

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN
8. MADDESİ KAPSAMINDA
DIŞ GÖRÜNÜŞ TERCİHLERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Meltem YILMAZ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Oktay UYGUN

MAYIS 2019

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN
8. MADDESİ KAPSAMINDA
DIŞ GÖRÜNÜŞ TERCİHLERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Meltem YILMAZ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Oktay UYGUN

MAYIS 2019

ÖNSÖZ

Tez yazım süreci gerçekten çok fazla emek, zaman ve özveri isteyen bir süreç. Çevremde bu sürece katkıda bulunan veya bu sürecin gereklerini anlayışla karşılayan değerli pek çok kişi vardı. Tezimi hazırlamamı kolaylaştıran bu kişilere bu önsöz vasıtasıyla teşekkür etmek isterim.

Herkesten önce, beni manevi ve maddi açıdan her daim destekleyen anneme ve babama sonsuz teşekkür ederim. Çok özlemesine rağmen onu ziyaret edemeyişimi anlayışla karşılayan sevgili anneanneme ve babam rahatsızlandığında benim yerime de anneme ve babama destek olan biricik kardeşime yürekten teşekkür ederim.

Bu süreçte bana yol gösteren değerli hocalarıma da teşekkür etmek isterim. Öncelikle, zamanını benimle cömertçe paylaşan değerli danışman hocam Prof. Dr. Oktay Uygun'a teşekkür ederim. Bir yandan çalışıp bir yandan tez yazarken zamanın ne kadar kıymetli olduğunu anladığım bu dönemde değerli hocama, bana ayırdığı vakit ve gösterdiği anlayış için gerçekten minnettarım. Bu süreçte fikirlerini benimle paylaşma nezaketi gösteren Doç. Dr. Eylem Aksoy Retornaz'a, yazdığı doktora teziyle tez konuma ilham veren Dr. Öğr. Üyesi Gülay Arslan Öncü'ye, tez konumu belirlemeye çalışırken kıymetli tavsiyelerde bulunan Prof. Antonio Bultrini'ye ve tezimi bitirmem konusunda desteğini esirgemeyen Dr. Öğr. Üyesi Serçin Kutucu'ya değerli katkıları için teşekkür ederim.

Beni akademik açıdan destekleyen sevgili arkadaşlarıma da teşekkür ederim. Bu noktada özellikle; kaynakça temin etme konusunda yardımcı olan Dr. Öğr. Üyesi Irmak Erdoğan'a, Arş. Gör. İpek Karacan'a ve Fatma Cansu İşler'e; Fransızca çevirilerinde yardımcı olan Arş. Gör. Tayanç Tunca Molla'ya, büyük bir özveri ve sabırla kontrol okuması yapan Arş. Gör. Füsün Ceren Küçük'e ve sürece ilişkin pek çok sorumu her daim güler yüzle cevaplayan Arş. Gör. Selin Türkoğlu'na, Arş. Gör. Aylin Armağan'a ve Arş. Gör. Esen Aydın'a teşekkür ederim.

Tez yazmanın ne kadar emek ve özveri istediğini bilip/ tahmin edip bu süreçte onlara vakit ayıramayıp konusunda anlayışlı olan tüm arkadaş ve akrabalarıma da teşekkür ederim. Burada özellikle sevgili dostum Emine Bakar Erol'un adını zikretmek istiyorum. Hayatının önemli dönemeçlerinden birinde yanında yeteri kadar bulunamadım. Buna rağmen gösterdiği anlayış için teşekkür ederim. Ayrıca kuzenim ve meslektaşım olan Öykü Ezeli de bu süreçte ismi anılması gerekenlerden. Zaman konusunda gösterdiği anlayışın yanı sıra beni her daim yüreklendirmesi sebebiyle teşekkür ederim.

Son olarak sabahlara kadar yaptığı çizimlerle bana eşlik eden ve herkes gezerken bir tek benim ders çalıştığım fikrinden beni uzaklaştıran oda arkadaşım mimar Merve Çakır'a ve uzun kütüphane saatlerini daha güzel hale getiren sevgili sınıf arkadaşım Av. Bengi Kara'ya teşekkür ederim.



KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.g.e.	: Adı Geçen Eser
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Akt.	: Aktaran
Ame.İHS	: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi
App.	: Application
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
c.	: contre
Çev.	: Çeviren
ECHR	: European Court of Human Rights
EComHR	: European Commission on Human Rights
Ed.	: Editör
EİHB	: Evrensel İnsan Hakları Bildirisi
FBI	: Federal Bureau of Investigation
FGM	: Female Genital Mutilation
FYM	: Federal Yüksek Mahkeme
GC	: Grand Chamber
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JOPP	: Jinekoloji Obstetri Pedyatri ve Pedyatrik Cerrahi
LGBT	: Lezbiyen Gey Biseksüel Transgender
m.	: Madde
MSHS	: Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
para.	: Paragraf

s.	: Sayfa
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakóltesi
SPoD	: Sosyal Politikalar, Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği
SQS	: Suomen Queer-tutkimuksen Seuran
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UK	: United Kingdom
U.S.	: United States
v.	: versus
vd.	: ve diğerleri
Vol.	: Volume
vs.	: vesaire
WHO	: World Health Organization

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
KISALTMALAR	iv
İÇİNDEKİLER	vi
RESUME	x
ABSTRACT	xviii
ÖZET	xxv
GİRİŞ	1
BÖLÜM I	3
ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATI KORUYAN HAK	3
A. Özel Hayat Kavramı	3
1. Giriş: Kamusal Alan-Özel Alan Ayrımı	3
2. Özel Hayat Kavramını Açıklamaya Yönelik Teoriler	6
a. Giriş	6
b. Üç Alan Teorisi	6
c. Diğer Teoriler	10
B. Özel Hayatın Temel Öğeleri	12
1. Giriş	12
2. Gizlilik	13
3. Bağımsızlık	14
C. Özel Hayatı Koruyan Hak	15
1. Genel Olarak	15
2. Hakkın İsimlendirilmesi	15
3. Hakkın Temellendirilmesi	16
4. Hakkın Tarihçesi	21
5. Hakkın Uluslararası Düzeyde Korunması	24
a. Giriş	24
b. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi	25
c. İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)	26
d. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi	28

e. Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi Beyanı.....	29
f. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (San Jose Paktı).....	30
g. Diğer Uluslararası Belgeler	31
D. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Özel Hayata Saygı Hakkı.....	33
1. Giriş	33
2. Pozitif Yükümlülükler Doktrini	36
a. Giriş	36
b. Tarihsel ve Felsefi Arka Plan.....	36
c. Pozitif Yükümlülükler Doktrininin AİHS Sistemindeki Temelleri	37
d. Pozitif Yükümlülükler Doktrininin Sonuçları	38
i. Devletin Hakları Gerçekleştirme Yükümlülüğü	38
ii. Yatay Etki: Devletin Üçüncü Kişilere Karşı Koruma Yükümlülüğü... ..	39
e. Pozitif Yükümlülüklerle Aykırılık Halinde Yapılacak İnceleme	41
3. AİHS Madde 8'in Koruma Alanı	42
a. Giriş	42
b. Kimlik	43
i. Cinsel Kimlik	43
ii. Ön İsim-Soy İsmi	44
iii. Dış Görünüş	45
iv. Etnik ve Dini Kimlik.....	46
c. Fiziksel ve Zihinsel Bütünlük	47
4. Özel Hayata Saygı Hakkını Sınırlama Rejimi.....	50
a. Genel Olarak Madde 8/2.....	50
b. Madde 8/2'de Yer Alan Kriterler.....	52
i. Yasallık	52
ii. Meşru Amaçlara Uygunluk.....	54
a) Giriş	54
b) Ulusal Güvenlik.....	54
c) Kamu Emniyeti.....	55
d) Ülkenin Ekonomik Refahı.....	55
e) Suçun ya da Düzensizliğin Önlenmesi	55
f) Sağlığın ve Ahlakın Korunması	56
g) Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması	56
iii. Demokratik Toplumda Gereklilik	56
a) Giriş	56
b) Demokratik Toplumda Zorlayıcı Toplumsal İhtiyaç.....	57
c) Takdir Marjı Doktrini	58

d) Ölçülülük İlkesi	59
5. İçkin Sınırlamalar (Inherent Limitations) Doktrini	60
6. Olağanüstü Hallerde Yükümlülük Azaltma Rejimi	61
a. Giriş	61
b. Yükümlülük Azaltma Rejiminin Uygulamaya Konması.....	62
i. Bildirim Yükümlülüğü	62
ii. Savaş veya Ulusun Varlığını Tehdit Eden Başka Bir Tehlike Halinin Mevcudiyeti	63
c. Yükümlülük Azaltma Rejiminin Uygulanması	64
i. Yükümlülük Azaltma Rejiminin Zaman, Mekan ve Konu Bakımından Sınırlı Olması	64
ii. Ölçülülük.....	65
iii. Uluslararası Hukuktan Doğan Başka Yükümlülüklere Ters Düşmemek.....	65
BÖLÜM II.....	66
DIŞ GÖRÜNÜŞ TERCİHLERİNE YAPILAN MÜDAHALELERE KARŞI STRASBOURG ORGANLARI'NIN TUTUMU	66
A. Giriş.....	66
B. Kılık Kıyafete veya Saç Sakala Yönelik Yasak, Kısıtlama veya Zorunluluk Getirilmesi	70
1. Giriş	70
2. Sıradan Vatandaşlar İçin	70
3. Kamu Personeli İçin	78
4. Askerler İçin	84
5. Özel Sektör Çalışanları İçin.....	86
6. Mahpuslar İçin.....	90
7. Öğrenciler İçin.....	99
C. Bedensel Müdahale Yoluyla Yapısal Değişiklik Yapılması	103
1. Giriş	103
2. Tıbbi Müdahale Yoluyla Yapılan Değişiklikler	104
a. Giriş: Tıbbi Müdahale.....	104
b. Estetik Tıbbi Müdahaleler	111
c. Transseksüel Bireylere Yönelik Cinsiyet Değiştirme Ameliyatları	115
d. İnterseks Bireylere Yönelik Cinsiyet Atama Ameliyatları	124
e. Sünnet	128
3. Tıbbi Müdahale Niteliğinde Olmayan Estetik Müdahaleler	132
SONUÇ	137
KAYNAKÇA.....	142
MAHKEME KARARLARI.....	149

DİĞER KAYNAKLAR	154
İNTERNET KAYNAKLARI.....	154
ÖZGEÇMİŞ	156



RESUME

Dans le cadre de cette étude, les choix de l'apparence physique sont analysés dans le cadre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme régissant le droit au respect à la vie privée et familiale.

Bien que la notion de vie privée qui constitue la base de notre travail soit mentionnée dans plusieurs branches juridiques, une définition générale de ce concept n'a pas encore été effectuée. Les théories diverses sont invoquées afin de constater le contenu de la vie privée. Parmi ces théories, celle qui est acceptée par la doctrine le plus c'est la théorie des trois sphères. Il serait possible de critiquer cette théorie dans plusieurs aspects. Cependant, l'aspect dont la critique est probablement la plus nécessaire, c'est le fait que cette théorie classifie les sphères de vie en se basant sur la confidentialité et la vie privée ne contient donc pas tous les éléments.

En effet, l'élément de la vie privée qui devrait être protégé n'est pas que la confidentialité. Outre celui-ci, la vie privée possède aussi l'élément de l'indépendance. Cet élément permet de faire les choix libres et de les effectuer. C'est cet élément qui est lié à l'apparence physique.

Il existait le besoin d'un droit afin de protéger la vie privée vis-à-vis de l'Etat et des tiers. L'article intitulé "Le droit à la vie privée" rédigé par Warren et Brandeis constitue le point tournant de la protection de la vie privée dans le cadre d'un droit. Toutefois, le droit à la vie privée qu'ils considéraient comme "le droit à la solitude", s'est évolué à un point qui est tellement au-delà de l'imagination des auteurs de cet article.

Étant donné que le droit visant à protéger la vie privée est traité dans le contexte de confidentialité, les titres insuffisants comme "le droit à la confidentialité de la vie privée" et "le droit à la confidentialité" ont été évoqués. Au lieu de ces titres, cela serait plus pertinent d'utiliser les titres comme "le droit au respect de la vie privée" qui comprend l'élément de l'indépendance de la vie privée.

Alors qu'il y a eu des tentatives afin de protéger la vie privée dans les époques anciennes, la vie privée a obtenu sa valeur actuelle grâce à la modernisation et l'émergence du concept d'individu. La théorie des droits naturels, la théorie pragmatiste, le développement et la réalisation de l'être humain comme une valeur, la dignité humaine nécessitant que l'être humain est considéré comme un sujet au lieu d'un objet et l'autonomie personnelle sont des arguments justifiant le droit qui protège la vie privée. Par conséquent, l'idéologie libérale a une influence immense sur la fondation du droit qui protège la vie privée.

Au cours du 20ème siècle, la protection de la vie privée a été réglée par les textes internationaux. La CEDH étant l'un de ces documents, a créé le mécanisme le

plus développé parmi ceux qui protègent la vie privée. Ce fait résulte du mécanisme de surveillance effectif au sein de la CEDH et la procédure de la requête individuelle joue un rôle considérable à cet égard.

Le droit qui protège la vie privée a été régi dans l'article 8 de la CEDH, sous le titre "Droit au respect de la vie privée et familiale". Cet article possède une structure à deux paragraphes. Le premier paragraphe mentionne le sphère protégée dans le cadre de cet article. La vie privée est analysée sous quatre parties ; à savoir la vie privée, la vie familiale, le domicile et la communication, dans le premier paragraphe de l'article 8. La jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme qui a été abolie et de la Cour européenne des droits de l'homme, joue un rôle important afin de constater l'étendue du premier paragraphe de cet article. Selon ces organes de surveillance qui s'appellent "les organes de Strasbourg" ; la vie privée n'est pas propice à une définition complète, parce que la vie privée contient un domaine très large. C'est pour cette raison que les organes de Strasbourg n'ont pas défini la vie privée et ils ont décidé si la plainte déposée concerne la vie privée de façon casuistique. De cette manière, un champ étendu est analysé dans le cadre de la vie privée.

Le deuxième paragraphe de l'article mentionne les principes à l'égard de la limitation de ce droit. Selon ces principes, si une ingérence ne satisfait pas même l'une des trois conditions ; c'est-à-dire "la légalité", "la conformité aux buts légitimes" et "la nécessité dans une société démocratique" ; il existe une violation de ce droit. L'analyse de ces critères est effectuée dans l'ordre mentionné et en cas de constatation de non-respect d'un critère, le critère suivant n'est pas analysé. La doctrine des limitations inhérentes qui affecte la situation des individus ayant un statut particulier comme militaires et prisonniers ; et le régime de dérogation en cas d'état d'urgence permettant la non-exécution des responsabilités découlant de la Convention pourraient avoir l'influence sur la limitation de ce droit.

Quand une plainte est déposée, il existe une analyse à trois étapes. Tout d'abord, la question de savoir si le sujet de plainte se trouve dans le champ d'application du premier paragraphe de l'article 8 est répondue. Le cas échéant, on analyse s'il existe une ingérence dans le champ protégé. Si l'on considère qu'il existe une ingérence, on passe à la troisième étape dans laquelle on analyse si l'ingérence en question est conforme au deuxième paragraphe. Néanmoins, la méthode mentionnée n'est valable que dans les cas où l'Etat commet des ingérences contraires à ses obligations négatives. Or, les Etats ne possèdent pas que des obligations négatives.

La CEDH est un texte régissant les droits de la première génération qui créent les obligations négatives incombant aux Etats. Cependant, comme la doctrine des obligations positives a été acceptée ; la réalisation des droits par le biais des initiatives légales, administratives et financières et la protection de ces droits à l'encontre des ingérences des tiers sont devenues des sujets d'actualités comme des obligations de la part des Etats. Ces obligations positives présentent une importance particulière concernant le sujet de notre travail ; parce que le fait que les Etats se comportent conformément à ces obligations négatives en termes de l'apparence physique n'est pas seulement suffisant pour fournir une protection effective. Par exemple, les Etats devraient commettre des actes positifs afin que les individus

puissent subir des opérations de changement de sexe ou ils soient protégés des ingérences arbitraires de la part des tiers comme des employeurs.

Quand une violation des obligations positives est en question, une analyse similaire à l'analyse d'ingérence mais qui est différente de cette dernière, est effectuée. Il s'agit ici d'une analyse basée sur la question de savoir si l'équilibre entre les intérêts contradictoires est fondé en conformité avec le principe de proportionnalité. Il faudrait mentionner qu'il n'existe pas une méthodologie claire en termes d'obligations positives et chaque cas est traité conformément à ses propres particularités.

Devant le système de protection dans lequel nous avons brièvement exprimé la manière de fonctionnement de la CEDH, les choix de l'apparence physique sont aussi protégés dans le cadre du droit au respect de la vie privée. La protection de ces choix qui concernent l'intégrité physique et qui sont considérés comme l'expression de l'identité individuelle, consolide la conception de sujet-individu au regard du soutien de l'exercice des décisions par une personne qui concernent elle-même et contribue à la ligne entre les régimes totalitaires qui essaient de contrôler mêmes les idées des être humains et ceux démocratiques.

Il serait possible de diviser les éléments constituant l'apparence physique dans deux parties, à savoir les choix de coiffure et de vêtements ayant une influence temporaire et les interventions physiques ayant une influence plus sérieuse par rapport à ceux mentionnés dans l'autre partie, qui comprennent les interventions médicales. Il existe une jurisprudence énorme des organes de Strasbourg concernant les interdictions, les limitations et les exigences sur les choix de coiffure et de vêtements qui constituent le premier groupe. Il serait possible d'analyser cette jurisprudence en la divisant sur les catégories du sujet diverses.

Il existe deux différents arrêts de la CEDH qui traitent les choix de l'apparence physique des citoyens ordinaires dans l'espace public dans le cadre de l'article 8. L'une de ces décisions concerne une femme musulmane qui voulait porter le niqab, et l'autre concerne un homme nudiste qui voulait vivre complètement nu. Dans l'affaire *S.A.S. c. France*, qui concerne le port du niqab, une analyse basée sur le droit au respect de la vie privée est effectuée. Toutefois, l'analyse était concentrée sur l'article 9 régissant la liberté de religion. Mais dans l'arrêt, la dissimulation du visage était considérée comme une question plus importante que la connotation religieuse de ce vêtement. Dans cet arrêt, il est soulevé que "les choix personnels d'un individu concernant son apparence dans les espaces public et privé" concernent l'expression de sa personnalité et ils se trouvent donc dans la portée de la vie privée, les choix de vêtements sont aussi dans l'étendue de ce concept. L'ingérence au choix de vêtements visant la protection du "respect des exigences minimales de la vie en société" qui est considéré lié à la protection des droits et libertés des autres, a été reconnue comme légitime. Au moment de l'adoption de cet arrêt, le rôle du visage dans les interactions sociales a été pris en considération. Il est exprimé que l'autorisation de port du niqab constitue le choix de la société et les Etats possèdent une marge d'appréciation étendue.

Dans l'affaire *Gough c. Royaume-Uni* concernant un homme qui voulait toujours vivre nu n'importe où, la Cour considère que les choix personnels d'une personne à l'égard de son apparence dans les espaces public ou privé da sa volonté,

se trouvent dans la portée de la vie privée, parce que ces choix reflètent l'expression de sa personnalité ; pourtant il devrait exister un niveau minimum de sérieux pour la protection des choix de l'apparence physique dans l'espace public. À cet égard, le niveau minimum appliqué à l'article 9 a été considéré comme un exemple. Selon la CEDH, même si la plainte du requérant est supposée d'être parvenue à ce niveau-là, l'ingérence est légitime en raison des motifs invoqués durant l'analyse sur la liberté d'expression effectuée pour le même cas. Dans l'analyse au regard de l'article 10 qui protège l'expression des idées par la façon de s'habiller ou de se comporter, "les comportements anti-sociaux qui se répètent" et "qui ne sont pas conformes aux standards de comportement envers le public adoptés dans une société démocratique moderne" sont soulignés. Dans cet arrêt, une ligne est tracée entre les articles 8 et 10. À cet égard, les activités visant la satisfaction personnelle et celles ayant les buts qui ciblent le public plutôt sont différentes des unes des autres.

Les agents publics constituent une autre catégorie de sujet. Les choix de l'apparence physique des agents publics sont traités plutôt dans le cadre de l'article 9, au regard des vêtements et symboles religieux. Dans la jurisprudence à l'égard de l'article 9, quand il s'agit des ingérences visant les agents publics, les ingérences sont plus facilement justifiées par rapport à celles concernant les citoyens ordinaires. L'obligation d'impartialité qui est liée à la protection des droits et libertés des autres et nécessaire pour le maintien de service public se trouve à l'origine de cette prise de position. Il serait possible de prétendre qu'une situation similaire est également pertinente à l'égard de l'article 8.

Il existe deux arrêts de la CEDH analysant l'apparence physique des agents publics à dans le cadre de l'article 8. La Cour, dans l'affaire *Özpinar c. Turquie* traitant l'expulsion d'une juge en raison de sa vie privée, y compris ses choix de vêtements et maquillage, a déclaré qu'il y a eu une violation en précisant que les résultats des choix sur la vie privée n'étaient pas suffisamment prévisibles et les garanties minimales afin d'éviter l'arbitraire n'étaient pas fournies dans les sphères où la vie prive et celle professionnelle se croisent. La CEDH, dans l'affaire *Sodan c. Turquie* où le changement du lieu de travail d'un préfet adjoint en raison du voile de son épouse, a considéré le port du voile de l'épouse dans le cadre de la vie privée, mais l'analyse de la Cour s'est réalisée à la lumière de l'article 9. La Cour qui trouve inacceptable la prise en considération du port du voile de l'épouse qui n'existe pas dans la réglementation concernée, a déclaré qu'il y a eu une violation du droit au respect de la vie privée du requérant.

Les militaires se trouvent dans une autre catégorie de sujet. Dans le seul arrêt concernant l'article 8 qui traite l'apparence physique des militaires, il est précisé que la façon de l'expression de personnalité d'un militaire qui ne peut pas avoir la coiffure de sa volonté pourrait être affectée et ce fait pourrait être considéré comme une ingérence à la vie privée. Par contre, la Cour considère que cette ingérence est légitime en vertu du deuxième paragraphe. La requête a été donc déclarée sans fondement.

Il existe un sujet qui pourrait être élaboré concernant les militaire : le service militaire obligatoire. Il pourrait y avoir la question de l'application de l'uniforme et le rasage obligatoires. Bien que ces sujets concernent l'apparence physique, aucun arrêt traitant ces applications dans le cadre de l'article 8 n'est détecté. Au lieu de cela, il existe des décisions dans lesquelles ces applications sont analysées en vertu

de l'article 3 régissant l'interdiction de la torture, des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Quant aux employés dans le secteur privé, la protection de ces personnes à l'encontre des ingérences arbitraires de la part des employeurs est une obligation positive qui incombe aux Etats. Afin de respecter cette obligation, les Etats devraient suffisamment protéger le droit concerné en droit interne et ils devraient former l'équilibre des intérêts entre les employés et les employeurs de façon équitable. Dans la seule affaire que nous avons constatée, un employé portait des vêtements considérés féminins. Comme la demande de cet employé n'a pas été acceptée, le requérant a entamé des poursuites judiciaires et l'affaire est venue devant la Commission. Dans l'affaire *Kara c. Royaume-Uni*, il est reconnu que les employeurs ne pourraient demander aux employés que le port du casque, de la couverture hygiénique et de l'uniforme qui serait raisonnablement pertinent pour le maintien du travail. Selon la Commission, cette situation pourrait englober l'adoption d'un code vestimentaire raisonnable pour les employés étant en contact avec l'extérieur, en prenant en compte l'image de l'employeur. C'est la raison pour laquelle l'ingérence dans cette affaire n'a pas été considérée comme disproportionnée. Cependant nous critiquons cet arrêt en raison du fait que l'image de l'employeur a été favorisée de façon qui ne permet pas la création d'un équilibre des intérêts équitable par rapport à l'identité sexuelle ayant une importance particulière dans la vie personnelle.

Les prisonniers font partie d'une autre catégorie de sujet. Les applications de rasage et uniforme de prisonnier obligatoires seraient en question à l'égard de l'apparence physique des prisonniers. Ces applications sont traitées dans le cadre des articles 8 et 3. La Cour, dans l'affaire *Birzietis c. Lituanie* où l'interdiction de la barbe dans les institutions pénitenciaires, considère que cette interdiction constitue une ingérence à la vie privée. La Cour a déclaré qu'il y a eu une violation en précisant que la décision d'avoir de la barbe ou de n'en pas avoir concerne l'identité personnelle et il n'existe pas de besoin social impérieux nécessitant l'interdiction absolue de la barbe. Dans les affaires concernant l'uniforme de prisonnier, bien qu'une ingérence au droit au respect de la vie privée ait été constatée, cette ingérence a été considérée comme nécessaire pour la prévention du crime et la sécurité publique.

Concernant l'uniforme de la prison, il existe aussi les Règles pénitenciaires européennes mettant en place des standards sur la tenue des prisonniers. Néanmoins, ni ces Règles, ni les organes de Strasbourg n'interdisent l'application de l'uniforme de la prison. Cette situation démontre que l'application de l'uniforme de la prison est encore acceptée comme légitime.

La dernière catégorie de sujet est constituée par les étudiants. L'apparence physique des étudiants est traitée dans le cadre de l'article 9, au regard des symboles et vêtements religieux. Cependant, il existe aussi des arrêts dans lesquels une analyse à l'égard de l'article 8 a été effectuée. Dans les deux arrêts concernés, aucune ingérence n'a été constatée. La Commission, dans l'affaire *Stevens c. Royaume-Uni*, l'une de ces affaires qui concerne l'uniforme scolaire obligatoire, considère que l'exigence de porter l'uniforme scolaire étant limitée au campus de l'école et aux horaires scolaires ne serait pas une limitation sérieuse qui constitue une ingérence dans le sens de l'article 8. Dans l'affaire *Tığ c. Turquie* concernant l'interdiction de la barbe à l'université, étant donné que la mesure avait une portée restreinte et l'étudiant pouvait assister et compléter ses cours, la requête a été déclarée

irrecevable. Néanmoins, cet arrêt est important en raison du fait que l'apparence physique a été explicitement reconnue comme une partie de la vie privée. Mais la Commission était indécise sur le point de savoir si la barbe faisait partie à l'apparence physique.

Une autre façon de changer l'apparence physique est de commettre l'intervention physique sur le corps. Les interventions physiques sont strictement liées à l'intégrité physique protégée dans le cadre du droit au respect de la vie privée. Puisque l'article 3 de la CEDH protège aussi l'intégrité physique, il pourrait exister une concurrence entre les articles 3 et 8 dans cette matière. Il faudrait préciser que la notion de l'autonomie personnelle mentionnée dans l'interprétation de l'article 8 permet aux personnes de décider et de disposer sur leurs corps.

Une intervention médicale pourrait causer le changement d'apparence. Alors qu'il existe plusieurs éléments qui justifient les interventions médicales, il serait possible de dire que l'élément le plus important est le consentement éclairé. Quand il s'agit des enfants qui n'ont pas de pouvoir de donner leurs consentements, leurs représentants légaux ou les autres personnes autorisées par la loi pourraient donner le consentement. Pourtant, le rôle de l'enfant devrait être déterminant tant que son âge et son niveau de maturité augmente. Selon la jurisprudence de la CEDH, l'exercice d'une intervention médicale dont le non-exercice pourrait entraîner la mort à l'encontre du consentement d'une personne mentalement capable serait une ingérence à l'intégrité physique, et donc une violation de l'article 8 comme l'exercice d'une intervention médicale insignifiante sans consentement. Il serait aussi important de vouloir éviter une intervention médicale modifiant l'apparence physique que de pouvoir y accéder. Néanmoins, à cet égard, il faudrait rappeler le fait que la CEDH ne reconnaît pas de droit d'accès aux soins gratuits.

Quand il s'agit des interventions médicales modifiant l'apparence physique, il est probable que les interventions esthétiques soient en question. Il existe des discussions doctrinales concernant la question de savoir si les interventions esthétiques sans indication médicale seraient licites et la limite maximale de ces interventions qui pourraient être légalement effectuées conformément au consentement de la personne concernée. Cependant, il n'existe pas de jurisprudence pertinente devant les organes de Strasbourg. Cette situation pourrait avoir découlé du fait que les interventions esthétiques sont exercées sans obstacle juridique. À cet égard, il est discutable que les Etats parties aient des obligations de fournir l'accès pratique aux interventions esthétiques. À notre connaissance, il n'existe aucun arrêt sur ce sujet à l'égard de l'article 8. Il faudrait préciser que l'affaire *Wenerski c. Pologne* qui pourrait être pertinente, est traitée au regard de l'article 3 et aucune violation du droit n'est constatée sur ce point.

Les opérations de changement de sexe présentent une autre catégorie d'intervention médicale modifiant l'apparence physique et il existe plusieurs arrêts sur cette question. La jurisprudence sur les transsexuels pourrait être analysée dans deux groupes différents ; la jurisprudence concernant la reconnaissance de la nouvelle identité sexuelle et celle concernant l'accès pratique aux opérations de changement de sexe.

Dans l'affaire *A.P., Garçon, Nicot c. France* concernant la reconnaissance de l'identité sexuelle, il est nécessaire que le requérant puisse prouver le changement

irréversible de son apparence physique. Dans le cas d'espèce, la demande du requérant n'a pas été acceptée en raison du non-respect à la condition évoquée par la Cour. Dans son analyse, la CEDH précise que l'expression "l'apparence physique" évoque les modifications superficielles, par contre l'expression "irréversible" fait penser aux modifications plus radicales comme la stérilisation. La CEDH déclare qu'il y a eu la violation de l'article 8 en disant que l'exigence de stérilisation empêche de profiter de l'intégrité physique. Dans l'affaire *S.V. c. Italie*, le prénom du requérant qui est une femme en termes d'apparence physique et d'identité sociale n'a pas été changé depuis longtemps parce que le processus de changement de sexe n'était pas encore terminé. La violation de l'article 8 a été déclarée comme l'Etat n'a pas bien respecté ses obligations positives en raison des procédures judiciaires strictes qui ont laissé la personne concernée dans une situation anormale. Dans ces deux arrêts, l'apparence physique, malgré son rôle visible dans les affaires, est considérée comme un paramètre utilisé dans les évaluations concernant l'identité sexuelle et l'intégrité physique au lieu d'un intérêt juridique qui devrait être protégé.

Dans la jurisprudence relative à l'accès pratique aux opérations de changements de sexe, il est observé qu'il existe plusieurs obligations positives incombant aux Etats. Néanmoins, il faudrait préciser d'abord que le système de la CEDH ne reconnaît pas de droit sans réserve de subir des opérations de changement de sexe. En dépit de cela, la CEDH analysant la requête de deux requérants différents dont les demandes pour le remboursement des frais de changement de sexe ont été rejetées par les sociétés d'assurance, puis les tribunaux nationaux, a déclaré qu'il y a eu des violations de l'article 8 dans ces deux affaires. Dans l'affaire *L. c. Lituanie* étant un autre cas concernant l'accès à l'opération chirurgicale, le requérant ayant subi une opération partielle ne pouvait pas compléter le processus à cause d'une lacune juridique. La CEDH a donc décidé que l'Etat qui n'a pas adopté la réglementation pertinente pour l'accès à l'opération de changement de sexe, a commis une violation des obligations positives en vertu de l'article 8. La Cour ayant pris en compte le petit nombre des transsexuels dans ce pays-là, a recommandé l'achèvement des opérations à l'étranger et le remboursement partiel ou complet par l'Etat en tant que solution temporaire. Bien que ces arrêts ne mentionnent pas directement les choix de l'apparence physique, ils présentent une importance puisque l'obligation positive des Etats concernant l'accès à une opération modifiant l'apparence physique a été reconnue. Par contre, cela ne paraît pas possible de faire une interprétation basée sur la comparaison entre les opérations pour les transsexuels concentrées sur l'identité sexuelle et celles esthétiques n'ayant pas de lien direct avec l'identité sexuelle.

À part les opérations médicales demandées, il pourrait exister des opérations dont l'exercice n'est pas consenti. Dans ce contexte, le fait que plusieurs éléments physiologiques, y compris l'apparence, des individus intersexes sont irréversiblement modifiés généralement à un très jeune âge et à sans leur consentement, provoque des discussions en termes d'identité sexuelle et d'intégrité physique. Aucun arrêt des organes de Strasbourg étant directement lié aux intersexes n'est constaté. Pourtant, la CEDH, dans certaines affaires concernant les transsexuels, considère que l'intersexualité est une anomalie et déclare que certains intersexes devrait avoir le sexe le plus pertinent. Quand cette attitude de la CEDH et la conclusion faite l'affaire *Nielsen c. Danemark*, selon laquelle l'hospitalisation d'un enfant de 12 ans par sa mère comme représentante légale à l'encontre du consentement de l'enfant, est considérée comme l'exercice de l'autorité parentale sont analysées ensemble ; il

serait discutable de parler de la protection des intérêts des enfants intersexes par rapport à leurs apparences, même à leur identité sexuelle et intégrité physique. Par ailleurs, il est aussi possible que les individus intersexes puissent demander de subir des opérations afin d'avoir le sexe masculin ou féminin. Dans ce cas, les intersexes seraient soumis à la procédure juridique applicable pour les transsexuels.

La circoncision aussi entraîne des changements dans l'apparence physique. Alors qu'il serait théoriquement possible de créer un lien positif ou négatif entre la circoncision et les choix de l'apparence physique, il n'existe pas une telle relation dans la jurisprudence des organes de Strasbourg. Dans un petit nombre d'arrêts, la mutilation sexuelle féminine a été considérée comme une violation flagrante de l'article 3 qui nécessite un seuil de douleur plus élevé que celui prévu dans l'article 8. À propos de la circoncision masculine, il n'existe aucun arrêt constaté à part l'affaire *Témoins de Jéhovah de Moscou et autres c. Russie* qui considère que la circoncision masculine est controversée et susceptible d'être nuisible au bien-être social.

Finalement, il faudrait préciser que les modifications corporelles comme des piercings et tatouages pourraient modifier l'apparence physique. Bien qu'il n'existe aucun arrêt qui concerne directement les modifications corporelles considérées comme blessure consentie, l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* traitant le rapport sexuel sadomasochiste qui est un exemple des blessures consenties, considère que cette pratique se trouve dans le cadre de l'article 8. En dehors de cela, la Cour, dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*, considère que les actes d'une personne nuisibles à elle-même sont traités dans le champ d'application de l'article 8.

ABSTRACT

In our study, the choices as to the appearance considered in the scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights, which regulates the right to respect for private and family life.

It has not yet been made a general definition of the concept of private life, the context of our study, although it has been widely discussed in various branches of law. Several theories have been put forward to determine what private life comprises and one of these doctrines is “Three Area Theory”. It is possible to criticise this theory in many ways. However, perhaps the most criticised aspect of theory is that it classifies life spaces on the basis of confidentiality and therefore cannot cover all aspects of private life.

Indeed, privacy is not the only fact that should be protected. Besides, there is also private life’s independence which allows to make choices and apply them freely. This is in fact which is connected with the appearance.

A right for the protection of private life against both third persons and the state was needed. “Right to Privacy” article of Warren and Brandeis, considered as at the milestone of the protection of private life within the scope of a right. However, “right to be let alone”, which they see as right to private life has evolved far beyond this at the present.

Since the right that protect private life are generally considered in terms of confidentiality, insufficient titles such as “confidentiality of privacy”, “right to privacy” are used. Instead, it shall be accurate to use titles such as “right to respect for private life” which includes the independency of private life.

Although it was tried to protect private life even in very old times, private life has reached its present meaning and importance by modernisation and the concept of individual. Natural rights theory, pragmatist theory, the self-improvement and realisation of the human being as a value, human dignity, which require human to be in the position of the subject and not the object, and personal autonomy have been used as an argument in the foundation of the right to protect private life. Therefore, liberal ideology has been very effective in the foundation of the right to protect private life.

The right to protect private life has been included in international documents in the 20th century. With one of these documents, ECHR, it has been constructed the most developed mechanism which protects human rights. ECHR’s control mechanism causes this and in respect thereof, the individual application plays an important role.

In ECHR, right to protect private life is arranged in the Article 8, titled “Right to Respect for Private and Family Life”. This clause, has two paragraphed structure. In first paragraph, the protected sphere is included. In Article 8, first paragraph, private life has been divided in four main sections: private life, family life, house and communication. Determining the coverage of the first paragraph, abolished European Commission of Human Rights and the European Court of Human Rights’ jurisprudence play an important role. With regard to this auditing body, also known as Strasbourg Bodies, private life is not convenient for complete definition because private life comprises a very large area. For this reason, Strasbourg Bodies did not make definition of private life, and decided with caustic method whether the complaints included in the scope of private life or not. In this way, very large area has been included.

In the second paragraph of the Article, the principles of limiting the right are explained. An interference accordingly, if it does not satisfy one of the requirements of legality, convenience to legitimate purposes and necessity in the democratic society, it has been concluded that the right is violated. The examination of the criteria is carried out in the order given and if it is determined that a criteria has not been fulfilled, the next step is not proceeded. The doctrine of inherent limitations that affect certain persons, such as soldiers and prisoners, through the jurisprudence and the state of emergency restriction regime, which allows the State Party to fail to fulfil its obligations under the Convention provided that it complies with certain criteria, may be effective in limiting the right.

In case of a complaint, a three-stage examination is made. First of all, it is determined whether the subject of complaint is included in the scope of the first paragraph of Article 8. If it is, it is examined whether there is interference to this protected sphere. If it is concluded that the interference exists, by proceeding to third stage, an assessment is made for whether the interference was justified under the second paragraph. However, the aforementioned method applies to the interferences of the state in violation of its negative obligations. However, the state does not have only negative obligations.

The ECHR is a text that regulates first generation rights that impose negative obligations on states. However, with the adoption of the doctrine of positive obligations, the legal, administrative or financial steps for the realisation of the rights and the protection of rights from the interference of third parties have come to the fore. This positive obligations are important for our subject because the fact that state respects its negative obligations in terms of personal choices as to appearance is insufficient to provide effective protection. For example, states should act positively to provide for actual access to gender reassignment surgeries or for protection against arbitrary interference by third parties, such as employers.

In case of non-compliance with positive obligations, an examination similar to interference examination but not the same, is held. The purpose of this study is to examine whether the balance between competing interests is established in accordance with the principle of proportionality. It should be remarked that there is no clear method for positive obligations and it is resulted according to the concrete characteristics of each case.

In the protection system, which we briefly explain how the ECHR works, choices as to the appearance are protected under the right to respect for private life. The protection of these choices, which are related to physical integrity and accepted as the expression of personality, reinforces the existing subject-individual understanding in order to make decisions about one's self and reinforce its application, and contributes to the line between totalitarian regimes trying to control people until they reach their ideas and democratic ones.

It is possible to divide the elements forming the appearance as changes may be considered as superficial, such as hair, beard and clothes, and physical interventions which have more serious effects on the body than the other group and which include medical interventions. There are many Strasbourg Body jurisprudences on the prohibitions, restrictions and obligations subject of choices of hair, beard and clothes which forms the first group. It is possible to examine these by dividing into various categories of subjects.

There are two different ECHR judgements that examine the choices of ordinary citizens in the public sphere in terms of Article 8. One of them is a Muslim woman who wants to wear a veil, the other is a nudist man who wants to walk naked. In *S.A.S v. France* which is about veil, the right to respect for private life was examined but it has been remarked Article 9 that about religious freedom. However, in this judgment, it is attributed the importance of hiding the face, not the religious connotation of the dress.

It is stated in the judgment that “*personal choices as to an individual's desired appearance, whether in public or in private places*” are related to the expression of their personality, and that the clothing choices are included in this scope. However, in order to maintain respect to the minimum requirements of the coexistence, which is considered as linked to the protection of the rights and freedoms of others, the interference in the choice of clothes was considered legitimate. It is taken into consideration the role that face plays in social interaction while making this judgment. It is stated that it is a preference of the society whether or not to allow the veil and the states have a wide discretion in this regard.

In the *Gough v. The UK* judgment, relating to a nudist man who wished to be naked always and everywhere, the Court considers that the individual's personal choices in relation to the appearance he desires in the public or private sphere are included in the scope of private life as it relates to the expression of his personality but it is stated that there must be a minimum level of seriousness in order to preserve choices of appearance in the public sphere. The minimum level applied to Article 9 is shown as an example. According to ECHR, even if the applicant's complaint is considered to have reached this level, the interference is justified by means of the justification related to freedom of expression for the same case. In the analysis of Article 10, which protects the expression of ideas through the way of dressing and behaviour, it was pointed out “*conduct which goes against the standards of accepted public behaviour in any modern democratic society*” and repetitive antisocial behaviour. In this judgment, a limit was drawn between Articles 8 and 10. According to this, activities with the purpose of personal fulfilment and by surpassing this, activities for the public purposes are different from each other.

Public servants are constitute another category of subjects. On the basis of the appearance of the public servants, mostly, in terms of religious dress and symbol considered under the title of Article 9. In the case of public servants in Article 9 jurisprudence, the interferences were more easily legitimised than ordinary citizens. This is based on the protection of the rights and freedom of others and the duty of impartiality. A similar situation can be said to be valid in terms of Article 8.

It has been determined two ECHR judgments which examined appearance of public servants regarding Article 8. In the case of *Özpınar v. Turkey* concerning the expulsion of the judge because of their private life, including clothing and make-up preferences, the Court stated that the results of the election of private life were not sufficiently predictable and that the minimum assurances were not provided at the intersection of private and professional life. In the case of *Sodan v. Turkey*, which is about the changing place of duty of a deputy governor because of his wife's turban, the ECHR assessed her turban in the context of private life, and conducted the examination in the light of Article 9. The ECHR, which did not accept the consideration of the wife's turban which is not an element of related the regulations as a justified approach, decided that the applicant's right to respect for private life had been violated.

In another subject category, there are soldiers. The only Article 8 decision on the appearance of soldiers is the case of *Sutter v. Switzerland*. In the case it is stated that the expression way of the personaliy of soldier who could not cut his hair as he wanted could be affected negatively and it could be accepted as an interference to private life. However it is stated that the interference would be justified under the second paragraph. The application was decided manifestly ill-founded.

There is another issue that can be dealt with in the military question: compulsory military service. When it comes to compulsory military service, compulsory uniforms and compulsory shaving may come to the fore. Although it concerns the appearance, no decision was taken to address these practices in terms of Article 8. Instead, there are jurisprudence on Article 3 of the ECHR, which is about prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment.

When it comes to private sector employees, it is the state's positive obligation to protect them against arbitrary interference by the employer. In order to fulfil this obligation, the state should adequately protect in domestic law and establish a balance between the employer and employee in a fair manner. In the only case that we can determine about our subject, the male worker is wearing clothes that are considered as women's clothes in the workplace. Upon being prevented from doing so, the applicant had resorted to legal remedies. Then the case was reflected to the EComHR. In *Kara v. The UK* decision, it was accepted that reasonably related to the type of work, the employee could be required to wear a helmet, hygienic cover and uniform. According to the EComHR, this situation may include the fact that employees who communicate with the outside are subject to a reasonable outfit arrangement taking into account the image of the employer. Therefore, the interference in the incident was not disproportionate. However, this decision has been criticised by us because of the fact that the Commission has given weight to the image of the employer unfairly against the gender identity, which is of great importance in the person's life.

Another subject category is prisoners. When it comes to the appearance of prisoners, compulsory shaving and prison uniform practices come to the fore. These practices are approached in regard to Article 8 and Article 3. In the case of *Birzietis v. Lithuania* which is about the beard prohibition in prison, ECHR has accepted this prohibition as an violation of private life. The court found that the decision whether grow a beard, or not was related to the expression of personality and individual identity, and that there was no compelling social need which necessitated absolute prohibition on beard. Despite the interference with the right to respect for private life in cases involving prison uniforms, these interferences were deemed necessary for the prevention of crime and for public safety.

There is also the European Prison Rules, which set standards for prisoners' clothes. However, neither these rules nor the Strasbourg Body jurisprudences prohibit the practice of prison uniforms. This shows that prison uniform practice in the ECHR system is still considered legitimate.

The last subject category is students. The appearance of the students is generally considered in terms of religious symbols and clothing in Article 9. However, there are also decisions in which Article 8 has been examined. No interference was found in both of the decisions. One of these decisions is *Stevens v. The UK*. The EComHR decided that the uniform requirement limited to the school hour and the campus, was not so serious as to interfere with Article 8. In the case of the *Tiğ v. Turkey* for the prohibition on beard in the university, the decision was made for inadmissibility as the measure was narrow and the student had the opportunity to attend and complete the school. However, this decision is important because it clearly acknowledges that physical appearance is part of private life. However, in this decision the EComHR was undecided as to whether or not the beard was an element of the physical appearance.

One way to make changes in appearance is to get physical intervention with the body. Physical interventions are closely related to the physical integrity protected under the right to respect for private life. The competition of Article 3 and 8 can be seen in this area because Article 3 of the ECHR protects the physical integrity. It should be noted that the concept of personal autonomy used in the interpretation of Article 8 allows the individual to make choices about his/her body and use it.

A medical intervention may cause changes in appearance. Although there are many elements that make medical interventions compatible with law, it can be said that the most important of them is enlightened consent. In the case of children who are not authorised to give consent, their legal representatives or other persons referred by the law may consent. However, as the age and maturity of the child increase, child should be decisive in decision. According to ECHR jurisprudences, The implementation of a unimportant medical intervention without consent, as well as the implementation of a medical intervention that can lead to death if not applied, to the person who is responsible for the consent, constitutes an interference with the physical integrity and therefore Article 8. The desire to avoid an image-modifying medical intervention in terms of appearance is as important as accessing it. It should be noted, however, that ECHR does not recognise the right to free medical treatment.

Perhaps the first to come to mind in terms of medical intervention that changes the appearance is aesthetic medical interventions. There are discussions in

the doctrine on which aesthetic medical interventions, which do not contain indications, are legal and that the person can use it up to which point. However, it could not be determined any Strasbourg Body jurisprudence which had been addressed directly this case. This may be due to the fact that aesthetic medical interventions are practically carried out without any legal obstacles. It can also be argued whether the States parties have obligations to ensure the actual access to aesthetic medical interventions. As far as we can determine, there is not any Article 8 decision about this case. It should be noted at this point that the *Wenerski v. Poland* judgment, for which may be relevant, was addressed in respect of Article 3 and that no violation of the right was found in the judgment.

Another type of medical intervention that affects the appearance is the gender reassignment surgery and there are many judgments about that case. It is possible to divide the case of transsexuals into two: those relating to the legal recognition of the new gender identity, and those actually on access to gender reassignment surgeries.

In the case of *A.P., Garçon, Nicot v. France* on the legal recognition of gender identity, the applicant must prove that applicant has altered appearance irreversibly to recognise new gender identity. In this case, the applicant's request was rejected as failing to meet this requirement. ECHR, in its examination, stated that notion of the appearance evokes the superficial changes and the notion of irreversible evokes more radical conversions, like infertility. ECHR concludes that there has been a violation of Article 8 by stating castrating requirement is an obstacle to exploiting physical integrity. In the case of *S.V. v. Italy*, the name of the person who is a woman in terms of physical appearance and social identity has not been changed for a long time due to the fact that she has not completed her gender reassignment process. It has been concluded that there has been a violation of Article 8 on account of the violation of the State's positive obligations due to strict judicial proceedings which left the person in an abnormal position. In these two judgments, Despite the apparent role in the cases, the appearance is not used as a legal interest to be protected, but as a parameter used in evaluations of gender identity and physical integrity.

It has been observed that many positive obligations have been imposed on states in judgments on actual access to gender reassignment surgeries. However, firstly, it should be noted that the ECHR system does not have the right to an unconditional gender reassignment surgery. However, the Court found that there had been a violation of Article 8 in both cases, which had been requested to be covered by the health insurance companies, and had applied to the national courts when these requests had been rejected and had examined two different applications where their requests had not been also met. Another case of access to surgery, *L. v. Lithuania*, the applicant, who had partial surgery, could not complete the process due to a legal gap. The ECHR found that the State which did not make arrangements concerning access to gender reassignment violated the positive obligations of Article 8. Considering the small number of transgender people in the country, the Court, as a temporary solution, recommended that the operations be completed abroad and the costs should be partially or completely covered by the state. Although these judgments do not refer to appearance choices, it is important for the states to have positive obligation for access to an operation that gives rise to change of appearance. However, it is next to impossible to make comparative interpretation among the

aesthetic surgeries that generally have no direct relation to the gender identity and surgeries intended for transsexuals which is directly related to gender identity.

As much as medical interventions that desired, the undesired one's can be in question. In this context, it causes controversy in terms of gender identity and physical integrity that changing irreversibly many of the physiological features of the intersex individuals, including their appearance, at a very young age, without their consent, often to be seen in the normal accepted gender, although often there is no medical necessity. Any direct judgment related to intersexuals of the Strasbourg Bodies could not be determined. However, in some judgments regarding transsexuals, ECHR accepted intersexuality as an anomaly and declared that some intersexuals should reassign to the most appropriate gender. With the jurisprudence of the Court in this aspect, it can be said that the protection of gender identities and physical integrity of the intersex minors is disputable when this evaluated with the case of *Nielsen v. Denmark* jurisprudence which considers the mother's, who is a legal representative, putting her of 12-year-old child in a psychiatric clinic as parental right, contrary to the consent of the child. On the other hand, there is a possibility that intersex individuals may want to undergo surgery to pass the gender of women or men. In this case, intersexuals shall be subject of the legal process for transsexuals.

Circumcision also changes the appearance. While, theoretically, it is possible to find connection positive or negative between circumcision and appearance choices, there is not any relation regarding this subject in Strasbourg Bodies jurisprudence. From few case-related judgments, it is concluded that female genital mutilation is undisputedly a violation of Article 3 which looks for a higher threshold of violence. In case of boy circumcision, no judgment could be determined other than the judgment of *Jehova's Witnesses of Moscow and Others v. Russia* which describes the application as harmful effect to well being and as contentious.

Lastly, it should be stated that the appearance can be changed by body modifications, such as piercing and tattoo which are not considered as medical interventions. Although it was not determined any judgment regarding the body modifications which is kind of injury based on consent, it can be said that these are included in the scope of Article 8 by favour of the judgment of *Laskey, Jaggard and Brown v. The UK*, which is an example of injury based on consent and which is about sadomasochistic sexual relations. Moreover, according to *Pretty v. The UK* judgment, the actions of a person that may harm him/her physically are included in scope of Article 8.

ÖZET

Çalışmamızda dış görünüş tercihleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi kapsamında ele alınmıştır.

Çalışmamızın bağlamını oluşturan özel hayat kavramı çeşitli hukuk branşlarında çokça ele alınmasına rağmen bu kavramın genel geçer bir tanımı halen yapılamamıştır. Özel hayatın neyi kapsadığını tespit etmek için çeşitli teoriler de ileri sürülmüştür. Bunlardan doktrinde en çok yer verileni “Üç Alan Teorisi”dir. Bu teoriyi birçok açıdan eleştirmek mümkündür. Ancak teorinin belki de en çok eleştirilmesi gereken yönü hayat alanlarını gizliliği temel alarak sınıflandırması ve bu sebeple özel hayatı tüm yönleriyle kapsayamamasıdır.

Gerçekten de özel hayatın korunması gereken tek unsuru sadece gizlilik değildir. Bunun yanında, özel hayatın bağımsızlık ögesi de bulunmaktadır. Bu öge serbestçe seçimler yapıp bunları uygulamaya imkan verir. Dış görünüşle bağlantılı olan da esasında bu ögedir.

Özel hayatın hem üçüncü kişilere hem de devlete karşı korunması için bir hakka ihtiyaç duyulmuştur. Özel hayatın bir hak kapsamında korunmasının dönüm noktasında Warren ve Brandeis'in yazdığı “Mahremiyet Hakkı” isimli makale yer almaktadır. Ancak onların “yalnız kalma hakkı” olarak gördükleri özel hayat hakkı günümüzde bunun çok ötesine evrilmiştir.

Özel hayatı koruyan hak genellikle gizlilik açısından ele alındığından, bu hak için “özel hayatın gizliliği hakkı”, “mahremiyet hakkı” gibi yetersiz başlıklar kullanılmıştır. Bunların yerine özel hayatın bağımsızlık ögesini de kapsayan “özel hayata saygı hakkı” gibi başlıkların kullanılması daha isabetli olacaktır.

Çok eski dönemlerde dahi özel hayat korunmaya çalışılmış olsa da özel hayatın bugünkü anlam ve önemine ulaşması modernleşmeyle ve bireyin ortaya çıkışıyla mümkün olmuştur. Doğal haklar teorisi, faydacı teori, bir değer olarak insanın kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi, insanın nesne değil özne konumunda olmasını gerektiren insan onuru ve kişisel özerklik özel hayatı koruyan hakkın temellendirilmesinde argüman olarak kullanılmıştır. Dolayısıyla özel hayatı koruyan hakkın temellendirilmesinde liberal ideoloji çokça etkili olmuştur.

