (1996), **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Korunması**, İstanbul: Kazancı Kitap A.Ş.
- Şenoğlu, Fuat (2005), **Türk Mevzuatında İnsan Hakları ile İlgili Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Normu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Tanör, Bülent (1994), **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Baskı, İstanbul: BDS Yayınları.
- Tezcan, Durmuş & Erdem, Mustafa Ruhan & Sancaktar, Oğuz (2002), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Tezcan, Durmuş & Erdem, Mustafa Ruhan & Sancaktar, Oğuz & Önok, Rıfat Murat (2009), **İnsan Hakları**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Türk Dil Kurumu (1998), **Türkçe Sözlük**, C. II, 8. Baskı, Ankara: TDK Yayını.
- Türkiye Barolar Birliği (2008), **Özel Yaşamın Gizliliği**, No.154, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Uzak, Ahmet ve Altuntaş, Mehmet (2007), **İnsan Hakları Nedir?**, Ankara: Başbakanlık Yayını.
- Ünal, Şeref (1997), **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Üzeltürk, Sultan (2004), **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, İstanbul: Beta Basım A.Ş.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi (2003), **Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Zevkliler, Aydın (1992), **Medeni Hukuk-Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku**, Ankara: Savaş Yayınları.

ÖZ GEÇMİŞ

Umut KEÇELİ, 29 Mayıs 1985 tarihinde Ordu’da doğdu. İlk ve ortaöğrenimini Ankara’da tamamladıktan sonra lise eğitimini Polis Koleji’nde, lisans eğitimini Polis Akademisi’nde aldı. İngilizce bilmektedir.