Özel hayatın korunması gereksinimi karşılığını 20. yüzyılda uluslararası belgelerde bulmuştur. Bu belgelerden biri olan AİHS ile insan haklarını koruyan mekanizmalar içinde en gelişmiş kurulmuştur. Buna AİHS'in etkili denetim mekanizması yol açmakta ve bu hususta bireysel başvuru usulü önemli rol oynamaktadır.

AİHS’te özel hayatı koruyan hak “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” başlıklı 8. maddede düzenlenmektedir. Bu madde iki paragraflı bir yapıya sahiptir. İlk paragrafta madde kapsamında korunan alana yer verilmiştir. 8. maddenin ilk paragrafında özel hayat; özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme olmak üzere dört ana bölüme ayrılmıştır. Maddenin ilk paragrafının kapsama alanının tespitinde mülga Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatları önemli rol oynamaktadır. Strasbourg Organları olarak da isimlendirilen bu denetim organlarına göre özel hayat eksiksiz bir tanıma elverişli değildir. Çünkü özel hayat çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu sebeple Strasbourg Organları özel hayatın tanımını yapmayıp önlerine gelen şikayetin özel hayat kapsamında yer alıp almadığına karar vermişlerdir. Bu suretle çok geniş bir alan özel hayatın kapsamına girmiştir.

Maddenin ikinci paragrafında hakkın sınırlandırılmasına ilişkin prensiplere yer verilmektedir. Buna göre bir müdahale ikinci paragrafta yer alan “yasallık”, “meşru amaçlara uygunluk” ve “demokratik toplumda gereklilik” şartlarından birini bile sağlamıyorsa hakkın ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Kriterlerin incelemesi verilen sırayla yapılmakta ve bir kriterin yerine getirilmediğinin tespit edilmesi halinde bir sonraki aşamaya geçilmemektedir. İçtihatlar yoluyla oluşturulmuş olan ve asker, mahpus gibi bazı statüdeki kişileri etkileyen içkin sınırlamalar doktrini ile olağanüstü hallerde taraf devletin, bazı kriterlere uymak şartıyla, Sözleşme’den kaynaklanan sorumluluklarını yerine getirmemesine imkan veren olağanüstü hal sınırlama rejimi de hakkın sınırlandırılmasında etkili olabilmektedir.

Bir şikayet söz konusu olduğunda belli bir yöntem izlenerek inceleme yapılmaktadır. Öncelikle şikayetin konusunun madde 8’in ilk paragrafının kapsamına girip girmediği tespit edilmektedir. Kapsam dahilindeyse korunan bu alana müdahalenin söz konusu olup olmadığı incelenmektedir. Müdahalenin var olduğu kanaatine varılırsa son aşamaya geçilerek müdahalenin ikinci paragraf uyarınca haklı olup olmadığı değerlendirilmesi yapılmaktadır. Ancak bahsi geçen metot devletin negatif yükümlülüklerine aykırı olarak gerçekleştirdiği müdahaleler için geçerlidir. Oysa devletin sadece negatif yükümlülükleri bulunmamaktadır.

AİHS devletlere negatif yükümlülükler yükleyen birinci kuşak hakları düzenleyen bir metindir. Ancak pozitif yükümlülükler doktrininin benimsenmesiyle devletler bakımından yasal, idari veya mali adımlar atarak hakları gerçekleştirme ve hakları üçüncü kişilerin müdahalesinden koruma yükümlülüğü gündeme gelmiştir. Bu pozitif yükümlülükler konumuz açısından önem arz etmektedir. Zira dış görünüş tercihleri bakımından devletin negatif yükümlülüklerine riayet etmesi, bir başına, etkin bir koruma sağlamada yetersiz kalmaktadır. Örneğin, bireylerin cinsiyet değiştirme ameliyatlarına erişebilmeleri yahut işveren gibi üçüncü kişilerin keyfi müdahalelerine karşı korunmaları için devletin pozitif edimde bulunması gerekmektedir.

Pozitif yükümlülüklerle aykırılık söz konusu olduğunda müdahale incelemesine benzer olan ve fakat onunla aynı olmayan bir inceleme yapılmaktadır. Burada yapılan, karşılıklı menfaatler arası dengenin ölçülülük ilkesine uygun olarak kurulup kurulmadığının incelenmesidir. Belirtmek gerekir ki, pozitif yükümlülükler konusunda açık bir metot bulunmamakta olup her olayın somut özelliklerine göre sonuca ulaşılmaktadır.

AİHS'in nasıl işlediğini kısaca anlattığımız koruma sisteminde özel hayata saygı hakkı kapsamında dış görünüş tercihleri de korunmaktadır. Fiziksel bütünlükle de ilgili olan ve kişiliğin ifadesi kabul edilen bu tercihlerin korunması, kişinin kendisi ile ilgili kararlar alıp uygulamasını desteklemesi bakımından mevcut özne-birey anlayışını pekiştirmekte ve insanları fikirlerine varana kadar kontrol etmeye çalışan totaliter rejimlerle demokratik olanların arasındaki çizgiye katkı sunmaktadır.

Dış görünüşü şekillendiren unsurları, daha yüzeysel etkili sayılabilecek olan saç sakal ve kılık kıyafet seçimleri ile bedene diğer gruba nazaran daha ciddi etkileri olan ve tıbbi müdahaleleri de içine alan bedensel müdahaleler olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan ilk grubu oluşturan saç sakal ve kılık kıyafet tercihleri için getirilen yasak, kısıtlama ve zorunlulukları konu alan pek çok Strasbourg Organı içtihadı bulunmaktadır. Bunları çeşitli özne kategorilerine ayırarak incelemek mümkündür.

Sıradan vatandaşların kamusal alandaki dış görünüş tercihlerini madde 8 açısından inceleyen iki farklı AİHM kararı söz konusudur. Bunlardan biri peçe takmak isteyen Müslüman bir kadına, diğeri ise çıplak gezmek isteyen nüdist bir erkeğe ilişkindir. Peçeyi konu alan *S.A.S v. Fransa* kararında özel hayata saygı hakkı incelemesi yapılmış ve fakat bu incelemede din özgürlüğünü konu alan madde 9'a ağırlık verilmiştir. Ancak kararda kıyafetin dini çağrışımına değil, yüzü gizlemesine önem atfedilmiştir. Kararda bireyin "kamusal ya da özel alanda nasıl görünmek istediğine ilişkin şahsi tercihlerinin" kişiliğinin ifadesi ile ilişkili olması sebebiyle özel hayat kapsamına girdiği, kıyafet tercihlerinin de bu kapsamda yer aldığı ifade edilmiştir. Ancak başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ile bağlantılı kabul edilen "birlikte yaşamın asgari gerekliliklerine saygı"nın muhafazası amacıyla kıyafet tercihi yapılan müdahale meşru kabul edilmiştir. Bu karar verilirken yüzün toplumsal etkileşimde oynadığı rol dikkate alınmıştır. Peçeye izin verip vermemenin toplumun bir tercihi olduğu ve devletlerin bu konuda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir.

Her yerde ve her zaman çıplak olmak isteyen nüdist bir erkeğe ilişkin olan *Gough v. Birleşik Krallık* kararında ise Mahkeme, kişinin kamusal veya özel alanda arzu ettiği dış görünüşüne ilişkin kişisel tercihlerinin kişiliğinin ifadesine ilişkin olması sebebiyle özel hayatın kapsamına girdiğini ve fakat kamusal alandaki dış görünüş tercihlerinin korunması için asgari bir ciddiyet seviyesinin mevcut olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu konuda madde 9'a uygulanan asgari seviye örnek gösterilmiştir. AİHM'e göre başvurunun şikayetinin bu seviyeye ulaştığı varsayılsa dahi aynı olay için yapılan ifade özgürlüğü incelemesinde yer verilen gerekçeler dolayısıyla müdahale haklıdır. Giyiniş şekliyle ve davranış yoluyla fikirlerin açıklanmasını da koruyan madde 10 bakımından yapılan analizde "modern demokratik toplumda benimsenmiş olan kamuya açık davranış standartlarına uymayan" ve "tekrar eden anti-sosyal davranışlara" işaret edilmiştir. Bu kararda madde 8 ile madde 10 arasına da bir sınır çekilmiştir. Buna göre kişisel tatmin amacını taşıyan aktiviteler ile bunu aşarak kamuya yönelik de amaçlar taşıyan aktiviteler birbirinden farklıdır.

Diğer bir özne kategorisini kamu personeli oluşturmaktadır. Kamu personelinin dış görünüş tercihleri esasında çoğunlukla dini kıyafet ve sembol açısından madde 9 başlığı altında ele alınmıştır. Madde 9 içtihatlarında kamu

personeli söz konusu olunca müdahaleler sıradan vatandaşlara göre daha kolay meşrulaştırılmıştır. Bunun temelinde başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ile bağlantılı olan ve görev gereği taşınan tarafsızlık yükümlülüğü yer almaktadır. Benzer durumun madde 8 açısından da geçerli olduğu söylenebilir.

Kamu personelinin dış görünüşünü madde 8 açısından ele alan iki adet AİHM kararı tespit edilmiştir. Bir hakimin giyim ve makyaj tercihleri de dahil olmak üzere özel hayatı sebebiyle meslekten ihraç edilmesini konu alan *Özpınar v. Türkiye* başvurusunda Mahkeme, özel hayata ilişkin tercih sonuçlarının yeteri kadar öngörülebilir olmadığını ve özel hayatla meslek hayatının kesiştiği noktalarda keyfiyeti önleyecek asgari güvencelerin sağlanmadığını ifade ederek ihlal kararı vermiştir. Bir vali yardımcısının görev yerinin eşinin türbanı nedeniyle değiştirilmesi şikayetini konu alan *Sodan v. Türkiye* başvurusunda ise AİHM; eşin türbanını özel hayat kapsamında değerlendirmiş, bununla birlikte incelemeyi madde 9 ışığında yapmıştır. İlgili yönetmelikte yer almayan bir unsur olan eşin türbanının dikkate alınmasını haklı bir yaklaşım olarak kabul etmeyen AİHM, başvurucunun özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Diğer bir özne kategorisinde ise askerler bulunmaktadır. Askerlerin dış görünüşü ile ilgili tek madde 8 kararı olan *Sutter v. İsviçre* kararında saçını istediği tarzda kestiremeyen askerin kişiliğini dışa vurma yolunun olumsuz etkilenebileceği ve bunun özel hayata müdahale kabul edilebileceği belirtilmekle birlikte müdahalenin ikinci paragraf uyarınca haklı kabul edileceği ifade edilmiştir. Başvuru açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur.

Askerler bahsinde ele alınabilecek bir mesele daha vardır: zorunlu askerlik. Zorunlu askerlik ile zorunlu üniforma ve zorunlu tıraş uygulaması gündeme gelebilmektedir. Dış görünüşü ilgilendirmesine rağmen, bu uygulamaları madde 8 açısından ele alan bir karar tespit edilememiştir. Bunun yerine bunları işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele veya ceza yasağını konu alan AİHS madde 3 bakımından ele alan içtihatlar söz konusudur.

Özel sektör çalışanlarına gelince, bu kişileri işverenin keyfi müdahalelerine karşı korumak devletin pozitif yükümlülüğü dahilindedir. Bu yükümlülüğü yerine getirebilmek için devlet ilgili hakkı iç hukukta yeteri kadar korumalı ve işveren-çalışan arasındaki menfaat dengesini adil bir şekilde kurmalıdır. Konumuza ilişkin tespit edebildiğimiz tek vakada erkek çalışan işyerinde kadın kıyafeti olarak kabul edilen kıyafetler giymektedir. Buna engel olunması üzerine başvuran yasal yollara başvurmuştur. Sonrasında olay AİHK'e aksetmiştir. *Kara v. Birleşik Krallık* kararında işin türüyle makul şekilde ilgili olarak çalışandan baret, hijyenik örtü ve üniforma giymesinin talep edilebileceği kabul edilmiştir. AİHK'e göre bu durum dışarıya iletilişime geçen çalışanların, işverenin imajı dikkate alınarak, makul bir kıyafet düzenlemesine tabi tutulmasını da kapsayabilecektir. Bu sebeple olaydaki müdahale orantısız bulunmamıştır. Ancak bu karar, Komisyon'un kişinin hayatında büyük önemi haiz olan cinsel kimliği karşısında işverenin imajına menfaatler arası adil dengenin tesisine elvermeyen bir şekilde ağırlık vermiş olması sebebiyle tarafımızca eleştirilmiştir.

Diğer bir özne kategorisi ise mahpuslardır. Mahpusların dış görünüşleri söz konusu olunca zorunlu tıraş ve cezaevi üniforması uygulamaları gündeme gelmektedir. Bu uygulamalar hem madde 8 hem de madde 3 bakımından ele

alınmaktadır. Cezaevinde sakal yasağının şikayet konusu yapıldığı *Birzietis v. Litvanya* başvurusunda AİHM, bu yasağı özel hayata müdahale kabul etmiştir. Mahkeme, sakal uzatıp uzatmama kararının kişiliğin dışavurumuyla ve bireysel kimlikle ilişkili olduğunu ve mutlak sakal yasağını gerektirecek zorlayıcı toplumsal ihtiyacın olayda söz konusu olmadığını ifade ederek ihlal kararı vermiştir. Cezaevi üniformasına ilişkin vakalarda da özel hayata saygı hakkına müdahale tespit edilmesine rağmen bu müdahaleler suçun önlenmesi ile kamu güvenliği için gerekli kabul edilmiştir.

Cezaevi kıyafeti bahsinde tutuklu ve hükümlülerin kıyafetlerine ilişkin standartlar getiren Avrupa Hapishane Kuralları da söz konusudur. Ancak ne bu kurallar ne de Strasbourg Organı içtihatları cezaevi üniforması uygulamasını yasaklamaktadır. Bu durum AİHS sisteminde cezaevi üniforması uygulamasının hala meşru kabul edildiğini göstermektedir.

Ele aldığımız son özne kategorisi ise öğrencilerdir. Öğrencilerin dış görünüşleri genellikle dini sembol ve kıyafetler açısından madde 9 kapsamında ele alınmıştır. Ancak madde 8 incelemesinin yapıldığı kararlar da yok değildir. Tespit edilen kararların ikisinde de müdahale söz konusu edilmemiştir. Bu kararlardan biri zorunlu okul üniformasına ilişkin *Stevens v. Birleşik Krallık* kararıdır. AİHK bu kararında okul saati ve yerleşkesi ile sınırlı olan üniforma mecburiyetinin madde 8'e müdahale teşkil edecek kadar ciddi nitelikte olmadığına karar vermiştir. Üniversitede sakal yasağına ilişkin olan *Tığ v. Türkiye* başvurusunda ise tedbirin dar kapsamlı olması ve öğrencinin okula devam etme ve tamamlama imkanının bulunması sebebiyle kabul edilmezlik kararı verilmiştir. Ancak yine de bu karar fiziksel görünüşün özel hayatın bir parçası olduğunu açıkça kabul etmesi nedeniyle önem arz etmektedir. Ne var ki bu kararda sakalın fiziksel görünüşün bir unsuru olup olmadığı noktasında AİHK kararsız kalmıştır.

Dış görünüşte değişiklik yapmanın bir yolu da bedensel müdahalede bulunmaktır. Bedensel müdahaleler özel hayata saygı hakkı çatısı altında korunan fiziksel bütünlük ile yakından ilişkilidir. Fiziksel bütünlüğü AİHS'in 3. maddesi de koruduğundan bu alanda madde 3 ve 8 yarışması gündeme gelebilmektedir. Belirtmek gerekir ki, madde 8'in yorumlanmasında kullanılan kişisel özerklik kavramı kişinin vücudu ile ilgili tercihler yapmasına ve tasarrufta bulunmasına imkan tanımaktadır.

Görüntüde değişikliğe tıbbi bir müdahale neden olabilir. Tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren pek çok unsur bulunmakla birlikte bunların en önemlisinin aydınlatılmış rıza olduğu söylenebilir. Rıza vermeye yetkisi olmayan çocuklar söz konusu olduğunda onların yasal temsilcileri yahut yasanın işaret ettiği diğer kişiler rıza gösterebilirler. Ancak çocuğun yaşı ve olgunluk seviyesi arttıkça kararda belirleyici olması gerekmektedir. AİHM içtihatlarına göre önemsiz bir tıbbi müdahalenin rıza alınmaksızın tatbik edilmesi kadar uygulanmaması halinde ölüme yol açabilecek bir tıbbi müdahalenin aklen yeterli kişiye rıza hilafına uygulanması da fiziksel bütünlüğe ve dolayısıyla madde 8'e müdahale teşkil etmektedir. Dış görünüş açısından görüntü değiştirici bir tıbbi müdahaleden kaçınmak istemek kadar ona erişebilmek de önem arz etmektedir. Ancak bu noktada AİHM'in ücretsiz tıbbi tedavi hakkını tanımadığı hatırlatılmalıdır.

Dış görünüşü değiştiren tıbbi müdahale dendiğinde belki de akla ilk olarak estetik tıbbi müdahaleler gelmektedir. Endikasyon içermeyen estetik tıbbi müdahalelerin hukuki olup olmadığına ve kişinin bu yolla kendisi üzerinde ne noktaya kadar tasarrufta bulunabileceğine dair doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Ancak bu hususu doğrudan ele alan bir Strasbourg Organı içtihadı tespit edilememiştir. Bu durum estetik tıbbi müdahalelerin pratikte herhangi bir hukuki engelle karşılaşmaksızın icra edilmesinden kaynaklanıyor olabilir. Bu bahiste taraf devletlerin estetik tıbbi müdahalelere fiilen erişimi sağlamaya yönelik yükümlülüklerinin olup olmadığı da tartışılabilir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konuya ilişkin de herhangi bir madde 8 kararı bulunmamaktadır. Konu ile ilgili sayılabilecek *Wenerski v. Polonya* kararının madde 3 açısından ele alındığı ve kararda hak ihlali tespit edilmemiş olduğu bu noktada belirtilmelidir.

Dış görünüşü etkileyen diğer bir tıbbi müdahale çeşidi ise cinsiyet değiştirme ameliyatlarıdır ve bu konuda pek çok içtihat bulunmaktadır. Transseksüellerle ilgili içtihatları, yeni cinsel kimliğin hukukten tanınmasına ilişkin olanlar ve cinsiyet değiştirme ameliyatlarına fiilen erişime ilişkin olanlar şeklinde ikiye ayırmak mümkündür.

Cinsel kimliğin hukukten tanınmasına ilişkin *A.P., Garçon, Nicot v. Fransa* vakasında, başvurunun yeni cinsel kimliğinin tanınması için dış görünüşünü geri döndürülemez biçimde değiştirdiğini ispat etmesi gerekmektedir. Olayda başvurunun talebi bu şartı sağlamadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. AİHM yaptığı incelemede dış görünüş ifadesinin yüzeysel değişimleri, geri döndürülmez ifadesinin ise kısırlık gibi daha radikal dönüşümleri çağrıştırdığını ifade etmiştir. AİHM, kısırlaştırma şartının fiziksel bütünlükten yararlanmaya engel olduğunu ifade ederek madde 8 ihlali sonucuna ulaşmıştır. *S.V. v. İtalya* vakasında ise fiziksel görünüş ve sosyal kimlik açısından kadın olan kişinin ismi, cinsiyet değiştirme sürecini tamamlamadığı gerekçesiyle uzun süre değiştirilmemiştir. Kişiyi “anormal” bir pozisyonda bırakan katı yargı prosedürleri sebebiyle devletin pozitif yükümlülüklerine aykırı davrandığı sonucuna ulaşarak bu vakada da madde 8’in ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu iki kararda da vakalardaki belirgin rolüne rağmen dış görünüşe korunması gereken bir hukuki menfaat olarak değil, cinsel kimlik ve fiziksel bütünlüğe ilişkin değerlendirmelerde kullanılan bir parametre olarak yer verilmiştir.

Cinsiyet değiştirme ameliyatlarına fiilen erişime ilişkin içtihatlarda devletlere pek çok pozitif yükümlülük yüklendiği gözlemlenmiştir. Ancak baştan belirtmek gerekir ki, AİHS sisteminde koşulsuz cinsiyet değiştirme ameliyatı hakkı bulunmamaktadır. Buna rağmen, cinsiyet değiştirme masraflarının sağlık sigortası şirketlerince karşılanması talebinde bulunan, bu talepleri reddedilince ulusal mahkemelere başvuran ve burada da talepleri karşılanmayan iki farklı başvurunun başvurusunu inceleyen AİHM, iki vakada da madde 8’in ihlal edildiğine karar vermiştir. Ameliyata erişim konusundaki diğer bir vaka olan *L. v. Litvanya*’da ise kısmi ameliyat geçirmiş olan başvuru yasadaki boşluk sebebiyle süreci tamamlayamamaktadır. AİHM cinsiyet değişim ameliyatına erişimle alakalı düzenlemeleri yapmayan devletin madde 8’e ilişkin pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Ülkedeki transseksüellerin sayısının azlığını da dikkate alan Mahkeme, geçici bir çözüm olarak ameliyatların yurtdışında tamamlanmasını ve masraflarının kısmen veya tamamen devlet tarafından karşılanmasını önermiştir. Bu içtihatlar dış görünüş tercihlerine değinmeseler de dış görünüşü değiştirme sonucu

doğuran bir ameliyata erişim konusunda devletlere pozitif yükümlülük yüklemeleri bakımından önem arz etmektedirler. Ancak buna rağmen, odağında cinsel kimliğin bulunduğu transseksüellere yönelik ameliyatlar ile cinsel kimlikle doğrudan bir ilgisi bulunmayan estetik ameliyatlar arasında pozitif yükümlülükler açısından kıyasa dayalı yorum yapmak pek mümkün gözükmemektedir.

Erişilmek istenenler kadar maruz kalınmak istenmeyen tıbbi müdahaleler de söz konusu olabilir. Bu bağlamda interseks bireylerin çoğu zaman tıbbi bir gereklilik bulunmamasına rağmen normal kabul edilen cinsiyette gözükme için genellikle çok küçük yaşlarda ve rızaları alınmadan görünüşleri de dahil olmak üzere fizyolojik pek çok özelliklerinin geri döndürülmez şekilde değiştirilmesi cinsel kimlik ve fiziksel bütünlük bakımından tartışmalara sebep olmaktadır. Strasbourg Organları'nın doğrudan interseksüellere yönelik bir kararı tespit edilememiştir. Ancak transseksüellere ilişkin bazı kararlarda AİHM, interseksüelliği bir anomali olarak kabul etmiş ve bazı interseksüellerin en uygun cinsiyete geçmesi gerektiğini beyan etmiştir. Mahkeme'nin bu yöndeki içtihadıyla yasal temsilci olan annenin 12 yaşındaki çocuğunu, çocuğun rızası hilafına, psikiyatri kliniğine yatırmasını velayet hakkının kullanılması olarak gören *Nielsen v. Danimarka* içtihadı birlikte değerlendirildiğinde interseks küçüklerin dış görünüşlerine yönelik menfaatleri bir yana cinsel kimliklerinin ve fiziksel bütünlüklerinin korunmasının dahi tartışmaya açık olduğu söylenebilir. Öte yandan interseks bireylerin kadın veya erkek cinsiyetine geçmek için ameliyat olmak istemesi ihtimali de vardır. Bu durumda interseksüeller transseksüellerin tabi oldukları yasal sürece tabi olacaklardır.

Sünnet de dış görünüşte değişiklik meydana getirmektedir. Teorik açıdan sünnet ile dış görünüş tercihleri arasında olumlu veya olumsuz bir bağ kurmak mümkün olmakla birlikte Strasbourg Organları'nın içtihatlarında bu yönde bir ilişkiye yer verilmemiştir. Konuya ilişkin az sayıdaki içtihattan kadın sünnetinin madde 8'e nazaran daha yüksek bir şiddet eşiği arayan madde 3'e tartışmasız şekilde aykırı olduğu sonucu çıkmaktadır. Erkek çocuk sünneti konusunda ise uygulamayı esenliği olumsuz etkileyebilen ve tartışmalı olarak niteleyen *Moskova'nın Yehova Şahitleri ve Diğerleri v. Rusya* kararı haricinde bir karar tespit edilememiştir.

Son olarak, tıbbi müdahale niteliğinde olmayan piercing ve dövme gibi beden modifikasyonları ile de görünüşün değiştirilebileceği ifade edilmelidir. Rızaya dayalı yaralama niteliğindeki beden modifikasyonlarına ilişkin doğrudan bir karar tespit edilemese de rızaya dayalı yaralamaya örnek teşkil eden ve sado-mazoşist cinsel ilişkiyi konu alan *Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık* içtihadı vasıtasıyla bunların da madde 8 kapsamına girdiği söylenebilir. Kaldı ki *Pretty v. Birleşik Krallık* kararına göre de kişinin kendisine fiziksel olarak zarar verebilecek nitelikteki eylemleri madde 8 kapsamında yer almaktadır.

GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi bağlamında dış görünüş tercihleri oluşturmaktadır. Çalışmamızda dış görünüş tercihleri; sadece özgürce şekillendirip sergileme açısından değil, rıza almaksızın gerçekleştirilmeye çalışılan değişikliklere karşı korunma açısından da ele alınmıştır. Çalışmamızda “fiziksel” ve “dış” ile “görünüm”, “görüntü” ve “görünüş” kelimeleri eş anlamlı olarak kullanılmıştır.

Dış görünüş tercihlerini ele almadaki amacımız, özel hayata saygı hakkına ilişkin alışılmadık bir alana işaret ederek hakkın ne kadar geniş bir yelpazeyi kapsadığını bir kez daha göstermek ve günümüzde önemi yadsınamaz olan dış görünüş tercihlerinin AİHS sisteminde ne derece karşılık bulduğunu tespit ederek doktrine naçizane bir katkı sunmaktır.

Dış görünüş tercihleri özel hayata saygı hakkı kapsamında ele alındığından, ilk bölümde özel hayat ve özel hayatı koruyan hak incelemesine yer verilmiştir. İlgili kısımlar okunurken görülecektir ki, özel hayat ve onun korunması çoğu sefer gizlilik üzerinden algılanmıştır. Oysa özel hayatın, gizliliğin yanında bağımsızlık açısından da korunması gerekmektedir. Kaldı ki, özel hayatın bağımsızlık ögesi çalışma konumuza kaynaklık eden asıl ögedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, en yetkin koruma mekanizmasını sağlayan uluslararası insan hakları belgesi olduğu için ve Türkiye Cumhuriyeti bu sözleşmeye taraf olduğu için çalışmamızda özel hayata saygı hakkına bağlam olarak seçilmiştir. AİHS sisteminin nasıl işlediğinin anlaşılabilmesi ve çalışmamızın ikinci kısmında yer alan analize ışık tutması için pozitif yükümlülükler doktrinine, 8. maddenin ilk paragrafındaki koruma alanının çalışmamızı ilgilendiren kısmına ve ikinci paragrafındaki sınırlama rejimine, bunun yanında içkin sınırlamalar doktrinine ve olağanüstü hallerde geçerli olan sınırlama rejimine yer verilmiştir. Özel hayatı, özel

hayatı koruyan hakkı ve bu hakkın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ele alınışını inceleyen birinci bölümden sonra ikinci bölüme geçilmiştir.

İkinci bölümde ilk olarak dış görünüşün hukuki açıdan önemine değinilmiştir. Ardından Strasbourg Organları'nın saç sakal ve kılık kıyafet tercihlerine getirilen yasak, kısıtlama ve zorunluluklara ve dış görünüşü değiştiren bedensel müdahalelere erişime veya onları reddetmeye nasıl baktığı tespit edilmeye çalışılmıştır. Buna ilişkin içtihat taraması büyük bir özenle yapılmıştır. Daha yüzeysel değişikliklere yol açan saç sakal ve giyim kuşam tercihlerine ilişkin inceleme, ilgili içtihatların elvermesi sebebiyle ve anlatımı kolaylaştırmak amacıyla çeşitli özne kategorilerine ayrılarak yapılmıştır. Daha etkili değişikliklere yol açan bedensel müdahaleler ise tıbbi müdahaleler ile tıbbi nitelikte olmayan dövme ve piercing gibi bedensel müdahaleler olmak üzere iki ayrı başlıkta incelenmiştir. Tıbbi müdahaleler kısmında, elbette ki, görünüşe etkisi olan tüm tıbbi müdahalelere yer verilmemiştir. Bunun yerine dış görünüş ile yakından bağlantısı olan bazı tıbbi müdahalelere yer vermekle yetinilmiştir.

Son olarak çalışmanın zemininin özel hayata saygı hakkı olduğunu önemle bir kez daha vurgulamak gerekir. Bu durum dış görünüşü ilgilendirebilecek diğer bazı AIHS maddelerini çalışmamızdan hariç tutmak için oldukça önemlidir. Dolayısıyla, çok sayıda ilgili içtihadı kaynaklık eden din ve inanç özgürlüğü ile bu bahiste konu edilebilecek işkence yasağı ve ifade özgürlüğü inceleme alanımız dahilinde yer almamaktadır. Buna rağmen bu haklara ilişkin kararlara çalışmamıza ışık tutması için yeri geldikçe ve gerektiği kadar, çoğunlukla dipnotlarda olmak üzere, yer verilmiştir.

BÖLÜM I

ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATI KORUYAN HAK

A. Özel Hayat Kavramı

1. Giriş: Kamusal Alan-Özel Alan Ayrımı

Özel hayata saygı hakkının kamusal alan- özel alan ayrımına dayandığı söylenebilir.¹ Çalışmamızın konusu özel hayata saygı hakkı bağlamında kişinin dış görünüş tercihleri olduğundan öncelikle özel alan- kamusal alan ayrımına değinilecek, ardından da özel hayat alanının sınırları tespit edilmeye çalışılacaktır.

“Kamusal” ve “Özel” kelimelerinin İngilizce karşılığı olan “Public” ile “Private” kelimeleri; kamusal ile özel arasında oldukça net bir kavramsal ayrım yapmış olan Romalılar’ın dili Latince’den türemiştir.² “Özel” kelimesinin Latince karşılığı olan “Privatus” terimi “*Resmi olmayan, kişi için özelliği olan, bireysel, kişisel, özel, hususi, mahrem; resmi olmayan; er. Özel yurttış*” anlamına gelirken; “Kamusal” kelimesinin Latince karşılığı olan “Publicus” terimi “*Devlete ait, halka ait, umuma ait, genel, yaygın, er. kamu görevlisi* ”anlamına gelmektedir.³

¹ Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, Mart 2011, s. 73. Özel alan-kamusal alan şeklindeki ikili ayrımı yetersiz bulup alternatif ayrımları benimseyen görüşler de mevcuttur. “Özel-Toplumsal-Kamusal Alan” şeklindeki üçlü ayrım için bkz.: Betül Çotuksöken, “Özel-Toplumsal- Kamusal Alan”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2003, 7. Kitap, s.99- 106; “Özel-Kamusal- Resmi Alan” ayrımı için bkz.: Hayrettin Ökçesiz, “Hukuk Kültürünün Yapısını ‘Nomos-Physis’ (Toplum-Kültür- Doğa) Çevresinde Yedi Üçyüzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2004, 10. Kitap, s. 116-117

² Raymond Geuss, **Kamusal Şeyler, Özel Şeyler**, Çev.: Gülayşe Koçak, 1. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Ocak 2007, s.49

³ Sina Kabağaç- Erdal Alover, **Latince/ Türkçe Sözlük**, İstanbul, Sosyal Yayınlar, Ocak 1995, s. 475 ve 491. Benzer ve fakat aynı olmayan bir değerlendirme için bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 73, dipnot.

Sözcük anlamı incelemesi Türkçe üzerinden yapıldığında benzer şekilde; “Özel” kelimesinin “*Yalnız bir kişiye, bir şeye ait veya ilişkin olan, spesiyal; Benzerlerinden ayrılmasını sağlayan bir özelliği olan, spesiyal; Bir kişiyi ilgilendiren, hususi, zatî; Devlete değil, kişiye ait olan, hususi, resmî karşısı; Dikkate değer; Ayırt edici bir niteliği olan; Her zaman görülenden, olağandan farklı*” anlamına; “Kamu” kelimesinin “*Halk hizmeti gören devlet organlarının tümü; Bir ülkedeki halkın bütünü, halk, amme; Hep, bütün*” anlamına ve “Kamusal” kelimesinin “*Kamu ile ilgili*” anlamına geldiği görülecektir.⁴

Batı tarihinde kamusal-özel ayrımı, Antik Yunan sitelerinde kişinin yurttaş sıfatıyla katılması gereken etkinlikleri ile aile yaşamına ilişkin etkinliklerinin birbirinden ayrılmasıyla ortaya çıkmıştır.⁵ Fakat kamusal-özel ayrımı, doğal hukuk teorisinin gelişimi ve toplumsal dönüşümler ile klasik anlamına kavuşmuştur.⁶ Bir yandan ulus devletin ortaya çıkışı ve 16. ila 17. yüzyıllardaki egemenlik teorilerinin gelişimi; diğer yandan monarşi ile sonrasında ise yasa yapımında sınırsız yetki sahibi olan parlamentoya karşı tepki olarak doğan ve devletin müdahalesinden bağımsız özel bir alan talebi içeren tepkiler kamusal-özel ayrımını belirginleştirmiştir.⁷

Kamusal-özel eksenindeki ikilik, bazı alanların özel kabul edilmesi sonucunda bu alanların devletin düzenleme yetki alanı dışında bırakılmasıyla veya kamusal kabul edilmesi sonucunda devletin meşru düzenleme yetki alanı içinde sayılmasıyla sonuçlanmaktadır.⁸

Neye kamusal dendiği, temel alınan devlet-toplum ilişkisi tasavvuruna göre değişiklik göstermektedir.⁹ Buna göre kamusal alan, “*kamu otoritesinin geçerli olduğu yer*”, “*çoğulculuğun, renkliliğin ve özgürlüğün olduğu alan*”, “*kamu görevlisinin bulunduğu her yer*” olmak üzere çeşitli şekillerde tanımlanabilir. Kamusal alan üzerine yapılan tartışmalar sonucunda kavrama ilişkin herhangi bir

⁴ www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi: 02.06.2018)

⁵ Ülker Yükselbaba, **Habermas’da Kamusal Alan/ Özel Alan Ayrımı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 51

⁶ **A.g.e.**, s. 49

⁷ Morton J. Horwitz, “The History of the Public/ Private Distinction”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 130, No: 6, 1982, s. 1423

⁸ Robert H. Mnookin, “Public/Private Dichotomy: Political Disagreement and Academic Repudiation”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 130, 1981-1982, s. 1429’dan akt.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 74

⁹ Mustafa Erdoğan, “Kamusal Alan ve Hukuk”, **Radikal**, 03.12.2002, <http://www.radikal.com.tr/yorum/kamusal-alan-ve-hukuk-653304/>, (Erişim Tarihi: 03.06.2018)

fikir birliği veya kavramın genel hatlarında bir uzlaşma sağlanamamıştır.¹⁰ Mekan boyutunun kabulüyle birlikte daha ziyade bir hukuk alanının kastedildiği kamusal alan kavramı, siyaset felsefesinde yoğun bir şekilde kullanılırken; pozitif hukuk metinlerinde ve insan hakları hukukunda kullanılmamaktadır.¹¹

Pozitif hukukta ve insan hakları hukukunda “Özel Hayat” kavramına çokça yer verilmesine rağmen söz konusu kavrama ilişkin herkes tarafından kabul gören bir tanım henüz yapılamamıştır. Çeşitli hukuk branşlarında özel hayat; kişilik hakkı¹², mahremiyet¹³, gizlilik¹⁴, kişiye kısıtlı erişim¹⁵ ve kişinin kendisi hakkındaki bilgisi üzerindeki kontrolü¹⁶ gibi çeşitli kavramlar üzerinden tanımlanmaya çalışılmıştır.¹⁷ Ancak kavramın tanımı konusunda bir uzlaşma sağlanamamıştır. Özel hayat kavramının değişken ve tartışmalı yapısı gereği hem doktrinde hem de yargı kararlarında kesin bir tanım yapmaktan kaçınıldığı görülmektedir.¹⁸ Ancak özel hayat ile ilgili hukuki çalışma yapılabilmesi için bu alanın neyi kapsadığının tespit edilmesi zorunludur. Bu durum da özel hayatı açıklamaya çalışan teorilerin üretilmesine sebep olmuştur.

¹⁰ Ülker Yükselbaba, “Kamusal Alan Modelleri ve Bu Modellerin Bağlamları”, **İÜHFİM**, C. LXVI, S.2, 2008, s. 227-228

¹¹ Abdurrahman Eren, “Özgürlükler Mekanı Olarak Kamusal Alan”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 3-4, 2005, s.95 ve 109

¹² Örnek olarak Ersan Şen’in tanımı verilebilir. Şen’e göre özel hayatın gizliliği ve korunması; “*bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat alanı üzerindeki hakkı*”tır ve tanımda kişiliğin gelişmesi kavramına yer verilmesinin nedeni özel hayatın gizlenmesi ve korunmasının bir şahsiyet hakkı olarak kabul edilmesidir. Ersan Şen, **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1989, s.7

¹³ Julie Inness’in tanımı örnek olarak verilebilir. Inness’e göre özel hayat; mahreme erişim, mahrem bilgi ve mahrem eylemlere ilişkin kararları içeren mahrem kararlar alanı üzerinde kontrole sahip olma durumudur. Bkz.: Julie Inness; **Privacy, Intimacy and Isolation**, First Edition, Oxford University Press, 1992, s. 140

¹⁴ Örneğin Aytekin Ataay’a göre özel hayatın gizliliği, “*kişilerin gizli hayat alanlarında yapmış oldukları faaliyetlerin başkaları tarafından bilinmemesini istedikleri tarafları*”nı ifade eder. Aytekin Ataay, **Şahıslar Hukuku**, Üçüncü Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, Birinci Yarı, s. 133’ten akt.: Şen, **a.g.e.**, s.5

¹⁵ Oya Araslı, özel hayatın gizliliğini, “*başkalarının bireyin özel yaşamını onun koyduğu ölçüler içerisinde algılayabilmesi veya bu yaşama müdahale edebilmesi*” olarak tanımlamıştır. Oya Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 1979, s. 6

¹⁶ Alan Westin’in tanımına göre özel hayat; kişi, grup ya da kurumların kendileri hakkındaki bilginin ne zaman, nasıl ve ne ölçüde başkalarına iletildiğini belirleme yönündeki talepleridir. Bkz.: Alan F. Westin, **Privacy and Freedom**, Atheneum New York, 1967, s. 7

¹⁷ Daniel J. Solove- Paul M. Schwartz; **Information Privacy Law**, 4. Edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, s. 42

¹⁸ Yusuf Ziya Polater, **Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Ankara, Adalet Yayınevi, Haziran 2010, s.6

2. Özel Hayat Kavramını Açıklamaya Yönelik Teoriler

a. Giriş

Her ne kadar ‘Kamusal’ ve ‘Özel’in tek bir ayrıma imkan vermeyen ve içinde tutarlılık bulunmayan farklı anlamları dolayısıyla bu iki kavrama ilişkin her şeyi kapsayıcı bir kuramın ortaya atılma ihtimalinin çok düşük olduğu ileri sürülmüşse de¹⁹, özel hayatın kapsamının belirlenmesinin gerekliliği özel hayatı kamusal olandan ayırmaya çalışan teorilerin varlık nedeni olmuştur. Özel hayatın sınırlarını belirlemek için ortaya konulan teorilerden “Üç Alan Teorisi” Türk Hukuk Doktrini’nce en çok benimsenen teori olduğundan diğer teorilerden ayrılarak ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

b. Üç Alan Teorisi

Dinamik ve karmaşık bir yapısı olan özel hayat ve özel hayatla ilgili kavramları açıklamak için ileri sürülen teorilerden en çok dile getirileni Alman Hukuku kökenli “Üç Alan Teorisi”dir.²⁰ Bu teoride kişinin yaşam alanı kamusal hayat alanı, özel hayat alanı ve gizli hayat alanı olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

Üç Alan Teorisi’ne göre kamusal hayat alanı, kamuya açık yerlerde yaşanan; sayı ve kişi olarak belirsiz kişilerin görmesine, bilmesine, izlemesine imkan veren yaşam olaylarını içerir.²¹

Özel hayat alanı; kamuya açık alanlarda cereyan etmeyen, sayı ve kişi bakımından belirsiz kişilere açık olmayan, aksine aile fertleri, çalışma arkadaşları, akrabalar, tanıdıklar, bağlı olunan derneğe üye olan diğer kişiler gibi kişiye yakından bağlı olan belirli kişilerle paylaşılan yaşam olaylarını ifade eder.²² Özel hayat alanına giren bir olay hakkında toplumun kişinin isteği dışında bilgi edinmesi o olayı özel hayat alanından çıkarmaz.²³ Çünkü bir olayı özel hayat alanına dahil eden unsur

¹⁹ Geuss, **a.g.e.**, s. 104 ve 106

²⁰ Güçlü Akyürek, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2014, s. 25

²¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 119

²² **A.g.e.**, s. 120

²³ Araslı, **a.g.e.**, s. 5

herkesin olay hakkında bilgi edinmemesi veya edinmemiş olması değil, kişinin bu olay hakkında herkesin bilgi edinmesini uygun görmemiş olmasıdır.²⁴

Gizli hayat alanı ise kişinin herkesten gizlediği, ancak isterse çok güvendiği bir veya birkaç kişiye açıklayabildiği hususları kapsar.²⁵ Bir olayın gizli hayat alanına girebilmesi için; bir olay veya davranışın herkes tarafından, diğer bir deyişle kişinin kendisi ve güvendiği kişiler dışında kalan üçüncü kişiler tarafından, bilinebilir ve izlenebilir olmaması gerekliliğini ifade eden objektif şart ile sır sahibinde bu olayı gizli tutma iradesinin olması gerektiğini ifade eden sübjektif şart olmak üzere iki şartın sağlanması gerekmektedir. Kişi sır saklama iradesini açık beyanlarıyla ifade edebileceği gibi; kişinin bu yöndeki iradesi kapı, tel örgü, çit, duvar gibi engeller koyması veya mektubu çekmeceye saklaması gibi açıklayıcı davranışlarından anlaşılabilir yahut yaşam tecrübelerinden zımnen çıkarılabilir. Kişi; özel yaşam alanına giren olaylarla ilgili paylaşımda bulunduğu kişilerin ilgili hususları başkalarına açıklayabileceğini bilir veya göze alırken, gizli hayat alanına giren olaylara ilişkin paylaşımda bulunduğu güvendiği kişilerin bu olayları başkasına açıklamaması yönünde isteğe ve iradeye sahiptir.²⁶ Gizli hayatın özel hayat alanına dahil edilen kişilere karşı da korunması gerekmektedir. Bu kapsamda eşler arasındaki ilişki örnek olarak verilebilir. Kişinin, eşinin müdahalesinden uzakta hatta herkese kapalı bir gizli hayat alanının varlığı birey olma açısından kabul edilmelidir.²⁷

Özel hayat alanı ile gizli hayat alanı arasındaki ilişki öğretide tartışma yaratmıştır. Bazı yazarlar gizli hayat alanının kamusal ve özel hayat alanları dışında ayrı bir hayat alanı olduğunu savunurken; bazı yazarlar ise özel hayat alanının daha yoğun koruma gerektiren gizli hayat alanını kapsadığını, dolayısıyla hayat alanları arasındaki ayrımın ikili olduğunu ileri sürmüştür.²⁸ Bu bağlamda, uluslararası düzenlemelerde özel hayat alanından ayrı olarak gizli hayat alanına yer verilmediği ifade edilmiştir.²⁹ Kaldı ki; Üç Alan Teorisi'ne göre özel hayat alanı ve gizli hayat alanı, her iki alanın da kamuya açık olmaması yönüyle nitelik olarak özdeş olup,

²⁴Stanley I. Benn, "Privacy, Freedom and Respect for Persons", **Nomos XIII: Privacy**, Ed.: J. Ronald Pennock & J. W. Chapman, 1971, s. 2'den akt.: Araslı, **a.g.e.**, s.5

²⁵ Zahit İmre, "Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 39, Sayı 1-4, 1974, s. 149

²⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 125-127

²⁷ Batuhan Aktaş, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Açısından Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, İstanbul, Der Yayınları, 2017, s. 44

²⁸ **A.g.e.**, s. 40

²⁹ Şen, **a.g.e.**, s. 111

sadece dışarıda bırakılan kişilerin sayısı açısından niceliksel olarak birbirinden ayrılmaktadır.³⁰ Bu hususlar özel hayat alanından ayrı bir gizli hayat alanının gerekliliğini sorgulATICI niteliktedir.

Bir yaşam olayının hangi hayat alanına dahil olduğunun belirlenmesinde kişinin iradesi, bağlı bulunduğu toplumun değer yargıları ile yer ve zaman açısından bağlam önem arz etmektedir.³¹ Bu sebeple her olayın somut özellikleri göz önünde bulundurularak hayat alanı tespiti yapılmalıdır. Belirtmekte fayda vardır ki; bu teori ile ortaya konan hayat alanlarını birbirinden ayırmanın güç olduğu ve dolayısıyla bir olayın özel hayat alanına dahil olup olmadığının tespit edilmesinin yeterince kolay olmadığı doktrinde sıkça ifade edilmiş ve teori bu yönüyle eleştirilmiştir.

Doktrinde kamusal hayat alanı herkesin erişimine açık olduğu için bu alanın gizlenmesinde ve korunmasında hukuki bir yarar olmadığı; hukuken korunması gereken alanların özel hayat alanı ile gizli hayat alanı olduğu ve hatta gizli hayat alanının dokunulmaz olduğu belirtilmişse de³², bu hususlar da eleştiriye açıktır.

Öncelikle konu gizli hayat alanının dokunulmazlığı açısından ele alınacak olursa; ister özel hayat alanına dahil bir alan olarak isterse de kamusal ve özel hayat alanı dışında bir alan olarak kabul edilsin; gizli hayat alanının uluslararası insan hakları metinlerinde karşılık bulacağı hak özel hayata saygı hakkıdır ki bu hak kapsadığı alan bakımından sınırsız bir koruma sağlamamaktadır. Belli kriterlerin varlığı halinde hakkın sınırlandırılması mümkündür. Dolayısıyla temel insan hakları metinlerine göre gizli hayat alanının dokunulmaz olduğu söylenemez. Benzer durumun iç hukuk bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Örnek olarak pedofil bir kişinin yetişkin olmayanlara yönelik cinsel davranışları, cinsel yaşamına ilişkin olması dolayısıyla ve kimse tarafından bilinmesini istememesi varsayımıyla gizli hayat alanına dahildir. Ancak gizli hayat alanına dahil olmakla iç hukuk düzenlerinde bu davranışlara dokunulamayacağını ve pedofil kişinin yaptırımından muaf tutulacağını söylemek mümkün değildir.

³⁰ Sühely Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978, s.22

³¹ Benzer bir değerlendirme için bkz.: Araslı, **a.g.e.**, s.5

³² Hamide Zafer, **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134)**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2010, s. 20

Kamusal hayat alanına ilişkin hususların hukukun korunması dışında olduğuna yönelik ifadelere de katılmak mümkün değildir. Öğretide, kamusal hayat alanında gerçekleşen faaliyetlerin herhangi bir korumadan yararlanmayacağına yönelik ifadelerin maksadını aşan ifadeler olduğu belirtilmiştir.³³

Her ne kadar kamuya kapalı bir mekanda yaşanan olayların özel hayat alanına, kamuya açık alanlarda yaşanan olayların ise kamusal hayat alanına gireceği yönünde kuvvetli bir karine varsa da;³⁴ özel hayatın yalnızca dört duvar arasında sınırlı olmadığı, kamuya açık alanlarda da özel hayatın yaşanabileceği kabul edilmekte ve bu bağlamda örnek olarak güvenlik kameraları çok ciddi tartışmalara yol açmaktadır. Örneğin; sokakta öpüşen bir çift kendilerini üçüncü kişilerin göreceğini kabullenmişken, aynı kabul çiftin kayıt altına alınması ve ifşa edilmesi konusunda geçerli değildir.³⁵ Kişinin; kamuya açık alanda kimliği belirsiz sade bir vatandaş olarak yaşarken³⁶ misal olarak estetik operasyon için doktora gitmesi, bir klinikte kürtaaj olması, iç çamaşırıyla denize girmesi, ucuz diye pazardan alışveriş yapması veya tüp bebek tedavisi için doktora gitmesi gibi kamuya açık şekilde gerçekleştirdiği bazı davranışlarının, kişinin tanınmasını gerektirecek bir neden yokken kimliğinin ön plana çıkarılarak haber yapılması ya da başkalarına aktarılması hukuka aykırıdır.³⁷ Örnek verilen hususlar her ne kadar kamusal hayat alanında yaşansa da “toplum içinde ayırt edilmeme hakkı” bağlamında özel hayat alanına ilişkin korumadan yararlanmalıdır.³⁸ Neticede bir kimsenin kamuya açık alanlarda faaliyette bulunmasıyla, ilgili faaliyetler bakımından özel hayatın gizliliğinden feragat ettiği söylenemez.³⁹

³³ Ramazan Keklik, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, Mayıs 2012, s. 31-32

³⁴ **A.g.e.**, s. 42

³⁵ Akyürek, **a.g.e.**, s. 45 ve 51

³⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 119

³⁷ Mümin Serdar Güntürk, **Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2012, s. 49; Polater, **a.g.e.**, s. 18-19

³⁸ Ayhan Bozlak, “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”, **TBB Dergisi**, Sayı: 109, 2013 s. 56 (Çalışmamızda kısaca: “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması”)

³⁹ Ayhan Bozlak, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, Eylül 2013, s. 31 (Çalışmamızda kısaca: **Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması**)

Özel hayatı ortak yaşam alanı dışına hapsetmek doğru olmadığı gibi gizlilikle sınırlamak da yanlıştır.⁴⁰ Zira özel hayatın korunması gereken tek yönü gizlilik olmayıp, bağımsızlık da özel hayatın vazgeçilmez bir parçasıdır. Ancak “Üç Alan Teorisi” merkezine gizlilik ögesini almış ve hayat alanlarını bu ögeye göre sınıflandırmıştır.⁴¹

Özel hayatın çok önemli bir yönü olan bağımsızlık ögesine gereken önemi vermemesi dolayısıyla teori büyük bir boşluğa sahiptir. Şöyle ki; hayatı, kurulan insan ilişkilerinin yakınlık derecelerine göre kamusal, özel ve gizli olmak üzere üçe ayıran ve kural olarak kamusal alana ilişkin hususları koruma dışında bırakıp artan bir yoğunlukla özel ve gizli hayat alanlarını korumaya yönelen “Üç Alan Teorisi” söz konusu korumayı istenen yakınlık derecesinde olmayan kişilerin öğrenmesine karşı, yani gizlilik ekseninde yapmayı hedeflemektedir. Ancak kamusal hayat alanına yansıtılmaya çalışılan özel hayatın bağımsızlık ögesine ilişkin bireysel tercihler bu teoride karşılık bulamamaktadır. Çünkü teoride kural olarak korunmaya çalışılan faaliyet ve durumlar herkesin erişimine açık olan kamusal hayat alanında gerçekleşenler değil, aksine sınırlı bir çevrenin erişimine açık olan ve hatta herkese kapalı olan hayat alanlarında gerçekleşenlerdir. Oysa kişinin dış görünüşünü kendi isteği doğrultusunda belirleyip sergileyebilmesi söz konusu olduğunda kamusal alan hedef alınmaktadır. Bu gibi kaynağını özel hayatın gizlilik ögesinden değil de bağımsızlık ögesinden alan meselelerin bu teori ile özel hayat alanına dahil edilmesi ve özel hayata sağlanan korumadan yararlanması mümkün gözükmemektedir. Bu yön, teorinin en büyük eksikliğini oluşturmaktadır.

c. Diğer Teoriler

Özel hayatın sınırlarını belirlemek için Üç Alan Teorisi’nden başka teoriler de üretilmiştir. Bu teorilerden biri Kanada Yüksek Mahkeme yargıçlarından LaForest’ın ileri sürdüğü ve özel hayatı kendi içinde mekan, beden ve iletişim adı altında üç alana bölerek tanımlayan teoridir. Bu teoriye göre özel hayat; kişinin konutu, iş yerindeki dolabı, soyunma odası gibi mekânsal alanını; iletişim alanını ve

⁴⁰ Akyürek, **a.g.e.**, s. 46

⁴¹ Keklik, **a.g.e.**, s. 40

başta zorunlu testler açısından olmak üzere bedensel alanını kapsamaktadır.⁴² Bu üç alana ek olarak kişinin malik olduğu yahut zilyetliğinde bulunan eşyaları üzerindeki mahremiyetinin de özel hayatın kapsamına dahil edilmesi gerektiği savunulmuştur.⁴³

Makul/meşru saygı beklentisi testi de özel hayatın sınırlarının belirlenmesinde kullanılmaktadır.⁴⁴ Bu teste göre bir kişinin; hayat alanına, hayatın olağan akışına göre müdahale bekleyebileceği durumlarda, bu makul beklentiye rağmen gerekli tedbirleri almaması halinde, kişinin bu alanı kamu ile paylaşmak istediği sonucuna ulaşılır ve dolayısıyla alana yapılan müdahaleler haksız sayılmaz.⁴⁵ Bir başka anlatımla, meşru/makul hayat beklentisinden bahsedebilmek için kişinin güncel ve gerçek bir özel hayat beklentisi içinde olması ve bunu sergilemesi şeklinde tezahür eden sübjektif şart ile bu beklentinin toplum nezdinde makul sayılması şeklindeki objektif şartın sağlanması gerekir.⁴⁶ Kişinin hayat alanına müdahale edilebileceği yönünde makul bir beklentisinin olmadığı durumlarda müdahale gerçekleştiğinde ise, özel hayat ve özel hayata haksız müdahalenin varlığından bahsedilecektir.⁴⁷

Makul/meşru beklenti testi Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Federal Yüksek Mahkemesi tarafından kamusal alanda özel hayatın gizliliğinin korunması amacıyla icat edilmiştir ve ilk defa *Katz v. Birleşik Devletler* kararında kullanılmıştır.⁴⁸ Söz konusu kararda başvuru telefonla eyaletler arasında bahis bilgisi paylaşırken, FBI ajanları telefon konuşmasının yapıldığı kulübenin dışına elektronik cihaz koyarak konuşmaları dinlenmiş ve elde edilen deliller sayesinde başvuru bahis bilgisi paylaşmaktan mahkum edilmiştir. Temyiz mahkemesi, FBI ajanlarının telefon kulübesine fiziksel olarak girmemesi dolayısıyla Anayasa'nın 4. Eki'nin⁴⁹ ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır ve mahkumiyet hükmünü onamıştır.

⁴² K. Ahmet Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık İstanbul, Nisan 2006, s. 10-11

⁴³ Michael G. Sherrard, "Workplace Searches and Surveillance versus the Employee's Right to Privacy", *University of New Brunswick Law Journal*, Vol. 48, 1999, s. 286'dan akt.: Sevimli, **a.g.e.**, s. 11

⁴⁴ Bkz.: Zafer, **a.g.e.**, s. 16; Akyürek, **a.g.e.**, s. 25 ve 34-36

⁴⁵ Zafer, **a.g.e.**, s. 16

⁴⁶ Bozlak, "Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması", s.74

⁴⁷ Zafer, **a.g.e.**, s. 16

⁴⁸ Bozlak, "Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması", s. 56-74

⁴⁹ Bu ek madde; kişinin konutu, eşyası ve kağıtlarının dokunulmazlığını düzenleyen ve özel hayatın gizliliği ile korunması hakkına en önemli güvenceyi sağlayan ABD Anayasa maddesidir. Bkz.: Ersan Şen, "Anglo Sakson Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, No: 18, İstanbul, 1990, s.85

Federal Yüksek Mahkeme (FYM) huzurundaki yargılama sırasında başvuru telefonla görüşmek için kullandığı telefon kulübesinin anayasa kapsamında korunan bir alan olduğunu iddia ederken, idare bunun aksini ileri sürmüştür. FYM bu iddialara cevaben 4. Ek'in mekanları değil insanları koruduğunu, dolayısıyla kamunun erişimine açık alanların bile özel hayatın korunması kapsamında anayasal olarak korunabileceğini ifade etmiştir. Ardından, FYM, telefon kulübesine girip kapısını kapatan kişinin telefon kulübesinde yapacağı konuşmalarının dünyaya yayınlanmayacağını varsaymakta haklı olduğunu belirterek makul/meşru beklenti testine değinmiştir. Yargılama sonunda kulübede yapılan konuşmaların elektronik yolla dinlenip kaydedilmesinin 4. Ek bakımından ihlal teşkil ettiği kanaatine varılmıştır.⁵⁰ Her ne kadar FYM bu testi kamusal alanda özel hayatı korumak için var ettiyse de zamanla teste konu kriterleri özel hayat alanını sınırlamak için kullanmaya başlamıştır.⁵¹

Test, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından da kullanılmaktadır. Mahkeme söz konusu test ile ilgili olarak; alınan tedbirlerin kişinin özel hayatıyla ilgili olup olmadığı değerlendirmesi ile alakalı birçok unsurun bulunduğunu, özel hayata yönelik makul beklentinin ise nihai olmasa da önemli bir unsur olabileceğini ifade etmiştir.⁵²

B. Özel Hayatın Temel Öğeleri

1. Giriş

*“Türk hukuk doktrininde özel hayat ağırlıklı olarak gizlilik unsuru ile algılanmış ve özel hayatın bağımsızlık unsuru çok fazla irdelenmemiş”*se de ⁵³ esasında özel hayatın gizlilik ve bağımsızlık olmak üzere iki temel ögesi bulunmaktadır. ⁵⁴ Özel hayat üçüncü kişilerin gözetiminden uzak olmakla gizli ve

⁵⁰ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), s. 347-353

⁵¹ Bozlak, “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması”, s. 56

⁵² *P.G. and J.H. v. The United Kingdom*, App. No:44787/98, Judgment of ECHR, 25/09/2001, para. 57

⁵³ Mine Kaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayat ve Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, s. 4

⁵⁴ İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2002, s. 291

denetiminden uzak olmakla bağımsız bir alandır.⁵⁵ Özel hayatın korunması bu iki temel ögenin korunmasıyla sağlanabilecektir.

2. Gizlilik

Gizlilik, “kişinin üçüncü kişilerin merak alanı dışında tutulan varlık ortamı olup her bireyin kişisel, ilişkisel ve ailesel yaşam alanına dışarıdan müdahaleye (dış ve yabancı girişe) karşı mahremiyettir.”⁵⁶

Özel hayatın gizliliği bireyler açısından; “toplumdan çekilme (*solitude*), mahremiyet (*intimacy*), tanınmazlık (*anonymity*) ve saklama (*reserve*)” olmak üzere dört durumu kapsar.⁵⁷ Toplumdan çekilme hali, kişinin içinde yaşadığı topluluktan uzaklaşıp diğer insanların gözetiminden kurtulması ve kendi aklı ve vicdanıyla baş başa kalması halidir. Mahremiyet; aile veya arkadaşlık ortamı gibi küçük bir birliğin parçası olarak az sayıda kişiyle kurulan yakın, samimi ve rahat ilişkiye imkan veren durumu ifade eder. Tanınmazlık, kişinin kamusal alanlardayken veya bu alana ilişkin faaliyet gerçekleştiriyorken, insanlarla çevrili olmasına rağmen tanınma (*identification*) ile gözetim ve denetimden bağımsız olmaya duyduğu ihtiyacı karşılayan bir haldir. Tanınmazlığın sağlanmaması halinde toplum tarafından sistematik olarak gözetim altında tutulma korkusu ya da bilgisi, kamusal alanlarda özgür ve rahat hissetmeyi imkansız hale getirir. Tanınmazlık, kişinin hayatına bir etkisi olmayacak olan bir yabancıya kendi görüş ve düşüncelerini özgürce açması hali ile kişinin bir topluluğa ya da topluluğun bir kısmına görüşlerini açıklarken başta onu cezalandırabilecek olan kamu otoritelerinden olmak üzere toplumdan kimliğinin gizli tutulması isteği gibi çeşitli kamusal gizlilik isteklerini de kapsar. Saklama ise, kişinin kendisi ile ilgili bazı hususları açıklamaktan kaçınma ihtiyacına dayanarak psikolojik bir bariyer kurması halidir. Bu hal kişinin kendisi hakkındaki bilgiyi saklaması veya alenileştirmesi seçimine ilişkin olduğundan özel hayatın gizliliğinin dinamik yönünü oluşturur.⁵⁸

Özel yaşama ilişkin hususların arzu edilmeyen kimseler tarafından veya istenmeyen ölçü, biçim ve zamanda algılanması özel yaşamın gizliliğine müdahale

⁵⁵ Kaya, **a.g.e.**, s. 4

⁵⁶ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 292-293

⁵⁷ Araslı, **a.g.e.**, s. 10

⁵⁸ Westin, **a.g.e.**, s. 31-32

teşkil etmektedir.⁵⁹ Özel yaşama ilişkin bilgi ve olayların öğrenilmesi dışında depolanması, kullanılması, üçüncü kişilere iletilmesi veya alenileştirilmesi de gizliliğe müdahale niteliği taşımaktadır.⁶⁰ Gelişen teknoloji ile birlikte izlemeyi, dinlemeyi, takip etmeyi, verileri depo etmeyi ve kullanmayı sağlayan cihazlar ile sistemlerin gelişmesi ve yaygınlaşması özel hayatın gizliliğine müdahale edilmesini kolaylaştırmaktadır.

Hoşgörü kültürüne sahip olmayan toplumlarda kişinin özel hayatının gizliliği muhafaza edilmediği takdirde kişinin itibarı zedelenebilir, kişi toplumdan dışlanabilir veya şantaj ve tehdit gibi çeşitli haksız fiillere maruz kalabilir.⁶¹ Özel hayatın gizliliğinin korunması gerekliliğinin tek nedeni kişiyi toplumun olası olumsuz tepkilerinden korumak değildir. Özel hayatın gizliliğini korumayı gerektiren diğer bir husus ise insanın bu yöndeki psikolojik ihtiyacıdır. Öte yandan bireysel tercihlerin başkalarınca bilinmesi ya da bilinebilecek olması kişinin özgürce karar alabilmesini engelleyebileceğinden,⁶² özel hayatın bağımsızlığının sağlanabilmesi için öncelikle gizliliğinin korunması gerekebilecektir.

3. Bağımsızlık

İnsan sadece gizlilik alanının korunmasına ihtiyaç duymaz. Bunun yanında ayıplanma ve cezalandırılmaktan korkmaksızın kişisel özelliklerini özgürce yaşamaya, yaratıcı gücünü harekete geçirmeye ve özelliklerini, kimliğini herkes karşısında ortaya koymaya da ihtiyaç duyar. Diğer bir deyişle, insan bağımsızlığının korunmasını da ister.⁶³

Özel hayatın bağımsızlık ögesi “*yaşam biçim ve türünü, davranışlarını, kişisel eylemlerini ve ilişkilerini tercih etme hakkı*”nı içerir.⁶⁴ Düşünme ve karar alabilme yeteneğine sahip olan insan serbestçe seçim yapmaya ve hayatını kendi kararları doğrultusunda yaşamaya ihtiyaç duyar. Bağımsızlık ögesi insanın bu ihtiyacını karşılamaya yönelmiştir. Kişinin dış görünüşüne, isim ve soy ismine, kürtaj

⁵⁹ Araslı, **a.g.e.**, s. 11

⁶⁰ Sevimli, **a.g.e.**, s. 16

⁶¹ Aktaş, **a.g.e.**, s. 26

⁶² Keklik, **a.g.e.**, s. 32

⁶³ Sibel İnceoğlu, “ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 19-20/1, 1997-1998, s.175

⁶⁴ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 292

olmak istemesine, zorunlu tıbbi müdahaleleri reddetmesine ilişkin meseleler özel hayatın bağımsızlık yönüne ilişkin meselelere örnek olarak verilebilir. Özel hayatın özgürce şekillendirilmesine müsaade edilmediği durumlarda özel hayatın bağımsızlık yönüne müdahale edilmiş olur.

C. Özel Hayatı Koruyan Hak

1. Genel Olarak

Özel hayatın korunması gerekliliği hem sosyal hem de psikolojik bir ihtiyaca dayanmaktadır.⁶⁵ Bu ihtiyacın gereğinin yerine getirilebilmesi için özel hayatın hem dikey ilişki kapsamında devletin müdahalelerine karşı hem de yatay ilişki kapsamında kişilerin müdahalelerine karşı korunması gerekmektedir. Devletin müdahalelerine; arama, doğum kontrolü, giyim tarzı ve cinsel davranış gibi bireyin özel kararlarına karışma yönündeki eylem ve işlemleri örnek olarak gösterilebilir. Yatay ilişki kapsamındaki müdahaleler açısından ise çeşitli haksız fiiller örnek teşkil edebilir.⁶⁶ Özel hayat; diğer kişilerin müdahalelerine karşı ceza hukukuyla ve özel hukukla koruma altına alınmışken, devletin müdahalelerine karşı başta anayasa hukuku ve insan hakları hukuku olmak üzere kamu hukuku branşları ile koruma altına alınmıştır. Çalışmamızın konusunu insan hakları hukuku bağlamındaki koruma oluşturmaktadır.

2. Hakkın İsimlendirilmesi

Özel hayatın tanımı ve kapsamında görüş birliği olmadığı gibi onu koruyan hakkın isimlendirilmesinde de bir uzlaşma sağlanamamıştır. Söz konusu hak için en çok tercih edilen başlıklar “*özel hayat hakkı*”, “*özel hayata saygı hakkı*”, “*özel hayata saygı gösterilmesi hakkı*” “*özel hayatın gizliliği hakkı*”, “*özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı*”, “*mahremiyet hakkı*”, “*özel hayata ve aile hayatına*

⁶⁵ Nurdan Okur, **Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s.4

⁶⁶ R. Clayton- H. Tomlinson, **The Law of Human Rights**, Oxford, New York, 2000, s. 776’den akt.: Sultan Üzeltürk, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, 1. Bası, İstanbul, Beta Basım, Mayıs 2004, s. 5

saygı gösterilmesi hakkı”, “özel hayata, aile hayatına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı gösterme hakkı”dır.⁶⁷

Özel hayatın sadece gizlilik yönüne ağırlık veren “mahremiyet hakkı” ve “özel hayatın gizliliği hakkı” kavramları yerine, özel hayatı hem gizlilik hem de bağımsızlık yönüyle kapsayabilme kapasitesine sahip olan “özel hayata saygı hakkı” kavramının kullanılması isimlendirme açısından daha isabetli olacaktır. Öte yandan bahse konu hakkı; üst başlık olan özel hayatın kapsadığı aile hayatı, haberleşme, konut ve dar anlamda özel hayat⁶⁸ gibi alt unsurlarına ayırmak suretiyle de isimlendirmek mümkündür.

3. Hakkın Temellendirilmesi

“Bireylerin eylem olanaklarını belirleyen modern devletteki kurumsal baskılar kompleksi içinde bireye ne kadar takdir alanı bırakıldığı önemli bir meseledir.”⁶⁹ Bu bağlamda, hukukun bireyin manevi yönünü korumasının gerekli olup olmadığı ve korunacaksa ayrı bir hakkın varlığının gerekip gerekmediği birçok hukuki tartışmaya yol açmıştır.⁷⁰ Özel yaşamı koruyan hakkın özgürlük, hayat ve mülkiyet hakkı gibi diğer haklardan türediğini savunan indirgemeciler, temel çıkarların/hakların gerçekten gerektiği şekilde korunması halinde özel hayatı koruyan ayrı bir hakkın varlığına gerek olmadığını iddia etmişlerdir.⁷¹ Ancak özel hayata saygı hakkı bu görüşü haksız çıkarır şekilde toplum nezdinde yaygın kabul görmüş ve yasal düzenlemelerde kendine çokça yer bulmuştur. Bu sefer de özel hayatı koruyan hakkın post-felsefi düzeyde temelinin belirsiz olduğu yönünde eleştiriler gündeme gelmiştir.⁷² Ortaya çıkan hukuki tartışma ortamında özel hayata saygı hakkı çeşitli şekillerde temellendirilmeye çalışılmıştır.

⁶⁷ Daha fazla bilgi için bkz.: Zafer, **a.g.e.**, s. 4-5; Keklik, **a.g.e.**, s. 8. Eş anlamlı kelimeler olan “hayat” ve “yaşam” kelimelerinin birbiri yerine kullanılması mümkündür.

⁶⁸ Dar anlamda özel hayat; üst başlık olan özel hayatın kapsamından diğer alt unsurlar olan aile hayatı, konut ve haberleşme çıkarıldığında geriye kalan alandır. Bkz.: Bozlak, **Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması**, s. 38

⁶⁹ Glenn Negley, “Philosophical Views on the Value of Privacy”, **Law and Contemporary Problems**, Vol.31, No. 2, Spring 1966, s. 319

⁷⁰ Üzeltürk, **a.g.e.**, s.6

⁷¹ Adam Moore, “Defining Privacy”, **Journal of Social Philosophy**, Vol. 39, No. 3, Fall 2008, s. 413

⁷² Carolyn Doyle- Mirko Bagaric, “Mahremiyet Hakkı: Cazip Ama Kusurlu”, Çev.: Esra Demir, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2007, s.92

Birinci kuşak haklar liberal ideolojinin etkisiyle oluşmuştur.⁷³ Liberalizm, rasyonel karar verme yetisi sağlayan akla sahip birey karşısında devlet iktidarının sınırlandırılması gerektiğini savunan siyasal bir ideolojidir. Özel hayata saygı hakkının birinci kuşak hak kategorisinde yer alması dolayısıyla, bahse konu hak temellendirilirken ekseriyetle liberalizmle bağlantılı kavramlara yer verilmiştir.

Bazı filozoflar özel hayata saygı hakkının doğal bir hak olması nedeniyle hukuken korunması gerektiğini iddia etmişlerdir.⁷⁴ Bu anlayışın temelinde liberalizmin yapı taşlarından olan doğal hukuk öğretisi yatmaktadır. Doğal hukuk öğretisine göre bireyler; insan olmaları nedeniyle doğuştan bazı haklara sahiptir. Öyle ki, bu haklar devletin oluşumundan önce var olduğu varsayılan doğal halde bile bulunmaktaydı. Varlığı devletle değil de insan doğasıyla temellendirilen doğal hakların, bireylerin iradesi ile sonradan oluşturulmuş olan devlete karşı korunması gerekmektedir. Bu anlayışın bir sonucu olarak, devletin yetkisinin sınırını doğal haklar oluşturmaktadır. Bu mantık silsilesi ile özel hayata saygı hakkının doğal bir hak olduğu ileri sürülerek hakkın varlığı temellendirilmiş olmaktadır.

Doğal hukuk öğretisine alternatif olarak daha nesnel ve bilimsel olduğu iddia edilen faydacı teori hem liberalizmin temellendirilmesinde⁷⁵ hem de özel yaşama saygı hakkının temellendirilmesinde kullanılmıştır.⁷⁶ Faydacı teoride ilgili birey dışındaki kişilerin bireyin çıkarını bilmek ve bu çıkarları korumak için çaba göstermek bakımından dezavantajlı konumda olduğu kabul edilir.⁷⁷ Bu nedenle devletin, elemenden kaçıp hazzı/faydaya yönelen bireye müdahale etmediği durumlarda bireyin en yüksek düzeyde faydaya erişeceği varsayılır. Bu teorinin mantıksal bir sonucu olarak, özel yaşamında devlet müdahalesinden arı olan bireyin kendisine en çok fayda sağlayacak kararı alacağı ve bu sebeple özel hayata saygı hakkının korunması gerektiği ileri sürülebilecektir.

En eski liberal kuramcılardan biri olan von Humboldt'a göre insan için en iyi olan şey, insanın kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesidir. Kendi başına bir değeri

⁷³ Kaboğlu, a.g.e., s. 267

⁷⁴ Negley, a.g.e., s.319

⁷⁵ Andrew Heywood, **Siyasi İdeolojiler: Bir Giriş**, Çev.: Ahmet Kemal Bayram, Özgür Tüfekçi, Hüsamettin İnaç, Şeyma Akın, Buğra Kalkan, 3. Baskı, Ankara, Adres Yayınları, Mart 2011, s. 63

⁷⁶ Üzeltürk, a.g.e., s. 7

⁷⁷ Oktay Uygun, **Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar**, 2. Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayınları, Nisan 2014, s. 375 (Çalışmamızda kısaca: **Demokrasi**)

olmayan devletin herhangi bir girişimi bireysel eylemin önünü keseceğinden, devlet faaliyet alanını güvenliği sağlamak ile sınırlandırmalı ve bireylerin özel hayatlarını arzu ettikleri şekilde yaşamasına izin vermelidir.⁷⁸

Özel hayata saygı hakkının temellendirilmesinde kullanılan diğer bir kavram ise insan onurudur.⁷⁹ İnsan onuru, insanın onu diğer varlıklardan ayıran nitelikleri dolayısıyla saygıyı hak etmesini sağlayan doğasına içkin değeri ifade eder. Sadece insan olmakla sahip olunan bu değerinin korunması; birey açısından bir hak, devlet, toplum ve diğer kişiler açısından ise bir ödev olarak karşımıza çıkar.⁸⁰ Bu yönüyle bu kavram genel olarak insan haklarının temelini oluşturmaktadır.⁸¹

İnsan onuru; insanın nesne değil, özne konumunda olmasını gerekli kılmaktadır.⁸² İnsan onuru ve özgürlüğü, kişinin kendisini ve kaderini kendisine en uygun olduğunu düşündüğü biçimde şekillendirebilmesini gerektirmektedir.⁸³

Doktrinde bazı yazarlar, insan onuru kavramı yerine benzer bir kavram olan *“insanın insan olmasından kaynaklanan yüksek değeri”* kavramını kullanmıştır.⁸⁴

Özel hayata saygı hakkı Avrupa yaklaşımında onur kavramı ile açıklanırken, ABD yaklaşımında özgürlüğün bir yönü olarak görülmektedir.⁸⁵

Özel hayata saygı hakkının temellendirilmesinde kullanılan bir diğer kavram kişisel özerklik kavramıdır.⁸⁶ Kişisel özerklik, *“irade özgürlüğünün, egemenliğin, özgürlüğün ve kendini yönetmenin eş anlamlısı olarak ele alınmıştır.”*⁸⁷

⁷⁸ Geuss, **a.g.e.**, s. 24-25

⁷⁹ Bkz.: Edward J. Bloustein, “Privacy As An Aspect of Human Dignity: An Answer To Dean Prosser”, **New York University Law Review**, Vol: 39, 1964, s. 1003

⁸⁰ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, Ocak 2017, s. 478-479

⁸¹ İnsan onuru kavramının insan haklarını temellendirmenin yanında sınırlandırma amacıyla kullanılması hakkındaki açıklamalar için bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.40-47

⁸² Okur, **a.g.e.**, s.47

⁸³ *Cossey v. The United Kingdom*, App. No: 10843/84, Judgement of ECHR, 27.09.1990, Dissenting Opinions of Judge Martens

⁸⁴ Araslı, **a.g.e.**, s. 48

⁸⁵ Bozlak, “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması”, s.56

⁸⁶ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 8-9

⁸⁷ Doyle- Bagaric ,a.g.e., s. 113

Özel hayata saygı hakkının yukarıda açıklanan kavramlardan olan “fayda” ve “kişisel özerklik” ile birlikte “zihinsel ve duygusal güvenlik” olmak üzere üç temel değeri koruduğu da ileri sürülmüştür. Kişinin izlenmesinin ve izin alınmaksızın onun hakkında bilgi toplanmasının bağımsızlık ve onur alanında bulunduğu belirtilmiş ve bu durum “zihinsel ve duygusal güvenlik” kavramı ile ifade edilmiştir.⁸⁸

Özel yaşama saygı hakkının temellendirilmesi başlığı altında değinilebilecek en önemli konulardan biri, özel yaşama saygı hakkı ile demokrasi arasındaki ilişkidir. Demokrasi farklı görüşler üzerine kurulu olan bir sistemdir. Bu farklı görüşlerin oluşması ve varlığını sürdürebilmesi ancak özel yaşamın korunması ile mümkündür. Özel hayata saygı hakkı, temelinde yer alan kişisel özerklik sayesinde demokrasiye katkıda bulunur. Çünkü kişisel özerklik; bireye herhangi bir müdahaleye maruz kalmaksızın seçme özgürlüğünü kullanabileceği bir ortam yaratır.⁸⁹

Doyle ve Bagaric; makalelerinde geçen ismiyle mahremiyet hakkının, açık ve özgür bir toplumla bağdaşmadığını ileri sürdükleri gizlilik kavramını koruduğunu söylemiş ve bu gerekçeyle söz konusu hakkın varlığını eleştirmiştir. Onlara göre mahremiyet hakkının yokluğunda, suçlu ve teröristlerin zararlı eylemleri tertip etmeleri güçleşecek, siyasete ilişkin hususlar daha aleni olacak ve başkalarının ne yaptığının bilinmesi korkuları azaltacaktır. Böylece dünya “daha az azametli bir yer” haline gelecektir. Yazarlar makalelerinin ilerleyen bölümünde şu ifadelere yer vermiştir: “*Bu menfaatlerden istifade etmek için bir şeyi feda etmemizin gerektiği doğrudur: hakkımızda birazcık bilgi. Fakat bu ödenmeyecek kadar büyük bir bedel midir?*”⁹⁰ Yazarlar soruyu sadece gizlilik ögesi üzerinden sormuş olsalar bile, iki ögesi (bağımsızlık ve gizlilik) ile birlikte bir bütün olan özel hayatın korunmasının feda edilebilirliğine ilişkin bu sorunun cevabını verirken göz önünde bulundurulması gereken en önemli hususlardan biri, özel yaşama saygının siyasal rejimlerin ayrımında sahip olduğu önemdir.

Totaliter rejimleri demokratik olanlardan ayıran önemli bir kriter, devletlerin özel hayata yönelik tutumudur. Totaliter devletler, ideolojilerine uygun bireylerden

⁸⁸ David Feldman, **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales**, Second Edition, Oxford, Clarendon Press, 2002, s. 512’den akt: Üzeltürk, a.g.e., s.7-8

⁸⁹ Lami Bertan Tokuzlu, **European Standarts on the Right to Privacy**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, İstanbul, 2000, s. 17

⁹⁰ Doyle- Bagaric, a.g.e., s.93

oluşmuş bir toplum yaratabilmek için bireylerin düşünce ve davranışlarını kontrol etmeye çalışır ve bu sebeple özel hayata çeşitli müdahalelerde bulunur. Özel hayat alanının devlet müdahalesiyle daraltılmasının yarattığı olumsuz psikolojik sonuçlar ile bireylerin devletin arzu ettiği şekilde yönlendirilmesi kolaylaşır. Bireyi başlı başına bir değer olarak kabul eden demokratik rejimlerde ise bireyin maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirebilmesi için özerk yaşam alanına kural olarak müdahale edilmez. Demokratik rejimler, özel hayatı korumakla suçluları değil; bireyleri ve onların ruh sağlığını korumuş olur.⁹¹

Liberal düşünürlerin özel yaşama ilişkin iddialarını dayandırdığı kavramlardan biri de kişilik kavramıdır.⁹² Kişilik kavramına dayananlara göre, özel yaşama saygı hakkının değeri kişiliğe saygıdan ileri gelmektedir.⁹³

Özel yaşama saygı hakkının felsefi açıdan temelini oluşturmak üzere ileri sürülen kavramların ekseriyetle, Avrupa coğrafyasındaki belli bir zaman diliminin ürünü olan liberal felsefenin beslediği kavramlar olması söz konusu hakkın “*modern batı toplumlarının doğasına atfedilebilir geçici bir fenomen olup olmadığı*”⁹⁴ sorusunu akıllara getirebilir. Bu noktada, şu ana kadar yer verdiğimiz temellendirme çizgisinden ayrılan ve insanların varoluşları ve varoluşsal ihtiyaçları gereği özel yaşamlarının korunması gerektiğini ileri süren görüşlerin de doktrinde yer aldığını belirtmek faydalıdır.⁹⁵ Hatta özel yaşamın korunmasına yönelik ihtiyacın hayvanlarda bile olduğunun iddia edildiğini belirtmek gerekir.⁹⁶ Özel hayata saygı hakkının, insan doğasından kaynaklanan ihtiyaçların karşılanması için korunması gerektiği düşüncesi karşısında kimi yazarlar; insan ruhunun bu yöndeki ihtiyacının yeterince açık ve belirgin olmadığını ileri sürmüşlerdir.⁹⁷

Özel hayata saygı hakkı birçok eleştiriye maruz kalmış olsa da hakkın felsefi olarak temellendirilmesinde ileri sürülen görüşlerin, hakkın varlığını eleştiren

⁹¹ Ergun Özbudun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, **Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 406, Cilt 1, s. 268-269

⁹² Mehmet Yüksel, “Mahremiyet Hakkına ve Bireysel Özgürlüklere Felsefi Yaklaşımlar”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Sayı: 1, 2009, Cilt: 64, s.279

⁹³ Tokuzlu, **a.g.e.**, s. 10

⁹⁴ Doyle- Bagaric, **a.g.e.**, s. 93

⁹⁵ Bkz.: Araslı, **a.g.e.**, s. 17-22

⁹⁶ Bkz.: Westin, **a.g.e.**, s.8-11

⁹⁷ Doyle- Bagaric, **a.g.e.**, s. 92

görüşler karşısında günümüzün kabul, gereklilik ve koşullarında galip geldiğini söylemek mümkündür.

4. Hakkın Tarihçesi

Özel yaşama saygı hakkı 20. yüzyılda tanınmış olan ve yeni sayılabilecek bir hak olmasın rağmen, hakkın kapsamına aldığı alanı korumayı hedefleyen toplumsal kuralların varlığına tarihin daha eski dönemlerinde rastlamak mümkündür.

Özel yaşamı korumaya ilişkin çabaların ilk çağdaki izlerini, komşuların birbirlerini gözetlemelerini ve dinlemelerini önlemek amacıyla konulmuş hükümlerin yer aldığı sözlü Yahudi hukuk kurallarını derleyen Mishnah Kanunları'nda bulmak mümkündür. Öte yandan Eski Roma'da ve Antik Yunan'da da özel yaşamı koruyan kurallar bulunmaktaydı. *“Eski Roma Hukuku'nda ‘injuria’ olarak adlandırılan kişiye yönelik kasti saygısızlıklar ve Yunan Hukukunda ‘contumelia’ olarak adlandırılan kişiye yönelik maddi ve manevi zarar doğuran her türlü saldırıya karşı, saldırıya ve haksızlığa uğrayan kişilere tanınan dava haklarının da özel yaşamın gizliliği içerisinde görülmekten doğan zararların giderilmesine olanak verdiği söylenebilir.”*⁹⁸

Özel yaşam olgusuna çok eski dönemlerden beri rastlanmakla birlikte, kavramın bugünkü anlamına ve önemine ulaşmasında modernleşme süreci ve birey kavramının ortaya çıkışı etkili olmuştur.⁹⁹ Dolayısıyla tarihin erken dönemlerinden itibaren koruma altına alınmaya çalışılan özel yaşamın bugünkü halini almasında bir önceki bölümde yer verdiğimiz ve bireyi ön plana çıkaran felsefi görüşlerin önemli bir payı bulunmaktadır.

“Bireyin, hukuk tarafından tanınarak kişilik haklarına sahip bir varlık olarak kimlik kazanması ilkin Amerikan ve Fransız insan hakları bildirgelerinde dile getirilmiş; ardından, 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ve 1791 tarihli Fransız Anayasası başta olmak üzere, Prusya Medeni Kanunu (1794), Fransa Medeni Kanunu (1804) ve Avusturya Medeni Kanunu(1811)'nda yer

⁹⁸ Araslı, **a.g.e.**, s. 61

⁹⁹ Mehmet Yüksel, “Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişim”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Sayı 1, 2003, Cilt 58, s.182

almıştır."¹⁰⁰ Ancak bu düzenlemelerin hiçbirinde özel yaşam doğrudan koruma altına alınmamıştır.

Çalışmamızın bu aşamaya kadar olan kısmında özel hayata saygı hakkının oluşumunda felsefi altyapının rolüne vurgu yapılmıştır. Ancak sadece felsefi değişim üzerinden yapılacak bir okuma şüphesiz eksik olacaktır. Teknolojide yaşanan gelişim de en az felsefi görüşlerde yaşanan değişim kadar özel hayata saygı hakkının oluşmasına zemin hazırlamıştır.

Eski devirlerde insanlar dinleme, izleme ve gözetleme gibi yollarla ve ancak duyu organlarının elverdiği kadarıyla başkaları hakkında bilgi edinebiliyorlardı. Dolayısıyla bu devirlerde bilgi edinmenin önlenmesi de oldukça kolay şekilde gerçekleştirilebiliyordu. Ancak artık teknolojiye ilerleme nedeniyle sınırlar, duvarlar ve mesafeler gibi fiziksel engellere rağmen kişilerin özel yaşamı gizlenemez hale geldi.¹⁰¹

16. yüzyılda oluşan sanayi toplumu ve şehirleşme ile sonrasında gelişen kitle haberleşme araçları teknolojisi özel yaşama yönelik tehditleri arttırmıştır. Gerek yoğun nüfus artışı gerekse de teknolojik gelişmeler sebebiyle oluşan tehlikelerden bireyi korumak amacıyla özel hayat kavramı Fransa'da ve Amerika Birleşik Devletleri'nde tartışılmaya başlanmıştır.¹⁰²

18. ve 19. yüzyıllarda "özel yaşamın gizliliği"nin hukuki güvenceye kavuşturulması süreci üç farklı devreye bölünmektedir. İlk aşamada "özel yaşamın gizliliği" henüz korunmasına gerek duyulmayan bir değer olarak kabul edilmekteydi. Fakat mülkiyet hakkı, haksız fiil ve sözleşmeye aykırılık gibi yerleşik hak ve kavramları ilgilendirdiği ölçüde, bu hak ve kavramlara sağlanan güvenceler ile dolaylı olarak korunmaktaydı. İkinci aşamada kişinin adı, şöhreti, mektupları, yazıları, resmi gibi maddi değeri olmayan birtakım varlıklarının da korunması gerektiği kabul edildi. Ancak bu alandaki düzenlemeler kişinin manevi varlığını korumaktan ziyade başta mülkiyet hakkı olmak üzere diğer hakların bu değerler

¹⁰⁰ Yüksel, a.g.e., s. 197-198

¹⁰¹ Araslı, a.g.e., s. 31

¹⁰² Ahmet Danışman, **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Konya, Selçuk Üniversitesi Basımevi, 1991, s.1

üzerindeki görüntüsünü korumaktaydı. Dolayısıyla bu aşamadaki koruma da dolaylı bir korumaydı. Son ve üçüncü aşamada doğrudan doğruya kişilik ve insan onuru güvence altına alındı.¹⁰³

ABD’li iki yargıç olan Warren ve Brandeis’in 1890 yılında kaleme aldığı “Mahremiyet Hakkı”¹⁰⁴ isimli makale özel yaşamın gizliliğinin korunması sürecinde bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir. Makale, mahkemeler üzerinde büyük bir etki yaratarak hakkın içtihatlar vasıtasıyla oluşmasına öncülük etmiştir.

Warren ve Brandeis’e göre; yaşanan siyasi, sosyal ve ekonomik değişikliklerle birlikte yeni hakların tanınması zorunlu hale gelmiştir. Uygarlığın gelişmesi ile oluşan yoğun zihinsel ve duygusal hayat ile duyarlılıklar sayesinde hayattaki acı, zevk ve kazancın sadece bir kısmının maddiyatla alakalı olduğu fark edilmiştir. Kişinin tinsel doğasının, aklının ve duygularının tanınmasıyla hakların kapsamı genişlemiş ve kişisel dokunulmazlığın kapsamı bireyin fiziksel varlığının ötesinde bir boyuta ulaşmıştır.¹⁰⁵

“Mahremiyet Hakkı” isimli makalede yazarlar, son teknolojik yeniliklerle donanmış 19. yüzyıl gazetecileri tarafından gerçekleştirilen bireysel mahremiyet müdahalelerine yönelik tepkilerini ortaya koymuşlardır.¹⁰⁶ *“Mahremiyet hakkı, ilgili makalede, ‘yalnız bırakılma hakkı’, evde, stüdyoda, çalışma için münzevi bir hayat sürebilme, meraklı toplumun müdahalesinden uzak olmak, bir kişinin fotoğrafının gereksiz yere dolaşımı ve kısaca bir kişinin mahremiyetini tecavüze uğramadan ve açığa çıkmadan sürdürme hakkı şeklinde ortaya konmuştur.”*¹⁰⁷

Warren ve Brandeis’in “yalnız kalma hakkı” olarak tanımladığı hak zaman içinde ciddi değişimlere uğramıştır.¹⁰⁸ Söz konusu hak, tarihsel gelişimi içinde yalnız

¹⁰³ Araslı, **a.g.e.**, s. 62-63

¹⁰⁴ Bkz: Samuel D. Warren- Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, **Harvard Law Review**, Vol. 4, No. 5., December 15, 1890, s. 193-220

¹⁰⁵ Samuel D. Warren- Louis D. Brandeis, “Mahremiyet Hakkı”, Çev.: Gülay Arslan, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2007, s. 19-21

¹⁰⁶ Irwin R. Kramer, “The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis”, **Catholic University Law Review**, Vol: 39, Issue: 3, Spring 1990, s. 703

¹⁰⁷ Herbert Spencer Hadley, “Mahremiyet Hakkı”, Çev.: Ali Emrah Bozbayındır, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2007, s. 45

¹⁰⁸ Okur, **a.g.e.**, s. 5

kalma hakkından çok daha fazlasını ifade etmeye başlamıştır ve kişinin kendini toplumsal hayatta ortaya koyuş şekline yönelmiştir.¹⁰⁹ Günümüzde özel yaşam hakkının “bağımsızlık, bireysellik, farklılık hakkına” dönüştüğü ve artık bireyin gizlenerek değil, farklılıklarıyla yaşadığı belirtilmiştir.¹¹⁰ Gerçekten de özel yaşam ilk etapta sadece gizlilik yönüyle korunmaya çalışılmışken, zaman içinde özel yaşamın bağımsızlık ögesinin de korunması gerektiğinin farkına varılmıştır.

Özel yaşama saygı hakkı, 20. yüzyılda düzenlenen uluslararası belgeler sayesinde insan hakları hukuku bağlamında korunmaya başlamıştır. Her ne kadar insan hakları, bireyin devlete karşı korunması amacıyla kabul edilip sonrasında bireylerin birbirlerine karşı korunmasını kapsayacak şekilde genişletilmiş de olsa, özel hayata saygı hakkı bu gelişmenin tersi bir yön izlemiştir. Özel hayata saygı hakkı önce bireylerin birbirlerine karşı korunması amacıyla ortaya çıkmış, sonrasında hakkın koruma alanı bireyin devlete karşı korunmasını içerecek şekilde genişletilmiştir.¹¹¹

5. Hakkın Uluslararası Düzeyde Korunması

a. Giriş

İnsan hak ve özgürlüklerinin geçmişi, Eski Yunan ve Roma’ya kadar uzanmakla birlikte, 2. Dünya Savaşı’na kadar geçen süre zarfında insan haklarının korunması esas olarak bir iç hukuk ve anayasa meselesi olarak algılanmıştır.¹¹² Yüzyıllar içinde erginleşen insan hakları, ancak kitlesel vahşetlerin yaşandığı bir dönemin sonunda uluslararası anlamda koruma altına alınabilmiştir. Bu noktada, insan haklarının uluslararası boyutta korunması zaruretinin ortaya çıkaran tarihsel arka plana değinmek faydalı olacaktır.

Otuz Yıl Savaşları sonrasında yapılan Westphalia Barışı (1648) ile devletin otoritesi üstünde bir otoritenin varlığını kabul etmeyen ve egemen devletlerden

¹⁰⁹ Bozlak, **Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması**, s. 3

¹¹⁰ Bernard Beigner, *La protection de la vie privée, Libertés et droits fondamentaux*, 13e éd., Dalloz, 2007, s. 195’ten akt. Akyürek, **a.g.e.**, s. 38

¹¹¹ Danışman, **a.g.e.**, s. 20

¹¹² A. Şeref Gözübüyük- Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ocak 2016, s. 4

müteşekkil bir dünya düzeni tesis edilmiştir. Bu düzen 1945 yılına kadar, yaklaşık olarak 300 yıl, varlığını sürdürmüştür. Westphalia modelinde, devletlerarası ilişkiyi düzenleyen bir üst otorite bulunmamaktaydı ve devletlerarası sorunlar kuvvet kullanımıyla çözülmeye çalışılmaktaydı. İnsan hakları da devletlerin iç meselesi olarak kabul ediliyordu. Bu model, dünya barışı ve insan hakları açısından tehlike doğurucu nitelikteydi. Nitekim Westphalia modeli dünya düzeni, Birinci Dünya Savaşı ile sorgulanmaya başlandı. Ancak özellikle İkinci Dünya Savaşı ile insan haklarının korunmasının devlet içi bir mesele olarak kabulünün ne tür vahim sonuçlar doğurabileceği görüldü. Ulusal düzlemde gerçekleştirilen korumanın yeterli olmadığı, uluslararası bir denetim sisteminin gerekli olduğu anlaşılmış oldu.¹¹³ Bu anlayışın sonucu olarak gerek global gerek bölgesel düzlemde kurulan uluslararası teşkilatlar, insan haklarını korumak amacıyla çeşitli formlarda birçok belge tanzim etmeye başladılar.

Özel yaşama saygı hakkı, uluslararası alanda insan haklarını tanıyan ve koruyan belgelerin çoğunda yer almaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde, özel hayatı kapsamına alan uluslararası insan hakları belgelerinden doktrinde en çok üzerinde durulanlara yer verilecektir.

b. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi

Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu kararıyla 10 Aralık 1948 tarihinde kabul ve ilan edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB), modern insan hakları hukukunun kurucu belgesidir, temel kaynağıdır ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan haklarının uluslararası düzeye taşınmasında önemli bir rolü haizdir. Bildiriyi kabul eden Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, BM Şartı'na göre tavsiye niteliğinde karar alma yetkisine sahiptir. Bu sebeple bildiri olarak yayınlanan belgenin bağlayıcı olmayıp sadece yol gösterici nitelikte olduğu görüşü uzun süre kabul görmüştür. Ancak pek çok devlet, anayasasında bahse konu bildiriye atıflar yapmış yahut doğrudan bildirinin bazı hükümlerine yer vermiştir. Bunun yanında EİHB, uluslararası sözleşmeler başta olmak üzere çok sayıda insan hakları belgesine

¹¹³ Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 581-585

dayanak olmuştur. Bu sebeple, uluslararası teamül hukuku vasıtasıyla hukuksal güç ve işlerlik kazanmış olan EİHB'nin bağlayıcı olmadığı artık ileri sürülemez.¹¹⁴

BM, özel hayata ilişkin hakkı “1789 Fransız Devrimi’nden sonra gelenekselleşen kişi hak ve özgürlüklerini düzenleyen birinci kategoriye dahil etmiştir.”¹¹⁵ Hak, bildirinin 12. maddesinde yer almıştır. Madde metni aşağıdaki gibidir:

*“Hiç kimse, özel yaşamına, ailesine/ (aile yaşamına), konutuna ya da haberleşmesine yönelik keyfi müdahalelere ya da onur/ (şeref) ve şöhretine yönelik saldırılara maruz bırakılmayacaktır. Herkesin bu tür müdahale ya da saldırılara karşı kanun ile korunma hakkı vardır.”*¹¹⁶

Bildiri olarak kaleme alınan metin, kapsamına aldığı haklar bakımından herhangi bir denetim ve koruma mekanizması öngörmemektedir.

c. İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)

Avrupa Konseyi’ne üye devletler tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi’nin ürettiği ilk ve en temel insan hakları belgesidir.¹¹⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Evrensel İnsan Hakları Bildirisi’nde yer alan hakların etkin olarak tanınıp uygulanması amaçlanmıştır. Ancak EİHB’de yer

¹¹⁴ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 8. Bası, İstanbul, Legal Yayınevi, Aralık 2012, Cilt 1, s. 60-68 (Çalışmamızda kısaca: **Genel Teori**, C. 1)

¹¹⁵ Şen, **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı**, s.38

¹¹⁶ Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, 1. Basım, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2004, Cilt 4, s. 10

¹¹⁷ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 8. Bası, İstanbul, Legal Yayınevi, Aralık 2012, Cilt 2, s. 12 (Çalışmamızda kısaca: **Genel Teori**, C. 2). Türkiye Cumhuriyeti Devleti, AİHS’i 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamıştır ve Sözleşme’ye bağlanma işlemini tamamlamak için 10 Mart 1954’te onay kanunu çıkartmıştır. “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Kanunu” 19 Mart 1954 tarihinde 8662 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Sözleşme’nin Türkiye açısından yürürlüğe girmesi ve Türkiye’nin yükümlülüklerinin işlerlik kazanması onaylama belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne depo edilmesi ile 18 Mayıs 1954 tarihinde gerçekleşmiştir. Bkz.: **A.g.e.**, s. 13

alan tüm haklar kapsama alınmamıştır.¹¹⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nden farklı olarak sadece birinci kuşak haklara (klasik haklara) ilişkin düzenlemeler içermektedir.¹¹⁹ Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, AİHS'in önemi EİHB'den ilham alarak güvence sağladığı hak ve özgürlüklerin türünden değil; *“ortak güvence sistemine dayalı uluslararası bir yargısal denetim mekanizması kurmasından ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlamasından”* ileri gelmektedir. AİHS ile insan haklarının korunması uluslararası düzeye taşınmış ve *“birey uluslararası hukukun süjesi haline gelmiştir.”*¹²⁰

AİHS'te yer alan hakları güvence altına almak için “Devletlerarası Başvuru” ve “Bireysel Başvuru” usulü olmak üzere iki adet denetim mekanizması öngörülmüştür. AİHS'in 33. maddesi uyarınca devletlerarası başvuru yoluyla Sözleşme'ye taraf herhangi bir devlet diğer bir sözleşmeci devlet aleyhinde bu devletin AİHS veya AİHS'in protokollerinin bir veya birden çok hükmünü ihlal ettiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilir. Bireysel başvuru yolunda ise, AİHS madde 34 uyarınca, sözleşmeci devletin Sözleşme'yi veya onun protokollerini ihlal etmesi nedeniyle *“mağdur olduğunu ileri süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları”* söz konusu devlet aleyhinde AİHM'e başvurabilir. AİHM'in hükmettiği kesinleşmiş kararlar, uyuşmazlığın tarafları açısından bağlayıcıdır. AİHS'in 46. maddesi uyarınca, kesinleşen kararların infazının denetimi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yapılır.

AİHS'in hak koruma sistemi diğer tüm sistemlerden daha etkili ve gelişmiştir. AİHM bağlayıcı nihai karar verme yetkisiyle Avrupa'da insan hakları standardını belirlemekte ve politikaya yön vermektedir.¹²¹ Ancak şunu vurgulamak gerekir ki; AİHS sistemini bu kadar etkili ve önemli kılan, öngördüğü devletler arası başvuru usulünden ziyade bireysel başvuru usulüdür.

Özel hayat, AİHS'in “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” başlıklı 8. maddesi ile düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında özel hayat dört alt başlığa

¹¹⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Giriş Bölümü
https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 08.07.2018)

¹¹⁹ Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 584

¹²⁰ Gözübüyük- Gölçüklü, **a.g.e.** s. 11

¹²¹ Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 584

ayrılarak koruma altına alınmış, ikinci fıkrada ise hakkın sınırlandırılması için gerekli olan koşullara yer verilmiştir. İlgili madde metni aşağıdaki gibidir:

“Her kişi, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı için, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, yasaya uygun olarak yapılan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunanlar dışında, hiçbir müdahalede bulunulmayacaktır.”¹²²

d. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

Dünya çapında bir teşkilat olan Birleşmiş Milletler bünyesinde oluşturulan Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ile temel hak ve hürriyetler evrensel düzlemde ilan edilmişti. Fakat Bildiri ile, devletlere insan haklarına saygı gösterme konusunda sorumluluk yüklenmemekte ve ihlal halinde yaptırım uygulanamamaktaydı. Bu sebeple; devletlere sorumluluk yükleyen, hak ve özgürlüklere saygı gösterip göstermediği konusunda devletleri denetleyen ve gerektiğinde yaptırıma tabi tutan uluslararası bir mekanizmaya ihtiyaç duyuldu. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu uzun tartışmalar sonrasında, EİHB'deki hakları geliştiren ve hukuki bağlayıcılığı olan tek bir sözleşme yerine iki farklı sözleşme düzenlenmesi gerektiğine kanaat getirdi. Böylece 16 Aralık 1966 tarihinde BM Genel Kurulu'nda “Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme” ile “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme” kabul edildi. Ancak “İkiz Sözleşmeler” olarak adlandırılan bu sözleşmelerin yürürlüğe girebilmesi için gerekli olan yeter sayıdaki devlet onayları ancak 1976'da sağlanabildi.¹²³

¹²² Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, 1. Basım, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayinevi, 2003, Cilt 1, s. 9

¹²³ Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, Eylül 2017, s. 94. Türkiye Cumhuriyeti Devleti Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ni 15.08.2000 tarihinde imzalamıştır. 04.06.2003 tarihinde 4868 sayılı “Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” çıkarılmış ve 07.07.2003 tarihinde Bakanlar Kurulu kararıyla sözleşmenin onaylanması uygun bulunmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, Türkiye onay işlemine üç adet beyan ve bir adet çekince eklemiş bulunmaktadır. Onay belgesinin 15.09.2003 tarihinde depo edilmesinden üç ay sonra, yani 15.12.2003 tarihinde MSHS Türkiye açısından hüküm doğurur hale gelmiştir. Bkz.: Gemalmaz, **Genel Teori**, C. 1, s. 230

Özel hayat, İkiz Sözleşmeler'den Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (MSHS)'nin 17. maddesi ile koruma altına alınmıştır;

“Hiç kimse özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ya da haberleşmesine keyfi yahut yasadışı müdahaleye; (keza) onuruna ve şöhretine/ (şeref ve itibarına) yönelik yasadışı saldırılara/ (tecavüze) maruz bırakılmayacaktır.

*Herkes, bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkına sahiptir.”*¹²⁴

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin uygulamasını gözetmek ve denetlemek için “İnsan Hakları Komitesi” adında bir organ kurulmuştur. Söz konusu denetim ve gözetim, başta rapor usulü olmak üzere devletler arası şikayet başvuru usulü ve bireysel şikayet başvuru usulü ile sağlanmaya çalışılmaktadır.¹²⁵ Ancak yine de, devletleri MSHS bünyesindeki haklara saygı göstermeye zorlayan etkin bir mekanizmanın kurulduğu söylenemez.¹²⁶ Çünkü denetim organınca verilen kararlar taraf devletler açısından bağlayıcı değildir. Sözleşme ile kurulan sistem bünyesindeki en sert yaptırım ilgili devlet hakkında rapor yayımlanmasından ibarettir.¹²⁷ MSHS ile kurulan mekanizma etkin olmasa da bu mekanizmanın dünya ölçeğinde olması oldukça önemlidir. Zira çalışmamızın hazırlandığı an itibarıyla 171¹²⁸ devletin taraf olduğu MSHS ile tüm taraf devletlerin iç hukuklarını Sözleşme ile uyumlu hale getirmeyi yüklediği kabul edilmiştir.¹²⁹

e. Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi Beyanı

Özel hayata saygı gösterilmesi hakkını ilk defa inceleyen uluslararası kongre, 22.05.1967-23.05.1967 tarihlerinde Stokholm'de düzenlenen ve Kuzey Avrupa devletlerinin yanı sıra diğer devletlerin hukukçularının da katılımıyla gerçekleştirilen “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi”dir. Kongre sonucunda düzenlenen belgenin başlangıç kısmında EİHB'nin

¹²⁴ Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, Cilt 4, s. 80

¹²⁵ Kalabalık, *a.g.e.*, s. 95-96

¹²⁶ Zafer, *a.g.e.*, s. 38

¹²⁷ Bozlak, *Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması*, s. 56

¹²⁸ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=en&mtsg_no=IV-4&src=IND (Erişim Tarihi: 14.07.2018)

¹²⁹ Sevimli, *a.g.e.*, s. 38

12. maddesine, AİHS'in 8. maddesine ve BM MSHS'nin 17. maddesine atıf yapılarak, çalışmada bu hükümlerin dikkate alındığı belirtilmiştir. İlgili belgenin sonuç kısmında özel hayata saygı gösterilmesi hakkı, *“kişi için en ufak bir dış müdahale olmaksızın kendi öz varlığını serbestçe sürdürebilme hakkı”* olarak tanımlanmıştır. Belgenin ilerleyen bölümünde özel hayata saygı gösterilmesi hakkının anlamı ve kapsamı şu şekilde ifade edilmiştir: *“Bu hak ferdin aşağıda belirtilen hususlara karşı korunarak dilediği gibi yaşamasıdır; a) Özel, ailevi ve ev hayatına karşı bütün müdahaleler; b) fizik veya fıkri bütünlüğüne veya manevi veya entelektüel özgürlüğüne karşı bütün tecavüzler; c) şerefine veya şöhretine karşı bütün tecavüzler; d) söz veya fiillerine zarar verebilecek bütün müdahaleler; e) özel hayata ilişkin ve ferdi zor duruma düşürebilecek fiillerin ifşası; f) isminin, hüviyetinin veya resminin kullanılması; g) onu jurnallemek, gizli olarak takip etmek, gözlemek ve taciz etmek; h) muhaberatına el koymak; i) sözlü veya yazılı özel muhaberatı kötü amaçla kullanmak; j) onun tarafından elde edilmiş veya haber alınmış mesleki sır kavramına giren bilgilerin açıklanması”*¹³⁰

Belgede ilgili hakkın sınırsız olmadığına da değinilmiş ve hakkın sınırlama ölçütleri konusunda AİHS madde 8'in ikinci fıkrasına atıf yapılmıştır. İlgili belgenin son kısmında ise özel hayata saygı hakkının korunması için tavsiye niteliğinde kararlara yer verilmiştir.

f. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (San Jose Paktı)

İnsan haklarını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kurduğu sistemden sonra bölgesel düzlemde en iyi koruyan sistem Amerika kıtasındakidir. Kıtada insan haklarını korumaya ve geliştirmeye yönelik çalışmalar Amerikan Devletleri Örgütü çatısı altında gerçekleştirilmiştir. 22 Kasım 1969 tarihinde kabul edilerek imzaya açılan ve 18 Temmuz 1978 tarihinde yürürlüğe giren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (Ame.İHS) ile söz konusu çalışmalar ivme kazanmıştır. Ame.İHS ile hukuken bağlayıcı bir belgede insan haklarına yer vermekle yetinilmemiştir. Aynı zamanda Amerikan Devletleri Örgütü bünyesindeki “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu” yeniden düzenlemiş ve “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi” adında yeni bir organ oluşturmuştur. Ame.İHS kurumsal yapı açısından

¹³⁰ Süheyl Donay, “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 39, Sayı 1-4, 1974, s.439-449

AİHS’i örnek almıştır.¹³¹ Koruma mekanizması olarak bireysel başvuru ve devletler arası başvuru usulüne yer verilmiştir.

Sözleşme’nin 11. maddesinde “Mahremiyete Saygı Gösterilmesi Hakkı”na şu şekilde yer verilmiştir:

“Her kişinin, şerefine saygı gösterilmesine ve onurunun tanınmasına hakkı vardır.

Hiç kimse, özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ya da haberleşmesine yönelik keyfi ya da erkin kötüye kullanımı mahiyetindeki müdahalelere, yahut şerefine ya da şöhretine yönelik hukuka aykırı saldırılara konu olamaz.

*Herkesin bu tür müdahaleler ya da saldırılar karşısında hukukten korunmaya hakkı vardır.”*¹³²

Hakların sınırlandırılmasına ilgili hakkın düzenlendiği maddelerde yer verilmemiştir. Bunun yerine Sözleşme’nin ayrı bir maddesi ile sınırlamalar düzenleme altına alınmıştır.

g. Diğer Uluslararası Belgeler

Afrika sistemi insan haklarını bölgesel düzeyde koruyan en etkili üçüncü sistemdir. Bu sebeple çalışmamızda Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’na (Banjul Şart) da yer verilmiştir. Bu şart, Afrika Birliği Örgütü’ne üye devletler tarafından 27.06.1981 tarihinde imzalanmış ve 21.10.1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹³³ Şart kapsamındaki hakların korunmasından “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu” ile “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi” adındaki iki denetim organı sorumludur. Şart’ta yer alan haklar; devletlerarası başvuru usulü ile bireysel başvuru usulünü kapsayan şikayet başvuru usulü, rapor usulü ve soruşturma usulü ile denetlenmekte ve koruma altına alınmaktadır. Ancak bu noktada

¹³¹ Mehmet Emin Çağırın, **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 416-421

¹³² Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, 1. Basım, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003, Cilt 3, s. 30

¹³³ http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf s. 1 (Erişim Tarihi: 11.07.2018)

belirtilmelidir ki; söz konusu şart ile getirilen koruma sistemi diğer bölgesel sistemlere nazaran daha güçsüz ve zayıftır.¹³⁴

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı özel hayatı açıkça ve ayrıca korumamaktadır. Özel hayat ancak, Şart'ın kişi dokunulmazlığını ve bütünlüğünü koruyan 4. maddesi veya aileyi koruyan 18. maddesi gibi diğer maddelerinde yer alan hakların kapsamına uygun düştüğü ölçüde korunabilmektedir.

Ekonomik hedeflerinin yanında; insan onuru, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü, insan hakları gibi değerleri, barışı ve vatandaşlarının esenliğini koruyup geliştirmeyi amaçlayan Avrupa Birliği¹³⁵ de insan haklarını koruma altına alan düzenlemelere imzasını atmıştır. Avrupa Birliği kurumlarının insan haklarına saygı duymasını sağlamak ve söz konusu kurumların yetkilerini insan hakları lehine sınırlandırmak amacıyla “Temel Haklar Şartı”¹³⁶ imzalanmıştır.¹³⁷ Şartın “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” başlıklı 7. maddesine göre “*Herkes, özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşme özgürlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*”¹³⁸ Özel hayatın bir görünümü olarak kabul edilen kişisel verilerin korunması ise 8. madde ile düzenlenmiştir.

Özel hayata saygı hakkına, genel nitelikli insan hakları belgelerinin yanı sıra özel nitelikli insan hakları belgelerinde de yer verilmiştir. Örneğin; “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”nin¹³⁹ 10. maddesinde “Özel Yaşam ve Bilgilendirme Hakkı” düzenlenmiştir. Madde metni aşağıdaki gibidir:

“Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

¹³⁴ Gemalmaz, **Genel Teori**, C. 2 s. 457-476

¹³⁵ https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_en (Erişim Tarihi: 14.07.2018)

¹³⁶ Charter Of Fundamental Rights Of The European Union, 18.12.2000, Official Journal of the European Communities C 364/1

¹³⁷ Metin Yüksel, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt: 57, Sayı: 4, 2002, s.46

¹³⁸ <http://www.eskisehirab.gov.tr/userfiles/files/AVRUPA%20B%20C4%B0RL%C4%B0C4%9E%C4%B0%20TEMEL%20HAKLAR%20C5%9EARTI.pdf> (Erişim Tarihi: 15.07.2018)

¹³⁹ Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, 04.04.1997, Oviedo, Council of Europe, European Treaty Series - No. 164

Herkes, kendi sağığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.

İstisnai durumlarda, 2'nci paragrafta belirtilen hakların kullanılmasında hastanın yararları bakımından kanun tarafından kısıtlamalar öngörülebilir."¹⁴⁰

Bir diğör örnek ise "Kişisel Nitelikli Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme"dir.¹⁴¹ İlgili sözleşmenin "Konu ve Amaç" başlıklı 1. maddesi şu şekildedir: *"İşbu sözleşmenin amacı, her bir Tarafın ülkesinde, uyruğı veya ikamet yeri ne olursa olsun her gerçek kişinin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kendisiyle ilgili kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulması karşısında özel hayata sayğı hakkını güvence altına almaktır.*"¹⁴²

Özel nitelikli insan hakları sözleşmeleri özel hayatı sadece belli bir açıdan ele almakta ve yukarıda değinilen mekanizmalarla kıyaslanabilecek nitelikte denetim mekanizmaları öngörmemektedir.

D. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Özel Hayata Sayğı Hakkı

1. Giriş

Özel hayata sayğı hakkını en iyi koruyan sisteme sahip olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'de bu hakka şu şekilde yer verilmiştir:

"Madde 8-Özel yaşama ve aile yaşamına sayğı hakkı

- 1. Her kişi, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine sayğı gösterilmesi hakkına sahiptir.*
- 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı için, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağığın ya da ahlakın yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması*

¹⁴⁰ <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> (Erişim Tarihi: 14.07.2018)

¹⁴¹ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, 28.01.1981, Council of Europe, Strasbourg, European Treaty Series - No. 108

¹⁴² http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160317.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160317.htm&1534-D83A_1933715A=43fa2e615ca7199f28bd7ba47742cff508d04789 (Erişim Tarihi: 14.07.2018)

için yasaya uygun olarak yapılan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunanlar dışında hiçbir müdahalede bulunulmayacaktır.”¹⁴³

AİHS madde 8; madde 9, 10 ve 11’de olduğu gibi iki paragraflı bir yapıya sahiptir.¹⁴⁴ İlk paragrafta özgürlükler hak olarak koruma altına alınmışken, ikinci paragrafta söz konusu hakları meşru olarak sınırlamak için gerekli olan koşullara yer verilmiştir.¹⁴⁵

8. maddenin ilk paragrafında “özel hayat”, “aile hayatı”, “konut” ve “haberleşme” olmak üzere dört farklı unsur koruma altına alınmıştır. Söz konusu unsurlar “*esasinda bir bütün teşkil eden özel hayatın farklı alt unsurlarıdır.*” Diğer bir deyişle geniş anlamıyla özel hayat; dar anlamıyla özel hayatı, aile hayatını, haberleşmeyi ve konutu kapsamaktadır. Bu dört unsur o kadar iç içe geçmiş durumdadır ki, unsurlardan biri için yapılan değerlendirme gerekli değişiklikler yapılmak suretiyle diğerleri için de geçerli olmaktadır.¹⁴⁶

AİHM nezdinde madde 8 incelemesinin gündeme gelebilmesi için şikayet konusunun madde 8’in dört unsurundan en azından birinin kapsamında yer aldığı hususunun başvuran tarafından dile getirilmesi gerekmektedir. Ancak bazen Mahkeme, başvuru açıkça madde 8’i işaret etmese dahi şikayeti madde 8 açısından değerlendirebilmektedir.¹⁴⁷

AİHM madde 8’e ilişkin şikayetleri değerlendirirken belli bir yöntem takip etmektedir.¹⁴⁸ Mahkeme ilk önce “uygulanabilirlik” yönünden bir değerlendirme yapmaktadır. Diğer bir deyişle, ilk aşamada şikayet konusunun dört alt unsurdan birinin kapsamına girip girmediğine bakılmaktadır. Konunun madde 8’in dört alt unsurundan en azından birinin kapsamında yer aldığına kanaat getirilirse, ikinci aşamaya geçilerek madde 8 çatısı altında korunan haklardan birine herhangi bir müdahalede bulunulup bulunulmadığı araştırılmaktadır. Müdahalenin tespiti halinde

¹⁴³ Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, C. 1, s. 41

¹⁴⁴ Bu maddeler sırasıyla düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü; ifade özgürlüğünü ve toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü düzenlemektedir.

¹⁴⁵ Howard Davis, **Human Rights Law**, 3. Edition, Oxford University Press, 2013, s. 296

¹⁴⁶ Gözübüyük- Gölcüklü, **a.g.e.**, s.349-352

¹⁴⁷ David Harris- Michael O’Boyle & Warbrick; **Law of the European Convention on Human Rights**, 3. Edition, Oxford University Press, 2014, s. 524

¹⁴⁸ Bahsedilen yöntem benzer yapıdaki madde 9, 10 ve 11 için de geçerlidir.

son aşamaya geçilmekte ve ikinci fıkrada yer alan “kanunilik”, “meşru amaca uygunluk” ve “demokratik toplumda gereklilik” kriterlerine göre müdahalenin ihlale yol açıp açmadığı noktasında değerlendirme yapılmaktadır.¹⁴⁹ Müdahalenin ikinci fıkradaki kriterlere uygun olması durumunda müdahale meşru sayılmakta, aksi durumda ihlal sonucu doğurmaktadır. Kullanılan bu metot esasında devletlerin “haklara müdahale etmeme” şeklindeki negatif yükümlülüklerinin söz konusu olduğu vakalarda geçerlidir. Oysa devletlerin negatif yükümlülüklerinin yanında, edimde bulunmalarını gerektiren pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Pozitif yükümlülüklerle aykırılık iddiaları gündeme geldiğinde yapılan incelemelerde yöntem bakımından farklılaşma meydana gelmektedir.

Pozitif yükümlülüklerle aykırılık iddialarında inceleme, yine olay konusunun özel hayata saygı hakkı kapsamında korunup korunmadığı noktasından başlatılmakta ve fakat sonrasında meşruluk sebebi yönünden değerlendirmeye yer verilmemektedir. Esasında bu noktada yapılan, kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengenin ölçülülük ilkesine uygun şekilde kurulup kurulmadığının tespit edilmesidir.¹⁵⁰ Bu konuya ilişkin ayrıntılara izleyen bölümde yer verilecektir.

Çalışmamızın bu kısmı, esasında negatif yükümlülükler için geliştirilen inceleme yöntemi üzerine inşa edilmiştir. Aslında bu durum madde 8 metninin de bu nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır. Katı lafzi yorum, madde metninin sadece negatif yükümlülüklerle kaynaklık edebileceği şeklinde bir izlenim uyandırmaktadır. Ancak bu izlenim gerçeği yansıtmamaktadır. Pozitif yükümlülükler doktrini ayrılmaz bir şekilde madde 8 ile ve AİHS sistemiyle bütünleşmiştir. AİHS sisteminin çok önemli bir unsuru olan pozitif yükümlülükler doktrininin kendine has özelliklerine ayrı bir başlık altında, bir bütün olarak değinmenin faydalı olacağı kanaatinde olduğumuzdan çalışmamızın bu kısmında öncelikle pozitif yükümlülükler doktrinine yer verilmiştir. Ardından çok geniş kapsamlı olan özel hayata saygı hakkının koruduğu alanlardan çalışmamızla ilgili olanlar pozitif yükümlülükler doktrini de göz önünde bulundurularak ele alınmıştır. Konumuz çerçevesinde madde 8’in koruduğu alanlar sayılırken bir yandan da bunlara müdahale veya pozitif yükümlülükler bakımından aykırılık teşkil eden devlet tasarruflarına örnekleme yoluyla yer verilmiştir. Sonrasında ise 8. maddenin 2. fıkrasında yer alan ve bir müdahalenin meşru olup

¹⁴⁹ Gözübüyük-Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 349-350

¹⁵⁰ **A.g.e.** s. 351

olmadığı noktasında belirleyici olan kriterler incelenmiştir. Son olarak içkin sınırlamalar doktrini ile olağan sınırlama rejiminin yetmediği durumlarda gündeme gelen yükümlülük azaltma rejimine değinilmiştir.

2. Pozitif Yükümlülükler Doktrini

a. Giriş

Tüm AİHS sistemi için geçerli olan pozitif yükümlülükler doktrini, bu sistemde yer alan “Özel Hayata Saygı Hakkı” için de geçerlidir. Tarihsel süreç içinde ekseriyetle gizlilik ögesi üzerinden değerlendirilen özel hayata saygı hakkı, devlet müdahalesine en kapalı alan olarak görüldüğünden bu hakka yönelik pozitif yükümlülüklerin kabulü diğer haklara nazaran daha anlamlı ve çarpıcı olacaktır.¹⁵¹ Öte yandan belirtmekte fayda bulunmaktadır ki çalışmamız özel hayatın gizlenmeye çalışılan unsuruna değil, bağımsızlık unsuruna ilişkindir. Bu bağımsızlığın temin edilebilmesi için devletin sadece geri planda durması her zaman için yeterli olmayabilir. Örneğin, fiziksel cinsiyeti ruhsal olanla uyumlu hale getirebilmek için yapılan ameliyatlara erişim için bazı yasal ve mali adımların atılması gerekmektedir. Yahut kişinin dış görünüş tercihleri bakımından üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korunması için devletin etkin bir tavır takınması ve bazı koruyucu düzenlemeler yapması gerekebilmektedir. Bu sebeple pozitif yükümlülükler doktrini çalışmamızda özel bir önemi haizdir.

b. Tarihsel ve Felsefi Arka Plan

AİHS’te yer alan haklar, 17. ve 18. yüzyıl koşullarının şekillendirdiği klasik liberal ideolojinin eseri olan birinci kuşak (klasik) haklardır. Liberalizmin klasik versiyonunda özgürlük anlayışı, devletin müdahalesinden arı olmayı ifade eden negatif özgürlük anlayışıdır. Dolayısıyla AİHS’te yer alan hakların gereklerinin yerine getirilmesi için aslanan devletin bireysel alana karışmaması, müdahale etmemesidir. Ancak 18. ve 19. yüzyıllarda yaşanan gelişmeler ile Sanayi Devrimi’nin topluma yansıyan sonuçları, negatif özgürlük anlayışının yetersiz olduğunu gözler önüne sermiştir. Zira gölge etmeyen devlet, aynı zamanda

¹⁵¹ Barış Bahçeci, “Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, Armağan Serisi No:5, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 515

dezavantajlı kesimin ona tanınan haklardan yararlanamamasına göz yuman devlettir. Yaşanan paradigma değişimi¹⁵² devlete edimde bulunma yükümlülüğü yükleyen ikinci kuşak (sosyal) hakların doğumuna sebep olmuştur. AİHS her ne kadar devlete müdahale etmeme yönünde negatif yükümlülük yükleyen birinci kuşak klasik hakları içerse de çağın gereklerine göre şekillenmiş olan yeni anlayışa kayıtsız kalmayarak pozitif yükümlülük doktrininin bünyesine entegre etmiştir.

c. Pozitif Yükümlülükler Doktrininin AİHS Sistemindeki Temelleri

Pozitif yükümlülükler doktrinin dayanağını AİHS'in 1. maddesi oluşturmaktadır. Bu maddeye göre *“Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, bu Sözleşme'nin 1. bölümünde tanımlanan hakları ve özgürlükleri, kendi yargı yetki alanında bulunan herkes için güvence altına”*¹⁵³ almakla yükümlüdür. Pozitif yükümlülüğün sözleşmesel düzlemdeki asıl dayanağı bu kapsayıcı madde olmakla birlikte, bazı AİHS veya ek protokol maddelerinin de devlete pozitif yükümlülük yüklediği gözden kaçırılmamalıdır. Bu tip maddelere örnek olarak avukat yardımı ile tercüman yardımı hakkını içeren *“Adil Yargılanma Hakkı”*¹⁵⁴ verilebilir. Pozitif yükümlülükler

¹⁵² Klasik liberal ideolojiden sosyal liberal ideolojiye geçişte ünlü düşünür J. S. Mill etkili bir isim olmuştur. J.S Mill, her ne kadar devleti bireysel özgürlükler için bir tehdit olarak algılamış olsa da bireyin kendini gerçekleştirebilmesi için devletin eğitim, sosyal sigorta, halk sağlığı gibi alanlarda edimde bulunması gerektiğine inanmıştır. Pozitif özgürlük anlayışına kaynaklık eden sosyal liberal ideolojiye geçiş sürecinde önemli rol oynayan diğer bir isim ise T.H. Green'dir. Ona göre, liberalizm baskıcı siyasal iktidardan korunma amacına indirgenemezdi. Zira özgürlük, sadece kısıtlanmamak değil; *“bir şeyler yapabilme gücüne de sahip olmak”* demekti. Ancak bu ikinci durum toplumun dezavantajlı kesimleri için her zaman mümkün olmuyordu. Rasyonel olmasıyla liberalizmin merkezinde yer alan bireyin ahlaki ve bireysel kapasitesini gerçekleştirebilmesi de hedeflenmeliydi. Bu anlayış devletin insanların kendilerini geliştirmelerine ve özgürlüklerini korumalarına yardımcı olmak için adımlar atması gerektiği sonucunu doğuruyordu. Aksi durumda toplumun çoğunluğu yoksulluk, cehalet ve umutsuzluğa mecbur edilmiş oluyordu. T. H. Green'i J. A. Hobson ile L. T. Hobhouse da takip etti. Böylece gölge etmeyen devlet anlayışı yerini bireye amaçlarını gerçekleştirmesi için ihtiyacı olan araçları sağlama misyonu yüklenmiş olan devlete bıraktı. Fatmagül Berktaş, *“Liberalizm: Tek Bir Teorik Pozisyona İndirgenmesi Olanaksız Bir İdeoloji,” 19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler*, Ed.: Birsen Örs, 5. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Mart 2012, s. 75-84

¹⁵³ Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, C. 1, s. 36

¹⁵⁴ *“MADDE 6 Adil yargılanma hakkı*

(...)3. Kendisine bir suç isnat/ (itham) edilen her kişi, asgari olarak aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak derhal bilgilendirilmiş olmak;

b) Savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve kolaylıklara/(olanaklara) sahip olmak;

c) Savunmasını bizzat yahut kendi seçimiyle belirlediği bir avukattan/(hukuki yardımdan) yararlanmak suretiyle yapmak yahut, avukattan/(hukuki yardımdan) yararlanmak için yeterli ödeme gücünden yoksun olması ve adaletin tecellisinin bunu gerektirmesi halinde, ücreti kendisi tarafından ödenmeyecek olan bir avukat/(hukuki yardım) temin etmek;

d) Aleyhindeki tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek ve lehindeki tanıkların, aleyhindeki tanıklarla aynı koşullar altında hazır bulundurulmalarına ve sorgulanmalarına hak sahibi olmak;

doktrinini AİHS’te yer alan haklar bakımından işletilebilir kılan diğer önemli dayanak ise içtihatlardır. Başta *Marckx v. Belçika*¹⁵⁵ kararı olmak üzere birçok kararında AİHM devletin negatif yükümlülüklerinin yanında, korunan hakka etkili bir şekilde saygı göstermeye içkin pozitif yükümlülüğünün de olabileceğini belirtmiştir.¹⁵⁶

d. Pozitif Yükümlülükler Doktrininin Sonuçları

i. Devletin Hakları Gerçekleştirme Yükümlülüğü

Pozitif yükümlülük doktrininin bir sonucu olarak devlet, hakların etkili bir şekilde kullanılabilmesi için gerekli koşulları oluşturmak amacıyla yasal, idari veya mali yönde tedbir alma sorumluluğu altına girmektedir. Başka bir deyişle, hakkın somut ve etkili bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için sözleşmecî devletin düzenleme yapması, bu düzenlemeleri yeterli seviyede uygulaması ve gerektiğinde sosyo-ekonomik alanda önlem alması lazımdır.¹⁵⁷

Sosyo-ekonomik anlamda tedbir alma şeklindeki yükümlülük AİHS korumasının sosyal (ikinci kuşak) hakları kapsayacak şekilde genişlediği anlamına gelmemektedir. Burada amaçlanan klasik hakların sosyal gerçeklikle birlikte değerlendirilmesidir.¹⁵⁸ Bu konuyla ilgili en önemli kararlardan biri olan *Airey v. İrlanda* kararında AİHS’in medeni ve siyasi hakları gerçek ve pratik bir şekilde güvence altına almak amacıyla oluşturulduğu, medeni-siyasal haklardan birçoğunun sosyo-ekonomik nitelik ihtiva ettiği ve sosyo-ekonomik hakları Sözleşme’nin koruduğu alandan ayıran net bir ayrımın bulunmadığı ifade edilmiştir.¹⁵⁹ Dolayısıyla, Sözleşme’nin kapsamına aldığı haklar bakımından etkili bir koruma sağlanabilmesi için maddi sonucu olan birtakım tedbirlerin alınması gerektiği halde alınmaması

e) Mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşmıyor ise, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.” Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, C. 1, s. 40-41

¹⁵⁵ *Marckx v. Belgium*, App. No: 6833/74, Judgment of ECHR, 13/06/1979, para. 31

¹⁵⁶ Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.: Sibel İnceoğlu, 2. Baskı, İstanbul, Beta, Haziran 2013, s. 54-55

¹⁵⁷ A.g.e., s. 71-74. Bu noktada belirtilmelidir ki; bazı durumlarda bu sorumluluğun boyutu sonuç yükümlülüğü derecesine varabilmektedir. Örneğin transseksüellerin yeni cinsiyetlerini hukuken tanıma yükümlülüğü sonuç yükümlülüğüdür. Ancak bu sonucun nasıl elde edileceği devletin takdir marjı içinde kalmaktadır. Bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.52

¹⁵⁸ Boyar, a.g.e., s.72

¹⁵⁹ *Airey v. Ireland*, App. No: 6289/73, Judgment of ECHR, 09/10/1979, para. 26

durumunda, madde 8/2 de göz önünde bulundurularak, hakkın ihlal edildiği söylenebilecektir. Bu durum sosyal hakların bir blok olarak AİHS koruması altına girmesi sonucunu doğurmasa da şüphesiz Sözleşme'nin koruma alanında bir genişleme yaratmıştır.

Hakların etkili bir şekilde kullanılması bakımından devletin maddi pozitif yükümlülüklerinin yanında usuli pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerden bazıları doğrudan usuli hakları düzenleyen “Kişi Güvenliği Hakkı”, “Etkili Başvuru Yolu” ve “Adil Yargılanma Hakkı” konulu Sözleşme maddelerinden kaynaklanmaktayken, diğer bazılarının temelinde, içtihatlar yoluyla, maddi hakları düzenleyen Sözleşme maddeleri yer almaktadır.¹⁶⁰ Örneğin Mahkeme *Kruslin v. Fransa*¹⁶¹ ve *Huvig v. Fransa*¹⁶² kararlarında, ulusal hukukun AİHS 8/2’de yer verilen “yasallık” ifadesinin gerektirdiği standartları sağlayabilmesi için belli usul ve garantileri içermesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁶³ Her ne kadar madde 8 açık bir usuli güvence sağlamasa da karar alım süreçlerinin karara olan etkisi, Mahkeme’nin bu süreçlerin adil ve usulüne uygun takip edilip edilmediği konusunda değerlendirme yapmasında etkili olmaktadır. Usuli güvenceler bahsinde son olarak; madde 8’in ikinci fıkrası dolayısıyla ve içtihatlar aracılığıyla doğan pozitif usuli güvenceler ile “Adil Yargılanma Hakkı”ndan kaynaklanan usuli güvencelerin zaman zaman yarıştığı ve bu gibi durumlarda Mahkeme’nin olayı sadece madde 8 açısından ele alma eğilimi taşıdığı ifade edilmelidir.¹⁶⁴

ii. Yatay Etki: Devletin Üçüncü Kişilere Karşı Koruma Yükümlülüğü

Pozitif yükümlülükler doktrininin diğer bir sonucu, yatay etki teorisini AİHS sisteminde uygulanabilir kılmıştır. Bu teori aslen Alman Hukuku kökenlidir ve kural olarak devlet-kişi arasında, dikey eksende oluşan insan hakları uyuşmazlıklarını konu alan insan hakları hukukunun konusunu, kişiler arası insan hakları uyuşmazlıklarını konu edinerek genişletmektedir. Başka bir anlatımla; bizzat

¹⁶⁰ Boyar, a.g.e., s.71

¹⁶¹ *Kruslin v. France*, App. No: 11801/85, Judgment of ECHR, 24/04/1990

¹⁶² *Huvig v. France*, App. No: 11105/84, Judgment of ECHR, 24/04/1990

¹⁶³ Aalt Willem Heringa- Leo Zwaak, “Right to Respect for Privacy (Article 8)”, **Theory and Practice of The European Convention on Human Rights**, Ed.: Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak; 4. Edition, Antwerpen- Oxford, Intersentia, 2006, s. 45

¹⁶⁴ Harris- O’Boyle & Warbrick, a.g.e., s. 535-536

neden olduğu insan hakları ihlallerinden sorumlu olan devlet, bu teori ile kişiler arası yatay ilişkilerden kaynaklanan ihlallerinden de sorumlu tutulabilmektedir.¹⁶⁵

Yatay etkinin teorik temellerinin başında pozitif yükümlülükler doktrinin temeli olan AİHS'in 1. maddesi bulunmaktadır. Ancak tek sözleşmesel kaynak bu madde değildir. Bunun yanında “Etkili Başvuru Hakkı” konulu 13. madde, “Ayrımcılık Yasağı” konulu 14. madde, “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” konulu 17. madde ile başkalarının hak ve özgürlüklerini meşru sınırlama sebebi olarak öngören 8, 9. 10. ve 11. maddelerin ikinci fıkraları da sayılabilir. Önemi yadsınamaz diğer bir kaynak ise, şüphesiz, pozitif yükümlülükle bağlantılı içtihatlardır.¹⁶⁶ Örneğin *X. ve Y v. Hollanda* kararında Mahkeme; Sözleşme maddelerinin esasen kişinin devletin keyfi müdahalesine karşı korunmasını hedeflediğini, ancak devletin sorumluluğunun böylesi bir müdahalede bulunmamakla sınırlandırılmayacağını, devletin negatif yükümlülüklerinin yanında haklara etkili saygı için pozitif yükümlülüklerinin de olabileceğini ve pozitif yükümlülüklerin bireyler arası ilişkilerden kaynaklanan tehditlere karşı hakkın korunması için önlem alınmasını gerektirebileceğini ifade etmiştir.¹⁶⁷

Özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiden kaynaklanan hak ihlalinin devletin sorumluluğuna yol açabilmesi için devletin hak ihlaline zemin oluşturması gerekmektedir.¹⁶⁸ Bu noktada üçüncü kişilerden gelecek olan saldırıya karşı kişiyi koruyan düzenlemelerin yapılmaması, mekanizmaların oluşturulmaması, gerekli önlemlerin alınmaması¹⁶⁹ veya saldırı sonrasında etkili soruşturma¹⁷⁰, kovuşturma ve cezalandırma yapılmaması¹⁷¹ devletin sorumluluğunu gündeme getirebilecektir.

Pozitif yükümlülükler doktriniyle devletin sorumluluk alanı şüphesiz genişlemiştir. Ancak, bu doktrinle devletin kapsayacağı sorumluluk alanının da bir sınırı bulunmaktadır. *Botta v. İtalya* kararında AİHM, geniş ve belirsiz insan ilişkilerinden kaynaklanan bir durumun alınması gereken önlemlerle makul ve

¹⁶⁵ Boyar, a.g.e., s. 56-60

¹⁶⁶ A.g.e., s. 60-62

¹⁶⁷ *X and Y v. The Netherlands*, App. No: 8978/80, Judgment of ECHR, 26/03/1985, para. 23

¹⁶⁸ Bahçeci, a.g.e., s. 518

¹⁶⁹ *P. and S. v. Poland*, App. No: 57375/08, Judgment of ECHR, 30/10/2012, para. 95

¹⁷⁰ Konu hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz.: Feyyaz Gölcüklü, “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin “Olumlu” (Pozitif) Yükümü”, **Polis Dergisi**, 37. Sayı, Ekim-Kasım- Aralık 2003, s. 2-6

¹⁷¹ Arslan Öncü, **a.g.e.**, 51

doğrudan ilişkisi bulunmadıkça devletin sorumluluğuna yol açmayacağına karar vermiştir.¹⁷² *Osman v. Birleşik Krallık* kararında Mahkeme, insan davranışlarının öngörülemezliğine değinmiş ve yatay ilişki sorumluluğu açısından pozitif yükümlülüklerin devlete imkansız ve orantısız bir sorumluluk yükleyecek şekilde yorumlanmaması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁷³

e. Pozitif Yükümlülükler Aykırılık Halinde Yapılacak İnceleme

Pozitif yükümlülükler doktrini sayesinde haklara yapılan müdahalelerin yanı sıra lüzumlu olduğu halde yerine getirilmeyen edimler de şikayet konusu yapılabilecektir. Bununla birlikte, bir devlet tasarrufunun onun hangi tip sorumluluğuna yol açacağı her zaman kolaylıkla tespit edilememektedir. Diğer bir deyişle, bir vakada pozitif yükümlülüğün mü yoksa negatif yükümlülüğün mü söz konusu olduğunu tespit etmek her zaman için kolay değildir. Örneğin; devletin madde 8’de yer alan haklara ilişkin bazı işlemlerin yapılmasını engellemesi halinde, isim değişikliği talebinin reddedilmesi örneğinde olduğu gibi, negatif yükümlülük ile ilgili mesele doğması beklenebilecekken; Mahkeme bu tip konuları, devletin talep edilen işlemi yapmaya yönelik adımları atmaması dolayısıyla pozitif yükümlülükler bakımından ele almaktadır.¹⁷⁴

İster müdahale ister pozitif yükümlülükler aykırılık söz konusu olsun, Mahkeme tarafından uygulanacak prensipler benzer olacaktır.¹⁷⁵ Her iki durumda da birey ve toplumun çatışan menfaatleri arasında adil denge kurulmaya çalışılacaktır. Yine her iki durumda devlet alması gereken tedbirler bakımından takdir marjına sahip olacaktır.¹⁷⁶ Ancak pozitif yükümlülükler ilişkin değerlendirme yapıldığı durumlarda, müdahalelere ilişkin değerlendirmelerin aksine, ikinci fıkrada yer alan meşruluk sebepleri bakımından bir inceleme yapılmayacaktır. Fakat yine de Mahkeme, madde 8/1’den kaynaklanan pozitif yükümlülüklerin ihlal edilip

¹⁷² *Botta v. Italy*, App. No: 21439/93, Judgment of ECHR, 24/02/1998, para. 35

¹⁷³ Bahse konu olay yaşam hakkı ile ilgilidir. Kararda, devletin yaşam hakkına yönelik her saldırıyı önleme yükümlülüğü altına sokulamayacağı ve sorumluluğun ancak gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığına dair bilginin ilgili makamlarca bilindiği ya da bilinmesi gerektiği durumlarda makul önlemlerin alınmaması halinde doğacağı belirtilmiştir. Bkz.: *Osman v. The United Kingdom*, App. No:23452/94, Judgment of ECHR (GC), 28/10/1998, para. 116

¹⁷⁴ Harris- O’Boyle & Warbrick, **a.g.e.**, s.534

¹⁷⁵ Benzer olsa da aynı olmadığı unutulmamalıdır.

¹⁷⁶ *Hatton and Others v. The United Kingdom*, App. No: 36022/97, Judgment of ECHR (GC), 08/07/2003, para. 98

edilmediğini incelerken menfaatler arası dengeyi ve ölçülülükü göz önünde bulunduracak ve bu incelemesinde ikinci fıkrada yer alan meşru amaçlardan yararlanacaktır.¹⁷⁷ Mahkeme bu değerlendirme sonucunda devletin taraflar arası adil dengeyi kuramamış olduğu sonucuna ulaşırsa ihlal kararı verecektir.¹⁷⁸ Hemen belirtmek gerekir ki, pozitif yükümlülük değerlendirmesi konusunda benimsenmiş açık bir metot bulunmamaktadır. Bu nedenle genellikle olayın kendine has özelliklerine göre sonuç elde edilmektedir.¹⁷⁹

3. AİHS Madde 8'in Koruma Alanı

a. Giriş

AİHS'in 8. maddesinin 1. fıkrası özel hayatı, aile hayatını, konutu ve haberleşmeyi korumaktadır. Ancak dış görünüş ile aile hayatının, konutun ve haberleşmenin doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır. Dış görünüş özel hayata saygı hakkı çatısı altında yer almaktadır.

Strasbourg Organları, özel hayat kavramının eksiksiz bir tanıma elverişli olmadığı kanaatindedir. Zira özel hayat çok geniş bir alanı kapsamaktadır.¹⁸⁰ Bu sebeple Strasbourg Organları özel hayatın tanımını yapmak yerine önlerine gelen şikayet konusunun özel hayat kapsamında yer alıp almadığına her olayın kendine has özellikleri ışığında karar vermeyi tercih etmektedir.¹⁸¹ Bu anlayışla geliştirilen içtihatlar vasıtasıyla özel hayat kavramının içeriği çok geniş bir alanı kapsayacak şekilde belirlenmektedir.¹⁸² Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu içeriğe fiziksel ve zihinsel bütünlük, kimlik, insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkı, kişisel veriler, şeref ve şöhret, kişi özgürlüğü ile seyahat özgürlüğü dahil edilmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere özel hayat mahremiyetten çok daha fazlasını ifade etmektedir. Kaldı ki, AİHM kişilik kavramıyla bağlantılı olan kişisel özerklik, kimlik, kişisel

¹⁷⁷ Gözübüyük- Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 351

¹⁷⁸ Ivana Roagna, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması**, Çev.: Ayşe Gül Alkış Schaling, 1. Baskı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Strazburg, Avrupa Konseyi, 2012, s.60

¹⁷⁹ Harris- O'Boyle & Warbrick, **a.g.e.**, s. 535

¹⁸⁰ *Costello-Roberts v. The United Kingdom*, App. No: 13134/87, Judgment of ECHR, 25/03/1993, para. 36

¹⁸¹ Gözübüyük- Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 352

¹⁸² Yapılan bu açıklamaların hem dar anlamda hem de geniş anlamda özel hayat için geçerli olduğu söylenebilir.

bütünlük, kişisel gelişim, kişisel tanımlama ve benzeri kavramları da özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirmektedir¹⁸³ Sayılan kavramlardan “kişisel özerklik” kavramı, özel hayat güvencelerinin yorumuna temel olan önemli bir ilke olarak özel hayata saygı hakkı bünyesinde varlık bulmaktadır.¹⁸⁴

Fiziksel görünümüne ilişkin meseleler Strasbourg Organları’nca ekseriyetle kimlik ile bağlantılı olarak ele alınmıştır. Öte yandan fiziksel görünüm ile fiziksel ve zihinsel bütünlük arasında da yadsınamaz bir bağ bulunmaktadır. Bu sebeple özel hayata saygı hakkının alt başlıklarından olan kimliğe ve fiziksel ve zihinsel bütünlüğe çalışmamızın bu kısmında yer vermeyi uygun görmüş bulunmaktayız.

b. Kimlik

i. Cinsel Kimlik

Cinsel hayat özel hayatın önemli bir yönünü teşkil etmektedir.¹⁸⁵ Cinsel yönelim, cinsel ilişki türleri, transseksüellik ve kürtaj¹⁸⁶ cinsel kimlik başlığı altında incelenebilecek konulardır.¹⁸⁷

Bazı askerlerin homoseksüel oldukları gerekçesiyle silahlı kuvvetlerden çıkarılması örneğinde olduğu gibi,¹⁸⁸ cinsel yönelimleri sebebiyle kişiler aleyhine tesis edilen işlemler özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil edebilmektedir. Birel işlem tesis edilmeksizin ceza kanunları vasıtasıyla yetişkin erkekler arası eşcinsel ilişkinin kategorik olarak yasaklanması da böylesi kanunlar yürürlükte kaldığı müddetçe eşcinsel şahısların özel hayata saygı hakkına sürekli surette müdahale oluşturacaktır.¹⁸⁹ Zira böylesi bir durumda eşcinsel kişiler, cinsel eğilimlerini frenlemek ile cezai kovuşturmayaya maruz kalabilmek ikileminde bırakılmaktadır.¹⁹⁰

¹⁸³ Heringa- Zwaak, a.g.e., s. 655

¹⁸⁴ *Pretty v. The United Kingdom*, App. No: 2346/02, Judgment of ECHR, 29/04/2002, para. 61

¹⁸⁵ *Brügge mann and Scheuten v. Germany*, App. No:6959/75, Decision of EComHR, 19/05/1976, The Law, para. 5

¹⁸⁶ Kürtaj meselesine fiziksel ve zihinsel bütünlük konusunda değinildiği için bu bölümde ayrıca bir inceleme yapılmayacaktır.

¹⁸⁷ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.206-207

¹⁸⁸ *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*, App. No: 31417/96, 32377/96, Judgment of ECHR, 27/09/1999, para. 62

¹⁹² *Norris v. Ireland*, App No: 10581/83, Judgment of ECHR, 26/10/1988, para. 38. Söz konusu vakada müdahalenin yanında ihlal de tespit edilmiştir.

¹⁹⁰ *Dudgeon v. The United Kingdom*, App. No: 7525/76, Judgment of ECHR, 22/10/1981, para.41

Cinsel ilişki türlerine gelecek olursak; video kayda alınan, sado-mazoşist, homoseksüel grup sekse katılan kişilerin cezalandırılmasının şikayet konusu yapıldığı bir vakada AİHM; kapalı kapılar ardında tatbik edilen her cinsel eylemin özel hayata saygı hakkı kapsamında yer almayabileceğini belirtmiştir.¹⁹¹ Ancak yine sado-mazoşizm konulu bir şikayete ilişkin sonraki tarihli bir kararında AİHM, özel hayatın en derin yönlerinden birini oluşturan cinsel ilişkinin madde 8'in kapsamında yer aldığını ifade etmiştir. Bu kararda AİHM, cinsel ilişki kurma ve sürdürme hakkının kişisel özerklik kavramının ayrılmaz bir parçası olan kişinin kendi vücudu üzerindeki özgürlüğünden türediğini belirtmiştir. AİHM'e göre kişinin, ona fiziksel veya manevi yönden zarar verebilecek nitelikte dahi olsa, çeşitli faaliyetlere katılabilmesi hayatı serbestçe yönlendirme hakkı kapsamında değerlendirilecektir.¹⁹²

AİHM'e göre kişinin kendini kadın (ya da erkek) olarak tanımlama özgürlüğü, kendi kaderini tayin hakkının en temel öğelerinden birini oluşturmaktadır.¹⁹³ Bu bağlamda, hiç şüphesiz, transseksüellik de özel hayata saygı hakkının kapsamında yer almaktadır. Transseksüelliğe ilişkin vakalar genellikle devletin pozitif yükümlülükleri ile alakalı olarak mesele doğurmaktadır.¹⁹⁴ Kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatına erişememesi¹⁹⁵ veya cinsiyet değiştirdikten sonra yeni cinsiyetinin hukuken tanınmaması¹⁹⁶ gibi durumlar madde 8 açısından pozitif yükümlülüklerle aykırılık teşkil etmektedir.¹⁹⁷

ii. Ön İsim-Soy İsmi

Kimliğin önemli bir parçasını oluşturan ön isim ve soy ismi, toplum içindeki tanıtıcı işlevi dolayısıyla hem özel hayat hem de aile hayatı bağlamında madde 8'in koruması altında bulunmaktadır. Kişinin çocuğunun ön ismini seçmesine¹⁹⁸ yahut kendi ismini taşımasına veya değiştirmesine getirilen sınırlamalar bu bağlamda

¹⁹¹ *Laskey, Jaggard and Brown v. The United Kingdom*, App. No: 21627/93, 21826/93, 21974/93, Judgment of ECHR, 19/02/1997, para. 36

¹⁹² *K.A. et A.D. c. Belgique*, App. No: 42758/98, 45558/99, Judgment of ECHR, 17/02/2005, para.83

¹⁹³ *Van Kück v. Germany*, App. No: 35968/97, Judgment of ECHR, 12/06/2003, para. 73

¹⁹⁴ Harris- O'Boyle & Warbrick, **a.g.e.**, s. 536

¹⁹⁵ Bkz.: *Y.Y. v. Turkey*, App. No: 14793/08, Judgment of ECHR, 10/03/2015, para.65-66

¹⁹⁶ Bkz.: *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, App. No: 28957/95, Judgment of ECHR (GC), 11/07/2002, para.71

¹⁹⁷ Bu konudaki ayrıntılı incelemeye "Transseksüel Bireylere Yönelik Cinsiyet Değiştirme Ameliyatları" başlığı altında yer verilmiştir.

¹⁹⁸ Bkz.: *Guillot v. France*, App. No: 22500/93, Judgment of ECHR, 24/10/1996, para.21-22

madde 8'e müdahale teşkil edecektir.¹⁹⁹ Müdahalenin eşler arası eşitsizliği ilgilendirmesi durumunda, eğer aleyhinde başvuruda bulunulan devlet 7 No'lu Protokol'e tarafsız "Eşler Arası Eşitlik" konulu 5. madde AİHS'in 8. maddesine göre özel hüküm teşkil edecektir. İsim başlığı altında değerlendirilebilecek diğer bir husus ise asalet unvanıdır.²⁰⁰ AİHM, eşitlik ve evrensellik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle asalet unvanlarının madde 8'in korumasından yararlanamayacağına kanaat getirmiştir.²⁰¹

Varsayılabilir tanıtıcı işlev dolayısıyla isim ile fiziksel görünüm arasında bir bağ kurmak mümkün gözükmemektedir. Ancak Strasbourg Organları'nın bu yönde bir değerlendirme yapmamış olduğu da dikkate alınmalıdır.

iii. Dış Görünüş

Fiziksel görünüm, kişiliği ifade etmenin bir yolunu oluşturmaktadır. Kişinin fiziksel görünümünü kendi istediği doğrultuda belirleyebilmesine yönelik hukuksal menfaat madde 8 kapsamında korunmaktadır. Dolayısıyla "*kişinin rızası hilaflına fiziksel görünümüne getirilecek bir düzenleme*" "*özel hayata saygı hakkına bir müdahale teşkil edebilecektir.*"²⁰²

Çalışmamızın bir sonraki bölümü, dış görünüşe ilişkin ayrıntılı incelemeye hasredilmiştir. Dış görünüşün özel hayata saygı hakkı çatısı altında konumlandırıldığı bu bölümde ifade edilmelidir ki, dış görünüş kimlikle ilişkili olduğu kadar fiziksel bütünlükle de bağlantılıdır. Dış görünüş kimlik başlığı altında ele alınmakla birlikte,²⁰³ bahsedilen sebep dolayısıyla böyle bir konumlandırmanın kati sınırlar içermemesi gerektiği ifade edilmelidir.

¹⁹⁹ Bkz.: *Daroczy v. Hungary*, App. No: 44378/05, Judgment of ECHR, 01/07/2008, para. 32

²⁰⁰ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 225- 236

²⁰¹ *De La Cierva Osorio De Moscoso, Fernandez De Cordoba, Roca Y Fernandez Miranda And O'Neill Castrillo v. Spain*, App. No: 41127/98, 41503/98, 41717/98, Decision of ECHR, 28/10/1999, As To The Law, para. 1

²⁰² *Peter Sutter v. Switzerland*, App. No: 8209/78, Decision of EComHR, 01/03/1979, para. 1 (The Law)'den akt. Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.237-238

²⁰³ Örneğin bkz.: *Harris- O'Boyle & Warbrick, a.g.e.*, s. 538-539. Strasbourg Organları da konuyu kimlik başlık altında ele almaktadır.

iv. Etnik ve Dini Kimlik

AİHM içtihatlarına göre; isim, cinsiyet ve cinsel yönelim kadar dini ve etnik özellikler de kimliğin ve özel hayatın önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Bu açıdan örneğin, kişinin kimlik kartındaki etnik kimlik bilgisinin beyan ettiği doğrultuda değiştirilmemesi özel hayata saygı hakkı bakımından inceleme gerektiren bir durumdur.²⁰⁴ Üçüncü kişiler tarafından insanlara etnik kimlikleri dolayısıyla olumsuz kalıp yargıların yükletilmesi karşısında devletin gerekli önlemleri almaması da durumun belli bir seviyeye ulaşması kaydıyla, devletin pozitif yükümlülüğü bağlamında madde 8 incelemesini gerektirecektir.²⁰⁵

Strasbourg Organları, azınlıkların yaşam tarzlarının özel yaşama, aile yaşamına ve konuta saygı hakkı koruması altında olduğunu ifade etmiştir.²⁰⁶ Örnek olarak bir Çingene'nin²⁰⁷ karavanında yaşamasını engelleyici tedbirlere maruz kalmasının şikayet konusu yapıldığı başvuruda Mahkeme; geleneksel olarak gezici yaşam tarzına sahip olan Çingene azınlık grubuna mensup bir kişinin karavanda yaşamasının etnik kimliğinin ayrılmaz bir parçası olduğunu belirterek, devletin karavanda yaşamayı olumsuz yönde etkileyen tedbirlerinin, Çingene kimliğinin sürdürülebilmesine olan etkisi bakımından, özel hayata (ayrıca aile hayatına ve konuta) saygı hakkına müdahale teşkil ettiğini ifade etmiştir. Kararın ilerleyen kısmında Mahkeme, devletlerin madde 8'de yer alan haklar açısından Çingenelerin yaşama biçimini kolaylaştırma pozitif yükümlülüğü olduğunu eklemiştir.²⁰⁸

Kişinin dini kimliğini konu alan başvurular genellikle AİHS'in "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü" konulu 9. maddesi bağlamında ele alınıyor olsa da söz konusu başvuruların madde 8 açısından değerlendirilmesine teorik bir engel bulunmamaktadır.²⁰⁹

²⁰⁴ *Ciubotaru v. Moldova*, App. No: 27138/04, Judgment of ECHR, 27/04/2010, para. 53

²⁰⁵ *Aksu v. Turkey*, App. No: 4149/04, 41029/04; Judgment of ECHR (GC), 15/03/2012, para. 58

²⁰⁶ *G. and E. v. Norway*, App. No: 9278/81, Decision of EComHR, 03/10/1983, The Law, para. 2; *Noack and Others v. Germany*, App. No: 46346/99, Decision of ECHR, 25/05/2000, The Law

²⁰⁷ Orijinal karar metninde "Gypsy" ifadesi kullanıldığı için bu kelime tercih edilmiştir.

²⁰⁸ *Chapman v. The United Kingdom*, App. No: 27238/95, Judgment of ECHR, (GC), 18/01/2001, para. 68, 73, 96

²⁰⁹ Harris- O'Boyle & Warbrick, **a.g.e.**, s. 540

Dini ve etnik kimliğin özel hayata saygı hakkı kapsamında korunması, dini veya etnik kimliğin etkisiyle şekillenen dış görünüş tercihlerinin bu hak kapsamında korunabilmesi bakımından önem arz etmektedir.

c. Fiziksel ve Zihinsel Bütünlük

Kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğü özel hayata saygı hakkı kapsamında korunmaktadır.²¹⁰ Özel hayata saygı hakkının yorumlanmasında kullanılan kişisel özerklik ilkesi, kişinin vücuduyla ilgili seçim yapabilmesini ve tasarrufta bulunabilmesini mümkün kılmaktadır.²¹¹

Kişinin maruz bırakıldığı psikiyatrik muayene ile tedaviler, jinekolojik muayene gibi fiziksel muayene ve tedaviler; uyuşturucu poşeti yuttuğu düşünülen kişiye kusturucu ilaç verilmesi durumu, babalığın tespiti için yapılan kan testleri, suç failinin tespiti için yapılan tükürük testleri, alkol tespiti için yapılan nefes testleri ve delil elde etme amacıyla yapılan her türlü tıbbi testler; bulaşıcı hastalık riskine karşı yapılan tüberküloz testi ve açlık grevindeki kişinin zorla beslenmesi zihinsel ve bedensel bütünlük bağlamında özel hayata müdahale teşkil eden durumlardan bazılarıdır.²¹² Kişinin tabi tutulduğu zorunlu tıbbi uygulamalar önemsiz nitelikte dahi olsa özel hayata müdahale teşkil edecektir.²¹³ Öte yandan tıbbi tedavinin reddinin kaçınılmaz olarak ölümcül sonuç doğuracağı hallerde, akli yeterliliğe sahip hastanın rızası hilafına tıbbi tedaviye maruz bırakılması da yine madde 8 bağlamında fiziksel bütünlüğe müdahale oluşturacaktır.²¹⁴

Kişinin vücuduna keyfi olarak uygulanan tıbbi işlemler kadar, ilgilinin talebine rağmen yapılmasına izin verilmeyen tıbbi işlemler de özel hayata müdahale oluşturabilecektir.²¹⁵ Örneğin ölümcül kanser hastalığına yakalanan ve geleneksel tıbbi yöntemleri sonuç alamadan tüketen kişilerin yaşam sürelerini uzatma ihtimali olan deneysel ve ruhsatsız ilaçların bu kişilerce kullanımına izin verilmemesi ve

²¹⁰ *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, App. No: 71127/01, Judgment of ECHR, 12/06/2008, para. 65

²¹¹ *Pretty v. The United Kingdom*, App. No: 2346/02, Judgment of ECHR, 29/04/2002, para. 66'dan akt.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 85

²¹² Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 86-87

²¹³ *Schmidt v. Germany*, App. No: 32352/02, Decision of ECHR, 05/01/2006, The Law, para. 1

²¹⁴ *Pretty v. The United Kingdom*, App No: 2346/02, Judgment of ECHR, 29/04/2002, para. 63

²¹⁵ Osman Doğru- Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, Ekim 2013, s.3

tedavi yolunu seçme iktidarının sınırlandırılması durumunu Mahkeme, kişisel özerklik ve yaşam kalitesi kavramları ile ilişkilendirerek madde 8 kapsamında incelemiştir.²¹⁶ Benzer şekilde, haftalarla veya aylarla sınırlı ömrü kalan ve boynundan aşağısı felç olan kişinin hastalığının onursuz ve acı verici son evresinden kaçmak amacıyla intiharına yardım edilmesi talebinin reddedilmesi de durumun kişisel özerklik, yaşamın niteliği ve insan onuruna saygı kavramlarıyla olan bağlantısı sebebiyle madde 8 kapsamında değerlendirilmiştir.²¹⁷ Dolayısıyla intihara yardım ve ötanazinin de özel hayata saygı hakkının konusunu oluşturduğu söylenebilir.

Kişinin talep ettiği kürtaj işleminden mahrum bırakılması, ebeveyn olmamaya ilişkin karara saygı hakkını da içeren özel hayata saygı hakkı²¹⁸ başlığı altında ele alınmaktadır.²¹⁹ Sağlık ve/ veya esenlik için gerçekleştirilmek istenen kürtaja izin verilmemesine yönelik şikayetler madde 8 kapsamında değerlendirilmektedir.²²⁰

Erişilemeyen tıbbi işlemler için yapılan değerlendirmeler, devletin kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne saygı göstermesine ilişkin yükümlülüklerinin pozitif yükümlülükler bağlamında sağlık hakkını kapsayacak kadar genişleyip genişlemediği sorusunu akıllara getirebilir. Her ne kadar devletin kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü etkili şekilde koruma pozitif yükümlülüğü bulunsa da bu yükümlülük tıbbi bakım/tedavi hakkını garanti altına alacak kadar geniş değildir.²²¹

Devletin, fiziksel ve zihinsel bütünlüğü korumaya yönelik yükümlülüğü sadece dikey ilişki ekseninde doğmaz. Başta çocukların ve diğer savunmasız kişilerin olmak üzere tüm kişilerin fiziki ve psikolojik bütünlüğünün yatay ekseninde bireyler arası ilişkilerden doğacak müdahalelere karşı korunması, pozitif yükümlülükler doktrini çerçevesinde devletin sorumluluğundadır.²²² Bu sorumluluk; kişinin üçüncü kişilerin zarar verici fiillerinden korunması için önlemler alınmasını²²³, zarar verici

²¹⁶ *Hristozov and Others v. Bulgaria*, App. No: 47039/11, 358/12, Judgment of ECHR, 13/11/2012, para. 8, 95,116

²¹⁷ *Pretty v. The United Kingdom*, App. No: 2346/02, Judgment of ECHR, 29/04/2002, para. 8, 14, 61, 65, 67

²¹⁸ *Evans v. The United Kingdom*, App. No: 6339/05, Judgment of ECHR, (GC), 10/04/2007, para. 71

²¹⁹ Kürtaj aile yaşamına saygı hakkı bağlamında da gündeme gelebilmektedir.

²²⁰ *A, B and C v. Ireland*, App. No: 25579/05, Judgment of ECHR (GC), 16/12/2010, para. 214

²²¹ *Tysiqc v. Poland*, App. No: 5410/03, Judgment of ECHR, 20/03/2007, para. 107

²²² *Hajduova v. Slovakia*, App. No: 2660/03, Judgment of ECHR, 30/11/2010, para.45

²²³ *X and Y v. The Netherlands*, App. No: 8978/80, Judgment of ECHR, 26/03/1985, para. 23

fiillerin gerçekleşmesi halinde uygulanacak caydırıcı yaptırımları öngören ceza yasaları çıkarılmasını ve bu yasaların etkili soruşturma ve kovuşturmalar vasıtasıyla uygulanmasını gerekli kılmaktadır.²²⁴

Son olarak belirtilmelidir ki, kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğü sadece özel hayata saygı hakkını koruyan madde 8 ile korunmamaktadır. Fiziksel ve zihinsel bütünlük, ölümcül sonuç doğurabilecek veya doğuran durumlarda “Yaşam Hakkı”nı koruyan AİHS’in 2. maddesinin²²⁵ ve ölümcül olmamakla birlikte belli bir şiddet eşiğinin aşıldığı durumlarda AİHS’in 3. maddesinin²²⁶ de konusunu oluşturmaktadır. Ancak, “Yaşam Hakkı” kural olarak nefes alıp verme özgürlüğünü güvence altına aldığından bireyin fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne yönelik müdahaleler genellikle 3. madde ile 8. madde kapsamında mesele doğurmaktadır.²²⁷ Aynı hukuksal çıkarı koruyan 3. ve 8. maddeye ilişkin olarak, AİHM’in bu maddelerin koruma alanlarının birbiriyle sınırdış olduğunu varsayma eğilimi taşıdığı belirtilmiştir.²²⁸

Madde 3 ile 8 arasındaki ilişkiyi sınırdışlık üzerinden okumak hatalı bir değerlendirme yapma ihtimalini doğurabilir. Şöyle ki, asgari şiddet eşiği²²⁹ madde

²²⁴ M.C. v. Bulgaria, App. No: 39272/98, Judgment of ECHR, 04/12/2003, para. 150

²²⁵ “Madde 2 – Yaşam Hakkı

1. Herkesin yaşam hakkı, yasa tarafından korunacaktır. Yasanın ölüm cezası öngördüğü bir suçtan ötürü hakkında bir mahkemece mahkum edilmesinin ardından bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimse yaşamından kasıtlı olarak yoksun bırakılmayacaktır.

2. Yaşamdan yoksun bırakma, aşağıdaki hallerde, mutlak/(kesin) biçimde gerekli olanın ötesine geçmeyen bir kuvvet kullanılması sonucunda ortaya çıktığında, bu Maddeye aykırı olarak yapılmış sayılmayacaktır:

a) Herhangi bir kimsenin hukuka aykırı şiddete karşı savunmasında;

b) Yasaya uygun bir yakalama/(gözetim altına alma) kararının yerine getirilmesinde ya da yasaya uygun olarak (gözetim altında – tutuklu) alkonulan bir kimsenin kaçmasını önlemede;

c) Bir ayaklanmanın ya da isyanın bastırılması amacıyla yasaya uygun olarak yapılan bir tasarrufla/(eylemde)” Bkz.: Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, C. 1, s. 37

²²⁶ “Madde 3 - İşkence yasağı

Hiç kimse işkenceye ya da insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele yahut cezaya tabi tutulmayacaktır.” Bkz.: **A.g.e.**

²²⁷ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 149

²²⁸ Harris- O’Boyle & Warbrick, **a.g.e.**, s. 541

²²⁹ İşkence, insanlık dışı muamele, insanlık dışı ceza, aşağılayıcı muamele ve aşağılayıcı ceza 3. maddenin yasakladığı 5 tip davranıştır. Bu kategorilerden işkence, genellikle itiraf ettirme ya da cezalandırma amacı taşıyan ve aşırılaşmış derecede şiddet içeren insanlık dışı muameleyle karşılık gelir. Bir davranışın insanlık dışı muamele veya ceza sayılması için ise kasıtlı bir şekilde uzun saatler boyunca tatbik edilmesi ve bedensel yaralamaya ya da bedensel veya ruhsal ıstıraba yol açması gerekmektedir. Aşağılayıcı muamele ve cezanın ayırt edici özelliği ise belli şiddet derecesine ulaşan ve kişiyi bulunduğu konum, şöhrat, rütbe veya karakter açısından daha aşağı seviyeye düşüren, başkalarının gözünde küçülten veya kişinin vicdanına aykırı davranmasına yol açan; korku, şiddetli ıstırap ve küçük düşme duygusu uyandıran nitelikte olmasıdır. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 3/İşkence Yasağı Analizi**, 2. Baskı, Ankara, Ankara Barosu, 2007, s.190-208.

3'ün korumasını gündeme getirmede etkili olsa da bu sınırın aşılması sonrasında madde 8'in değerlendirmeden çıkarıldığı söylenemez. Çünkü madde 8; madde 3'ün kapsamına almadığı alanlar kadar aldığı alanları da içeren, geniş koruma alanına sahip bir maddedir. Dolayısıyla asgari şiddet eşiğini aşan bir müdahale bakımından madde 3 ve 8'in yarışması söz konusu olacaktır. Bu gibi durumlarda AİHM'in sadece madde 3²³⁰, sadece madde 8 ve hem madde 3 hem madde 8²³¹ bakımından inceleme yapma imkanı bulunmaktadır.²³² Strasbourg Organları bu gibi durumlarda önceleri sadece madde 3 değerlendirmesi yapma eğilimi taşımaktayken, 2003 yılı sonrasında AİHM ikili değerlendirme uygulamasına ağırlık vermeye başlamıştır.²³³

Madde 3 için aranan asgari şiddet eşiğine ulaşmayan durumlarda sadece madde 8 koruması gündeme gelmektedir. Ancak bu noktada belirtilmelidir ki, madde 3'ün şiddet eşiği gibi yüksek bir şiddet eşiği aranmasa da fiziksel ve zihinsel bütünlüğe yönelik her müdahalenin madde 8 korumasını gündeme getirdiği söylenemez. Bir müdahalenin madde 8 bakımından değerlendirilebilir olması için kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğü üzerinde olumsuz etki doğurucu nitelikte olması gerekmektedir.²³⁴ Örneğin *Raninen v. Finlandiya* kararında kişiye kelepçe takılmasının kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne madde 8 korumasını gerektirecek derecede bir olumsuz etkisi olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.²³⁵

4. Özel Hayata Saygı Hakkını Sınırlama Rejimi

a. Genel Olarak Madde 8/2

Bir önceki kısımda AİHS'in 8. maddesinin 1. fıkrası ile güvence altına alınan hak alanlarından çalışmamızı ilgilendirenler sunulmaya çalışılmıştır. Bir hakkın 8/1 güvencesi altında olması, o hakkın mutlak nitelikli hak olduğu anlamına

(Çalışmamızda kısaca: “**İşkence Yasağı Analizi**”) Aynı bağlamda bu değerlendirmeye yer veren bir başka çalışma için bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 167-169

²³⁰ Madde 3 ihlali bulunduğu gerekçesiyle madde 8 yönünden bir inceleme yapılmasına gerek görülmeyen kararlara örnek olarak bkz.: *A. v. The United Kingdom*, App. No: 25599/94, Judgment of ECHR, 23/09/1998, para. 28

²³¹ Hem madde 3 hem de madde 8 açısından değerlendirilip iki madde bakımından da ihlal tespit edilen vakalara örnek olarak bkz.: *M.C. v. Bulgaria*, App. No: 39272/98, Judgment of ECHR, 04/12/2003, para. 187

²³² Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 170

²³³ Roagna, **a.g.e.**, s. 24-25

²³⁴ *Costello-Roberts v. The United Kingdom*, App. No: 13134/87, Judgment of ECHR, 25/03/1993, para.36

²³⁵ *Raninen v. Finland*, App. No: 20972/92, Judgment of ECHR, 16/12/1997, para. 64

gelmemektedir. Dolayısıyla özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı çatısı altında yer alan hakların sınırlandırılmayacağı söylenemez. Söz konusu haklar, aynı maddenin 2. fıkrasında yer alan koşullara uymak şartıyla, devlet tarafından sınırlandırılabilmekte ve bu durum hukuka uygun kabul edilmektedir. Ancak söz konusu koşullara uymayan müdahaleler ihlal teşkil etmektedir.

Negatif yükümlülüklerle aykırı davranışın ima edildiği müdahalenin, hakkı hukuka uygun olarak mı sınırlandırdığı yoksa ihlal mi ettiği sorusuna yanıt 8. maddenin 2. fıkrasından türeyen yöntemin izlenmesiyle bulunacaktır. Ancak bu noktada, devletin pozitif yükümlülüklerinin de olduğu ve pozitif yükümlülüklerle aykırı edimlerin ihlale yol açıp açmadığı konusundaki değerlendirmenin müdahale değerlendirmesi ile benzerlikler taşıdığı unutulmamalıdır.

Şikayet başvurusunda, madde 8’de yer alan haklardan birine müdahale edildiğini ispat etme yükümlülüğü başvurusunun üzerindedir. Fakat doğrudan delil elde etmenin zorluğu veya imkansızlığı karşısında müdahalenin gerçekleşmiş olma ihtimalinin ispat edilmesi, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için yeterli sayılmaktadır. İç hukukta bir başvuru yolunun öngörülmemiş olmasının bu noktada önem arz eden bir unsur olduğu belirtilmelidir.²³⁶

Hakka müdahalede bulunulduğuna ikna olduktan sonra Mahkeme, bu müdahalenin ihlal teşkil edip etmediğini inceleyecektir. Mahkeme’nin yaptığı bu inceleme üç aşamayı içermektedir. Mahkeme ilk olarak müdahalenin yasal bir dayanağı olup olmadığına bakacaktır. Eğer yasallık kriteri yerine gelmişse, bir sonraki aşama olan meşru amaç kriteri incelemesine geçilecektir. Bu noktada, hakka müdahale edilirken 2. fıkra da sınırlı sayıda sayılan meşru amaçlardan birinin gözetilip gözetilmediğine bakılacaktır. Hakka yapılan müdahalenin 2. fıkradaki sebeplerden bir veya birkaçına dayanması halinde son kriter olan demokratik toplumda gereklilik kriteri incelemesine geçilecektir. Bu şartın da gereğinin yerine getirilmiş olduğu kanaatine varılırsa hakka yapılan müdahalenin hukuka uygun olduğu sonucuna varılacaktır.²³⁷ Yani hakka yönelik bir müdahale yasayla öngörülmüşse, 8/2’de sayılan meşru amaçlardan bir veya birkaçı gözetilerek tesis edilmişse ve demokratik toplumda gerekliyse hukuka uygun olacak ve ihlal teşkil

²³⁶ Roagna, **a.g.e.**, s. 36-37

²³⁷ Harris- O’Boyle & Warbrick, **a.g.e.**, s. 521

etmeyecektir.²³⁸ Dolayısıyla, 8. maddenin 2. fıkrasındaki kriterlerin tümünün sağlanması şartıyla ilk fıkrada düzenlenen hakların sınırlandırılması meşru sayılmaktadır. Çalışmamızın bu kısmında 8. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen sınırlama kriterlerinin ayrıntılarına yer verilecektir. İşbu kısım okunurken müdahalenin hak ve özgürlüğe sahip olma kuralına getirilen bir istisna olmasından hareketle dar yorumlanması gerektiği daima hatırdâ tutulmalıdır.²³⁹

b. Madde 8/2’de Yer Alan Kriterler

i. Yasallık

Yasaya uygunluk veya yasayla öngörülme koşulu olarak da adlandırılan yasallık koşulu, hakka müdahale teşkil eden devlet faaliyetinin ulusal hukukta yasal olarak temellendirilmesini gerekli kılmaktadır.²⁴⁰

Yasallık koşulunun temelinde yer alan “yasa” kavramı otonom bir kavramdır.²⁴¹ Dolayısıyla Mahkeme, muhatap devletlerin “yasa” tanımlarıyla bağlı değildir. Mahkeme yasa kavramını çok geniş bir alanı kapsayacak şekilde ele almakta ve kavramı sadece şekli anlamda yasayla sınırlı tutmamaktadır. Mahkeme düzenlemeyi yapan devlet organıyla değil, düzenlemenin niteliğiyle ilgilenmektedir. Hakka yapılmış müdahaleyi temellendiren hukuk kuralının varlığından söz edilebiliyorsa, sözleşmesel anlamda yasanın mevcudiyeti sağlanmış olacaktır. Bu noktada, istikrarlı içtihatlar ile İngiltere’deki yazısız hukuk kurallarının dahi yasayla sınırlama ölçütünü karşılayabildiği, Mahkeme’nin benimsediği geniş çerçeveyi ortaya koymak adına, belirtilmelidir. Neticede ister yasama ister yürütme isterse de yargı organı kaynaklı olsun, hakka yapılan müdahaleye temel olan bir hukuk kuralı varsa AİHS bağlamında yasanın mevcudiyeti sağlanmış olur. Ancak hakka müdahale etme konusunda yetki veren bir yasanın varlığı, yasallık koşulunun sağlanması için bir başına yeterli değildir. Yasanın keyfi uygulamaları önleyecek niteliklere sahip olması da gerekmektedir. Bunun için ilgili yasa öngörülebilir ve erişilebilir olmalıdır.

²³⁸ Davis, *a.g.e.*, s. 316

²³⁹ Gözübüyük- Gölcüklü, *a.g.e.*, s. 393

²⁴⁰ Müdahaleyi meşrulaştıran yasanın zorunlu olarak iç hukuk kaynaklı olması gerekmediği, yasallık şartının yerine getirilmesi için uluslararası hukuk veya Topluluk (Avrupa) hukuku kaynaklı bir düzenlemenin varlığının yeterli olacağı da ileri sürülmüştür. Bkz.: Harris- O’Boyle & Warbrick, *a.g.e.*, s. 506

²⁴¹ *A.g.e.*

Yasanın öngörülebilirliğinden kasıt; yasanın içeriğinin, kişilerin davranışlarını yasanın beklentisi doğrultusunda belirleyebilmesine imkan tanıyacak şekilde kesin olmasıdır. Ancak, şüphesiz, tüm ihtimalleri öngören bir yasanın çıkartılması gerekli ve mümkün değildir. Bu sebeple, müdahale öngören yasaların uygulayıcıya takdir yetkisi tanınması kaçınılmazdır. Fakat, elbette, bu takdir yetkisi haklara keyfi müdahalelerde bulunulmasına imkan tanıyacak belirsizlikte olmamalıdır. Aksi durum öngörülebilirlik ve hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır. Yasanın öngörülebilirliğinin sağlanması için takdir yetkisinin sınırlarının yeterli açıklıkta belirlenmiş olması gerekmektedir. Öngörülebilirlik bahsinde son olarak, yasanın içeriğinin ancak hukuki destek alınarak anlaşılabilirdiği durumlarda yasanın öngörülebilir olmadığının ileri sürülemeyeceği ifade edilmelidir.²⁴² Yasallık kriterine göre yasanın taşınması gereken diğer bir nitelik ise erişilebilirliktir. Bu kavram ile kast edilen yasanın varlığından haberdar olabilmenin ve yasaya ulaşabilmenin mümkün olmasıdır. Erişilebilirlik, düzenleyici tasarrufun yayımlanması gibi yollarla sağlanabilmektedir. Yasallık kriteri, yasaların taşınması gereken tüm bu niteliklerin yanında, ilk fıkra şemsiyesi altında yer alan hakları keyfi müdahalelerden koruyacak bir sistemin varlığını da gerekli kılmaktadır.²⁴³ Ancak bu şekilde yasallık kriterinin ima ettiği “hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşırlık” hali gerçekleştirilebilecektir.²⁴⁴

Yasallık kriteri; devletin negatif yükümlülüklerine aykırı davranarak gerçekleştirdiği müdahalelerin hukukiliğinin incelenmesinde sahip olduğu belirleyici rolün aksine, pozitif yükümlülüklerle aykırılık söz konusu olduğunda sadece ölçülülük değerlendirmesinde dikkate alınan bir kriter olarak ele alınmaktadır ve kriterin sağlanmadığı durumlarda direkt ihlal sonucu doğmamaktadır.²⁴⁵

²⁴² Sibel İncoğlu, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.: Sibel İncoğlu, 2. Baskı, İstanbul, Beta, Haziran 2013, s. 29-31 (Çalışmamızda kısaca: “Sınırlama ve Güvence Rejimi”)

²⁴³ Bu durum, yine, idareye tanınmış olan takdir yetkisinin yetkiyi veren yasa ile keyfiliği önleyecek ölçüde sınırlandırılması gerekliliğine işaret etmektedir.

²⁴⁴ Gözübüyük- Gölçüklü, **a.g.e.**, s. 394-396

²⁴⁵ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 366

ii. Meşru Amaçlara Uygunluk

a) Giriş

Madde 8 çatısı altındaki haklara yapılan müdahalelerin ihlal sonucunu doğurmaması için diğer şartları sağlamasının yanında bu müdahalelerin 8. maddenin 2. fıkrasında tahdidi olarak sayılmış olan sebep veya sebeplere dayanması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, ancak 8/2’de yer alan sınırlı sayıdaki meşru amaçlardan biri veya birkaçını gerçekleştirmek için yapılan müdahaleler ihlal sonucu doğurmayacaktır. 8. maddenin 2. fıkrasında şu sınırlama sebeplerine/ meşru amaçlara yer verilmiştir: ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması.

Usulen, müdahalenin dayandığı sebebi açıklamak devletin sorumluluğundadır. AİHM kendisine sunulan sınırlandırma sebebini genellikle kabul etmektedir. Bu durum, müdahalenin ihlal boyutuna ulaşip ulaşmadığı değerlendirmesinde asıl belirleyici olan kriterin meşru amaca uygunluk kriteri olmadığını göstermektedir.²⁴⁶

Madde metninde açıkça müdahaleden ve dolayısıyla negatif yükümlülüklerden bahsediliyor olsa da devletin pozitif yükümlülüklerine riayet etmemesinin şikayet konusu yapıldığı başvurularda meşru amaçlar belli bir ölçüde de olsa dikkate alınabilmektedir.²⁴⁷

b) Ulusal Güvenlik

Ulusal güvenlik; devletin, demokrasinin ya da hükümetin iç veya dış düşmanların yarattığı tehlikelerden korunması için kullanılan bir sınırlama sebebidir. Kişi hakkında gizli bilgi toplanmasının şikayet konusu yapıldığı başvurularda ilgili devletler ekseriyetle ulusal güvenlik sınırlama sebebine dayanmaktadır.²⁴⁸

²⁴⁶ Roagna, **a.g.e.**, s. 42

²⁴⁷ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 369

²⁴⁸ Roagna, **a.g.e.**, s. 42

c) Kamu Emniyeti

Kamu emniyeti genellikle tek başına ileri sürülen bir sınırlama sebebi değildir. İlgili devletin tek meşru amaç olarak kamu emniyetini ileri sürdüğü hallerde dahi AİHM, olayı ulusal güvenlik veya suçun ya da düzensizliğin önlenmesi başta olmak üzere diğer sınırlama sebepleriyle birlikte değerlendirme eğilimi taşımaktadır.²⁴⁹ Devletler genellikle mahpuslarla ilgili başvurularda bu sınırlama sebebine dayanmaktadır. Strasbourg Organları mahpusların zorunlu kıyafet uygulamasına tabi tutulmasına ilişkin vakalarda kamu emniyetini meşru bir amaç olarak kabul etmektedir.²⁵⁰

d) Ülkenin Ekonomik Refahı

İskan ve nüfus politikaları doğrultusunda alınan tedbirlerin, sınır dışı uygulamalarının ve çevre kirliliklerinin şikayet konusu yapıldığı vakalarda ülkenin ekonomik refahı haklı sebep olarak kullanılmaktadır.²⁵¹

e) Suçun ya da Düzensizliğin Önlenmesi

Bu meşru amaç “suçun önlenmesi” ve “düzensizliğin önlenmesi” olmak üzere iki farklı kavramı içermektedir. Bunlardan ikincisi ile kast edilen toplumsal hayatın huzurunun bireysel veya toplu tehditlerden korunmasıdır. “Suçun önlenmesi” ise, ifadenin açık lafzından da anlaşılacağı üzere, sadece suç işlenmesinin engellenmesine ilişkindir. Dolayısıyla halihazırda işlenmiş bir suçun ortaya çıkarılmasına yönelik müdahaleler bu başlık altında haklı çıkarılamayacaktır.²⁵² Devletler suçun ya da düzensizliğin önlenmesi sınırlama sebebine genellikle; konutlarda yapılan aramaların, sınır dışı etme uygulamalarının, telefon dinlemelerinin ve mahpusların iletişiminin denetlenmesinin şikayet konusu yapıldığı başvurularda dayanmaktadır. Devletler, yine bu sınırlama sebebine dayanmak suretiyle mahpusların bedensel ve psikolojik bütünlüklerine mahpus olmayan bireylere nazaran daha ağır müdahalelerde bulunulmasını haklılaştırabilmektedir.²⁵³

²⁴⁹ Roagna, **a.g.e.**

²⁵⁰ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 370

²⁵¹ Roagna, **a.g.e.**, s. 43. Benzer sınırlama rejimleri öngören 8, 9, 10 ve 11. maddelerden sadece 8. madde sınırlama sebebi olarak ülkenin ekonomik refahına yer vermektedir.

²⁵² **A.g.e.**, s. 43

²⁵³ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 370-371

f) Sağlığın ve Ahlakın Korunması

Bu sınırlama ölçütü de iki farklı menfaati kapsamaktadır.²⁵⁴ Bunlardan ahlakın korunması ölçütünün temelinde yer alan ahlak, zamana ve mekana göre değişim göstermektedir. Bu sebeple, başvurunun konusunu oluşturan ahlaki mesele ilgili devlet özelinde değerlendirilmektedir. Ancak Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin bu ahlaki mesele karşısındaki görüşü de önem arz etmektedir. Ahlakın korunmasına ilişkin değerlendirme yapılırken; bir durumun toplumun çoğunluğu tarafından gayri ahlaki bulunmasının zorunlu olarak ilgili hakkın sınırlandırılmasını haklı kılmayacağı unutulmamalıdır. Aksi yöndeki kabul “*çoğunluğun ahlak anlayışının tüm topluma empoze edilmesi*” anlamına gelecek olup demokratik toplumun gerekleri ile uyumlu olmayacaktır. Öte yandan 8. maddenin 2. fıkrasında yer alan “ahlakın korunması” ifadesi sadece toplumsal ahlakı değil, bireysel ahlakı da kapsamaktadır.²⁵⁵ Ahlakın korunması ölçütüne genellikle cinselliğin belirleyici olduğu vakalarda atıf yapılmaktadır. Sağlığın korunması ölçütüne ise devletin zorla tıbbi tedavi uygulayarak bireyin fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne müdahale ettiği durumlarda başvurulmaktadır.

g) Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması

Bu meşru amacın kapsamı sadece AIHS'te yer alan haklarla sınırlı değildir.²⁵⁶ Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacına çok çeşitli durumlarda başvurulmakla birlikte, çocuğun üstün menfaatine ilişkin durumlarda bu konu özel önem arz etmektedir.²⁵⁷

iii. Demokratik Toplumda Gereklik

a) Giriş

İlk iki testin olumlu sonuçlanmasından sonra son aşama olan demokratik toplumda gereklik testine geçilecektir. Bu test sonucunda müdahalenin demokratik

²⁵⁴ Roagna, **a.g.e.**, s. 44

²⁵⁵ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 371-373

²⁵⁶ Davis, **a.g.e.**, s.319

²⁵⁷ Roagna, **a.g.e.**, s. 44

toplumda gerekli olduğu söylenebiliyorsa madde 8 kapsamındaki hak hukuka uygun olarak sınırlandırılmış olacaktır.

b) Demokratik Toplumda Zorlayıcı Toplumsal İhtiyaç

Demokratik toplumda gereklilik kriterini ele alırken öncelikle demokratik toplumun ne tür özellikler ihtiva ettiğinden bahsetmek gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin demokratik toplumun temel unsurları olduğunu ifade etmiştir. Çoğunluktan farklı olma hakkının korunabilmesi amacıyla çoğunluk iktidarının sınırlandırılması olarak özetlenebilecek olan çoğulculuk, demokratik toplumlar için asli önemi haizdir. Bu bağlamda; çoğunluğu rahatsız eden ve hatta şok eden görüşlerin, ifadelerin, fiillerin ve hayat tarzlarının çoğulcu bir demokraside korunması gerektiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce ifade edilmiştir.²⁵⁸ Öte yandan Mahkeme, demokratik toplumun diğer bir karakteristik özelliği olan hoşgörünün bir gereği olarak laikliğin önemine de dikkat çekmiştir.²⁵⁹

Madde 8’in 2. fıkrasında geçen demokratik toplumda “gerekli” ifadesi “vazgeçilmez”, “mutlak surette gerekli”, “zorunlu ölçüde” ve “ancak durumun zorunlu olarak gerektirdiği ölçüde” ifadelerindeki kesinliği ve gereksinim yoğunluğunu içermemekle birlikte; “kabul edilebilir”, “hoş görülebilir”, “usa yatkın”, “olağan”, “makul” ve “uygun” ifadelerinin içerdiği yumuşaklığına da sahip değildir. “Gerekli” ifadesi ile zorlayıcı/sıkıştıran bir toplumsal ihtiyacın varlığına işaret edilmektedir. Zorlayıcı toplumsal ihtiyaç dolayısıyla yapılan müdahale, söz konusu ihtiyacı karşıladığından mütevellit meşru sayılacaktır.²⁶⁰

Bir müdahalenin gerekli olup olmadığı noktasında devletlere takdir marjı tanınmıştır. Ancak söz konusu takdir marjı sınırsız olmayıp AİHM’in denetimine tabiidir.²⁶¹

²⁵⁸ İnceoğlu, “Sınırlama ve Güvence Rejimi”, s. 33-34

²⁵⁹ Harris- O’Boyle & Warbrick, **a.g.e.**, s. 513

²⁶⁰ Gözübüyük- Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 397-398

²⁶¹ **A.g.e.**, s. 398

c) Takdir Marjı Doktrini

Takdir marjı doktrini bir yandan sözleşmeci devletlerin sahip olduğu farklı sosyo-ekonomik özelliklere duyarlı olma, diğer yandan da insan hakları konusunda Avrupa'da bir standart yaratma amacıyla içtihatlar yoluyla geliştirilmiş bir yorum ilkesidir. Takdir marjı doktrininin temelinde AİHS'in getirdiği koruma sisteminin ulusal sistemlere göre tali nitelikte olması ilkesi yer almaktadır. Olayın dinamiklerine doğrudan ve sürekli temaslarından ötürü devletler, müdahale konusunda karar verme açısından uluslararası yargıçlara göre daha avantajlı pozisyonda bulunmaktadır. Bu sebeple devletlere takdir alanı bırakılmıştır. Müdahaleler konusunda devletlere tanınan takdir marjı, sadece sınırlama ölçütünün seçimi ile içeriğinin doldurulmasında ve müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı noktasında gündeme gelmektedir. Bu iki alan için devletlere bırakılan takdir alanı şüphesiz sınırsız değildir. Devletlerin takdir yetkisi, müdahaleyi meşrulaştırmak için ileri sürülen argümanların uygun ve yeterli olup olmaması bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından denetlenmektedir. AİHM, takdir marjının sınırlarının aşıp aşılmadığını değerlendirirken her olayın kendine has özelliklerini göz önünde bulundurmaktadır. Müdahalenin niteliği, izlenen meşru amaç, hakkın birey bakımından önemi, hakkın niteliği ve koruduğu hukuksal çıkar bu noktada önem arz etmektedir. Hakkın niteliğine göre devletlerin takdir marjı daralabilmekte veya genişleyebilmektedir. Örneğin cinselliğe ilişkin mahrem nitelikte olan haklar ile kişinin kimliğine yönelik haklar bakımından devletlerin takdir marjı dar olup ilgili hakkın sınırlandırılabilmesi için devletlerin ciddi nedenler ileri sürmesi gerekmektedir. Yine, AİHS'e taraf devletler arasında konsensüs oluşmuş olan konular bakımından takdir marjının dar olduğu ve ilgili devletin kanaat birliğinin aksi yönündeki müdahalesini meşrulaştırmak için ileri sürdüğü argümanların kolaylıkla kabul görmeyeceği söylenebilecektir. Öte yandan, henüz hakkında konsensüs oluşmamış olan konular ile pozitif yükümlülöklere ilişkin konularda takdir marjı daha geniştir.²⁶² Korunan hakkın niteliği kadar müdahalenin niteliği de önem arz etmektedir. Müdahalenin kapsamı ve şiddeti arttıkça müdahalede bulunan

²⁶² Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 378-384

devletin müdahalesinde haklı olduğunu kanıtlamak için ileri sürmesi gereken nedenlerin ciddiyet derecesi de artacaktır.²⁶³

d) Ölçülülük İlkesi

Bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı noktasında ulusal takdir marjının aşıp aşılmadığını değerlendirirken AİHM, müdahale ile meşru amaç arasında bir orantı olup olmadığına, yani müdahalenin ölçülü olup olmadığına bakmaktadır.²⁶⁴ Ölçülülük ilkesi, hakkı sınırlandırmakla ulaşılabilecek amaçlar ile hakkı sınırlandırmada kullanılan araçlar olan müdahaleler arasındaki ilişkinin denetlenmesinde kullanılmaktadır.²⁶⁵ Bu ilke ile hedeflenen karşı karşıya gelen menfaatler arasında adil bir dengenin kurulmasıdır. Dengelenmeye çalışılan menfaatler kamu menfaati-bireysel menfaat ekseninde olabileceği gibi bireysel menfaat-bireysel menfaat ekseninde de tezahür edebilir. Bireyler arası menfaat çatışmaları madde 8’de yer verilen hakların çatışması şeklinde gündeme gelebilir. Fakat bunun yanında AİHS’in farklı maddeleri kapsamında korunan hakların çatışması şeklinde de gündeme gelmesi mümkündür. Bunlardan ilkinde, partnerlerin üreme konusunda çatışan genetik ebeveyn olmak isteme ile genetik ebeveyn olmak istememe hakları örnek olarak verilebilecekken; ikincisi için mahremiyet hakkı ile basının haber verme özgürlüğü ve kamunun bilgi edinme hakkı (madde 10) çatışması örnek olarak verilebilir. Kamu menfaati-bireysel menfaat çatışmasına örnek olarak ise, beden üzerinde tasarruf hakkı bağlamında çatışan kamu sağlığı ve kamu güvenliğinin sağlanmasına yönelik kamu menfaati ile kişisel özerklik gösterilebilir.

266

Çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurulmadığı zaman hakka yapılan müdahale ihlal teşkil edecektir. Menfaatler arasında adil bir denge kurulabilmesini gerektiren ölçülülük ilkesinin bu amaca hizmet eden 3 farklı alt unsuru bulunmaktadır. Bunlar orantılılık, elverişlilik ve gerekliliktir. Orantılılık ilkesi, hakkı sınırlandırmayla ulaşılabilecek amaç ile hakkı sınırlandıran araç arasında ölçülü bir oran olmasını gerektirmektedir. Diğer bir alt unsur olan elverişlilik ilkesi ile sınırlama

²⁶³ Ursula Kilkelly, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, 1. Baskı, İnsan Hakları El Kitapları No:1, İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Avrupa Konseyi, 2001, s. 33

²⁶⁴ Gözübüyük- Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 398

²⁶⁵ İnceoğlu, “Sınırlama ve Güvence Rejimi”, s. 38-39

²⁶⁶ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 374-378

biçiminin ulaşılmak istenen amaç bakımından elverişli olması gerekliliği kast edilmektedir. Diğer bir deyişle; bir müdahalenin elverişli olması demek, ulaşılmak istenen meşru amaca bir katkısının olması demektir. Son olarak; gereklilik ilkesine²⁶⁷ uygun bir müdahale, meşru amaca ulaşma konusunda aynı etkililiğe sahip diğer müdahalelerle kıyaslandığında hakkı en az sınırlayan müdahaledir.²⁶⁸

Yasallık ve meşru amaç kriterini başarıyla geçen bir müdahale hakkında, son aşamada, yukarıda açıklanan hususlar ışığında “Demokratik toplumda gereklidir.” denebiliyorsa, madde 8’in ihlal edilmediği sonucu doğacaktır.

5. İçkin Sınırlamalar (Inherent Limitations) Doktrini²⁶⁹

İçtihatlar yoluyla geliştirilmiş olan içkin sınırlamalar doktrini hakkın niteliği itibariyle sahip olduğu sınırlamaların, diğer bir deyişle hakka içkin sınırlamaların varlığına işaret etmektedir. Hakkın kapsam sınırlılığı hali, yalnızca belli bazı statüye tabi kişiler için geçerlidir. Söz konusu statüye örnek olarak mahpusluk veya askerlik statüsü verilebilir. Sıradan kişiler bakımından müdahale teşkil eden bazı tedbirler, içkin sınırlamalar doktrini ile mahpuslar veya askerler gibi özel bir hukuki rejime tabi kişiler bakımından müdahale sayılmayabilecektir. Örneğin tutukluların veya hükümlülerin aileleriyle birlikte yaşayamamasının, özel yaşamlarını kendi konutlarındaki gibi sürdürememesinin ve dolayısıyla özel ve aile yaşamlarının belli bir derecede kısıtlanmasının kapalı ceza infaz kurumunda tutulma halinin tabii bir sonucu olduğu kabul edilmektedir. Örnek verilen durumlar özel hayata saygı hakkı çatısı altında korunuyor olmasına rağmen, bu durumlar için getirilen sınırlamalar tutuklu ve hükümlülerin hakkına müdahale sayılmamaktadır. Benzer kabulün askerler için de geçerli olduğu söylenebilir. Bu durumun temelinde, mahpuslar bakımından mahpusluğun nitelik itibariyle özgürlük kısıtlayıcı yapısı ile askerler

²⁶⁷ Buradaki gereklilik ilkesi ile üst başlık olan demokratik toplumda gereklilik ilkesi birbirine karıştırılmamalıdır. Demokratik toplumda gereklilik ilkesi söz konusu gereklilik ilkesini kapsamaktadır.

²⁶⁸ İnceoğlu, “Sınırlama ve Güvence Rejimi”, s. 39

²⁶⁹ İçkin (inherent) sınırlamalar doktrini, zımni (implied) sınırlamalar doktriniyle sık sık karıştırılmaktadır. Esasında bu iki kavram ve doktrin arasında önemli farklar mevcuttur. İçtihatlar yoluyla oluşturulan zımni sınırlamalar doktrinine konu olan haklar sınırlandırılmaz nitelikte olmayan, fakat AİHS’in 8., 9., 10. ve 11. maddelerinde olduğu gibi bir sınırlama düzenlemesi de içermeyen, ayrıca çatısı altında bulunduğu maddenin metninde açıkça zikredilmemiş olup zımnen yer alan haklardır. Bahsi geçen nitelikteki haklara örnek olarak madde 6 kapsamında yer alan “mahkemeye başvurma hakkı” gösterilebilir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Arslan Öncü, a.g.e., s. 357-358

bakımından askerliğin gerektirdiği disiplin rejimi yer almaktadır.²⁷⁰ Bu noktada, mahpusların ve askerlerin AİHS’te yer alan haklar bakımından hak öznelliklerinin devam ettiği hatırlatılmalıdır. Bu doktrin sadece bazı sınırlamaların bazı statüdeki kişilerin haklarına müdahale teşkil etmemesine gerekçe oluşturmaktadır.

Özellikle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) tarafından geliştirilmiş olan içkin sınırlamalar doktrini için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; madde 8 gibi “*sınırlı sayım sarih sınırlamaları*” içeren maddelerde yer alan haklara “*zımni*” sınırlamaların getirilemeyeceğini, fakat özel statüye ilişkin durumların takdir marjı ileri sürülmek suretiyle sınırlama amaçlarından birinin kapsamına dahil edilebileceğini ifade etmiştir.²⁷¹

6. Olağanüstü Hallerde Yükümlülük Azaltma Rejimi

a. Giriş

Olağanüstü yönetim usulleri; bu yönetime geçilmesine sebebiyet veren problemlerin en kısa sürede ortadan kaldırılması amacıyla istisnai hukuk rejimlerinin uygulandığı, devlet organları arasındaki güç dağılımının ve hak ve özgürlükleri koruyan güvence rejiminin olağan döneme göre farklılaştırıldığı usullerdir.²⁷² Bu hallerde devletler, AİHS’te yer alan haklara istisna getirebilmekte veya bu hakları askıya alabilmekte; diğer bir deyişle AİHS’ten kaynaklanan sorumluluklarını yerine getirmeyebilmektedir.²⁷³ Ancak devletlerin bu imkandan yararlanabilmesi için belli koşulların yerine gelmiş olması gerekmektedir. Yükümlülük azaltma rejimine ilişkin koşullar AİHS’in 15. maddesinde düzenlenmiştir:

“Madde 15- Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma

1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmecisi Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan

²⁷⁰ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 360-365. Yazar yukarıdaki bilgileri vermekle birlikte, hakkın kapsam sınırlılığı konusunda doktrine eleştiride bulunmuştur. Yazara göre, hak kapsamından kaynaklanan sınırlamalar zımni sınırlamalar doktrininin konusunu oluşturmaktadır ve hakkın kapsam sınırlılığı ile statüden kaynaklanan sınırlamalar birbirine karıştırılmamalıdır.

²⁷¹ Gözübüyük- Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 396. Yazarlar “inherent limitations” kavramı için yaptıkları açıklamalarda “zımni sınırlamalar” ifadesine yer vermişlerdir.

²⁷² Oya Boyar, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.: Sibel İnceoğlu, 2. Baskı, İstanbul, Beta, Haziran 2013, s. 97

²⁷³ Gözübüyük- Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 426 (Çalışmamızda kısaca: “Askıya Alma Rejimi”)

doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye [yaşam hakkı], 3. maddeye [işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı], 4. maddeye (fıkra 1) [kölelik ve zorla çalıştırma yasağı] ile 7. maddeye [kanunsuz ceza olmaz] aykırı tedbirlere cevaz vermez.

3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirir.”²⁷⁴

b. Yükümlülük Azaltma Rejiminin Uygulamaya Konması

i. Bildirim Yükümlülüğü

Sözleşmeci devletler aldıkları istisnai tedbirleri, bunların nedenlerini ve başlangıç tarihlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne en kısa sürede bildirme yükümlülüğü altındadır. Bildirimde bulunmadıkları takdirde devletler, aldıkları tedbirler bakımından olağan sınırlama rejimine tabi tutulacak ve AİHS’in 15. maddesinin kendilerine tanıdığı alandan yararlanamayacaklardır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na göre devletlerin madde 15 kapsamında değerlendirilebilmesi için, bahsi geçen şartın yanında, içinde bulundukları tehlike halini iç hukuklarına uygun bir şekilde ortaya koymaları, yani “*resmi bir işlem ve beyanla sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan etmeleri*” de gerekmektedir. Madde 15’e göre, devletler istisnai tedbirlere son verdiklerinde de yine Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirimde bulunmalıdır. Devletlere bildirim yükümlülüğü yükleyen böylesi bir düzenlemeye yer verilmesinin nedeni, olağanüstü hallerde insan haklarına en azından siyasi düzlemde bir koruma sağlamaktır.²⁷⁵

²⁷⁴ https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_TUR.pdf, s. 1 (Erişim tarihi: 21.10.2018)

²⁷⁵ Gözübüyük- Gölçüklü, **a.g.e.**, s. 429

ii. Savaş veya Ulusun Varlığını Tehdit Eden Başka Bir Tehlike Halinin Mevcudiyeti

Yükümlülük azaltma rejiminin uygulanabilmesi için 8. maddenin (veyahut 9,10 veya 11. maddenin) 2. fıkrası ile getirilen sınırlama rejiminin yetersiz kalacağı bir olağanüstü durumun mevcut olması gerekmektedir. Zira, ancak olağanüstü bir durumun mevcudiyeti halinde devletlerin AİHS'ten kaynaklanan sorumluluklarından sıyrılması meşru kabul edilebilecektir. Olağanüstü koşulların varlığını ispat genellikle aleyhine bireysel şikayet başvurusunda bulunulmuş olan devlete düşmektedir.

Sözleşme'nin 15. maddesinde olağanüstü durumlar için *“savaş veya ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike”* ifadesi kullanılmıştır. Burada geçen “ulusun varlığı” kavramı ile toplumsal hayatın yanı sıra toprak bütünlüğü ile devlet kurumlarının işleyişi de kastedilmektedir. Maddede geçen “genel tehlike” ifadesi ise Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na göre; ulusun tamamını etkileyen, toplumun düzenli yaşamını tehdit eden güncel ve pek yakın bir tehlikeyi ifade etmenin yanında içinde bulunulan krizin AİHS'in güvenlik, sağlık ve kamu düzeninin korunması amacıyla alınmasına izin verdiği olağan tedbir ya da kısıtlamaları yetersiz kılacak derecede olağanüstü nitelikte olması gerektiğini de ifade etmektedir. “Ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike” kavramının ise *“halkın tamamını etkileyen ve devleti oluşturan topluluğun düzenli yaşamı için bir tehdit teşkil eden istisnai ve pek yakın bir kriz veya tehlike”* anlamına geldiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ifade edilmiştir. Tüm bu tanımlama ve açıklamalardan, yükümlülük azaltma rejiminin zorunlu olarak tüm ülke üzerinde uygulanması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Yükümlülük azaltma rejiminin ülkenin sadece belli bir bölgesi için getirilmesi ve hatta belli bir kişi grubu veya örgüt için öngörülmesi mümkündür.²⁷⁶

²⁷⁶ Gözübüyük- Gölcüklü, a.g.e., s. 426-428

c. Yüklümlülük Azaltma Rejiminin Uygulanması

i. Yüklümlülük Azaltma Rejiminin Zaman, Mekan ve Konu Bakımından Sınırlı Olması

AİHS'e göre yüklümlülük azaltma rejimi, ancak belli konular haricinde kalan hak alanı için belli yer ve zamanlarda uygulanabilmektedir. Diğer bir deyişle yüklümlülük azaltma rejimi zaman, mekan ve konu bakımından getirilmiş sınırlamalara tabidir. Öncelikle, yüklümlülük azaltma rejimi ancak olağanüstü halin mevcut olduğu zaman diliminde uygulanabilmektedir. Devletlere yüklenen bildirim yüklümlülüğünün önemi, zaman bakımından sınırlılık durumu ile birlikte düşünüldüğünde daha net anlaşılacaktır. Yüklümlülük azaltma rejimi sadece zamanla değil, olağanüstü halin geçerli olduğu mekanla da sınırlıdır. Bu noktada AİHM'in Türkiye'de olağanüstü halin geçerli olduğu alan olan Güneydoğu Anadolu Bölgesi dışında istisnai tedbir uygulanmasına ilişkin vakalar için verdiği, madde 15'in yer bakımından uygulanabilir olmadığı yönündeki kararları iyi birer örnek teşkil edecektir.²⁷⁷ Öte yandan, olağanüstü hallerde yüklümlülük azaltma rejiminin konu yönünden de sınırı bulunmaktadır. Yani madde 15 bazı konular için uygulanabilir değildir. İkinci fıkrada belirtildiği üzere madde 15; meşru savaş fiillerinden kaynaklanan ölümler saklı tutulmak kaydıyla 2. maddede düzenlenen yaşam hakkına; 3. maddede düzenlenen işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza yasağına; 4. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen kölelik ve kulluk yasağına ve 7. maddede düzenlenen suçta ve cezada yasallık ilkesine ilişkin konularda istisnai tedbirler alınmasına cevaz vermemektedir. Dolayısıyla, istisnai önlemler alınmasına imkan tanıyan yüklümlülük azaltma rejimi ancak sayılan başlıklar dışında kalan hak ve özgürlük alanı için uygulanabilir niteliktedir. Söz konusu kapsam dışı konulara AİHS'in 6 No'lu Protokolü'nün 3. maddesinde düzenlenen ölüm cezası yasağı ile 7 No'lu Protokolü'nün 4. maddesinde düzenlenen bir suçtan ötürü iki defa yargılanma yasağının da eklenmesi gerektiği doktrinde ifade edilmiştir. Bunların yanında, 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağının, 17. maddede düzenlenen hakları kötüye kullanma yasağının, haklara getirilecek kısıtlamaların sınırını düzenleyen 18. maddenin ve 6. maddede düzenlenen bağımsız ve tarafsız mahkeme güvencesinin de

²⁷⁷ Boyar, "Askıya Alma Rejimi", s. 104-106

nitelikleri gereği yükümlülük azaltma rejimine konu olmaması gerektiği dile getirilmiştir.²⁷⁸

ii. Ölçülülük

Madde 15 çerçevesinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirimde bulunan sözleşmeciler devletler yukarıda açıklanan zaman, mekan ve konuya ilişkin sınırlamalara bağlı kalmak kaydıyla, AİHS'te yer alan hakları sınırlama bakımından daha geniş bir takdir yetkisine sahip olacaklardır. Ancak elbette ki söz konusu takdir yetkisi sınırsız değildir. Aksi halde olağanüstü hal rejimlerinin hukuk rejimi sayılması mümkün olamazdı. Olağanüstü hallerde devletlerin genişleyen takdir yetkisi konusu ile ilgili olarak Mahkeme, *Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık*²⁷⁹ kararında; ulusun yaşamının tehdit eden genel bir tehlikenin varlığı halinde söz konusu durum ile baş edebilmek ve onu ortadan kaldırmak için “nereye kadar ileri gitmenin gerekli olduğu” noktasında, olayın dinamikleri ile “doğrudan ve sürekli ilişkileri” dolayısıyla uluslararası yargıçlara nazaran daha avantajlı konumda bulunan ulusal makamların geniş takdir bir yetkisine sahip olması gerektiğini; ancak bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığını; zira Mahkeme'nin devletleri aldıkları tedbirler bakımından olağanüstü halin gerektirdiği ölçüyü aşip aşmadıkları konusunda denetlediğini ifade etmiştir. Söz konusu denetimde Mahkeme, tedbirlerden etkilenen hakların niteliği ile olağanüstü halin süresi ve nedenleri gibi faktörleri göz önünde bulundurmaktadır. Netice olarak, devletlerin olağanüstü halin gereklerini ileri sürerek aldığı istisnai önlemler açısından ölçüyü aşmaması gerekmektedir.²⁸⁰ Aksi durum hak ihlallerine sebebiyet verecektir.

iii. Uluslararası Hukuktan Doğan Başka Yükümlülüklerle Ters Düşmemek

Sözleşmeciler devletin AİHS'ten kaynaklanan sorumluluklarını madde 15 hükmü ile esnetebilmesi, aldığı olağanüstü tedbirlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine ters düşmemesi halinde mümkündür.

²⁷⁸ Gözübüyük- Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 429-430

²⁷⁹ *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, App. No:14553/89, 14554/89, Judgment of ECHR, 26/05/1993

²⁸⁰ Boyar, “Askıya Alma Rejimi”, s. 104-108

BÖLÜM II

DIŞ GÖRÜNÜŞ TERCİHLERİNE YAPILAN MÜDAHALELERE KARŞI STRASBOURG ORGANLARI'NIN TUTUMU

A. Giriş

“Her insan için beden onun ne olduğunu gösteren yüzüdür.”²⁸¹ Zira kimlik bedeninde varlık bulur.²⁸² Bu açıdan, beden kimliğin çok önemli bir unsurudur.²⁸³ “Bireysel-kimlik” ile beden arasında özel bir ilişki bulunmaktadır. Bu ilişkide çok önemli bir rolü haiz olan “dış görünüş” vücudun yüzeyine ilişkindir ve “giyim ve süslenme tarzlarını” da kapsamına alır.²⁸⁴ Kişi saçıyla, kıyafetiyle, bedenine bıraktığı izlerle (dövme gibi) ve buna benzer simgesel anlatım yollarıyla fiziksel görünümünü şekillendirerek kişisel bir söylem yaratır.²⁸⁵ Kişiliğini bedenine yansıtır.

Jeffrey Weeks’in ifade ettiği üzere “kimlik (...) bazı insanlarla olan ortak noktalarımızla ve bizi onlardan farklılaştıran şeylerle ilgilidir.”²⁸⁶ Vücut ise bu ortaklıkların ve farklılıkların inşa edildiği önemli bir zemindir.²⁸⁷

Günümüzde dış görünüşün kişisel kimliği yansıttığı kabul edilse de “toplumsal cinsiyete, sınıfsal konuma ve mesleki statüye” ilişkin işaretleri halen taşımaya devam ettiği söylenebilir. Esasında, dış görünüşün toplumsal kimliği

²⁸¹ David Le Breton, **Ten ve İz: İnsanın Kendini Yaralaması Üzerine**, Çev.: İsmail Yerguz, 2. Baskı, Sel Yayıncılık, Şubat 2016, s. 25

²⁸² **A.g.e.**, s. 50

²⁸³ **A.g.e.**, s. 25

²⁸⁴ Anthony Giddens, **Modernite ve Bireysel Kimlik: Geç Modern Çağda Benlik ve Toplum**, Çev.: Ümit Tatlıcan, 1. Baskı, Say Yayınları, 2010, s. 132

²⁸⁵ Le Breton, **a.g.e.**, s.24

²⁸⁶ Jeffrey Weeks, “The Value of Difference”, **Identity: Community, Culture, Difference**, Ed.: Jonathan Rutherford, Lawrence & Wishart, 1990, s. 88’den akt.: Cihan Ertan, **Beden ve Bir Anlam Üretme Aracı Olarak Dövme**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2015, s. 120

²⁸⁷ Ertan, **a.g.e.**

yansıtması modern öncesi döneme ait bir özelliktir.²⁸⁸ Geleneksel dönemde dış görünüş kişinin etnik kökeni, dini veya mesleği üzerinden belirlenen sosyal konumuna göre şekillendirilmekteydi.²⁸⁹ Avrupa’da Ortaçağ’da ve Rönesans’ta belli kürk, mefruşat ve stilleri belli sosyo-ekonomik sınıf, rütbe veya mevkidekilere özgüleyen kanunlar çıkarılmıştı. Bu düzenlemeleri yapanlar sosyal statü, sosyal rol, toplumsal cinsiyet ve diğer kimlik göstergelerinin belirsizlik olmaksızın okunabileceği bir dünya yaratmayı arzu etmekteydiler. Örneğin, Kraliçe 1. Elizabeth döneminde İngiltere’de şövalyelerin veya daha üst sınıfa ait olanların eşleri hariç kadınların gümüş fistan giymesi yasaklanmıştı. Ayrıca baş süsü, çorap, yelek, ceket ve mor renk kullanımı da düzenlemeye tabi tutulmuştu.²⁹⁰ Yine, örnek olsun, sosyal statünün din üzerinden belirlendiği Osmanlı’da kişilerin dininin dış görünüşlerinden anlaşılabilmesi için kılık kıyafet düzenlemeleri yapılmıştı.²⁹¹

Günümüzde dış görünüş, modern öncesi geleneksel dönemde olduğu gibi, sosyal statüyü veya Giddens’in deyiimiyle “toplumsal kimliği” yansıtmaya devam edebilmekteyse de kişiler artık dış görünüşlerini zorunlu olarak toplumsal konumlarına göre şekillendirmelerini emreden katı kurallara tabi değildir. Dış görünüş, zamanla, bireysel kimlikle daha iç içe geçmiş bir şekilde algılanmaya başlamıştır. Ancak bahsi geçen “toplumsal kimlik” kavramının çatısı altına sokulabilecek olan dini veya etnik özelliklerin kişinin bireysel kimliğinin inşasında yer edebilecek unsurlar olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Kişinin bedeni onun kim olduğunun dışında değildir. Kişinin bedeni, onu simgesel yorumlayışı, onunla imgesel özdeşleşmesi ve onun üzerindeki denetimi kişinin kimliği ve onuru bakımından oldukça önemlidir.²⁹² Bedeni; kişinin sosyal, kültürel ve politik özelliklerini, beğenilerini ve yaşam tarzını yansıtır.²⁹³ Bu sebeple bedeni şekillendirme tarzı ile kimlik arasında yakın bir bağ bulunmaktadır. Özgüllüğü, somut ve kırılgan kimlikleri koruyan; özerk kimliklerin kurulması ve

²⁸⁸ Giddens, a.g.e., s. 132-133

²⁸⁹ Ferhat Tekin, “Geleneksel Dönemden Post-Modern Döneme Beden Anlayışının Değişimi”, **Turkish Studies**, Vol: 11/2, Ankara, 2016 Kış, s. 1161

²⁹⁰ Marjorie Garber, **Vested Interests: Cross- Dressing and Cultural Anxiety**, Routledge, 1997, s. 25-26

²⁹¹ Tekin, a.g.e., s.1161

²⁹² Jean L. Cohen, “Demokrasi, Farklılık ve Özel Yaşam Hakkı”, **Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması**, Çev.: Zeynep Gürata- Cem Gürsel, 1. Basım, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi, Mart 1999, s. 306

²⁹³ Tekin, a.g.e., s. 1169

korunması için gerekli olan kişisel sınırları çizen özel yaşama saygı hakkının²⁹⁴ kapsama alanının; beden, kılık kıyafet ve saç sakal da dahil olmak üzere, şekillendirilebilmesini bünyesine alacak şekilde genişletilmesinin önemi bu noktada ortaya çıkmaktadır.

Giddens'e göre, kimliğin dış görünüşle özdeşleştiği "üst modern çağda"²⁹⁵ insanların bedenlerini tasarlamaları bir gereklilik haline gelmiştir.²⁹⁶ Aslında her daim büyük önemi haiz olan dış görünüşün içinde bulunan dönemde bireysel kimlikle olan bağlantısının ön plana çıkışını vurgulayarak bir hak vasıtasıyla korunmasını talep etmek abes kaçmayacaktır. Kaldı ki, böylesi bir koruma demokrasi için de anlamlı olacaktır.

Liberalizm ve demokrasi okumalarında "farklılık" deyince akla zihinsel veya inançla alakalı soyut farklılıklar gelmektedir.²⁹⁷ Fakat farklı fikirlerin, inançların, hayat tarzlarının ve kimliklerin beden üzerinde somutlaştığı farklı dış görünüşlerin varlık kazanabilmesi de demokrasi teorisi açısından önem arz edebilir. Zira demokrasi, farklılıklara sahip olanların örgütlenip seslerini duyurabilecekleri ve hatta siyasal iktidar olma şansına sahip olabilecekleri bir rejimdir.²⁹⁸ Bu durum, evleiyetle, farklılıklara sahip olanların farklılıklarıyla var olabilmelerini gerektirmektedir. Kişinin dış görünüş tercihlerinin hak çatısı altında korunması,

²⁹⁴ Cohen, a.g.e., s. 305

²⁹⁵ Giddens'in üst modern çağdan kastı post-modern dönemdir. Post-modernizm, modernizmin kavram ve bakış açısının sorgulanmasına yönelmiştir. Kimi yazarlarca "modernizmin içinde bir süreç", kimi yazarlarca da "kendine özgü yeni bir dönem" olarak değerlendirilmiştir. Bkz.: Nedret Çağlar, "Postmodern Anlayışta Siyaset ve Kimlik", **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 13, No: 3, 2008, s.370. "Modernizm doktrini içinde farklılığa, farklılaşmaya, bireyselleşmeye ve çoğulluğa yer yok gibi görünmektedir." Bkz.: Ertan, a.g.e., s. 46. Postmodernizm; modernizmin bütünleştirici tasavvuruna ve homojenleştiriciliğine itiraz ederek farklılığın, marjinalin önünü açar. Değişime, çoğulculuğa ve yerelliğe yönelir. Odağında özne bulunmaktadır. Bkz.: Adnan Güriz, **Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk**, 2. Baskı, Phoenix, Şubat 2011, s. 151-152. Post-modernizmin benimsediği "çok kültürlülük", kimlik farklılıklarına vurgu yapar; "yaş, sosyal sınıf, cinsiyet, cinsellik, din, ırk, etniklik ve dil" gibi farklılıklara kamusal alanda saygı duyulmasını talep eder. Bkz.: Çağlar, a.g.e., s. 384. Fiziksel görünümü etkileyebilecek birçok unsur (din, cinsellik, etnisite vs.) ve farklılık kavramı post-modernizm bakımından önem arz edip ele alındığından ileri bir post-modernizm okuması yapmak konumuz açısından faydalı olabilir.

²⁹⁶ Tekin, a.g.e., s.1165; Giddens, a.g.e., s. 136

²⁹⁷ Anne Phillips, "Farklılığa Nasıl Yaklaşılmalı: Fikirler Politikası mı, Yoksa Mevcudiyet Politikası mı?", **Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması**, Çev.: Zeynep Gürata- Cem Gürsel, 1. Basım, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi, Mart 1999, s. 201

²⁹⁸ Uygun, **Demokrasi**, s. 214. Demokrasilerde farklılığın "aşılması gereken bir şey" olduğu, dolayısıyla aslolanın "tek seslilik" olduğu yönündeki görüş için bkz.: Carol C. Gould, "Çeşitlilik ve Demokrasi: Farklılıkların Temsili", **Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması**, Çev.: Zeynep Gürata- Cem Gürsel, 1. Basım, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi, Mart 1999, s. 246

gerek kişinin kendisi ile ilgili karar alabilmesi gerekse de buna saygı duyulması talebini içermesi dolayısıyla demokrasi ve liberal öğretisi ile ilişkilendirilebilir niteliktedir.

Dış görünüş tercihlerine saygı duyulması, demokratik rejim- totaliter rejim ayrımında belirleyici bir işlev görebilir. Şöyle ki; totaliter rejimler, yaratmaya çalıştıkları toplum düzeni ve insan tipi için kişileri davranışlarına ve hatta fikirlerine varana kadar kontrol etmeye çalışırken; demokratik rejimlerde kişinin maddi-manevi varlığını ve yaratıcılığını serbestçe geliştirmesine imkan tanınmak esastır.²⁹⁹ Bu noktada, kişilerin dış görünüşlerini belirleyebilmesi şüphesiz anlamlı olacaktır.

Özel hayata saygı hakkının dış görünüşü kapsayacak şekilde genişlemesi ile demokrasi arasında var olan bağın herkesçe kabul edilmeyeceği belirtilmelidir. Zira bazı yazarlar, özel yaşama saygı hakkının çatısı altına sokulmaya çalışılan alanların demokrasi için gerekli koşul olmadığını savunmaktadır. Onlara göre, demokrasi için “ifade özgürlüğünün” ve “örgütlenme özgürlüğünün” gerekli olduğu hususunu kolaylıkla temellendirmek mümkünken; aynı durum kişinin bedeni üzerindeki haklarını kapsamı açısından özel hayata saygı hakkı için geçerli değildir.³⁰⁰

Demokrasi tartışmasından tekrar dış görünüşe dönecek olursak; kişinin dış görünüş tercihlerine saygı, özel yaşama saygı hakkının çokça vurgulanan “gizlilik” ögesini değil, bu ögenin gölgesinden kurtarılması gereken “bağımsızlık” ögesini temel almaktadır. Zira dış görünüşte şekillendirme veya süsleme çoğunlukla gizlemek için değil, taşıdığı anlamı ve/veya estetiği dış dünyaya yansıtmak için yapılır. Burada vurgu bedene ilişkin bir unsurun gizlenmesine değil, özgürce şekillendirilmesinedir. Ancak belirtilmelidir ki, dış görünüşün kişinin rızası hilafına değiştirilmemesine yönelik menfaat de dış görünüş tercihlerine saygı kapsamında yer almaktadır.

Çalışmamızın bu bölümünde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında özel hayata saygı hakkının sınırlarının dış görünüş tercihlerini ne derece kapsadığı incelenecektir. Bir önceki bölümde belirtildiği üzere, 8. maddede yer alan “özel hayat” kavramının içi Strasbourg Organları’nın içtihatlarıyla doldurulmaktadır. Dış

²⁹⁹ Özbudun, a.g.e., s. 268

³⁰⁰ Gould, a.g.e., s. 257

görünüş tercihleriyle yakından ilişkili hukuki menfaatler olan kimlik ve fiziksel ve zihinsel bütünlük içtihatlarla halihazırda koruma altına alınmıştır. Bu bölümde, fiziksel görünüşü doğrudan değiştirmeye yönelik olan veya dolaylı olarak değiştiren ve sınırlı sayıda olmayan durumlar üzerinde durularak Strasbourg Organları'nın fiziksel görüş tercihlerine yönelik tutumu mercek altına alınacaktır.

B. Kılık Kıyafete veya Saç Sakala Yönelik Yasak, Kısıtlama veya Zorunluluk Getirilmesi

1. Giriş

Giddens'e göre giyinme bedensel korumadan çok daha fazlasını ifade etmektedir. Ona göre giyinme “*sembolik bir kendini sergileme aracı, bireysel-kimlik anlatılarına bir dış biçim kazandırma yoludur.*”³⁰¹ Bu bölümde giyim ve bireysel kimlik ile en az onun kadar bağlantılı olan saç sakal konusunda³⁰² getirilen yasa, kısıtlama veya zorunluluklar karşısında Strasbourg Organları'nın tutumu tespit edilmeye çalışılmış ve pek çok kararda bu yasa, kısıtlama veya zorunlulukların özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiği tespit edilmiştir. Belirtmek gerekir ki, kılık kıyafet ve saç sakal tercihleri sadece madde 8'in değil; zaman zaman madde 3, 9 ve 10'un da koruma alanına girebilmektedir. Bu sebeple bu maddeler ile madde 8 arasında bir yarışma gündeme gelebilmektedir. Konumuzu ilgilendirebilecek madde 8 harici Sözleşme maddelerine ilişkin kararlar söz konusu olduğunda; bunlara, Strasbourg Organları'nın çalışmamız konusuna farklı bir hak perspektifinden bakışını göstermek için çoğunlukla dipnotlarda olmak üzere yer verilmiştir. Öte yandan çalışmamızın bu bölümünde hem içtihatların buna imkan vermesi hem de anlatımı ve anlaşılabilirliği kolaylaştırması sebebiyle kendine ait bağlamları olan özne grupları üzerinden inceleme yapılmıştır.

2. Sıradan Vatandaşlar İçin

Sıradan vatandaşlar kategorisinin en geniş özne kategorisi olduğu söylenebilir. Zira kendi bağlamlarından sıyrılmış diğer özne kategorileri kural olarak bu kategoriye dahildir.

³⁰¹ Giddens, **a.g.e.**, s. 86-87.

³⁰² Bireysel kimlikle sakal uzatıp uzatmama kararını bağlantılı kabul eden bir karar için bkz.: *Biržietis v. Lithuania*, App. No: 49304/09, Judgment of ECHR, 14/06/2016, para. 58.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, cırılçıplak kalmak isteyen nüdist bir erkeğin ve yüzü dahil her tarafını örtmek isteyen Müslüman bir kadının başvuru olduğu iki farklı başvurudan ibaret olan sıradan vatandaşların kamusal alandaki dış görünüşüne ilişkin madde 8 içtihatları; kendi formülizasyonlarıyla (“*nasıl görünmek istediğine ilişkin şahsi tercihler*”/ “*arzu ettiği dış görünüşe ilişkin kişisel tercihler*”) dış görünüş tercihlerini özel hayata saygı hakkı kapsamında kabul etmeleri ve çalışmamızın konusu için genel olarak geçerli olabilecek değerlendirmelere yer vermeleri bakımından oldukça önemlidir.

Bahsi geçen kararlardan kamusal alanda yüzün kapatılması yasağını konu alan karar S.A.S. v. Fransa kararıdır. Olayda Müslüman başvuru dini ve şahsi inancı ile kültürü doğrultusunda çarşaf giymekte ve peçe takmaktadır. Başvuru bu şekilde giyinmesinin herhangi bir baskı sonucu olmadığını ifade etmektedir. O, peçeyi düzenli olarak takmamaktadır. Ancak peçe takmayı tercih ettiği zamanlarda bunu gerçekleştirebilmeyi arzu etmektedir. Başvuru özellikle Ramazan ayı gibi belli zaman dilimlerinde kamusal alanda peçe takmayı istemektedir. Bunu yapmakla başvuru iç huzura ermeyi hedeflemektedir. Bununla birlikte banka veya havaalanında gerçekleştirilecek güvenlik aramasında ve kimlik kontrolleri sırasında yüzünü açmayı kabul etmektedir.³⁰³ Başvuran Fransa’da kamusal alanlarda yüzün kapatılmasını yasaklayan yasanın çıkarılmasının özel hayata saygı hakkı da dahil olmak üzere pek çok hakkını ihlal ettiği iddiasındadır.³⁰⁴

Mahkeme’ye göre kamusal alanda yüzü gizleyen giysi yasağı, inancı nedeniyle peçe takanların hem özel hayata saygı hakkı hem de düşünce, vicdan ve din özgürlüğü bakımından soru işareti oluşturmaktadır. Mahkeme “*bireyin kamusal ya da özel alanda nasıl görünmek istediğine ilişkin şahsi tercihlerinin onun kişiliğini ifade etmesiyle ilişkili olduğu ve dolayısıyla da özel yaşam kavramı içerisine girdiği kanaatindedir.*” Mahkeme’ye göre kıyafet konusundaki tercihler de bu kapsamda yer almaktadır. Böylece Mahkeme, bu tercihleri sınırlamanın madde 8’e müdahale niteliğinde olduğuna karar vermiştir.³⁰⁵

³⁰³ S.A.S. v. France, App. No: 43835/11, Judgment of ECHR (GC), 01/07/2014, para. 11-14.

³⁰⁴ S.A.S. v. France, App. No: 43835/11, Judgment of ECHR (GC), 01/07/2014, para. 74.

³⁰⁵ S.A.S. v. France, App. No: 43835/11, Judgment of ECHR (GC), 01/07/2014, para. 106-107.

Mahkeme’ye göre olayda başvuran ilgili yasa sebebiyle *Dudgeon*³⁰⁶ ve *Norris*³⁰⁷ kararındaki gibi bir ikilemle karşı karşıya bırakılmıştır: yasağa uyararak dinine göre giyinmekten kaçınmak veya yasağa uymayıp cezai müeyyide ile karşılaşmak. *Dudgeon* ve *Norris* kararlarında söz konusu olan “süregiden müdahale” durumunun benzeri olayda hem madde 8 hem de madde 9 için geçerlidir. Öte yandan söz konusu yasağın “asıl olarak” din veya inancı açığa vurma özgürlüğü bakımından sorun yarattığı da ifade edilmiştir. Bu sebeple birlikte yürütülen madde 8 ve 9 değerlendirmesinde ağırlığın madde 9’a verileceği belirtilmiştir.³⁰⁸

Fransa sınırlamanın meşru amacı olarak “*kamu güvenliği*”ni ve “*açık ve demokratik bir toplumun asgari değerlerine saygı*”yı öne sürmüştür. Meşru amaç değerlendirmesi sırasında Fransa’nın “*kamu güvenliği*”ni sağlamaya çalıştığı kabul edilmiş ve fakat “*kadın ve erkekler arasındaki eşitliğe saygı*”, “*insan onuruna saygı*” ve “*toplum içerisinde yaşamının asgari gerekliliklerine saygı*” olmak üzere üç kavramla ilişkili olarak sunulan “*açık ve demokratik bir toplumun asgari değerlerine saygı duyulması*”nın sınırlama amacı olarak ne 8. maddenin ne de 9. maddenin ikinci fıkrasında yer aldığı belirtilmiştir. Bununla birlikte Mahkeme bu sınırlama sebebinin “*kamu düzeni*” ve “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” ile ilişkilendirilebileceğini ifade etmiştir. Ancak 8. maddede “*kamu düzeni*” ibaresi yer almadığından “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” amacı üzerine yoğunlaşmıştır. Mahkeme, Fransa’nın kadın-erkek eşitliğine saygı ile ilgili iddiasının ikna edici olmadığı ve “*cinsiyet eşitliğine dayanılarak bireylerin kendi temel hak ve özgürlüklerinin kullanılmasından korunması şeklinde anlaşılmadıkça, bir Taraf Devletin, bu hükümlerde korunan hakların kullanımı çerçevesinde - başvurucunun durumunda olduğu gibi- kadınlar tarafından savunulan bir pratiği yasaklamak için cinsiyet eşitliğine başvuramayacağı*” kanaatindedir. AİHM, yine meşru amaçlar bağlamında ileri sürülen “*insan onuruna saygı*” ilkesinin de genel peçe yasağını meşru şekilde haklılaştıramayacağı kanaatindedir. Bu bağlamda AİHM, ilgili giysinin pek çok kişiye tuhaf görüldüğünün farkında olduklarını, ancak peçenin “*demokrasiye için çoğulculuğa katkıda bulunan bir kültürel kimlik ifadesi olduğunu*”, zira bedeninin açıklığına ilişkin görüşlerin farklılık arz ettiğini ve ayrıca peçe takan kadınların diğer kadınlar aşağılamayı veya onurlarını incitmeyi

³⁰⁶ Bkz.: *Dudgeon v. The United Kingdom*, App. No: 7525/76, Judgment of ECHR, 22/10/1981.

³⁰⁷ Bkz.: *Norris v. Ireland*, App. No: 10581/83, Judgment of ECHR, 26/10/1988.

³⁰⁸ *S.A.S. v. France*, App. No: 43835/11, Judgment of ECHR (GC), 01/07/2014, para. 108-110.

amaçladıklarına dair herhangi bir delil bulamadıklarını belirtmiştir. Ancak sıra “toplum içerisinde yaşamın asgari gerekliliklerine saygı”ya yahut başka bir deyişle “birlikte yaşamın asgari gerekliliklerine saygı”ya gelince Mahkeme, bunun “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” amacıyla bağlantılı olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken yüzün toplumsal etkileşimde oynadığı önemli rolü göz önünde bulundurmuştur. AİHM ayrıca “herkese açık olan yerlerde bulunan bireylerin orada gelişen yerleşik bir mutabakattan ötürü söz konusu toplumdaki topluluk yaşamının ayrılmaz bir unsurunu oluşturan açık kişisel arası ilişkilerin yerindeliğini temelden sorgulayan uygulama ya da tutumlarla karşılaşmak istemeyebilecekleri yönündeki görüşü anlaşılır bulmakta” olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme “birlikte yaşam” kavramının esnekliğini ve kötüye kullanılma riskini göz önünde bulundurarak demokratik toplumda gereklilik incelemesinin titiz bir şekilde yapılması gerektiğini söylemiştir.³⁰⁹

AİHM, demokratik toplumda gereklilik incelemesinde peçe takan kadınların bunu baskı ile taktıkları varsayımını hatalı bulduğunu belirtmiştir. Mahkeme gereklilik değerlendirmesini ilk olarak “kamu güvenliği” sınırlama sebebi açısından yapmıştır. Mahkeme’ye göre, genel peçe yasağı ancak kamu güvenliğine yönelik genel bir tehdidin bulunması halinde orantılı sayılabilecektir. Böyle bir durum söz konusu değilken genel bir yasak getirmek kadınları din veya inançlarını dışa vurmak için seçtikleri yoldan ve “kimliklerinin önemli olduğunu düşündükleri bir unsurundan” mahrum bırakmıştır. Oysa kişilere veya mülklere yönelik tehdide ilişkin ya da kimlik sahtekarlığına ilişkin bir durum söz konusu olduğunda yüz gösterme ve kendine tanıtmaya yükümlülüğü getirilerek kamu güvenliğini sağlamak mümkün olabilirdi. Tüm bu gerekçeler ışığında AİHM, 8. ve 9. maddeye yapılan müdahalenin “kamu güvenliği” bakımından gerekli olmadığı sonucuna ulaşmıştır.³¹⁰

Mahkeme, sonrasında, müdahalenin “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” bakımından gerekli olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu değerlendirme sırasında Mahkeme; bireylerin farklılıklarıyla bir arada yaşayacakları koşulları güvence altına almanın devletin yetkisi dahilinde olduğunu, devletlerin bireyler arası etkileşime özel bir önem atfetmesinin anlaşılabilir olduğunu, kamuya açık alanlarda yüz gizlenmesinin bunu olumsuz etkileyebileceğini ve birlikte yaşamayı güvence

³⁰⁹ S.A.S. v. France, App. No: 43835/11, Judgment of ECHR (GC), 01/07/2014, para. 114-122.

³¹⁰ S.A.S. v. France, App. No: 43835/11, Judgment of ECHR (GC), 01/07/2014, para. 137-139.

altına almayı hedeflemesi nedeniyle yasağın prensip olarak haklı sayılabileceğini ifade etmiştir. Bir sonraki adımda, ilkesel olarak haklı kabul edilen müdahalenin amaçla orantılı olup olmadığı değerlendirilmiştir. Bu noktada çok az sayıda kadının bu yasaktan etkilenmesi karşısında genel bir yasağın aşırı sayılabileceği, nitekim temel hakların korunmasına ilişkin pek çok ulusal veya uluslararası aktörün de yasağı orantısız bulduğu, yasağın bu kadınların inançlarını dışa vurma hakkını ve özel hayata saygı hakkını kullanmalarını engellemesinin yanında onları tecrit ettiği ve özerkliklerini sınırlandırdığı, ilgili kadınların yasağı kimliklerine yönelik bir tehdit olarak algılamasının anlaşılabilir olduğu, söz konusu yasak ile çoğulculuğun sahasının belli bir ölçüde daraltıldığı, ancak devletin “*sadece çoğulculuğun değil, aynı zamanda demokratik toplumun olmazsa olmazları olan hoşgörü ve açık fikirliliğin ifadesi için de gerekli olduğunu düşündüğü bireyler arası etkileşimin bir ilkesini korumaya*” çalıştığı, yüzü kapatmaya getirilen yasağın cezai müeyyideyle desteklenmesinin yasağın etkisini arttırdığı ve fakat olayda küçük suçlara verilen para cezası ve/veya vatandaşlık dersini takip etme gibi çok hafif cezaların söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme ayrıca yasa yapım sürecindeki İslamofobik yorumlar konusunda endişeli olduğunu beyan etmiştir. Yine, devletin böylesi bir yasa yapmakla toplumun belli kesimlerine karşı “*hoşgörüsüzlüğün ifade edilmesini teşvik etme riskini aldığını*” da eklemiştir. Mahkeme yasanın getirdiği yasağın esas olarak peçe takmak isteyen bazı Müslüman kadınları etkilediğinin farkında olmakla birlikte; yasağın temelinde dini çağrışımın değil, yüzün gizlenmesinin olmasını önemli bulmaktadır.³¹¹

AIHM’e göre kamuya açık yerlerde peçeye izin verilip verilmemesine ilişkin karar esas olarak toplumun bir tercihidir. AIHM, demokratik bir toplumda fikirlerin farklılaşabileceği genel politikaya ilişkin konularda yerel karar vericinin rolüne özel bir ağırlık verme taraftarı olduğunu belirterek denetimini sınırlaması gerektiğine kanaat getirmiştir. Aksi durum, demokratik bir süreç sonucunda kurulmuş olan dengenin değerlendirilmesine neden olacaktır. Öte yandan, Avrupa’da kamusal alanda peçe yasağı konusunda bir uzlaşma da bulunmamaktadır. Bu sebeple, ilgili devletin olayda takdir marjı çok geniştir. Mahkeme bunu dikkate alarak madde 8 ve 9’a yapılan müdahalenin “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasının bir*

³¹¹ S.A.S. v. France, App. No: 43835/11, Judgment of ECHR (GC), 01/07/2014, para. 140-153.

parçası olarak birlikte yaşamının koşullarının muhafaza edilmesiyle orantılı” olduğu ve olayda ihlal bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.³¹²

AİHM’in madde 8 kapsamına dış görünüş tercihlerini dahil ettiği diğer bir karar ise *Gough v. Birleşik Krallık*³¹³ kararıdır. Ancak belirtmek gerekir ki; AİHM bu kararda nüdist başvurunun dış görünüşe ilişkin tercihlerini madde 8 korumasına sokmakta tereddüt etmiştir.

Olayda başvuru insan vücudunun zararsızlığına sıkı surette inanmaktadır ve bu durum başvuranın kamuya açık alanlarda çıplak bulunmak suretiyle ifade ettiği “sosyal çıplaklığı” benimsemesine temel oluşturmaktadır. Başvuru 2003 yılında İngiltere’deki Land’s End’den İskoçya’daki John O’Groats’a kadar çıplak yürümeye karar vermiş ve kamusal alandaki çıplaklığı nedeniyle otuzdan fazla kez tutuklanmış, hakkında defalarca kovuşturma başlatılmış, yaklaşık yirmi kez mahkum edilmiş ve 18 Mayıs 2006’dan itibaren sadece 4 gün özgür kalacak şekilde toplamda beş yıl üç ayını mahpus olarak geçirmiştir. Başvuran bu süreçte duruşma salonları, hapishanenin ortak alanları ve hava taşıtları da dahil olmak üzere her yerde ve her zaman çıplak olmayı seçmiştir. AİHM’in önündeki başvurunun konusunu kamusal alanda çıplak bulunmak vasıtasıyla asayiş bozmak suçundan önceden alınan tedbirler bağlamında 2011 yılında gerçekleşen tutuklama, kovuşturma, mahkumiyet ve hapis cezası oluşturmaktadır.³¹⁴

Vakada özel hayata saygı hakkı değerlendirmesi yaparken AİHM, özel hayat kavramının geniş kapsamına ve özel hayata saygı hakkı yorumlanırken kullanılan kişisel özerklik kavramına değinmiş; özel hayatın kişiliğin gerçekleştirilmesini ve geliştirilmesini, kişilik hakkını ve insanlarla ve dış dünyayla ilişki kurma ve geliştirme hakkını kapsadığını; ancak insanlarla ilişki kurmak ve geliştirmekle alakalı

³¹² S.A.S. v. France, App. No: 43835/11, Judgment of ECHR (GC), 01/07/2014, para. 153-158. Daha yakın tarihli olan *Dakir v. Belçika* başvurusunda ise Mahkeme, hapis cezası ile sonuçlanabilen peçe yasağı konusunda S.A.S. v. Fransa kararındaki ile benzer değerlendirmede bulunarak madde 8 ve 9 açısından aynı sonuca ulaşmıştır. Fakat önceki kararın aksine bu kararda madde 8 bağlamında “bireyin kamusal ya da özel alanda nasıl görünmek istediğine ilişkin şahsi tercihlerine” veya benzeri bir hukuki menfaate herhangi bir atıfta bulunulmamıştır. Bkz.: *Dakir v. Belgium*, App. No: 4619/12, Judgment of ECHR, 11/07/2017. Yine peçe yasağına ilişkin olan ve benzer değerlendirmeler içeren aynı tarihli bir başka karar için bkz.: *Belcaceci and Oussar v. Belgium*, App. No: 37798/13, Judgment of ECHR, 11/07/2017.

³¹³ *Gough v. The United Kingdom*, App. No: 49327/11, Judgment of ECHR, 28/10/2014.

³¹⁴ *Gough v. The United Kingdom*, App. No: 49327/11, Judgment of ECHR, 28/10/2014, para. 6, 7, 174, 175, 171.

tüm aktivitelerin madde 8 kapsamına girmediğini belirtmiştir. En önemlisi AİHM, Büyük Divan'ın *S.A.S v. Fransa* kararını hatırlatarak ister kamusal ister özel alanda olsun kişinin arzu ettiği dış görünüşüne yönelik kişisel tercihlerinin kişiliğinin ifadesine ilişkin olduğunu ve bu sebeple özel hayat kavramının kapsamında yer aldığını beyan etmiştir.³¹⁵ Ancak sonrasında, özellikle kişinin umumiyyette arzu ettiği dış görünüşüne ilişkin olarak ve madde 9'un dini inançlara uygulanabilirliğine benzer şekilde, bu (kamusal) alandaki her makul kişisel tercihin özel hayata saygı hakkı kapsamında korunamayacağını ve arzu edilen dış görünüş tercihlerine ilişkin asgari bir ciddiyet seviyesinin olması gerektiğini ifade etmiştir.³¹⁶ Bu noktada Mahkeme örnek olarak madde 9'a ilişkin kararlar olan *Bayatyan v. Ermenistan*³¹⁷'a ve *Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*³¹⁸'a işaret etmiştir. Somut olay açısından bakıldığında, başvuranın tüm kamusal alanlarda her durumda çıplak görünme tercihinin gerekli ciddiyet seviyesine ulaşmış olmadığı AİHM'e göre şüphelidir. Bu aşamada AİHM, bilinen herhangi bir demokratik toplumun böylesi bir tercihi desteklememesini de göz önünde bulundurmıştır. AİHM'e göre madde 8 olaya uygulanabilir olsa dahi müdahale madde 10 analizindeki gerekçeler dolayısıyla netice olarak haklıdır.³¹⁹ Mahkeme madde 10 analizinde “*modern demokratik*

³¹⁵ *Gough v. The United Kingdom*, App. No: 49327/11, Judgment of ECHR, 28/10/2014, para. 182,183.

³¹⁶ “Furthermore, as concerns in particular an individual's personal choices as to his desired appearance in public, on analogy with the applicability of Article 9 of the Convention to religious beliefs, Article 8 cannot be taken to protect every conceivable personal choice in that domain: there must presumably be a *de minimis* level of seriousness as to the choice of desired appearance in question.” Bkz.: *Gough v. The United Kingdom*, App. No: 49327/11, Judgment of ECHR, 28/10/2014, para. 184.

³¹⁷ *Bayatyan v. Armenia*, App. No: 23459/03, Judgment of ECHR (GC), 07/07/2011.

³¹⁸ *Eweida and Others v. The United Kingdom*, App. No: 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, Judgment of ECHR, 15/01/2013.

³¹⁹ *Gough v. The United Kingdom*, App. No: 49327/11, Judgment of ECHR, 28/10/2014, para. 184. Mahkeme madde 10 incelemesinde; başvuranın kıyafet giymemesinin onun insan bedenine ilişkin düşüncelerinin doğrudan ifadesi olduğunu, bu açıdan şikayetin madde 10'un kapsamına girdiğini, madde 10'un açıklanan düşünce ve bilginin içeriğiyle birlikte iletim şeklini de koruduğunu, ifade özgürlüğünün giyiniş şekli veya davranış yoluyla fikirlerin açıklanmasını da koruyabileceğini, olayda başvurunun insan vücudunun zararsız doğasına ilişkin görüşünü kamusal çıplaklık ile ifade edişine müdahale edilmiş olduğunu, müdahale ile ilgili devletin suçu ve düzensizliği önlemeyi amaçladığını, AİHM'in kamusal çıplaklığın modern bir toplumda kabul edilebilirliğinin kapsam ve şartlarının kamu yararına ilişkin bir konu olduğunu kabul etmeye hazır olduğunu, kamusal çıplaklığa ilişkin görüşün çok az insan tarafından benimsenmesinin bir başına sonuç doğurucu olmadığını, kamuya açık alandaki çıplaklığın daha fazla benimsenmesi için tartışma yaratmaya başvuranın yetkili olduğunu ve buna izin veren kamu menfaatinin de bulunduğunu, ancak kamusal çıplaklığın ahlaka ve kamu düzenine ilişkin meseleleri de gündeme getirdiğini, üstelik Avrupa'nın bu konuda yeknesaklıktan uzak olduğunu, bu sebeple de devletlerin bu konudaki takdir marjının geniş olduğunu, çıplaklığa ilişkin fikirleri açıklamanın yahut kamusal bir tartışmayı tetiklemenin başka yollarının da bulunduğunu, ifade özgürlüğünü kullanırken devletin hukukuna saygı gösterilmesi ve uyulması gerektiğini, başvuranın kendi davranışına hoşgörü beklediği de dikkate alınarak başkalarının görüşlerine hassasiyet ve hoşgörü göstermesi gerektiğini, başvurana hafif sayılabilecek suç için toplamda ağır bir yaptırımın uygulanmış olduğunu, ancak bu sonucun ortaya çıkmasında modern demokratik toplumda

*toplumda benimsenmiş olan kamuya açık davranış standartlarına” uymamaya işaret etmiştir.*³²⁰

Mahkeme’ye göre bir aktivitenin sadece kişisel tatmine yönelik olması ile yalnızca kişisel tatmin amacının güdüldüğünün söylenemeyeceği kamuya yönelik amaç taşıması hali birbirinden farklıdır.³²¹ Mahkeme bunu söylemekle dış görünüşe ilişkin hukuki menfaatler konusunda yarışabilen AİHS maddeleri olan madde 8 ve 10 arasına bir çizgi çekmiş bulunmaktadır.

Ayrıca kararda görüldüğü üzere AİHM, dış görünüşe yönelik tercihlerin korunmasında madde 8’in uygulanması için madde 9’dakine benzer şekilde bir ciddiyet eşiği aradığını belirtmekte ve böylece şüphesiz dış görünüşe ilişkin korumanın alanını daraltmaktadır. Öte yandan madde 9’un örnek alındığı ciddiyet seviyesinin dış görünüş bakımından özel hayata saygı hakkına nasıl uygulanacağı yeterince açık ve net değildir.

Yer verilen içtihatlar ışığında, sıradan vatandaşların dış görünüşlerini belirlemeleri ve bunun doğal bir sonucu olarak kamusal alanda sergilemelerine ilişkin menfaatin madde 8 kapsamında korunmakta olduğu söylenebilir. Ancak belli bir görünüşü sergilemenin kamuya yönelik bir amaç taşıması halinde madde 10 koruması gündeme gelecektir. Öte yandan madde 8 korumasından yararlanabilmek için, AİHM içtihadı gereği, dış görünüşe ilişkin kişisel tercihlerin asgari bir ciddiyet seviyesine ulaşması gerekmektedir. Bu seviyeye ulaşan tercihlerle şekillense dahi kamusal alana ilişkin demokratik toplum standartlarıyla uyuşmayan görünümlere

benimsenmiş olan kamuya açık davranış standartlarına uymayan ve toplumun kendi halindeki üyeleri için endişe verici ve rahatsız edici olabilecek davranışları gerçekleştirmek suretiyle sonuçlarını bile bile ceza hukukunu ısrarla ihlal eden başvuranın da sorumluluğu olduğunu, bu sebeple alınan önlemlerin sebeplerinin makul ve yeterli olduğunu, tekrar eden anti sosyal davranış karşısında böylesi bir müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşıladığını, bu yönde isteği olmayan toplum üyelerine anti sosyal bir tutumun tekrarlayan şekilde empoze edilmesine madde 10’un imkan vermediğini ve neticede madde 10 ihlalinin söz konusu olmadığını ifade etmiştir. Bkz.: *Gough v. The United Kingdom*, App. No: 49327/11, Judgment of ECHR, 28/10/2014, para. 147,149, 150, 158, 172, 175, 176. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Mahkeme madde 9 açısından gerekli olan ikna edicilik, ciddiyet, tutarlılık ve önem eşiğini aşmadığı için olayı bu madde bakımından değerlendirmeye gerek görmemiştir. Bkz.: *Gough v. The United Kingdom*, App. No: 49327/11, Judgment of ECHR, 28/10/2014, para. 188.

³²⁰ *Gough v. The United Kingdom*, App. No: 49327/11, Judgment of ECHR, 28/10/2014, para. 176

³²¹ “It has previously indicated that a distinction must be drawn between carrying out an activity for personal fulfilment and carrying out the same activity for a public purpose, where one cannot be said to be acting for personal fulfilment alone.” Bkz.: *Gough v. The United Kingdom*, App. No: 49327/11, Judgment of ECHR, 28/10/2014, para. 184.

karşı gerçekleştirilen müdahalelerin ihlal sonucu doğurmayacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

3. Kamu Personeli İçin

Kamu personeli ile bağlantılı içtihatlarda dış görünüşe ilişkin tercihler özel hayata saygı hakkı kapsamında alenen olmasa da zımnen korunmaktadır. Fakat dış görünüş tercihlerinin sınırlandırılması konusunda Mahkeme, kamu görevlisi ile sıradan vatandaş farkını sıkça vurgulamakta ve kamu görevlisi olmayı hakka müdahaleyi daha kolay şekilde meşrulaştıran bir unsur olarak kullanmaktadır. Bu durumun temelinde başta tarafsızlık yükümlülüğü olmak üzere özellikle “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” meşru amacıyla bağdaştırılabilecek çeşitli nedenlerin bulunduğu söylenebilir. Bu noktada belirtilmelidir ki; kamu görevlisinin sıradan vatandaşa nazaran dezavantajlı sayılabilecek bu konumu, kamu görevlisinin görünüş tercihlerinin devlet tarafından keyfi bir şekilde kısıtlanabileceği anlamına gelmemektedir. Zira Mahkeme özel hayata yapılan müdahaleler konusunda kamu personelinin yeterli güvencelerden yararlandırılması ve bu alanda öngörülebilirliğin sağlanması gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme’ye göre özel hayat ile meslek hayatının kesiştiği durumlarda keyfiyeti önleyecek güvencelerin önemi oldukça belirginleşmektedir. Şimdi bu çıkarımların kaynağı olan içtihatları inceleyelim.

Kamu personelinin dış görünüşünü madde 8 ekseninde ele alan önemli bir karar *Özpınar v. Türkiye* kararıdır. Olayda başvuru bir hakimdir ve hakkında disiplin soruşturması başlatılmıştır. Soruşturma raporunda; uygunsuz davranış ve ilişkiler ile mesleğin saygınlık ve onuruna zarar vermek, kişisel onur ve itibarı kaybetmek; abartılı makyaj yapıp uygunsuz kıyafetler giyerek mesleğe saygı göstermemek; kişisel duygularıyla hareket ederek görevini umursamadığı izlenimi uyandırmak; mazeret olmaksızın işe geç gelmek, hiç gelmemek veya işten erken çıkmayı alışkanlık haline getirmek şeklindeki iddialara yer verilmiştir. Sonrasında başvuran görevden alınmıştır ve bu sebeple madde 8 de dahil olmak üzere pek çok hakkının ihlal edildiğinden bahisle AİHM’e şikayette bulunmuştur.³²²

³²² *Özpınar v. Turkey*, App. No: 20999/04, Judgment of ECHR, 19/10/2010, s. 4-5.

Mahkeme madde 8 ile ilgili değerlendirmesine, görevden alma ile sonuçlanan disiplin soruşturmasının meslek hayatının yanında özel hayata ilişkin iddialara da dayandığını tespit ederek başlamıştır. Özel hayat kavramının geniş kapsamına değindikten ve meslek hayatına ilişkin faaliyetleri özel hayattan ayrı tutmak için hiçbir neden olmadığını belirttikten sonra Mahkeme, olayda başvuranın haysiyetinin sorgulandığını ve kişinin şerefini koruma hakkının da madde 8 kapsamında yer aldığını ifade etmiştir. Neticede başvuranın özel hayata saygı hakkına müdahale edildiği sonucuna ulaşılmıştır.³²³

Mahkeme müdahale hakkında ilk olarak “kanunla öngörülme” değerlendirmesi yapmıştır. İlgili yasanın otoritelere bıraktığı yetki konusundaki netliğin yeterliliğine ilişkin şüphe taşıdığını ifade eden AİHM, demokratik toplumda gereklilik incelemesinde ulaştığı sonuç sebebiyle öngörülebilirlik bahsini ele almayı gerekli görmemiştir.³²⁴

Mahkeme “meşru amaç” incelemesinde, bazı taraf devletlerin kamu görevlilerinin ve hakimlerin giyimlerini sınırladıklarını belirttikten sonra somut olayda hakimlere getirilen yükümlülüğün temelinde “bağımsızlık” ve “kararların etkisini koruma” amacının bulunduğunu ifade etmiştir. Bu doğrultuda müdahalenin meşru amacının “kamu düzeninin sağlanması” ve “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” olduğu kabul edilmiştir.³²⁵

AİHM’e göre somut olaydaki müdahalenin temelinde görev ifasından ziyade yargı yetkisi çevresinde uyanan izlenime ilişkin meseleler yer almakta ve böylece şikayet konusu soruşturma sadece mesleki hayatı ilgilendirmekten öteye geçmektedir. Bu noktada Mahkeme, dini inançları ifade etme konusunda madde 9 ve 10 açısından kamu görevlilerinin ya da hakimlerin istisnaya tabi tutulmalarını meşru kabul eden içtihatlarını hatırlatmıştır. AİHM, benzer durumun madde 8 için de geçerli olduğunu, her ne kadar hakimler madde 8 korumasından yararlanıyor olsa da, mesleki saygınlığın ya da imajın zarar görme tehlikesi altında olduğu durumlarda hakimlerin özel hayatının sınırlandırılabilceğini ifade etmiştir. Zira hakimlerin mesleki veya özel hayatlarındaki tutumunun adalet kurumunun saygınlığını

³²³ *Özpınar v. Turkey*, App. No: 20999/04, Judgment of ECHR, 19/10/2010, s. 6-8.

³²⁴ *Özpınar v. Turkey*, App. No: 20999/04, Judgment of ECHR, 19/10/2010, s. 8-9.

³²⁵ *Özpınar v. Turkey*, App. No: 20999/04, Judgment of ECHR, 19/10/2010, s. 9.

etkileyebileceği Mahkeme tarafından kabul edilmektedir. Ancak sınırlandırma yapılırken adil dengenin kurulması da gerekmektedir. Bu noktada kamu görevlilerinin özel hayatlarına ilişkin tercih sonuçlarının belli ölçüde öngörülebilir olmasının ve bu konuya ilişkin güvence sağlanmasının gerekliliğine önem verilmiştir. Özellikle özel hayat ile mesleki hayatın kesiştiği noktalarda söz konusu güvencelerin önemi vurgulanmıştır. Bu sebeple diğer kamu görevlilerinde olduğu gibi hakimlerin de özel hayatlarına ilişkin iddialar karşısında keyfiyeti önleyecek yeterli güvenceye sahip olması beklenmektedir.³²⁶

Mahkeme somut olayda meslekten ihraçla sonuçlanan soruşturmanın başvuru hakkındaki iddiaları net bir şekilde ortaya koyamadığını, başvuru soruşturması sırasında güvencelerden çok az yararlanabildiğini ve en basit teminatların dahi göz ardı edildiğini tespit etmiştir. Başvurunun ihraç sonrasında avukatlık yapamayacağını da göz önünde bulunduran Mahkeme, müdahaleyi amaçla orantısız bularak ihlal sonucuna ulaşmıştır.³²⁷

Özpınar v. Türkiye kararı dış görünüş tercihlerine ilişkin hukuki menfaate doğrudan ve açık olarak değinmese de devlete kamu görevlisinin (kıyafet ve makyaj seçimleri de dahil olmak üzere) özel hayatının keyfi müdahalelerden korunması için güvence sağlama yükümlülüğü yüklemesi bakımından oldukça önemlidir. Böylece bu kararda kişinin dış görünüşünü belirleyebilmesine yönelik hukuki menfaatin, zımnen de olsa, özel hayata saygı hakkı kapsamında güvence altına alındığı söylenebilir.

Kamu çalışanlarının görünüş tercihleri esasında daha çok dini kıyafet ve semboller bağlamında madde 9 başlığı altında ele alınmıştır.³²⁸ Madde 9'a ilişkin

³²⁶ *Özpınar v. Turkey*, App. No: 20999/04, Judgment of ECHR, 19/10/2010, s. 11-13.

³²⁷ *Özpınar v. Turkey*, App. No: 20999/04, Judgment of ECHR, 19/10/2010, s. 13.

³²⁸ Çalışmamız madde 9'a ilişkin olmasa da Mahkeme'nin bu madde çatısı altında verdiği kararlara, kamu personeli olmanın etki ve sonuçlarını vurgulamaları ve AİHM'in konuya bakışını yansıtan önemli değerlendirmelere yer vermeleri sebebiyle kısaca değinmeyi faydalı buluyoruz.

Hastanede çalışan bir sosyal hizmet uzmanının başörtüsünü çıkarmayı reddetmesi üzerine sözleşmesinin yenilenmemesini şikayet konusu yaptığı bir başvuruda Mahkeme; başta kamu sektörü öğretmenleri olmak üzere kamu personelinin dini sembol takmasının sınırlandırılmasının laiklik ve tarafsızlık ilkesine dayanılarak meşrulaştırılmasının mümkün olduğunu, bir kamu hizmeti vasıtasıyla devleti temsil etmeyen veya herhangi bir resmi statü sebebiyle dini inançlarını kamuya açma konusunda ihtiyat yükümlülüğü olmayan sıradan vatandaşlar ile kamu çalışanlarının farklı statülerde olduklarını; devletin, kamu hastanelerinde bireylere eşit muamelede bulunulmasını güvence altına almak için, istihdam ettiği başvuranın görevini ifa ederken dini inançlarını açıklamaktan kendini

kararlarında AİHM'in, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla bağdaşık olan kamu hizmetini gerçekleştirirken tarafsız olma yükümlülüğüne dayanarak kamu görevlilerinin kılık kıyafetine müdahale edilmesini sıradan vatandaşlarınkine nazaran daha kolay şekilde meşru kabul etmekte olduğu söylenebilir.³²⁹ Madde 8 bakımından da geçerli sayılabilecek bu durumun dini kıyafet ve semboller söz konusu olduğunda daha da belirgin bir hal aldığını söylemek mümkündür. Zira Mahkeme din ve devlet ilişkisine ilişkin meselelerde devletlerin takdir marjını geniş tutmayı tercih etmekte ve bu noktada taraf devletlerin anayasal ilkelerine önem atfetmektedir. Avrupa'da dini kıyafet ve sembollere ilişkin bir konsensüsün oluşmamış olması da takdir marjının geniş olmasında rol oynamaktadır.³³⁰ Belirtmek gerekir ki, kamu çalışanlarının kılık kıyafet tercihlerine

sakınmasını talep etmek konusunda yetkisi olduğunu; kamu hastanesindeki hizmet tarafsızlığının personelin tutumuyla bağlantılı kabul edilebileceğini, söz konusu hizmet tarafsızlığının hastaların onları tedavi edenlerin tarafsızlığından şüphe etmemelerini de gerektirebileceğini; taraf devletin olayda başkalarının hak ve özgürlüklerine, hastalara eşit muamele gösterilmesine ve hizmetin işleyişine dini dışı vurma özgürlüğü karşısında ağırlık vermiş olduğunu; ancak takdir marjını aşmadığını ve sonuç olarak madde 9'u ihlal etmediğini belirtmiştir. Bkz.: *Ebrahimian v. France*, App. No: 64846/11, Judgment of ECHR, 26/11/2015, para. 6, 47, 64, 70, 71, 72. AİHM, kamu çalışanları içinde eğitimcilerle özel bir önem vermektedir.

Bir akademisyenin öğretim faaliyeti sırasında türban takılmasına karşı yasağı şikayet konusu yaptığı bir başvuruda AİHM; kamu çalışanlarının görevlerini ifa ederken devletin temsilcisi olduklarını, kılık kıyafete ilişkin kuralların inançlarına ve görevlerine bakılmaksızın tüm kamu çalışanlarına eşit olarak uygulandığını, bu kuralların laiklik ilkesi ile onun sonucu olan tarafsız kamu hizmeti ilkesinin korunması için kamu çalışanlarının devletin temsilcisi olarak görevlerini ifa ederken tarafsız bir görünüm sergilemesini gerektirdiğini, başvuranın kendi özgür iradesiyle kamu çalışanı olmayı tercih ettiğini ve bunu yaparken de dini inançlarını gösterişçi bir şekilde açığa vurmamasını gerektiren kurallardan bihaber olamayacağını ifade ederek madde 9'a yapılan müdahalenin haklı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme halihazırda yaptığı inceleme sebebiyle madde 8 için ayrıca bir inceleme yapmaya gerek görmeyerek hakkın ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Aynı başvuruda cinsiyet temelli ayrımcılık olduğu iddiası üzerine ayrımcılık yasağı üzerinden de inceleme yapan Mahkeme, erkek çalışanların da benzer yükümlülöklere tabi olduğunu belirterek başvuruyu reddetmiştir. Bkz.: *Kurtulmuş v. Turkey*, App. No: 65500/01, Decision of ECHR, 24/01/2006, s. 1, 3, 6, 7, 9.

Bir öğretmenin görevini yaparken türban takmasını yasaklayan önlemlere tabi tutulmasını konu alan *Dahlab v. İsviçre* isimli başvuruda ise öğrencilerin kolayca etki altında kalabilecekleri yaşlar olan 4-8 yaş arasında olmalarına özel önem vermiştir. Mahkeme devletin temsilcisi olan öğretmenin inancını açıklama özgürlüğü ile dinsel uyumun sürdürölmesi vasıtasıyla öğrencilerin korunması ihtiyacını tartmış ve öğrencilerinin küçük ve olgunlaşmamış olmalarını dikkate alarak müdahaleyi makul kabul etmiştir. Ayrıca benzer durumlarda farklı bir inanca mensubiyeti açıkça gösteren kıyafet giyen erkeğe de benzer önlemlerin uygulanabileceği ifade edilmiştir. Öte yandan Mahkeme bu kararda başörtüsünü kadın-erkek eşitliği ilkesi ile bağdaştırmanın güç olduğunu, türbanın din değiştirme telkini etkisi doğurabileceğini, bu durumu demokratik bir toplumda öğretmenin öğrencisine aktarması gereken hoşgörü, insanlara saygı, eşitlik ve ayrımcılık yapılmaması mesajlarıyla bağdaştırmanın güç olduğunu ifade etmiştir. Bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, **Türk Kıyafet Hukuku ve Türban**, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, Nisan 2005, s. 1390- 1402. (Vurgu tarafımızca eklenmiştir.)

³²⁹ Bkz.: *Ebrahimian v. France*, App. No: 64846/11, Judgment of ECHR, 26/11/2015, para. 53; *Kurtulmuş v. Turkey*, App. No: 65500/01, Decision of ECHR, 24/01/2006, s. 6.

³³⁰ Bkz.: *Ebrahimian v. France*, App. No: 64846/11, Judgment of ECHR, 26/11/2015, para. 65 ve 68; *Kurtulmuş v. Turkey*, App. No: 65500/01, Decision of ECHR, 24/01/2006, s. 6. AİHM'in dini kıyafet ve semboller konusunda devletlere geniş takdir marjı bırakmasını eleştiren bir çalışma için bkz.: Erkan

sadece tarafsızlık yükümlülüğü gerekçesiyle değil, sağlık ve güvenliğe ilişkin gerekçelerle de müdahale etmek mümkündür.³³¹

Sıradan vatandaşlar kamu hizmeti almak için gittikleri kamu kurum ve kuruluşlarında kamu görevlilerinin tabi olduğu rejim kapsamında değerlendirilmezler.³³² Ancak sıradan vatandaşların kendi kategorilerinde sahip oldukları serbestinin kamu kurum ve kuruluşlarında daralıp daralmayacağı ayrı bir tartışma konusudur. Tespit edilebildiği kadarıyla bu konuya ilişkin madde 8 içtihadı bulunmamaktadır. Bu konudaki madde 9 içtihatlarından görünüş tercihleri bakımından sıradan vatandaşların kamu kurum ve kuruluşlarında diğer kamusal alanlarda olduğu kadar serbest olmadıkları sonucunun çıktığını söylemek yanlış olamayacaktır.³³³

Duymaz, “Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlili”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 64, Sayı: 4, 2015, s. 1113-1160

³³¹ Bu konuda madde 9’a ilişkin bir karar mevcuttur. Olayda hemşire olan başvurucudan sallanan haçlı kolyesini boynundan çıkarması talep edilmiş ve haçı broş olarak veya hemşire tuniğinin altına giyeceği yüksek yakalı bir kıyafetin altına takması önerilmiştir. Haç uçlu kolyesini takmaya devam etmesi üzerine başvuran hemşirelikten başka bir göreve geçirilmiştir. AİHM bu önlemin madde 9’a müdahale niteliğinde olduğunu kabul etmekle birlikte, bir hastanın haçlı kolyeyi tutup çekerek başvurucuyu veya kendini yaralayabilmesi yahut haçın sallanarak açık yaraya temas etmesi gibi ihtimallere karşı ilgili devletin sağlık ve güvenliğin korunmasına inanç açıklama özgürlüğü karşısında ağırlık vermesini makul bulmuştur. Bkz.: *Eweida and Others v. The United Kingdom*, App. No: 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, Judgment of ECHR, 15/01/2013, para. 96-100. Bu son vakada dini sembol söz konusu olmasına rağmen kamu personelinin tarafsızlık yükümlülüğüyle alakalı herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemesi dikkat çekicidir. Bu durum Mahkeme’nin başörtüsünün aksine haçı pasif bir sembol olarak görmesinden kaynaklanıyor olabilir. Duvardaki haçı pasif sembol olarak değerlendiren karar için bkz.: *Lautsi and Others v. Italy*, App. No: 30814/06, Judgment of ECHR (GC), 18/03/2011, para. 72. Belirtmek gerekir ki; Mahkeme’nin başörtüsünü “*kuvvetli dış sembol*” ve haçı “*pasif bir sembol*” olarak nitelemesi, sübjektif tartışma alanına girdiği ve böylece kararlarının gerekçe ve sonuçlarını tartışmalı hale getirdiği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir. Bkz.: Doğru- Nalbant, *a.g.e.*, s. 135.

³³² Mahkeme salonunda takke takan kişinin cezalandırılması vakasında; sıradan vatandaşa ilişkin vakanın, resmi yetkiyi kullanılırken dini sembol takmama ve dini kıyafet giymeme de dahil olmak üzere ihtiyat, tarafsızlık ve yansızlık yükümlülüğü altında olan kamu görevlilerine ilişkin olanlar başta olmak üzere işyerindeki dini kıyafet ve sembollere ilişkin vakalardan ayrı tutulması gerektiğinin ifade edildiği ve madde 9 ihlali ile sonuçlanan karar için bkz.: *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina*, App. No: 57792/15, Judgment of ECHR, 05/12/2017, para. 40. Not edilmelidir ki, AİHM karar verirken başvuranın saygısız tutum sergilememesini veya gizli bir amaç taşımamasını göz önünde bulundurmıştır. Ayrıca bazı durumlarda tanıklardan dini sembollerini çıkarmasının talep edilebileceği de ifade edilmiştir. Bkz.: *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina*, App. No: 57792/15, Judgment of ECHR, 05/12/2017, para. 41-42. Benzer bir karar için bkz.: *Lachiri v. Belgium*, App. No: 3413/09, Judgment of ECHR, 18/09/2018.

³³³ AİHM *Ahmet Arslan ve Diğerleri v. Türkiye* isimli başvuruda demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesi yaparken, başvuranların; kamu görevi ifa eden devlet temsilcileri değil, sıradan vatandaşlar olduklarını; “*devletin verdiği yetkileri kullanabilecekleri herhangi bir statüye de sahip olmadıklarını*”; dolayısıyla resmi statüleri nedeniyle dini inançlarını kamu önünde gizleme yükümlülüklerinin olmadığını; bu sebeple devlet görevlilerine ilişkin içtihadın bu olaya uygulanamayacağını ve söz konusu dini kıyafetleri “*dini inançlara tarafsız yaklaşma zaruretinin dinini özgürce açığa vurma hakkından daha önemli olduğu kamusal kurum ve kuruluşlarda*” değil, sokak ve meydan gibi herkese açık kamusal alanlarda giydiklerini; dolayısıyla devlet okullarındaki

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sadece kamu görevlilerinin kılık kıyafetini değil, kamu görevlilerinin eşlerinin kılık kıyafetini de özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirmiştir. *Sodan v. Türkiye* başvurusunda önceden Ankara’da vali yardımcısı olarak görev yapan başvuru, dini görüşü ve eşinin başörtüsü sebebiyle görev yerinin değiştirildiğini iddia etmiştir. Buna karşın, taraf devlet ise başvuranın görevi ile karakterinin uyuşmadığını, zira başvuranın pasif ve içe kapanık olduğunu, bu sebeple başkentte temsile ilişkin bir görevi sürdürmesinin uygun bulunmadığını beyan etmiştir.³³⁴ Mahkeme kararda özel hayat kavramının geniş kapsamına değinmiş ve sonrasında özel hayatla ilgili unsurların bir meslek için katı surette niteleyici kriter haline gelmesi durumunda meslek hayatı ile özel hayatın iç içe geçmiş sayılacağını belirtmiştir. AİHM, olayı madde 9 ışığında ve madde 8 açısından incelemeye karar vermiştir.³³⁵ Mahkeme; idarenin şikayet konusu kararı verirken başvuranın kişisel özelliklerine değindiğini, ancak bununla birlikte inceleme raporunda dini görüşüne ve eşinin türbanına da geniş yer ayırdığını, bu alana fazlaca verilen önemin nedenin Mahkemece anlaşılamadığını, başvuranın inancı ve özel hayatı ile görev yeri değişikliği arasında açık bir nedensellik bağının var olduğu kanaatine varıldığını, görev yeri değişikliğinin esas olarak “*disiplin alanına mutlak şekilde bağlı*” kalınmadan gerçekleştirilen bir çeşit “*üstü kapalı yaptırım*” olduğunu ve böylece özel hayata saygı hakkına müdahale edildiğini ifade etmiştir.³³⁶ AİHM memurların bu alanda bazı kısıtlamalara tabi tutulabileceğine ilişkin kararlarını hatırlattıktan sonra, “*kamu hizmetinin tarafsızlığını koruma kaygısıyla ilgililerin özel yaşamıyla ilgili ve herhangi bir yönetmelikte yer almayan bir unsur olan başvuranın eşinin başörtülü olması koşulunun hesaba katılması haklı bir yaklaşım değildir*” diyerek başvuranın özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.³³⁷

dini sembol yasağı konusunda taraf devlet kanun koyucusunun rolüne önem atfeden içtihadın olaya uygulanamayacağını belirtmiştir. Sonuçta madde 9’un ihlal edildiğine kanaat getirilmiştir. Bkz.: *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, App. No: 41135/98, Judgment of ECHR, 23/02/2010. Gerekçelendirmedeki “*dini inançlara tarafsız yaklaşma zaruretinin dinini özgürce açığa vurma hakkından daha önemli olduğu kamusal kurum ve kuruluşlarda*” giyilmemiş olma unsuru, sıradan vatandaşların bu yerlerde diğer kamusal alanlardakine nazaran daha sıkı bir görünüş rejimine tabi olduğunu düşündürmektedir. Bunu, vize almak için konsolosluk binasına giden ve fakat kimlik kontrolü sırasında peçesini çıkarmayı reddeden kişinin konsolosluk binasına alınmamasını kamu güvenliği sebebine dayanarak madde 9’a uygun bulan kararın da desteklediği söylenebilir. Bkz.: *El Morsli v. France*, App. No: 15585/06, Decision of ECHR, 04/03/2008.

³³⁴ *Sodan v. Turkey*, App. No: 18650/05, Judgment of ECHR, 02/02/2016, para. 7, 32, 33.

³³⁵ *Sodan v. Turkey*, App. No: 18650/05, Judgment of ECHR, 02/02/2016, para. 37 ve 30.

³³⁶ *Sodan v. Turkey*, App. No: 18650/05, Judgment of ECHR, 02/02/2016, para. 47-50.

³³⁷ *Sodan v. Turkey*, App. No: 18650/05, Judgment of ECHR, 02/02/2016, para. 42, 52, 56-60.

Bu kararda da dış görünüşe yönelik hukuki menfaate açık bir şekilde değinilmemiştir. Fakat devlet memurunun eşinin taşıdığı sembol veya kıyafet özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Mahkeme devlet görevlilerinin özel hayatlarının kısıtlanabileceğine yönelik içtihadını tekrar etmekle birlikte, bu kısıtlamanın hukuka uygun olarak yapılmasını istemiştir. Bu açılardan kararın *Özpınar v. Türkiye* kararı ile benzerlikler taşıdığı söylenebilir.

4. Askerler İçin

Askerler söz konusu olunca içkin sınırlamalar doktrini gündeme gelmektedir. Strasbourg Organları'na göre AİHS sadece siviller için değil, askerler için de uygulanabilir durumdadır. Ancak uygulama ve yorumlama sırasında, askeri hayatın kendine has özellikleri ile silahlı kuvvetler mensuplarının durumuna etkisi göz önünde bulundurulmalıdır. Strasbourg Organları'na göre askeri kariyeri seçen kişi askeri disiplin sistemini kendi arzusuyla kabul etmiş sayılır. Ki bu disiplin sistemi, sivillere uygulanamayan sınırlamaların silahlı kuvvetler mensuplarının bazı hak ve özgürlüklerine uygulanması ihtimalini bünyesinde barındırmaktadır. Yine Strasbourg Organları'na göre, devletler orduları için, başta askeri hizmetin gerekliliklerini yansıtan kurulu düzenin karşısında yer alan davranışlar olmak üzere, çeşitli davranışları yasaklayan disiplin düzenlemeleri tesis edebilirler.³³⁸

Strasbourg Organları'nın bu yöndeki kararları dolayısıyla, siviller için müdahale niteliğinde kabul edilen bazı tedbirler askerler için müdahale dahi sayılmayabilmektedir. Bu sebeple, silahlı kuvvetler mensuplarının kılık kıyafet ve saç sakal tercihlerine ilişkin koruma alanının sivillerinkine göre daha dar kapsamlı olması beklenebilir.

Askeri kariyer yapan kişinin dış görünüş tercihlerini madde 8 açısından ele alan, tespit edebildiğimiz tek karar “part-time” asker ve öğrenci³³⁹ olan başvurucuya

³³⁸ Örneğin dini kuralların hakimiyetini sağlamayı amaçlayan köktenci İslami hareketlere katılmaktan kaçınma yükümlülüğü bu kapsamda sayılabilir. Bkz.: *Özcan v. Turkey*, App. No: 44199/98, Decision of ECHR, 03/10/2002, s. 8-9; *Pektas v. Turkey*, App. No: 39682/98, Decision of ECHR, 03/10/2002, s. 8-9; *Sen and Others v. Turkey*, App. No: 45824/99, Decision of ECHR, 08/07/2003, s. 8

³³⁹ Başvuracı hem öğrenci hem de “part time” asker olan *Sutter v. İsviçre* başvurusunda özellik arz eden unsurun askerlik olduğuna kanaat getirdiğimizden söz konusu başvuruya öğrenci kategorisinde değil, asker kategorisinde yer vermeyi uygun görmüş bulunmaktayız.

ilişkin *Sutter v. İsviçre* kararıdır.³⁴⁰ Olayda başvuru, saçların temiz ve bakımlı olmasını ve yakaya değmeyecek şekilde kestirilmesini emreden hizmet düzenlemesine devamlı surette uymadığı için cezai yaptırıma tabi tutulmuştur. Başvurucu bir İsviçre vatandaşının saçını kendi zevkine göre kesmesini 30 yıl süreyle yasaklayan yasa hükmünün özel hayata saygı hakkına aykırı olduğu iddiasındadır. Şikayeti değerlendiren AİHK'e göre her yıl bir süre askerlik yapacak olan başvurucuya bu kuralın uygulanması, şüphesiz, saçının onun zevkine göre kesilmesini imkansız hale getirebilecektir ve bu durum başvuranın kişiliğini dışa vurma yolunu olumsuz yönde etkileyebilecektir. AİHK ilgili hükmün uygulamasının, aslında, özel hayata saygı hakkına müdahale olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Ancak bununla birlikte bu müdahalenin 2. paragraf uyarınca haklı sayılacağı da kanaatindedir. Zira ilgili önlemin sağlığın korunması, hijyenik nedenler ve kazaların önlenmesi için makul şekilde gerekli olduğu kabul edilebilecektir. Bu sebeplerle başvuru madde 8 bakımından açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur.³⁴¹ Başvuru reddedilse de kararda saç kesim tarzının kişiliğin dışavurumuyla ve özel hayata saygı hakkıyla bağlantılı kabul edilmesi önemlidir.

Askerlik bahsinde değinilmesi gereken hususlardan biri ise zorunlu askerliktir. Zorunlu askerlik beraberinde zorunlu tıraş ve zorunlu üniforma uygulamasını

³⁴⁰ Bu konuyu madde 9 açısından ele alan bir karar da vardır. Çalışma saatleri içinde ibadet kıyafetleriyle yürüyüşe katılmak suretiyle hareketlerinde ve giyiminde özensizlik eğilimi taşımak da dahil, disipline aykırı eylemleri sebebiyle okuldan uzaklaştırılan harp okulu öğrencisinin *Yanaşık v. Türkiye* isimli başvurusunda AİHK, yukarıdaki açıklamalara koşut olarak askeri disiplinin mahiyetinden kaynaklanan sınırlamalara ve askeri kariyerin serbest iradeyle seçilmiş olmasına değinmiş ve olayda madde 9'a müdahale edilmediği sonucuna ulaşmıştır. İlgili karar için bkz.: Gemalmaz, **Türk Kıyafet Hukuku ve Türban**, s. 1405-1414. Askeri kariyeri tercih etmiş kişilerin kendi dış görünüşlerinin aksine eşlerinin dış görünüşleri (dini sembol ve kıyafetleri) Strasbourg Organları'nın önünde pek çok kez mesele oluşturmıştır. İlgili vakalarda ordudan ihraç edilen başvuru sahipleri ihraçın zımni sebebinin dini inanışları ve eşlerinin türban takması olduğunu ileri sürmüşlerdir. Buna karşın muhatap hükümetin, başvuranların eşlerinin veya akrabalarının başörtüsü takmasının ihraçın yegane temeli olmadığı yönündeki savunmasına kararlarda yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, tüm vakalarda köktenci eğilimlere sahip olduğu bilinen tarikat/cemaatlere başvuru sahiplerinin mensup olduğunu gösteren ve işledikleri disiplin cezalarını listeleyen raporlar söz konusudur. Bu raporlar ışığında başvuru sahiplerinin subay veya astsubay profiline sahip olmadıkları otoritelerce tespit edilmiş ve askeri disiplini ihlal ettikleri sonucuna ulaşılmıştır. Madde 9 açısından ulaşılan sonuç dikkate alınarak- ki burada ihraç kararlarının askerlerin eşlerinin ya da akrabalarının İslami örtü takmasına dayanmadığı belirtilmiştir- olaylarda özel hayata saygı hakkına müdahale olmadığına kanaat getirilmiştir. Bkz.: *Özcan v. Turkey*, App. No: 44199/98, Decision of ECHR, 03/10/2002, s. 9-10; *Pektas v. Turkey*, App. No: 39682/98, Decision of ECHR, 03/10/2002, s. 9-10; *Sen and Others v. Turkey*, App. No: 45824/99, Decision of ECHR, 08/07/2003, s. 8-9. Bu kararların hiçbirinde başvuranların eşlerinin veya akrabalarının kıyafetleri özelinde bir değerlendirme yapılmamıştır. Belirtmek gerekir ki, bu vakalarda ağırlık madde 8'dense madde 9 incelemesine verilmiştir. Madde 8 ileri sürülmediği için madde 9 incelemesiyle yetinilen benzer kararlar da söz konusudur. Bkz.: *Dal and Özen v. Turkey*, App. No: 45378/99, Decision of ECHR, 03/10/2002; *Akbulut v. Turkey*, App. No: 45624/99, Decision of ECHR, 06/02/2003.

³⁴¹ *Sutter v. Switzerland*, App. No: 8209/78, Decision of EComHR, 01/03/1979, s. 166, 171-173.

getirmektedir. Bu uygulamalar vicdani redde ilişkin başvurular kapsamında şikayet konusu yapılmıştır. AİHM üniforma giymek istemedikleri için cezaya çarptırılan veya saç sakalları zorla tıraş edilen vicdani retçilerin vakalarını madde 3 açısından incelemeyi tercih etmiş ve madde 8 açısından ayrıca bir inceleme yapmaya gerek görmemiştir.³⁴² Örneğin asker üniforması giymek istememesi üzerine defalarca hapis cezasına mahkum edilen vicdani retçi başvuranın serbest kalıp bölümüne her geri götürüldüğünde askerlik yapmayı veya üniformayı giymeyi yeniden reddetmesi üzerine tekrardan mahkum edildiği ve bu şekilde devam ederse hayatının sonuna kadar hapis cezalarına mahkum olma riskiyle karşı karşıya olduğu bir vakada AİHM, uygulanan yaptırımları askerliğin ifasının taşıdığı amaçla orantısız bulunduğunu ifade etmiştir. Alınan tedbirlerin başvurucunun düşünsel kişiliğini bastırdığını belirten AİHM, olayda onur kırıcı muamele olduğu sonucuna ulaşmıştır.³⁴³ Kararda madde 8 incelemesi yapılmasa da askeri üniforma giymek istememenin düşünsel kişilikle ilişkilendirilmesi çalışmamız için önem arz etmektedir.

5. Özel Sektör Çalışanları İçin

Özel sektörde çalışanların haklarını işverenlerin keyfi müdahalelerine karşı korumak devletin yükümlülüğü dahilindedir. Doğrudan devlete atfedilebilir olmayan böylesi müdahalelerin ihlal sonucu doğurmaması için hakkın iç hukukta yeterince korunması ve karşılıklı menfaatler arası dengenin adil bir şekilde kurulması gerekmektedir.³⁴⁴ Bu korumaya dış görünüş tercihlerinin de dahil olduğu söylenebilir.

³⁴² Bkz.: *Ülke v. Turkey*, App. No: 39437/98, Judgment of ECHR, 24/01/2006; *Tarhan v. Turkey*, App. No: 9078/06, Judgment of ECHR, 17/07/2012. Mahkeme *Bayatyan v. Ermenistan* kararı ile birlikte madde 9'u vicdani redde ilişkin başvurular için uygulanabilir bulmaya başlamıştır. Bkz.: *Tarhan v. Turkey*, App. No: 9078/06, Judgment of ECHR, 17/07/2012.

³⁴³ *Ülke v. Turkey*, App. No: 39437/98, Judgment of ECHR, 24/01/2006, s. 6-7. Yine bir vicdani retçiye ilişkin benzer bir vakada, başvuran üniforma giymeyi ve saç sakalını kestirmeyi reddetmektedir. Saç sakal tıraşına karşı çıkması üzerine başvuran "kınama, bir ay ziyaretçi yasağı, bir ay mektup alma veya göndermeden mahrum bırakılma ve (...) yedi gün tecritte tutulma" gibi türlü disiplin cezalarına çarptırılmış ve sonunda yedi asker tarafından yere yatırılmak ve üstüne çıkılmak suretiyle saç sakalı kesilmiştir. Olayın ardından başvuranın bedeninde ağrı, sıyrık ve bereler oluşmuştur. Üstelik bu olayda da başvuran askerlik yapmamakta ısrar ederse hayatı boyunca art arda hapis cezasına çarptırılma riskiyle karşı karşıyadır. AİHM olayı bir bütün olarak değerlendirdiğinde başvuranın onur kırıcı muameleye maruz bırakıldığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz.: *Tarhan v. Turkey*, App. No: 9078/06, Judgment of ECHR, 17/07/2012, para. 7, 24, 25, 45, 46, 47.

³⁴⁴ Mutatis mutandis, "...Müdahale doğrudan Devlete yüklenebilir olmadığından, Mahkeme Devlet makamlarının 9. madde kapsamındaki yükümlülüklerini bütün hallerde yerine getirip getirmediğini; başka bir ifadeyle, Bayan Eweida'nın dinini serbestçe açıklama hakkının iç hukuk düzeninde yeterince korunup korunmadığını ve başvurucunun ve diğerlerinin hakları arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını incelemek zorundadır." Bkz.: *Eweida and Others v. The United Kingdom*, App. No:

Konuyla ilgili *Kara v. Birleşik Krallık* kararında, başvuru biseksüel bir erkek “travesti”dir (“*transvestite*”), transseksüel değildir ve kadın olmak istememektedir. Bununla birlikte geleneksel olarak kadın kıyafeti sayılan kıyafetleri giymeyi tercih etmektedir. Başvuran böyle giyinerek cinselliğini, kişiliğini ve kişiliğinin doğuştan gelen feminen yönünü dışa vurmaktadır. Başvuran geleneksel olarak kadın kıyafeti kabul edilebilecek kıyafetleri zaman zaman iş yerinde de giymektedir. Hatta iş yerine iki sefer elbise ile gelmiştir. İkinci kez elbise giymesini müteakiben başvuran Sosyal Hizmetler Departmanı’nda bir yönetici tarafından görüşmeye alınmış, kendisine giyim tarzının departmanda sorun yarattığı söylenmiş ve kadınsı giyinmeme konusunda ikna edilmiştir. Sonrasında ise başvurana davranış kurallarına aykırılık ve kurumu itibarsızlaştırmaya sebebiyet gerekçesine dayanan ve isteyken kadın kıyafeti giymemesi talimatını içeren bir evrak tebliğ edilmiştir. Olay zamanında yazılı bir kılık kıyafet politikası olmamasına rağmen tüm personelin temiz ve düzgün görünümle ve uygun giyimle işe gelmesine yönelik bir gereklilik mevcuttur.³⁴⁵

Başvurucu işte elbise giymesine engel olan kılık kıyafet politikasının özel hayata saygı hakkına keyfi müdahale teşkil ettiğini öne sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, kişinin giyim tercihlerine uygulanan kısıtlamaların özel hayata müdahale teşkil ettiğini ve müdahalenin 2. paragraf uyarınca haklı kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin inceleme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Komisyon’a göre iç politikaya dayanan kısıtlamalar yasallık koşulunu sağlamıştır ve başkalarının haklarını koruma amacı taşımaktadır. Demokratik toplumda gerekliliğe gelince Komisyon, giyim tarzına ilişkin kuralların başvuranı iş yerindeki çalışma saatlerinde etkilediğini ve geri kalan zamanlarda başvuranın istediği gibi elbise giyebilme özgürlüğüne sahip olduğunu ifade etmiştir. Komisyon bu noktada işverenlerin, yapılan işin türüyle makul şekilde alakalı olarak, çalışanlarından belli kıyafet gerekliliklerine riayet etmelerini, örneğin baret takmalarını, hijyenik örtü kullanmalarını veya üniforma giymelerini talep edebileceğini söylemiştir. Komisyon’a göre bu durum halkla veya diğer organizasyonlarla iletişime geçen çalışanların, işverenin toplum nezdindeki imajını iyileştirmek ve onun dış bağlantılarını geliştirmek için, makul kabul edilebilecek bir kıyafet düzenlemesine

48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, Judgment of ECHR, 15/01/2013, para. 91. Bu başvurunun konusunu özel şirket çalışanının dini kıyafet ve sembolleri oluşturmaktadır.

³⁴⁵*Kara v. The United Kingdom*, App. No: 36528/97, Decision of EComHR, 22/10/1998, The Facts

tabi tutulmasını da kapsayabilmektedir. Böylece Komisyon, çalışandan toplumsal cinsiyetine uygun kıyafet giymesinin makul olarak talep edilmesinin işverenin kamu nezdindeki imajını korumak için gerekli sayılabileceği konusunda ikna olmuştur. Neticede, ofis dışı iletişim kurduğunu reddetmeyen başvuranın özel hayatına yapılan müdahalenin orantısız olmadığına kanaat getirilmiştir.³⁴⁶

Kararda karşılıklı menfaatler dengelenirken kişinin cinsel kimliği ile ilintili olan kıyafet tercihleri karşısında işverenin imajına ağırlık verildiği görülmektedir. Eski sayılabilecek 1998 tarihli bu kabul edilebilirlik kararından sonra AIHM'in LGBT bireylerin cinsel kimlikleri lehine pek çok içtihat geliştirdiği unutulmamalıdır. Bu alanda hassasiyet geliştirilirken yine cinsel kimlikle ilgili ifade tarzlarına³⁴⁷ karşı duyarsız kalınması için makul bir sebep görülmediğinden, Strasbourg Organları'nın bu konudaki görüşünün değişmiş olabileceği ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır.

Özel şirket çalışanının işte görünür şekilde haç takmak istemesine işverenin izin vermediği bir vakaya ilişkin yakın tarihli *Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararında yer alan gerekçelendirme vasıtasıyla da *Kara v. Birleşik Krallık* kararını eleştirmek mümkündür. Söz konusu karar madde 9 incelemesi içeriyor olsa da kullanılan argümanlar vakamıza ışık tutacak niteliktedir. *Eweida* başvurusunda dengelenmesi gereken menfaatlerden birisi işverenin belli bir kurum imajı yaratma arzusu iken diğeri başvuranın dini inançlarını açığa vurma hakkıdır. Her ne kadar işverenin menfaati meşru olsa da Mahkeme'ye göre yerel mahkemeler bu menfaate

³⁴⁶ *Kara v. The United Kingdom*, App. No: 36528/97, Decision of EComHR, 22/10/1998, The Law, para. 1. Komisyon olayı ifade özgürlüğü açısından da değerlendirmiştir. AIHK; ifade özgürlüğünün fikirlerin giyiniş şekliyle dışa vurulmasını da kapsadığını, ancak olayda başvuranın belli bir görüş veya fikri açıklamaktan alıkonulduğuna dair bir tespitin yapılamadığını ve şikayetin açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle madde 10 yönünden reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Başvuran olayda ayrımcılık yasağına aykırı davranıldığını da ileri sürmüştür. Zira kadın çalışanların işte maskülen giyinmesi herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir. Başvuranın konu ile ilgili olarak vermiş olduğu siyah pantolon- beyaz gömlek örneği üzerine Sınai Mahkeme'nin kabul ettiği karşı tarafın değerlendirmesine yer veren Komisyon, bu tip bir kıyafetin sık ve yapılan işe tamamen uygun olduğunu not etmiştir. Ayrıca, uygun kıyafet giymeyi gerektiren prensibin iki toplumsal cinsiyete de uygulanmadığına dair kanıt bulunamamıştır. Son olarak Komisyon kadın için uygun olduğu düşünülen kıyafet çeşidinin erkeğinkinden daha fazla olabileceğini kabul etmiş ve fakat bunun başvuranın erkek olduğu için farklı bir kurala tabi tutulmasına bir temel oluşturmadığına kanaat getirmiştir. Sonuç olarak bu şikayet de açıkça dayanaktan yoksun bulunarak reddedilmiştir. Bkz.: *Kara v. The United Kingdom*, App. No: 36528/97, Decision of EComHR, 22/10/1998, The Law, para. 2 ve 3.

³⁴⁷ Burada "cinsiyet ifadesi" terimi kullanılabilir. Cinsiyet ifadesi kişinin giyiniş, davranış ve etkileşim yoluyla geleneksel cinsiyet rollerine dayalı olarak cinsiyetini nasıl gösterdiğidir. Cinsiyet ifadesi feminen, maskülen yahut androjen olabilir. Bkz.: <https://www.itspronouncedmetrosexual.com/2011/11/breaking-through-the-binary-gender-explained-using-continuuums/> (Erişim Tarihi: 28.03.2019)

başvuranın karşılarında çok fazla önem vermişler ve madde 9'u ihlal etmişlerdir. Mahkeme'nin bu sonuca ulaşmasında dinini hayatının merkezi öğretisi yapan kişinin inancını başkalarına iletebilmesindeki değer, haçın "mütevazı" olması ve başka çalışanların taktığı türban veya başörtüsü gibi dini sembollerin markaya veya imaja olumsuz bir etkisinin olduğuna dair bir kanıtın bulunamaması önemli rol oynamıştır.³⁴⁸

Görüldüğü üzere, hayatın merkezinde yer alan bir unsurun bir sembolle başkalarına iletilmesi, işveren-işçi menfaati ekseninde sonucun işçi lehine olmasına sebebiyet veren unsurlardan biri olmuştur. *Kara v. Birleşik Krallık* kararına dönecek olursak, çalışanın kıyafetleri ile dışa yansıttığı cinsel kimliğidir. AİHM cinsellik gibi entim nitelikte ya da varlığa veya kimliğe yönelik önemli haklar söz konusu olduğunda devletlerin takdir alanını dar tutmaktadır.³⁴⁹ Kanaatimizce, en az dini inanç kadar hayatın merkezinde yer alan cinsel kimliğin bir yönünü oluşturan giyim tercihlerine işverenin imajı karşısında daha fazla ağırlık verilmesi gerekmektedir. Zira *Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararındaki, hayatın merkezinde yer alan unsurun başkalarına iletilmesine menfaatler arası dengede ağırlık veren tutumun cinsel kimliğe ilişkin olayda benimsememesi için bir neden bulunmamaktadır. Üstelik haçın mütevazılığına ilişkin gerekçe de yaptığımız bu yoruma engel olmamaktadır. Buna, AİHM'in diğer içtihatlarından onu "kuvvetli dış sembol"³⁵⁰,

³⁴⁸ Bkz.: *Eweida and Others v. The United Kingdom*, App. No: 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, Judgment of ECHR, 15/01/2013, para. 89-91 ve 94-95. (94. paragraf: "*Mahkeme'nin görüşüne göre, bu faktörlerin başvuruçunun maruz kaldığı müdahalenin derecesini azaltmak için bir araya geldiği ve dikkate alınması gerektiği açıktır. Ayrıca, özel bir şirketin kendi çalışanı bakımından aldığı tedbirlerin orantılılığını değerlendirirken, ulusal makamlar, özellikle mahkemeler, bir takdir marjı ile faaliyet gösterirler. Bununla beraber, Mahkeme mevcut davada adil bir dengeyi kuramadığı sonucuna ulaşmıştır. Terazinin bir yanında Bayan Eweida'nın dini inançlarını açıklama arzusu vardır. Daha önce not edildiği üzere, bu temel bir haktır: sağlıklı bir demokratik toplum çoğulculuğu ve çeşitliliği hoş görmeyi ve sürdürmeyi gerektirir; fakat aynı zamanda bir dini hayatının merkezi öğretisi yapan bir bireyin, bu inancı diğerlerine iletebilmesine verilen değer dolayısıyladır. Terazinin diğer yanında işverenin belli bir kurum izlenimi yansıtmaya arzusu vardır. Mahkeme, bu amaç tereddütsüz meşru olsa da, iç hukuk mahkemelerinin buna çok fazla önem verdiği düşüncesindedir. Bayan Eweida'nın haçı mütevazıydı ve mesleki görüntüsünün değerini düşüremezdi. Önceden izin verilen, diğer çalışanlar tarafından giyilen türban ve başörtüsü gibi dini kıyafetlerin *British Airways*'in marka veya imajına olumsuz etkileri olduğunu gösteren bir kanıt yoktur. Ayrıca, şirketin üniforma kurallarında dini sembollü takıların görünür şekilde takılmasına izin veren değişiklik yapabilmesi olgusu, önceki yasaklamanın çok önemli olmadığını gösterir.*" -Vurgu tarafımızca yapılmıştır.-)

³⁴⁹ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 381

³⁵⁰ Kuvvetli dış sembol ("powerful external symbol") ifadesi için Bkz.: *Dahlab v. Switzerland*, App. No: 42393/98, Decision of ECHR, 15/02/2001, The Law, para. 1; *Dogru v. France*, App. No: 27058/05, Judgment of ECHR, 04/12/2008, para.64.

“gösterişli”³⁵¹ veya “dikkat çekici”³⁵² olarak kabul ettiğini bildiğimiz türbana ilişkin değerlendirmesi imkan vermektedir. Zira *Eweida* kararında, AİHM’e göre mütevazı olmayan kıyafet veya sembollerin dahi işverenin imajına zarar vermediği bir örnek ortaya konmuş olmaktadır. Böylece, çalışanın “kadın kıyafeti” giymekten alıkonması için kıyafetinin mütevazı sayılmaması, kanımızca, bir başına yeterli olmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki; *Kara v. Birleşik Krallık* kararından, yapılan işe göre uyulması gereken kıyafet kurallarının değişebileceği sonucunun da çıktığı söylenebilir. Şöyle ki, yapılan işin türüne göre işverenin çalışanlarına baret veya hijyenik örtü kullanma ya da üniforma giyme yükümlülüğü yükleyebileceğinin kararda ifade edildiğini söylemiştik. Güvenlik veya sağlık nedeniyle bazı koruyucu giysilerin giyilmesinin veya risk doğurabilecek aksesuarların veya giysilerin çıkarılmasının talep edilebilmesi makul karşılanabilir. Ancak Komisyon söz konusu kapsama dış iletişimde görev alan personelin işverenin imajıyla bağlantılı olarak bazı makul kıyafet düzenlemelerine riayet etmesi gerekliliğini de sokmuştur. Bu noktada, *Eweida* vakasında da başvuranın halkla temas halinde bir iş yürüttüğü ve buna rağmen çatışan menfaatlerde çalışanın menfaatine ağırlık verildiği dikkatlerden kaçmamalıdır.³⁵³ Yani daha yeni tarihli bu karara göre şirketi temsil eden bir pozisyonda bulunmak kıyafet sınırlamasını bir başına haklılaştıramamıştır.

6. Mahpuslar İçin

Mahpuslar, özgürlük hakkı hariç, AİHS ile güvence altına alınan tüm temel hak ve özgürlüklerden yararlanmaya genellikle devam ederler. Diğer bir deyişle, mahpuslar mahkumiyeti müteakiben sadece tutuklu kişi statüsünde olmaları sebebiyle Sözleşmesel haklarını kaybetmezler. Ancak mahpusların hak ve özgürlüklerine getirilen kısıtlamalar; hapis koşulları, özellikle güvelik ve suçun ve

³⁵¹ Gösterişli/gösterişçi (“*ostentation in the expression of their religious beliefs*”) ifadesi için bkz.: *Kurtulmuş v. Turkey*, App. No: 65500/01, Decision of ECHR, 24/01/2006, Relevant principles.

³⁵² Dikkat çekici (“*conspicuous*”) ifadesi için bkz.: *Aktas v. France*, App. No: 43563/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Bayrak v. France*, App. No: 14308/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Gamaleddyn v. France*, App. No:18527/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Ghazal v. France*, App. No:29134/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Jasvir Singh c. France*, App. No: 25463/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Ranjit Singh c. France*, App. No: 27561/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary.

³⁵³ Bkz.: *Eweida and Others v. The United Kingdom*, App. No: 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, Judgment of ECHR, 15/01/2013, para. 9, 16.

düzensizliğin önlenmesi ile meşrulaştırılabilir. Bununla birlikte sınırlandırmaların her somut olayda gerekçelendirilmesi gerekmektedir.³⁵⁴

Mahpusların dış görünüş tercihlerini kısıtlayan uygulamalar zorunlu tıraş ile cezaevi üniforması uygulamalarıdır. Bu uygulamalar Strasbourg Organları'na genellikle madde 3 veya madde 8 ekseninde ele alınmıştır.³⁵⁵

Mahpusların tıraş edilmesini konu alan ilk karar *Yankov v. Bulgaristan* kararıdır. Mahkeme olayı madde 3 açısından ele almış olsa da dış görünüş tercihleri açısından önem arz eden değerlendirmelere yer vermiştir. Mahkeme'ye göre bir mahpusun saçının zorla tıraş edilmesindeki özellik saçının kesilmesi suretiyle dış görünüşünün zorla değiştirilmesidir. Mahkeme böyle bir muameleye maruz kalan kişinin aşağılanmış hissetmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu, çünkü iradesi hilafına fiziksel görüntüsünün değiştirildiğini ifade etmiştir. Yine Mahkeme saç tıraş edilen mahpusun, maruz kaldığı muamelenin izini en azından belli bir süre taşıdığını; bu izin cezaevi personeli, diğer mahpuslar, ziyaretçiler ya da başvurusunun kısa zamanda salınması veya kamusal alana götürülmesi halinde halk dahil olmak üzere başka insanlarca derhal fark edilebilir nitelikte olduğunu ve görülebilir bir fiziksel işaret taşıması nedeniyle mahpusun onurunun incinmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu ifade etmiştir. AİHM'e göre mahpusların saçının zorla tıraş edilmesi prensipte insan onurunu küçültme etkisi yaratabilecektir ya da mahpusları aşağılanmış ve küçük düşmüş hissettirebilecektir. Mahkeme, şikayet konusu eylemin

³⁵⁴ *Biržietis v. Lithuania*, App. No: 49304/09, Judgment of ECHR, 14/06/2016, para. 45.

³⁵⁵ Ancak başka maddeler açısından irdelenen benzer konulu başvurular da yok değildir. Örneğin, Budist olan mahpusun dininin gereklerine uygun olarak çene sakalı uzatmasına izin verilmemesinin madde 9 açısından şikayet konusu yapıldığı bir başvuru söz konusudur. Bu başvuruya ilişkin kararda, alınan önlemin kamu düzeninin korunması için demokratik toplumda gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Buna dayanak olarak ise kimlik tespitine elverişli olma gerekliliği gösterilmiştir. İlgili karar için bkz.: *X. v. Austria*, App. No: 1753/63, Decision of EComHR (Partial), 15/02/1965. Diğer örnekte ise; Aziz Patrick Günü'nde yonca ve Anma Günü'nde gelincik takabilme istisnası hariç amblem takmanın yasak olduğu bir cezaevinde bulunan mahpus, 1916 Paskalya Ayaklanması'nda ölen veya sonrasında idam edilen İrlanda cumhuriyetçi muharıpleri anısına Paskalya Pazarı'nda ("Easter Sunday") paskalya zambağı taktığı için cezalandırılmıştır. Mahpus bunun üzerine madde 10'dan kaynaklanan hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. İlgili kararda, kültürel ve politik amblemlerin ancak tarihsel arka plana hakim olan kişilerce tam olarak anlaşılabilir bir çok anlamı barındırdığı ve bu sebeple sergilenmesi halinde hangi amblemin var olan gerginliği körükleyeceği konusunda taraf devletin geniş takdir marjına sahip olması gerektiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, belli bir amblemde bulunan saldırı seviyesinin ifade özgürlüğünü sınırlamak için bir başına yeterli olmayacağı ve fakat ofansif sayılması muhtemel olan amblemlerin, cezaevlerinin akut düzensizlik riski özelliği taşıması dolayısıyla, şiddeti ve düzensizliği tetiklemesinin de muhtemel olduğu belirtilerek ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin orantılı olduğuna karar verilmiştir. Söz konusu karar için bkz.: *Donaldson v. The United Kingdom*, App. No: 56975/09, Decision of ECHR, 25/01/2011.

madde 3 için aranan şiddet eşiğini aşıp aşmadığı konusunda karar vermek için olayın kendine özgü koşullarını göz önünde bulundurmuştur.³⁵⁶

Mahkeme, ilgili devletin ileri sürdüğü saç tıraşının hijyenik nedenlerle yapıldığı iddiasını ispatlanmamış bularak reddetmiştir. Zira aynı yerde bulunan diğer hücelere girişte geçerli olan hijyen gereklilikleriyle tecrit hücresine girişte geçerli olan hijyen gerekliliklerinin farklılaşma sebebi belirsizdir. Mahkeme'ye göre tecrit hücresi hapsiyle cezalandırılan mahpusların saçının tıraş edilmesine yönelik bir uygulamanın var olduğu kabul edilse dahi şikayet konusu eylemin yasal bir dayanağı ya da geçerli bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, mahpusun küçük düşürülmesi amaçlanmamış olsa dahi tıraşı haklılaştıracak spesifik bir gerekçenin olmayışı içinde keyfi olarak cezalandırıcı bir unsur barındırmaktadır. Bu sebeple kararda, mahpusun, küçük düşürülmesinin veya boyun eğdirilmesinin amaçlandığını düşünmesinin muhtemel olduğu ifade edilmiştir. Üstelik Mahkeme'ye göre olayda mahpusun kendisinin küçük düşürülmesinin amaçlandığına inanması için nedenler de bulunmaktadır. Zira yönetim, mahpusu, gardiyanlar ve devlet organları hakkında yazdığı eleştirel ve ofansif yorumlar nedeniyle cezalandırma bağlamında tıraş etmiştir. Yapılan değerlendirmede, olaylar yaşanırken mahpusun 55 yaşında olması ve katılacağı açık duruşmadan 9 gün önce tıraş edilmiş olması da dikkate alınmıştır. Sonuçta mahpusun saçının zorla tıraş edilmesi aşağılayıcı bulunmuş ve madde 3'ün ihlal edildiğine kanaat getirilmiştir.³⁵⁷

Yankov v. Bulgaristan kararının aksine, direkt madde 8 kapsamında ele alınan tıraşa ilişkin bir vaka da söz konusudur. *Birzietis v. Litvanya* başvurusunda başvuru olan mahpus cezaevinde sakal uzatma yasağının özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiği iddiasındadır.³⁵⁸

Sakal yasağı Marijampole İslahevi yöneticisinin kabul ettiği İç Kurallar'a dayanmaktadır. İslahevine yerleştirilirken bu kuralları okuduğuna ve anladığına dair imza atan başvuran, yasağın ulaşılabilir veya öngörülebilir olmamasından değil; Ceza İnfaz Kanunu veya Adalet Bakanlığı'nca kabul edilmiş İslahevi İç Kuralları gibi daha üst bir hukuki tasarrufa dayanmamasından hareketle yasal olmamasından

³⁵⁶ *Yankov v. Bulgaria*, App. No: 39084/97, Judgment of ECHR, 11/12/2003, para. 112-114.

³⁵⁷ *Yankov v. Bulgaria*, App. No: 39084/97, Judgment of ECHR, 11/12/2003, para. 115-121.

³⁵⁸ *Birzietis v. Lithuania*, App. No: 49304/09, Judgment of ECHR, 14/06/2016, para. 46.

şikayetçidir. AİHM yasayla öngörülme bahsinde, yasa ile kast edilenin sadece parlamentonun çıkardığı yazılı yasalar olmadığına ilişkin içtihadını tekrar etmiş ve müdahalenin yasallık koşuluna uygun olduğu sonucuna varmıştır.³⁵⁹

İlgili devlet şikayet konusu tedbirle mahpuslar arasında düzensizliğin ve suçun önlenmesinin, hijyenin sürdürülmesinin ve mahpusların derli toplu bir dış görünüşe sahip olmasının amaçlandığını ileri sürmüştür. Mahkeme, başvurucunun ya da diğer mahpusların sakal bırakmasına izin vermenin suç ve düzensizliğe nasıl yol açacağına ilgili devlet tarafından açıkça belirlenmediğini ve ileri sürülen diğer amaçların 8. maddenin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçlarla nasıl ilişkilendirileceğinin açıklanmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, demokratik toplumda gereklilik testinde ulaştığı sonuç sebebiyle şikayete konu tedbirin meşru amaç taşıyıp taşımadığı noktasında değerlendirme yapmayı gerekli görmemiştir.³⁶⁰

Demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesi sırasında Mahkeme; sakal yasağının, uzunluğu, derli topluluğu veya başka bir faktörü dikkate almayan mutlak bir yasak olduğunu ve bu yasak için açıkça bir istisna tanınmadığını ifade etmiştir. Ayrıca taraf devletlerin, mahpusların kişisel görüntülerine ilişkin belli mecburiyetler getirmesinin kural olarak meşru kabul edildiği ve fakat sınırlamaların madde 8/2'den kaynaklanan gereklilik ve orantılılık koşullarına uygun olması gerektiği beyan edilmiştir. Mahkeme, yasağın bıyık veya favori gibi diğer yüz kıllarını kapsamadığını ve bunun keyfilik şüphesini gündeme getirdiğini ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre sakal uzatıp uzatmama kararı madde 8 tarafından korunan kişiliğin dışavurumuyla ve bireysel kimlik ile ilişkilidir. Buna karşın Litvanya, cezaevindeki mutlak sakal yasağını haklılaştıracak zorlayıcı toplumsal ihtiyacın var olduğunu gösterememiştir. Bu sebeple özel hayata saygı hakkının ihlal edilmiş olduğu sonucuna ulaşmıştır.³⁶¹ Ancak *Popa v. Romania*³⁶² kararında Mahkeme'nin mahpusun cezaevine girişte saçını kestirmesi mecburiyetini hijyen ve hastalığın önlenmesi gerekçeleriyle haklı bulmuş olduğu da bu bahiste belirtilmelidir.³⁶³

³⁵⁹ *Biržietis v. Lithuania*, App. No: 49304/09, Judgment of ECHR, 14/06/2016, para. 48-52.

³⁶⁰ *Biržietis v. Lithuania*, App. No: 49304/09, Judgment of ECHR, 14/06/2016, para. 54.

³⁶¹ *Biržietis v. Lithuania*, App. No: 49304/09, Judgment of ECHR, 14/06/2016, para. 56-58. Mahpuslara yönelik saç sakal tıraşı zorunluluğunun hem madde 3 hem de madde 8 bakımından şikayet konusu yapıldığı ve fakat iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle reddedilen bir başvuru için bkz.: *Kolgin v. Russia*, App. No: 67907/16, Judgment of ECHR, 18/12/2018.

³⁶² *Popa c. Roumanie*, App. No:4233/09, Decision of ECHR, 18/06/2013

³⁶³ Harris- O'Boyle & Warbrick, **a.g.e.**, s. 539

Kanaatimizce, *Yankov v. Bulgaristan* ve *Birzietis v. Litvanya* kararları dikkat çekici bir ayrıma işaret etmektedir. Şöyle ki; *Yankov v. Bulgaristan*'da mahpusun saçının zorla tıraş edilmesi, yani bir tatbik söz konusuyken; *Birzietis v. Litvanya*'da soyut bir yasak söz konusudur. İlâveten, *Yankov v. Bulgaristan*, olayın somut özelliklerinin de etkisiyle, madde 8'e nazaran daha yüksek bir şiddet eşiği arayan madde 3 ihlali ile sonuçlanmışken; diğer karar madde 8 ihlaliyle sonuçlanmıştır. Hal böyleyken Mahkeme'nin bir zorunluluğun veya yasağın zorla tatbik edilmesiyle, zorla tatbik edilmeksizin sadece var olmasını bir tutmadığı söylenebilir. Öte yandan, *Birzietis v. Litvanya* kararının kişisel görüntü konusunda madde 8 ihlali ile sonuçlanan birkaç karardan biri olduğuna da işaret edilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, yine mahpuslara yönelik olan cezaevi üniforması uygulaması karşısında madde 8 bağlamında aynı sonuç, yani ihlal kararı gündeme gelmemiştir.

Cezaevi üniforması konusunda bahsedilebilecek ilk karar *Mcfeeley v. Birleşik Krallık* kararıdır. İlgili kararın başvuruçuları, “politik mahkum” olan kendilerinin sıradan suçlulardan farklı olduklarını ileri sürerek “özel kategori statüsü” elde etmek istemişlerdir. Başvuruçular, kendi giysilerini giyebilmek gibi ayrıcalıklar talep ederek zorunlu cezaevi üniforması giymeyi reddetmişlerdir. Komisyon bu başvuru için verdiği kararda, mahpusların cezaevi üniforması giymesi mecburiyetinin özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiğini ifade etmiştir. Öte yandan Komisyon, bu müdahalenin suçun önlenmesi ve kamu güvenliği amaçları bakımından demokratik toplumda gerekli olduğu kanaatindedir. Çünkü bu müdahale sayesinde, kaçışı önlemek ve kaçış söz konusu olduğunda tekrardan yakalamayı sağlamak açısından mahpusun kimliğini saptamak kolaylaşmaktadır ve yetkililer sıradan kıyafet giyen ziyaretçiler ile cezaevindeki insanları birbirinden ayırabilmektedir.³⁶⁴

³⁶⁴ *Mcfeeley et al. v. The United Kingdom*, App. No: 8317/78, Decision of EComHR, 15/05/1980, para. 42 ve 83. Komisyon olayı madde 3 açısından da değerlendirmiştir. Komisyon'a göre, cezaevi üniforması giyme gerekliliğinin bünyesinde aşağılayıcılık veya itiraz edilebilirlik/uygunsuzluk bulunmamaktadır. Ancak Komisyon hücreden çıkabilmeleri için mahpuslara tanınan tek alternatifin çıplaklık olması halinde, bunun madde 3 bakımından ciddi meseleler doğuracağı kanaatindedir. Bununla birlikte kararda, olayda bunun olmadığı, zira mahpusların hücrelerini cezaevi üniformalarıyla yahut cezaevi iç çamaşırlarıyla terk edebildikleri ifade edilmiştir. Komisyon'a göre olayda ilgili devletin cezaevi üniforması giymeme talebini kabul etme şeklinde bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Çünkü olayda propaganda yapmak, kamunun sempatisini kazanmak ve politik amaçlarına destek sağlamak için mahpuslar tarafından dizayn ve koordine edilmiş bir protesto kampanyası söz konusudur. Ayrıca Komisyon böylesi bir stratejinin, neredeyse insanlık dışı olacak şekilde, kendiliğinden aşağılayıcı ve küçük düşürücü olduğunu ifade etmiştir. Belirtmek gerekir ki, Komisyon madde 3 ihlali olmadığı sonucuna ulaşsa da çözüm yolu aramaktan ziyade cezaevi disipline karşı gelenleri cezalandırmayı amaçlayan yetkililerin katı tutumu karşısında endişe duymuştur. AIHK; yetkililerin, insani nedenlerle, mahpusların üniforma haricinde bazı formdaki giysilerle açık havada

Benzer bir sonuca *X. v. Birleşik Krallık* kararında da ulaşılmıştır. Burada da başvuru suçu değil, politik mahpus olduğunu ileri sürmüştür ve başta cezaevi üniforması olmak üzere suçluluk göstergelerini reddetmiştir. AİHK, yine, cezaevi kıyafeti giyme gerekliliğinin madde 8'e müdahale teşkil ettiğini ve fakat bu müdahalenin suç ve düzensizliğin önlenmesi ile kamu güvenliği için demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ifade etmiştir.³⁶⁵

Kararda, mahpusun cezaevi kıyafetini giymeyi reddetmesi nedeniyle üç sefer ziyaretçisi ile görüştürülmemesini ve tecrit edilmiş diğer mahpuslarla görüşmesinin engellenmesini konu alan şikayet de özel hayata saygı hakkı bağlamında incelenmiştir. Komisyon her iki durumda da özel hayata saygı hakkına müdahale edildiğini kabul etmiş olmakla birlikte; ziyaretçi ile görüşmeyi engelleyen müdahaleyi kamu güvenliği için, tecritteki diğer mahpuslarla görüşmeyi engelleyen müdahaleyi ise düzensizliğin önlenmesi için demokratik toplumda gerekli bulmuştur.³⁶⁶

Zorunlu cezaevi kıyafetlerine ilişkin başvuruların başvuru sahipleri sadece politik suçlular değildir. Adi suçluyu konu alan bir başvuru da bulunmaktadır. *Nazarenko v. Ukrayna*'nın başvuru sahibi iki kişiyi öldürmekten ölüme mahkum edilmiş bir kişidir. Olayda başvuru sahibinin cezaevi memurlarının sağladığı kıyafet harici kıyafet giymesi yasaktır. Bunun istisnasını iç çamaşırları ve çoraplar oluşturmaktadır. Mahpusa göre kışın verilen kıyafetler mevsim için yeterlidir. Ancak AİHM'e göre mahpusun şikayeti doğrudan kıyafet mecburiyetine değil, bunun yerine kışın verilen sıcak tutan

düzenli egzersiz yapabilmek ve benzer koşullarda cezaevi tesislerinden daha iyi faydalanmak gibi belli imkanlardan yararlanabilmeleri için efor sarf etmiş olmaları gerektiğini ifade etmiştir. Yine AİHK, cezaevi üniforması veya iç çamaşırı giymeye razı olmasalar da mahpusların dışarıda tıbbi uzmana danışabilmeleri için düzenleme yapılmış olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz.: *Mcfeeley et al. v. The United Kingdom*, App. No: 8317/78, Decision of EComHR, 15/05/1980, para. 44, 45, 51, 65, 64.

³⁶⁵ *X. v. The United Kingdom*, App. No: 8231/78, Decision of EComHR, 06/03/1982, s. 10, 15, 29-30.

³⁶⁶ *X. v. The United Kingdom*, App. No: 8231/78, Decision of EComHR, 06/03/1982, s. 34-35. Mahpusun kullanıma elverişli olan üniformayı giymeyi reddetmesi üzerine çıplak kalması madde 3 kapsamında ceza sayılmamıştır. Yine, mahpusun üniforma giymeyi reddetmesi nedeniyle topluluktan soyutlanmasına yahut kütüphaneye erişememesine ilişkin şikayetler bakımından olayda madde 3'ün aradığı şiddet eşiğine ulaşılmadığına kanaat getirilmiştir. Tıbbi memurun her gün ziyaret ettiği ve fakat üniforma giymedikçe ameliyata giremeyen veya dış hekimini göremeyen mahpusun yeterli tıbbi bakıma erişemediğine dair şikayet ise açıkça temelsiz bulunmuştur. Ayrıca, madde 9'dan bir mahpusun kendi kıyafetini giyebilmesi hakkının çıkmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bkz.: *X. v. The United Kingdom*, App. No: 8231/78, Decision of EComHR, 06/03/1982, s. 5, 33, 34, 6.

kıyafetlerin yetersizliğine ve yakınlarının içinde kıyafet bulunan koli gönderememesine yöneliktir.³⁶⁷

Madde 3 açısından yaptığı incelemede Mahkeme, cezaevi kıyafeti giyme mecburiyetinin kişisel bütünlüğe müdahale sayılabileceğini ve fakat böylesi bir müdahalenin kamu güvenliğinin korunması ve suçun ve kamusal düzensizliğin önlenmesi meşru amacına dayandığını ifade etmiştir.³⁶⁸ Mahkeme, mutlak bir hakkı içeren madde 3'ü ele alıyor olmasına rağmen, sınırlandırılabilir bir hak olan özel hayata saygı hakkına ilişkin bazı sınırlama ölçütlerini meşru amaç olarak kullanmıştır.³⁶⁹ Mahkeme, delegeler ziyarette bulunduğu başvurusunun hapisane kıyafetlerinin kış için uygun ve yeterli olduğunu kabul ettiğini de ifade etmiştir.³⁷⁰ Mahkeme değerlendirmesi sonucunda madde 3'ün ihlal edildiği sonucuna ulaşmış olmakla birlikte; bu sonuca ulaşmada etkili olan unsur giysi unsuru değil, somut olayın kendine has diğer koşullarıdır.³⁷¹

Zorunlu cezaevi kıyafeti uygulamalarını konu alan kararlarda mahpusların giyim tercihleri, bunlara yapılan müdahaleler sonunda haklı bulunsa da, madde 8

³⁶⁷ *Nazarenko v. Ukraine*, App. No: 39483/98, Judgment of ECHR, 29/04/2003, para. 11, 32, 138.

³⁶⁸ *Nazarenko v. Ukraine*, App. No: 39483/98, Judgment of ECHR, 29/04/2003, para. 139.

³⁶⁹ Gemalmaz, *İşkence Yasağı Analizi*, s. 300

³⁷⁰ *Nazarenko v. Ukraine*, App. No: 39483/98, Judgment of ECHR, 29/04/2003, para. 139.

³⁷¹ Gemalmaz, *İşkence Yasağı Analizi*, s. 298. Mahkeme bu vakada madde 8 incelemesi de yapmıştır. Ancak bu inceleme haberleşmeye saygı hakkı açısından yapılmıştır. Orijinal başvurusunda başvuru, ailesi ile mektuplaşamadığından ve yiyecek ile sıcak tutan kıyafet içeren kargoları alamadığından şikayet etmiştir. Başvurucu Ukrayna Yargıtayı'nın 26 Nisan 1996 tarihli kararından sonra 8 kilograma kadar olan ağırlıktaki koli veya kargoları alamadığını ileri sürmüştür. Bununla birlikte, söz konusu mahpusun ona gelen kıyafetleri, çorap ve iç çamaşırı hariç, giymesine de izin verilmemiştir. Mahkeme, 3.000'in üzerinde sakini olan büyük bir cezaevine herhangi bir miktar sınırlaması olmaksızın kargo kabul edilmesine ilişkin lojistik problemi dikkate alarak sınırsız sayıda koli ya da küçük paketin girişine izin verilmesinin cezaevi güvenliğini sağlamak amacıyla bunların her birini kontrol eden cezaevi personeline azımsanmayacak miktarda iş doğuracağını ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre içerdeki güvenlik rejimi hem cezaevi sakinlerini hem de genel olarak halkı ("*public at large*") tehlikeli suçlulardan korumayı amaçlamaktadır ve cezaevi yetkililerinin güvenlik risklerini azaltmak veya sınırlamak için güvenliği sağlama meşru çıkarı bulunmaktadır. Fakat bununla mahpusların dış dünya ile iletişimlerini devam ettirmelerine yönelik hakkın dengelenmesi gerekmektedir. Mahkeme cezaevi yönetiminin kıyafet, yiyecek ve tıbbi bakım sağladığını dikkate alarak altı haftada bir koli ya da küçük paketlere erişim ihtimali bulunmasının bu dengeyi sağladığını, üstelik akrabalarının mahpuslara para göndermesine herhangi bir sınırlama getirilmediğini ve mahpusların cezaevi dükkanından ekstra levazım satın alabildiğini ifade etmiş ve cezaevi hayatının düzenlenmesi konusunda ilgili devletin sahip olduğu takdir marjını göz önünde bulundurarak madde 8'e yapılan müdahalenin suç ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla orantılı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bkz.: *Nazarenko v. Ukraine*, App. No: 39483/98, Judgment of ECHR, 29/04/2003, para. 151, 146, 150, 165-168. Yapılan değerlendirme 11 Temmuz 1999 tarihinden sonraki müdahaleler için geçerlidir. AİHM, 11 Eylül 1997 ile 11 Temmuz 1999 tarihleri arasındaki müdahaleleri madde 8/2'deki yasallık şartına uygun bulmadığı için bu müdahaleler hakkında daha detaylı inceleme yapmaya gerek görmemiştir. Bkz.: *Nazarenko v. Ukraine*, App. No: 39483/98, Judgment of ECHR, 29/04/2003, para. 160-161.

korumasından dışlanmamıştır. Madde 3 değerlendirmesi sırasında zorunlu cezaevi kıyafetlerinin kişisel bütünlüğe müdahale sayılabileceğinin beyan edildiği göz önünde bulundurulduğunda, bu kıyafetlerin daha yüksek bir şiddet eşiği arayan madde 3 korumasını dahi gündeme getirebilmesi mümkün gözükmemektedir.

Cezaevi kıyafetleri konusunda Strasbourg Organları'nın içtihatlarının yanı sıra Avrupa Konseyi'nin standart belirleyici kuralları da bulunmaktadır.³⁷² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avrupa Hapishane Kuralları hakkında (2006)2 sayılı Tavsiye Kararı'nın ilgili maddesi şöyledir:

“Giysi ve yatak

20.1 Kendilerine ait uygun giysileri olmayan mahpuslara iklim şartlarına uygun giysi temin edilecektir.

20. 2 Bu giysi aşağılayıcı ya da küçültücü olmayacaktır.

20. 3 Tüm giysiler iyi durumda tutulacak ve gerekli olduğunda değiştirilecektir.

³⁷² Bu alanda sadece Avrupa Konseyi'nin değil, Birleşmiş Milletler'in de kuralları bulunmaktadır. Bunlar “Nelson Mandela Kuralları” olarak bilinen ve 17 Aralık 2015 tarihli Genel Kurul'da kabul edilen Birleşmiş Milletler Mahpusların Muamelesi için Asgari Standart Kuralları'dır (*United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*). Bu kuralların ilgili maddeleri şu şekildedir:

“Kişisel Hijyen

Kural 18

2. Mahpusların öz saygısına uygun iyi bir dış görünüşü muhafaza edebilmek amacıyla saç ve sakalın uygun bakımı için olanaklar sağlanmalıdır ve erkekler düzenli olarak tıraş olabilmelidir.”

“Giyim ve Yatak

Kural 19

- 1. Kendi kıyafetini giymesine izin verilmeyen her mahpusa iklime uygun olan ve onu sağlıklı tutmaya yetecek bir giysi sağlanacaktır. Bu tür giysi hiçbir şekilde alçaltıcı veya küçük düşürücü olamaz.*
- 2. Tüm giysiler temiz olacak ve uygun koşullarda saklanacaktır. İç çamaşırları hijyenin himayesi için gerekli olan sıklıkta değiştirilecek ve yıkanacaktır.*
- 3. Mahpusun izin verilmiş bir amaç için cezaevi dışına çıkarıldığı istisnai durumlarda, kendi giysisini veya göze çarpmayan başka bir giysiyi giymesine izin verilecektir.”*

“Kural 20

Mahpusların kendi giysilerini giymesine izin verilirse, temiz ve kullanıma uygun olmalarını sağlamak için cezaevine kabullerine ilişkin düzenleme yapılacaktır.”

“C. Tutuklu olan veya yargılanmayı bekleyen mahpuslar

Kural 115

Yargılanmamış mahpusun temiz ve uygun olması koşuluyla kendi giysisini giymesine izin verilecektir. Eğer cezaevi giysisi giyiyorsa; bu, hükümlü mahpuslara tedarik edilenden farklı olacaktır.” Bu maddeler tarafımızca Türkçeye çevrilmiştir. Orijinal metin için bkz.: <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/1957/06/ENG.pdf> (Erişim Tarihi: 09.04.2019)

20. 4 Cezaevi dışına çıkma izni elde eden hükümlülerden hükümlü olduklarını gösteren giysi giymeleri istenmeyecektir.”³⁷³

Maddeye göre, uygun kıyafetleri olan hükümlüler kendi kıyafetlerini giyebilirler. Aksi durumda verilen cezaevi kıyafetleri için iklimle uygun olma, aşağılayıcı veya küçük düşürücü olmama, iyi durumda tutulma, gerektiğinde değiştirilme, kurum dışına çıkarken giyilmeme gibi belli standartlar getirilmiştir. Mahpusların kendi giysilerini giyiyor olması halinde, 3. fıkra uyarınca bu giysilerin de iyi koşullarda tutulması ve lazım oldukça değiştirilmesi gerekmektedir.

İçtihatlar ve bahsi geçen standartlar birlikte değerlendirildiğinde, cezaevi üniformasının günümüzde halen meşru kabul edildiğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte, belli şartlar altında hükümlülerin kendi giysilerini giyebilmesine de imkan verilmiştir. Bu sebeple, hükümlü mahpusların giysiye yönelik dış görünüş tercihlerinin sınırlı olarak korunduğu söylenebilir.

Tutuklu mahpusların giysilerine ilişkin standartlara hükümlülerinkinden ayrı bir maddede yer verilmiştir:

“Tutuklu mahpuslar

Tutuklu mahpusların statüsü

97.1 Tutukluların hapisahane giymeye uygun ise kendi giysilerini giymelerine izin verilecektir.

97.2 Kendilerine ait uygun giysileri olmayan tutuklulara hükümlüler tarafından giyilen herhangi bir üniformayla aynı olmayan bir giysi temin edilecektir.”³⁷⁴

Maddeden anlaşılacağı üzere, tutuklu mahpusun uygun kıyafeti olması halinde kendi kıyafetini giymesine izin verilmesi gerekmektedir. Burada hükümlülerinkine nazaran daha açık ve kesin bir ifade kullanılmıştır. Tutuklunun uygun sayılan kıyafeti olmaması halinde ise yine cezaevi kıyafeti mecburiyetinin önü açılacaktır. Fakat bu durumda tutuklular hükümlülerin giydiğinden farklı tipte cezaevi kıyafeti giyeceklerdir. Bu maddede ayrıca yer verilmemiş olmasına rağmen, hükümlü mahpusların cezaevi kıyafetleri için geçerli olan asgari standartların tutuklular için de

³⁷³ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 240

³⁷⁴ **A.g.e.**

geçerli olmaması için bir sebep bulunmamaktadır. Hatta bu standartların tutuklulara evleviyetle uygulanması gerekmektedir. Son olarak belirtmek gerekir ki, cezaevi üniforması masumiyet karinesi bakımından da tartışma yaratmaya müsaittir. Ancak çalışmamızın sınırlarını aşacağı için böylesi bir tartışmaya yer vermeyi tercih etmedik.

7. Öğrenciler İçin

Öğrencilerin okuldaki kılık kıyafetine ilişkin vakalar, genellikle dini kıyafet ve semboller bahsiyle bağlantılı olarak madde 9 çerçevesinde ele alınmıştır.³⁷⁵ Buna ilişkin kararlarda AİHM; demokratik bir toplumda makul şekilde oldukça farklılaşabilecek görüşler olan devlet ve din ilişkisini ilgilendiren meselelerde yerel karar organına ağırlık vermek gerektiğini, bunun özellikle eğitim kurumlarında dini sembol takılmasına ilişkin düzenlemeler için geçerli olduğunu ve bu konuyla alakalı görüşlerin Avrupa’da çeşitlilik arz ettiğini belirterek taraf devletlere geniş bir takdir marjı tanımıştır.³⁷⁶ Böylece alınan tedbirler bakımından madde 9 ihlali gündeme gelmemiştir.³⁷⁷ Söz konusu vakalarda alınan tedbirlerin meşru amacının

³⁷⁵ *Şahin v. Türkiye* ve *Köse ve 93 Diğerleri v. Türkiye* başvurularında madde 8 bakımından da şikayette bulunulmuştur. Ancak ayrı bir sorun doğmadığı gerekçesiyle kararlarda ayrıca madde 8 incelemesi yapılmamıştır. Sayısal bir değerlendirme yapıldığında öğrencilerin dini kıyafet ve sembol kullanımına ilişkin başvuruların çoğunun Müslümanların kullandığı türbana ilişkin olduğu gözlemlenmekteyse de Sih erkeklerinin taktığı türbanı konu alan başvurular da bulunmaktadır. Bkz.: *Jasvir Singh c. France*, App. No: 25463/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Ranjit Singh c. France*, App. No: 27561/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary.

³⁷⁶ Bkz.: *Dogru v. France*, App. No: 27058/05, Judgment of ECHR, 04/12/2008, para. 63 ve 72; Aynı doğrultuda bkz.: *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*, App. No: 29086/12, Judgment of ECHR, 10/01/2017, para. 87, 88 ve 95; *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No: 44774/98, Judgment of ECHR (GC), 10/11/2005, para. 101- 102.

³⁷⁷ Bkz.: *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*, App. No: 29086/12, Judgment of ECHR, 10/01/2017, para. 106; *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No: 44774/98, Judgment of ECHR (GC), 10/11/2005, para. 115; *Köse and 93 Others v. Turkey*, App. No: 26625/02, Decision of ECHR, 24/01/2006, s. 15; *Aktas v. France*, App. No: 43563/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Bayrak v. France*, App. No: 14308/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Gamaledin v. France*, App. No:18527/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Ghazal v. France*, App. No:29134/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Jasvir Singh c. France*, App. No: 25463/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Ranjit Singh c. France*, App. No: 27561/08, Decision of ECHR,30/06/2009, Legal Summary; *Dogru v. France*, App. No: 27058/05, Judgment of ECHR, 04/12/2008, para. 78. Mahkeme bu sonuçlara ulaşırken uygulanan kuralların aşırı katı olmamasına (örneğin zorunlu yüzme dersine katılmaktan tıbbi nedenlerle muaf tutulabilme imkanının olmasına, bkz.: *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*, App. No: 29086/12, Judgment of ECHR, 10/01/2017, para. 96; türban yasağının sadece beden eğitimi dersiyile sınırlı olmasına, bkz.: *Dogru v. France*, App. No: 27058/05, Judgment of ECHR, 04/12/2008, para. 74; Kuran dersleri boyunca baş örtüsü takabilmenin mümkün olmasına, bkz.: *Köse and 93 Others v. Turkey*, App. No: 26625/02, Decision of ECHR, 24/01/2006, s. 11) ve kurallara uymamanın sonuçları hakkında bilgilendirme yapılmasına (bkz.: *Köse and 93 Others v. Turkey*, App. No: 26625/02, Decision of

“başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” ile “kamu düzeninin korunması” olduğu kabul edilmiştir.³⁷⁸

Öğrencilerin dış görünüşünü ilgilendiren kararların çoğu madde 9’a ilişkin olsa da konunun madde 8 açısından değerlendirildiği kararlar da yok değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu kararlar zorunlu okul üniformasını ya da üniversitede sakal yasağını müdahale olarak kabul etmeyen kabul edilebilirlik kararlarıdır.

Okul üniforması giyme zorunluluğu *Stevens v. Birleşik Krallık* başvurusunda özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında şikayet konusu yapılmıştır. Olayda başvurunun oğlu kravattakmadığı için özel sanat/meslek okulundan eve gönderilmiştir. Başvurucunun oğlu yedi gün boyunca her sabah okul müdürünün odasına çağırılmıştır ve bu durum hatırı sayılır bir aşağılamaya neden olmuştur.

ECHR, 24/01/2006, s. 14; *Dogru v. France*, App. No: 27058/05, Judgment of ECHR, 04/12/2008, para. 73) da önem atfetmiştir.

³⁷⁸ Bu sınırlama sebepleri; anayasal bir ilke olan laiklik ilkesinin korunmasıyla bağlantılı olarak (bkz.: *Aktas v. France*, App. No: 43563/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Bayrak v. France*, App. No: 14308/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Gamaleddyn v. France*, App. No:18527/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Ghazal v. France*, App. No:29134/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Jasvir Singh c. France*, App. No: 25463/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary; *Ranjit Singh c. France*, App. No: 27561/08, Decision of ECHR,30/06/2009, Legal Summary); orta öğretim öğrencisi olan kızlarını zorunlu ders müfredatına dahil olan yüzme dersine göndermek istemeyen ebeveynlerin para cezasına çarptırıldığı bir vakada, farklı din veya kültürden gelen çocukların entegrasyonunun sağlanması, eğitim sisteminin aksamadan işlemesi, zorunlu eğitime riayet, cinsiyetler arası eşitlik ve özellikle yabancı çocuklarının sosyal dışlanmadan korunması ile bağlantılı olarak (bkz.: *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*, App. No: 29086/12, Judgment of ECHR, 10/01/2017, para. 9,13,64); türban dinsel sembolünün Türkiye’de siyasi bir anlam kazandığının, Türkiye’de dinsel inançlar üzerine kurulmuş toplum anlayışını ve dinsel sembollerini dayatmaya çalışan uç siyasi hareketlerin var olduğunun, sözleşmecî devletlerin tarihsel tecrübelerine dayalı olarak bu tip siyasi hareketlere karşı tavır alabileceğinin ifade edildiği üniversitede türban yasağına ilişkin bir kararda, nüfusun büyük çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu Türkiye gibi bir ülkede bu dini uygulamayan yahut başka bir dini benimsemiş olan öğrencilere köktenci hareketlerin baskı uygulamasına engel olmak, farklı inançlar taşıyan öğrencilerin barış içinde bir arada yaşamalarını sağlamak, üniversitelerde çoğulculuğu korumak, laiklik ve cinsiyet eşitliği ile bağlantılı olarak (bkz.: *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No: 44774/98, Judgment of ECHR (GC), 10/11/2005, para. 2, 84, 99, 104, 106-110; Gemalmaz, **Türk Kıyafet Hukuku ve Türban**, s. 1217-1270) ; beden eğitimi ve spor derslerinde başörtüsünü çıkarmayı reddeden orta öğretim öğrencisinin bu derslere aktif olarak katılmaması dolayısıyla okuldan atıldığı bir vakada, “güçlü bir dış sembol” olarak kabul edilen başörtüsünün din değiştirmeye yönelik etkisiyle, ayırım yapılmaksızın tüm çocuklara uygulanabilir olan sağlık, güvenlik ve özene (“*assiduity*”) ilişkin okul kurallarına riayetle ve anayasal bir ilke ve Cumhuriyet’in kurucu prensibi olan laikliğin korunmasıyla bağlantılı olarak (bkz.: *Dogru v. France*, App. No: 27058/05, Judgment of ECHR, 04/12/2008, para. 6-8, 60, 64, 68, 72); imam hatip okullarında türban yasağına ilişkin bir vakada, kolayca etki altında kalabilecekleri bir dönemde olan ergenleri korumak için orta öğretim eğitiminin tarafsız mahiyetini muhafaza etmekle bağlantılı olarak (bkz.: *Kose and 93 Others v. Turkey*, App. No: 26625/02, Decision of ECHR, 24/01/2006, s. 11-12) ele alınmıştır. Belirtmek gerekir ki, *Kose and 93 Others v. Turkey* kararındaki değerlendirmeler “eğitim hakkı” başlığı altında yapılmıştır ve diğer kararlardan farklı olarak bu kararda “kamu düzeninin korunması”na değil, “düzensizliğin önlenmesi”ne yer verilmiştir.

Üstelik öğrenci, daha sonra geri çekilse de, okuldan atılmakla da tehdit edilmiştir. Başvurucu bu konuyu görüşmek için okula gitmeyi reddetmiş ve bunun yerine okul müdürüne tutumunun gerekçelerini açıklayan, kişisel giyimin özel hayata ve aile hayatına ilişkin bir mesele olduğuna dair bir yazı göndermeyi tercih etmiştir. Başvurucu Yerel Eğitim Müdürlüğü'ne şikayette de bulunmuştur. Fakat Müdürlük, okul üniforması konusunun okul yöneticileri tarafından belirlenmesine politikalarının izin verdiğini söylemiştir. Başvurucu sonrasında araya girmesi için bakana başvuruda bulunmuştur. Fakat okul üniformasının okul müdürü ve yöneticilerinin sorumluluğu altında olan okul disiplinine ilişkin bir mesele olarak kabul edildiği kendisine ifade edilmiştir. Sonunda başvuranın oğlu okulu bırakmıştır. Başvuranın kızı ise şikayet konusu olaylar yaşandığında ilkokul öğrencisidir. Okul toplantısında üniforma giymeyenlerden kalkmaları istenmiş ve görünüşleri hoş olmayacak şekilde eleştirilmiştir. Bu durum birkaç kez tekrar etmiştir. Başvuranın kızı üzölmüş ve aşağılanmış hissetmiştir. Başvuran yine Yerel Eğitim Müdürlüğü'ne şikayette bulunmuştur. Fakat bunun okul müdürüyle çözülecek bir iç mesele olduğu kendisine ifade edilmiştir.³⁷⁹

Başvuran giyim sebebiyle kendisinin ve çocuklarının maruz kaldığı aşağılayıcı tutumun özel hayat ve aile hayatına müdahale niteliğinde olduğunu iddia etmiştir. Başvuran çocuklarının okulda giydiği kıyafetlerin temizlik, çekidüzen ve ısı adına belli standartları karşılaması gerektiğini kabul etmekle birlikte renk ve belli tip giyim mecburiyetinin bu durumun ötesine geçerek özel hayat ve aile hayatlarına pahalı ve itirazı kabil nitelikte bir tecavüz teşkil ettiğini ileri sürmüştür.³⁸⁰

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu değerlendirmesinde zorunlu mahpus kıyafetlerinin madde 8'e müdahale teşkil ettiğini belirttikten sonra ceza infaz kurumlarındaki hayat koşullarıyla dava konusu olayın koşullarının tamamen farklı olduğunu ifade etmiştir. AİHK'e göre kuralların mahiyet ve kapsamaları kıyaslanamayacak kadar farklıdır. Şöyle ki; cezaevi üniformaları belli bir damgayı sürdürmekte, belli bir statüye işaret etmekte ve boş vakitlerde yahut çalışırken devamlı giyilmektedir. Komisyon'a göre okul saatleriyle ve okul yerleşkesiyle sınırlı olan kıyafet kısıtlamaları özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına müdahale teşkil

³⁷⁹ *Stevens v. The United Kingdom*, App. No: 11674/85, Decision of EComHR, 03/03/1986, The Facts

³⁸⁰ *Stevens v. The United Kingdom*, App. No: 11674/85, Decision of EComHR, 03/03/1986, Complaints

edecek kadar ciddi nitelikte değildir. Bu sebeple başvuru açıkça dayanaktan yoksun bulunarak reddedilmiştir.³⁸¹

Dış görünüş konusunda getirilen bir zorunluluğun müdahale teşkil edebilmesi için kararda belli bir ciddiyet seviyesi aranmıştır ve tek tip kıyafetin söz konusu olduğu olayda bu seviyeye ulaşılmadığına kanaat getirilerek başvuru kabul edilemez bulunmuştur. Bu duruma üniforma zorunluluğunun okul binasıyla ve saatiyle sınırlı olması neden olmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, özel sektör çalışanları da işyeri ve çalışma saatiyle sınırlı olarak görünüşleri bakımından belli kısıtlamalara tabidirler ve bu kısıtlamaların özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiği kabul edilmektedir. Örneğin *Kara v. Birleşik Krallık*³⁸² kararında, giyim kurallarının işyeri ve çalışma saatiyle sınırlı olması madde 8 korumasından yararlanmak için gereken ciddiyet seviyesine ulaşmaya engel olan bir unsur olarak değil, demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesinde müdahaleyi haklılaştıran bir unsur olarak ele alınmıştır. Bu açıdan bakınca öğrenciler için alınan tedbirlerin de müdahale sayılmasını beklemek abes kaçmayacaktır.

Üniversitede sakal yasağının madde 8 kapsamında irdelendiği karar ise *Tığ v. Türkiye* kararıdır. Olayda üniversite öğrencisi bir yıl önce çıkarılan üniversite kararnamesine dayanılarak üniversitedeki 3. yılında sakalı olduğu için kampüse alınmamıştır. Öğrenci kararnamenin iptali için başvuruda bulunmuşsa da bir sonuç alamamıştır. AİHM'e göre sakalın özel hayatın bir parçasını oluşturan fiziksel görünüşün bir yönü olduğu kabul edilse dahi yayınlanmasından itibaren bir yıldan fazla süreyle kampüse girişi engellemeyen tedbir kapsam bakımından nispeten

³⁸¹ *Stevens v. The United Kingdom*, App. No: 11674/85, Decision of EComHR, 03/03/1986, The Law, para. 1. Başvurana göre olayda, çocukları giyimleri vasıtasıyla kendilerini diledikleri gibi ifade etmekten alıkonulduğu için ifade özgürlüğü hakkına, çocukları kişisel kıyafetlerini taciz ile karşılaşmaksızın giyemedikleri için mal-mülk dokunulmazlıklarına ve kızı kendi isteği doğrultusunda giyinirse eve gönderilme riskiyle karşı karşıya kalabileceği için eğitim hakkına da müdahale söz konusudur. Komisyon ifade özgürlüğü hakkının giyiniş yoluyla fikir açıklama hakkını kapsayabileceğini, fakat başvuranın çocuklarının kıyafetleri vasıtasıyla belli bir görüşü veya fikri açıklamaktan alıkonulduklarının tespit edilemediğini, kaldı ki kıyafete ilişkin kuralların çocukları sadece okula devam ederken etkilediğini, çocukların dışarıda kendilerini diledikleri gibi ifade etmek bakımından özgür olduklarını ifade etmiştir. Komisyon eğitim hakkına müdahale konusunda, başvuranın kızının eve gönderilmesinin ancak onun okul üniformasına ilişkin kurallara riayet etmemesi durumunda gerçekleşeceğini belirtmiştir. Mülkiyet hakkına gelince, Komisyon'a göre okul üniformasına ilişkin kuralların getirdiği sınırlamalar mülkiyet hakkını ihlal edecek kadar ciddi değildir. Bu sebeplerle Komisyon başvuruyu ifade özgürlüğü hakkı, eğitim hakkı ve mülkiyet hakkı bakımından açıkça temelden yoksun bularak reddetmiştir. Bkz.: *Stevens v. The United Kingdom*, App. No: 11674/85, Decision of EComHR, 03/03/1986, Complaints- The Law, para. 2-3.

³⁸² Bkz.: *Kara v. The United Kingdom*, App. No: 36528/97, Decision of EComHR, 22/10/1998, The Law, para. 1

sınırlıdır ve olayda başvuranın derslere devam etme ve tamamlama imkanı bulunmaktadır. Buradan hareketle AIHM başvurunun madde 8 açısından kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.³⁸³ Söz konusu karar fiziksel görünüşün özel hayat kapsamında korunduğunu açıkça göstermiştir. Ancak enteresan bir şekilde sakalın fiziksel görünüşün bir parçası olup olmadığı konusunda tereddüte düşülmüştür. Belirtmek gerekir ki, bir mahpusa ilişkin olan *Biržietis v. Litvanya*³⁸⁴ kararında sakal konusunda bir çekinceye yer verilmemiştir ve hatta olay madde 8 ihlaliyle sonuçlanmıştır. Ancak, sonuçta *Tığ v. Türkiye* kararında madde 8'e müdahale tespit edilmemiştir.

Öğrenci kategorisi, görünüş tercihlerine getirilen sınırlamaların madde 8'e müdahale sayılmadığı nadir bir kategoridir. Bunun nedeninin bu özne kategorisindekilerin yaşının küçük olması olduğu ileri sürülebilir. Ancak Strasbourg Organları'nın bu hususa ilişkin özel bir vurgusunun bulunmadığını söylemek gerekir. Öte yandan, *Tığ v. Türkiye* kararının örnek teşkil edeceği üzere tüm öğrencilerin çocuk olması da beklenemez. Tarafsızlık veya mesleki imajı koruma gibi yükümlülükleri bulunan kamu görevlilerine yahut içkin sınırlamalar doktrini kapsamında olan mahpuslara ilişkin vakalarda dahi fiziksel görünüm sınırlamalarının müdahale olarak kabul edilmiş olması karşısında öğrencilerin görünüş tercihlerinin koruma alanı dışında bırakılması tutarlılıktan uzaktır.

C. Bedensel Müdahale Yoluyla Yapısal Değişiklik Yapılması

1. Giriş

Dış görünüşün bedensel müdahale yoluyla değiştirilmesine ilişkin meseleler kişinin fiziksel bütünlüğüyle yakından ilişkilidir. Konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalara

³⁸³ *Tığ v. Turkey*, App. No: 8165/03, Decision of ECHR, 24/05/2005, Legal Summary

Mahkeme vakayı madde 9 bakımından da kabul edilmez bulmuştur. Zira sakalının fiziksel görünüşünün bir parçası olduğunu ileri süren başvuran sakal bırakmasının ardında belli bir görüş, inanç veya özellikle dini bir öğreti bulunduğunu söylememiştir. Benzer durum madde 10 açısından da geçerlidir. Mahkeme'ye göre, ifade özgürlüğünün sakal uzatma suretiyle görüş açıklayabilmeyi kapsadığı kabul edilse dahi olayda başvuruçunun sakal yasağı nedeniyle belli bir görüşü açıklamaktan mahrum bırakıldığı tespit edilememiştir. Bu sebeple başvuru madde 10 bakımından da kabul edilemez bulunmuştur. Yine, başvuru eğitim hakkı bakımından da kabul edilemez bulunmuştur. Zira Mahkeme'ye göre 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesi yüksek öğretime uygulanabilir olsa dahi başvuru üniversiteye kabul edilmiştir ve eğitimini tamamlayabilmesi mümkündür. Bkz.: *Tığ v. Turkey*, App. No: 8165/03, Decision of ECHR, 24/05/2005, Legal Summary

³⁸⁴ *Biržietis v. Lithuania*, App. No: 49304/09, Judgment of ECHR, 14/06/2016, para. 57-58

“Fiziksel ve Zihinsel Bütünlük” başlığı altında yer vermiş olduğumuzdan burada sadece fiziksel ve zihinsel bütünlüğe yönelik hukuki menfaatin madde 8 kapsamında korunduğunu,³⁸⁵ ancak aynı hukuki menfaati koruyan madde 3 ile yarışma durumunun gündeme gelebileceğini, kişinin vücuduyla ilgili seçimler yapması ve tasarrufla bulunmasını mümkün kılan kişisel özerklik kavramının³⁸⁶ AİHM tarafından özel hayata saygı hakkının yorumunda kullanılmakta olduğunu³⁸⁷ hatırlatmakla yetinerek bu genel ilkeler ışığında yapacağımız incelemeye geçiyoruz.

2. Tıbbi Müdahale Yoluyla Yapılan Değişiklikler

a. Giriş: Tıbbi Müdahale

Tıbbi müdahale, fiziksel bütünlüğe müdahale teşkil eden bir niteliğe sahiptir. Özel hayata saygı hakkı çatısı altında bulunan fiziksel bütünlüğün korunabilmesi ve tıbbi müdahalenin madde 8 ihlali oluşturmaması için madde 8/2’de yer alan koşullara ve AİHM içtihatlarıyla getirilen standartlara riayet edilmelidir. Bu noktada, AİHM’in atıfta bulunduğu Biyotıp Sözleşmesi³⁸⁸ ve onun Açıklayıcı Rapor’uyla³⁸⁹ getirilen standartlar da göz önünde bulundurulmalıdır.

AİHS’e atıf yapan ve AİHM’in karar oluştururken atıf yaptığı Biyotıp Sözleşmesi’nin yine Mahkemece atıf yapılan Açıklayıcı Rapor’una göre,³⁹⁰ müdahale kavramı geniş yorumlanmalıdır. Raporun 29. paragrafında bu kavramın başta önleyici bakım, tanı/teşhis, tedavi, rehabilitasyon veya araştırma amacına yönelik olanlar olmak üzere tüm tıbbi fiilleri kapsamına aldığı ifade edilmiştir.³⁹¹

³⁸⁵ *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, App. No: 71127/01, Judgement of ECHR, 12/06/2008, para. 65

³⁸⁶ *Pretty v. The United Kingdom*, App. No: 2346/02, Judgment of ECHR, 29/04/2002, para. 66’dan akt.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 85

³⁸⁷ *Pretty v. The United Kingdom*, App. No: 2346/02, Judgment of ECHR, 29/04/2002, para. 61

³⁸⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, 04.04.1997, Oviedo, Council of Europe, European Treaty Series - No. 164 (Çalışmamızda kısaca: Biyotıp Sözleşmesi)

³⁸⁹ Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, 04.04.1997, Oviedo, Council of Europe, European Treaty Series - No. 164 (Çalışmamızda kısaca: Açıklayıcı Rapor)

³⁹⁰ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 89-90

³⁹¹ Açıklayıcı Rapor, para. 29, <https://rm.coe.int/16800ccde5>, s.6 (Erişim tarihi 23.12.2018)

Bir tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan asıl unsur “rıza”dır. Rızanın geçerli olabilmesi için aydınlatılmış olması gerekmektedir.³⁹² Burada aydınlatılacak kişi hastanın kendisidir.³⁹³ Biyotıp Sözleşmesi’nin 5. maddesine göre “*Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.*”³⁹⁴

Aydınlatılmış rızanın aleni veya zımni olarak verilmesi mümkündür. Aleni rıza ise yazılı veya sözlü olarak verilebilir. Rızanın şeklinin nasıl olacağı tıbbi müdahalenin niteliğine göre değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin sürekli tekrar eden tıbbi müdahaleler için açık irade beyanı gerekli olmayabilecekken, invazif tanı veya tedavilere yönelik tıbbi müdahaleler için açık rıza gerekebilecektir. Öte yandan deneye katılım veya vücut parçalarının organ nakli için alınması halinde hastanın açık, özel rızası gerekmektedir.³⁹⁵

AİHM içtihatlarında, tıbbi müdahalelerin hukukiliği konusunda aydınlatılmış rızaya büyük önem verilmiştir. Bir kararında Mahkeme, tıbbi tedavinin reddi kaçınılmaz olarak ölümcül sonuç doğuracak dahi olsa, akli yeterliliğe sahip hastanın rızası hilafına tıbbi tedaviye maruz bırakılmasının madde 8 bağlamında fiziksel bütünlüğüne müdahale oluşturacağını ifade etmiştir.³⁹⁶ Bir başka kararda ise önemsiz

³⁹² Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2018, s. 324

³⁹³ **A.g.e.**, s. 288

³⁹⁴ Biyotıp Sözleşmesi, Madde 5, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> (Erişim tarihi 23.12.2018). Açıklayıcı Rapor’un 35. paragrafında belirtildiği üzere 5. maddede müdahalenin amacı, niteliği, sonuçları ve tehlikeleri olarak sayılan aydınlatmaya ilişkin içerik unsurları tıbbi müdahalenin en önemli unsurları olmakla birlikte somut olayın özelliklerine göre aydınlatma kapsamının genişletilmesi gerekebilir. Yine Rapor’un aynı paragrafında, yapılacak müdahaleye veya alternatiflerine mündemiç tehlikelerin yanı sıra hastanın yaşı ya da sahip olduğu diğer hastalıkları gibi bireysel özelliklerinden kaynaklanan tehlikeler konusunda da bilgilendirme yapılması gerektiğine değinilmiştir. 35. paragrafa göre bir rızanın özgür ve aydınlatılmış olması için aydınlatmanın sorumlu sağlık personeli tarafından yapılmış olması ve rızanın herhangi bir kişiden kaynaklanan bir baskı olmaksızın verilmesi gerekmektedir. Bkz.: Açıklayıcı Rapor, para. 35, <https://rm.coe.int/16800ccde5>, s. 7, (Erişim tarihi 23.12.2018). Açıklayıcı Rapor’un bir sonraki paragrafında aydınlatmanın tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişi için yeterli açıklıkta olmasının ve uygun şekilde kelimelere dökülmesinin (“*suitably worded*”) gerekli olduğu ifade edilmiştir. Öyle ki, ilgili kişi müdahalenin tehlike ve negatif etkileri ile amaç ve yönteminin gereklilik veya faydasını değerlendirebilmelidir. Bkz.: Açıklayıcı Rapor, para. 36, <https://rm.coe.int/16800ccde5>, s. 7, (Erişim tarihi 23.12.2018)

³⁹⁵ Açıklayıcı Rapor, para. 37, <https://rm.coe.int/16800ccde5>, s. 7, (Erişim tarihi 23.12.2018)

³⁹⁶ *Pretty v. The United Kingdom*, App No: 2346/02, Judgment of ECHR, 29/04/2002, para. 63

nitelikte dahi olsa, zorunlu tıbbi müdahalelerin fiziksel bütünlüğe etkisi dolayısıyla madde 8'e müdahale teşkil edeceği belirtilmiştir.³⁹⁷

*Moskova'nın Yehova Şahitleri*³⁹⁸ kararında AİHM, hastanın tıbbi müdahaleye rızaya ilişkin kararı irrasyonel, mantıksız veya ihtiyatsız gözükse bile bu karara saygı duyulması ve uyulması gerektiğini ifade etmiştir.³⁹⁹

AİHM rızanın aydınlatılmış olması kadar özgür olmasına da önem vermektedir. Kimsenin baskısı altında olmaksızın verilen rıza özgür rızadır.⁴⁰⁰ Rızaya ilişkin özgürlük, rızanın geri çekilmesini de içermektedir. Ancak bunun için ilgili kişinin sonuçlar konusunda tamamıyla aydınlatılmış olması gerekmektedir.⁴⁰¹

Tıbbi müdahalede kural, rızanın tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişi tarafından verilmesidir.⁴⁰² Ancak, rıza vermeye yetkisi olmayan kişiler için yetkili bir kişi veya kurum da rıza açıklamasında bulunabilir.⁴⁰³ Biyotıp Sözleşmesi'ne göre, rızaya yeteneği olmayan çocuklara uygulanacak tıbbi müdahaleler için onların kanuni temsilcilerinin yahut yasanın belirlediği kişi, kurum veya kuruluşların verdiği izin yeterlidir.⁴⁰⁴ Ebeveyninin rızası hilafına küçüğe tıbbi müdahale uygulandığı bir

³⁹⁷ *Schmidt v. Germany*, App No: 32352/02, Decision of ECHR, 05/01/2006, The Law, para. 1. Schmidt kararının konusunu kan ve tükürük alma işlemi oluşturmaktadır. Belirtmek gerekir ki, zorunlu tıbbi müdahale konusunu ele alan birden fazla AİHM kararı bulunmaktadır.

³⁹⁸ *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia*, App. No: 302/02, Judgment of ECHR, 10/06/2010, para. 136

³⁹⁹ Emel Badur, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller**, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Mart 2017, s. 65

⁴⁰⁰ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 100. Örneğin rıza alınmaksızın yapılan jinekolojik muayenenin şikayet edildiği bir başvuruda ilgili Hükümet, rıza olmaksızın böylesi bir muayenenin gerçekleştirilemeyeceğini ve doktorun odasında jinekolojik muayeneye karşı gelmenin mümkün olduğunu iddia etmiştir. Buna karşın Mahkeme, ilgili şahsın alıkonulu olması sebebiyle resmi yetkililerin tam kontrolü altında olduğunu ve jinekolojik muayeneye karşı koymasının beklenemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz.: *Y.F. v. Turkey*, App. No: 24209/94, Judgment of ECHR, 22/07/2003, para. 34. Aynı yöndeki bir değerlendirme için bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 100

⁴⁰¹ Açıklayıcı Rapor, para. 38, <https://rm.coe.int/16800ccde5>, s. 7, (Erişim tarihi 23.12.2018); Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 100. Buna ilişkin bir AİHM kararı için bkz.: *Evans v. The United Kingdom*, App. No:6339/05, Judgment of ECHR, (GC),10/04/2007

⁴⁰² Badur, **a.g.e.**, s. 83

⁴⁰³ Hakeri, **a.g.e.**, s. 335

⁴⁰⁴ Biyotıp Sözleşmesi Madde 6/2, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> (Erişim tarihi: 26.12.2018). Söz konusu kişi, kurum veya kuruluşlar; çocuklara uygulanacak tıbbi müdahalelere rıza vermeden önce aydınlatılmalıdır. Bkz.: Biyotıp Sözleşmesi Madde 6/4, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> (Erişim tarihi: 26.12.2018) Verilen rızanın çocuğun "en fazla yararı" için her zaman geri çekilmesi mümkündür. Bkz.: Biyotıp Sözleşmesi Madde 6/5, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> (Erişim tarihi: 26.12.2018)

vakada AİHM, bu uygulamanın çocuğun özel hayata saygı hakkına ve özellikle fiziksel bütünlüğüne müdahale teşkil ettiğini ifade etmiştir.⁴⁰⁵

Asıl kural yasal temsilcinin rıza göstermesi olmakla birlikte, çocuğun yaşı ve olgunluk seviyesi arttıkça görüşünün kararda daha belirleyici olması gerekmektedir.⁴⁰⁶ Açıklayıcı Rapor'un 45. paragrafına göre, rıza verme yeteneği olmayan çocuğa ancak velisinin, yasal temsilcisinin ya da yasanın belirlediği diğer kişi ve kurumların vereceği rıza ile tıbbi müdahalede bulunulabilecekse de; kişi özerkliğini korumak amacıyla mümkün olduğu müddetçe çocuğun görüşünün, yaşı ve anlama kapasitesi oranında, dikkate alınması gerekmektedir. Bu durum, çocuğun rızasının gerekliliğini ve hatta bazı müdahaleler için yeterliliğini sonuçlayabilme kapasitesine sahiptir.⁴⁰⁷

Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduğu ve iradesiyle yasal temsilcisinin iradesinin çatıştığı durumlarda hangi tarafın görüşüne ağırlık verilmesi gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bu bağlamda, yasal temsilcinin iradesine üstünlük tanıyan, tıbbi müdahale için iki tarafın da görüşünün uzlaşmasını bekleyen ve ayırt etme gücüne sahip çocuğun rızasının tek başına yeterli olduğunu ileri süren görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden ilki Biyotıp Sözleşmesi'nce kısmen benimsenmişken, sonuncu görüşle Biyotıp Sözleşmesi arasında bir uyumsuzluk olduğu söylenemez.⁴⁰⁸

Çocuk ile yasal temsilcinin iradelerinin uyuşmadığı bir vaka Strasbourg Organları'nın önüne gelmiştir. Annesinin rızası ile ve fakat kendi rızası hilafına psikiyatri servisine yatırılan 12 yaşındaki çocuk hakkında olan ve madde 5'in şikayet konusu yapıldığı başvuru ile ilgili olarak AİHM, çocuğun psikiyatri servisine kapatılmasını annenin velayete ilişkin haklarını kullanması olarak değerlendirmiş ve olayın madde 5 kapsamına girmediği sonucuna varmıştır. Çocuğun bu konudaki görüşüne verilmesi gereken ağırlıkla ilgili olarak Mahkeme; 12 yaşındaki çocuk

⁴⁰⁵ *Glass v. The United Kingdom*, App. No: 61827/00, Judgment of ECHR, 09/03/2004, para. 70

⁴⁰⁶ Biyotıp Sözleşmesi Madde 6/2, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> (Erişim tarihi: 26.12.2018)

⁴⁰⁷ Açıklayıcı Rapor, para. 45, <https://rm.coe.int/16800ccde5> (Erişim tarihi: 26.12.2018)

⁴⁰⁸ Badur, **a.g.e.**, s. 114-117

hakkında, çocuğun isteğine aykırı olarak dahi olsa, velisi tarafından karar alınmasının çocuğun yaşı itibarıyla normal sayılabileceğini belirtmiştir.⁴⁰⁹

Biyotıp Sözleşmesi'ne göre rıza gösterme yeteneği bulunmayan bir çocuğa ancak "onun doğrudan yararı için" tıbbi müdahalede bulunulabilir.⁴¹⁰ Yasal temsilcisinin rızasıyla gerçekleştirilen bir tıbbi müdahalenin gerçekten çocuğun yararına olup olmadığı hususu büyük önemi haizdir. Bu bağlamda, endikasyona ilişkin meselelerin çok titiz bir şekilde ele alınması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir.⁴¹¹

Rıza meselesi, özellikle tıbbi gereklilik bulunmayan hallerde çocuklardan rıza alınmaksızın yapılan sünnetlerde ve interseks cinsiyet atama ameliyatlarında gündeme gelmektedir. Bununla birlikte, tıbbi gereklilik bulunmaksızın yapılan ve makul olanın ötesinde talepler içeren estetik operasyonlarda hukuka uygunluk için rızanın tek başına yeterli olup olmadığı noktasında da tartışma bulunmaktadır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu konusunda göz önünde bulundurulması gereken tek husus "rıza" değildir. Nitekim AİHM bir kararında fiziki bütünlüğü ihlal eden müdahalelerin hukuka uygun sayılması için sadece rızayı yeterli görmemiş, bunun yanında müdahalenin yasa tarafından öngörülmesini gerektiren "yasallık" şartını da aramıştır.⁴¹² Ancak bu koşulun daha çok arzu edilmeyen tıbbi müdahalelere yönelik olduğu söylenebilir.

Bir diğer hukuka uygunluk koşulu ise mesleki standartlara uygunluktur. Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesine göre, araştırmalar da dahil olmak üzere, sağlık alanına ilişkin müdahalelerin ilgili mesleki standartlara uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁴¹³ Bununla birlikte doktrinde hukuka uygun bir

⁴⁰⁹ *Nielsen v. Denmark*, App. No: 10929/84, Judgment of ECHR, 28/11/1988, para. 55, 59, 72, 73. Aynı vaka ile ilgili olarak Komisyon'un farklı yöndeki değerlendirmesi için bkz.: *Nielsen v. Denmark*, App. No: 10929/84, Report of EComHR, 12/03/1987

⁴¹⁰ Biyotıp Sözleşmesi Madde 6/1, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> (Erişim tarihi: 26.12.2018)

⁴¹¹ Hakeri, **a.g.e.**, s. 341-342

⁴¹² *Y.F. v. Turkey*, App. No: 24209/94, Judgment of ECHR, 22/07/2003, para. 43' ten akt.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.87-88

⁴¹³ Biyotıp Sözleşmesi, Madde 4, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> (Erişim tarihi: 23.12.2018)

tıbbi müdahalenin varlığı için müdahalenin tıbbi personelce gerçekleştirilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.⁴¹⁴

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu konusunda, aslında meslek standartlarına uygunluk başlığı altında da ele alınması mümkün olan, “endikasyon” kavramı da gündeme gelmektedir. Bu kavram “tıp bilimine göre zorunlu/ gerekli olma” anlamına gelmektedir.⁴¹⁵ Belirtmek gerekir ki, endikasyonun hukuka uygun bir tıbbi müdahale için gerekli olup olmadığı noktasında doktrinde bir uzlaşma bulunmamaktadır. Bir grup yazar endikasyon olmaksızın rızanın hukuka uygunluk için tek başına yeterli olduğunu savunurken, aksine diğer bazı yazarlar rızanın yanında müdahalenin tıbben iyileştirmeyi amaçlaması hususunu da aramaktadırlar.⁴¹⁶ Hukuka uygun bir tıbbi müdahalede endikasyon şartını arayan yazarlar, zorunlu olarak tıbbi endikasyonun gerekmediğini, psikolojik veya sosyal endikasyonun da hukuka uygunluğu sağlayacağını, zira sosyal ve psikolojik endikasyonda da dolaylı tedavi amacının bulunduğunu ifade etmektedirler. Örneğin estetik operasyonlarda ve erkek çocuk sünnetinde çoğu zaman tıbbi endikasyondan ziyade sosyal ve psikolojik endikasyonun bulunduğu belirtilmektedir.⁴¹⁷ Cinsiyet değişikliği için yapılan tıbbi müdahalelerde de psikolojik endikasyon bulunmaktadır.⁴¹⁸

Dış görünüşe ilişkin hukuki menfaat; fiziksel görünümü şekillendiren tıbbi müdahaleleri gerçekleştirebilmeye veya bu müdahaleleri reddetmeye yönelik hukuki menfaati kapsayabilir. Bu durumlardan ilkinde transseksüellerin cinsiyet değiştirme ameliyatlarına fiilen erişebilmesi meselesi ve ikincisine ise tıbbi gereklilik olmamasına rağmen interseks çocuklara, onların rızası alınmaksızın yapılan cinsiyet atama ameliyatları bağlamında gündeme gelen tartışmalar örnek olarak gösterilebilir.

Pentiacova ve Diğerleri v. Moldova kararında Mahkeme; devletlerin madde 8 açısından sadece keyfi müdahaleden kaçınma şeklinde negatif yükümlülüklerinin olmadığını, aynı zamanda pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğunu, ancak AİHS’in ücretsiz tıbbi tedavi (“*free medical care*”) hakkını tanımadığını, bununla birlikte bazı AİHM kararlarında engelli başvuruçuların hayat kalitesine ve hareket kabiliyetlerine

⁴¹⁴ Hakeri, **a.g.e.**, s. 221-222

⁴¹⁵ Bkz.: **A.g.e.**, s. 448

⁴¹⁶ **A.g.e.**, s. 329-330

⁴¹⁷ **A.g.e.**, s. 453-454

⁴¹⁸ **A.g.e.**, s. 456

kamu kaynağı yardımı yapılmasına ilişkin taleplerin madde 8 ile ilgili olduğunun kabul edildiğini, fakat sınırlı kaynakların paylaşılması konusundaki önceliklerin değerlendirilmesinde ilgili devletin geniş takdir marjına sahip olduğunu, zira ulusal otoritelerin bu değerlendirmeyi yapma bakımından uluslararası bir mahkemeye göre daha iyi konumda olduğunu belirtmiştir. Kararın devamında hayat kurtarıcı tıbbi metotlar ve ilaçlar da dahil olmak üzere, her çeşit tıbbi tedaviye herkesin erişmesinin şüphesiz arzu edildiği; ancak kaynakların sınırlılığının, ne yazık ki, özellikle pahalı ve daimi tedaviler bakımından, pek çok bireyin bunlardan faydalanamamasını sonuçladığı ifade edilmiştir.⁴¹⁹ Bu karardan hareketle, dış görünüşü değiştiren tıbbi müdahalelere madde 8 bağlamında ücretsiz erişim hakkının olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

Dış görünüşü değiştiren bir tıbbi müdahaleyi reddetmeye yönelik hukuki menfaatin korunduğunu ise söylemek mümkün gözükmemektedir. Zira; tedavinin reddi halinde ölüm gerçekleşecek olsa dahi, akli yeterliliğe sahip hastanın rızası hilafına tıbbi tedaviye maruz bırakılmasının madde 8 bağlamında fiziksel bütünlüğe müdahale oluşturacağı yönünde bir AİHM kararı bulunmaktadır.⁴²⁰ Hal böyle olunca, dış görünüşü değiştiren bir tıbbi müdahaleyi reddetmek evleviyetle mümkün olacaktır.

Çalışmamızın devamında fiziksel görünümü şekillendiren ve hukuken tartışma yaratan bazı önemli tıbbi müdahalelere yer verilmiştir. Bu müdahalelerin hepsi biraz önce açıklamış olduğumuz tıbbi müdahalelere ilişkin genel ilkelere tabidir. Belirtmek gerekir ki, pek çok tıbbi müdahale kişinin görünüşünü değiştirme sonucu doğurabilir. Bu sonucu doğuran tüm tıbbi müdahalelerin çalışmamız kapsamında tek tek değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, çalışmamızda fiziksel görünüş bakımından özel önemi haiz bazı tıbbi müdahalelere yer vermekle yetinilmiştir. Aşağıda incelenen tıbbi müdahalelerden olmayan ve fakat dış görünüşü etkileyen diğer tıbbi müdahalelerin uygun düştüğü ölçüde yapılan açıklamalara tabi olacağı söylenebilir.

⁴¹⁹ *Pentiacova and 48 Others v. Moldova*, App No: 14462/03, Decision of ECHR, 04/01/2005, Alleged Violation of Article 8 of the Convention

⁴²⁰ Bkz.: *Pretty v. The United Kingdom*, App No: 2346/02, Judgment of ECHR, 29/04/2002, para. 63

b. Estetik Tıbbi Müdahaleler

Estetik müdahaleler “bir kişinin doğuştan sahip olduğu ya da sonradan bir etken sonucu veya kendiliğinden oluşan, kişinin dış görünümünü bozan veya bozduğu düşünülen, ben, kıl, sarkık, farklı renkteki deri, derideki yağ kümesi, sivilce, kırmızı damar ucu, bedendeki ve yüzdeki sakatlık, olağandan farklı şekil, deformasyon, yara, yara izi, asimetrik, ortalamanın üzerindeki veya altındaki ebatta uzuvların düzeltilmesi veya kapatılması amacıyla yürütülen müdahalelerdir.”⁴²¹ Ancak şekil bozukluğu mevcut olmasa da daha güzel görüntü sağlamayı hedefleyen tıbbi müdahaleleri estetik müdahale olarak kabul edenler de mevcuttur.⁴²² Bir başka tanıma göre estetik müdahale, “hekimler tarafından güzellik amacıyla bedene uygulanan ve şekil değişikliği sonucunu doğuran tıbbi müdahale”dir.⁴²³

Estetik müdahalelere örnek olarak; botoks, çene estetiği, kırışmış yüze doku transferi, göz kapağı estetiği, yağ aldırma, kaş kaldırma, diz estetiği, burun estetiği; meme büyütme, küçültme veya dikleştirme; yüz gerdirme, karın gerdirme, kepçe kulak ameliyatı, kulak küçültme, silikonlu protez ile dudak büyütme, gıdı aldırma ve yanak inceltme gösterilebilir. Estetik müdahalelerin bazıları tedaviye yönelikken bazılarında estetik amaçlarla hareket edilmekte; bazılarında ise her iki amaç da güdölmektedir.⁴²⁴ Doktrinde yapılan bir sınıflandırmaya göre ise estetik müdahaleler bedensel rahatsızlıkları tedaviye yönelik olanlar, ruhsal rahatsızlıkları tedaviye yönelik olanlar ve salt güzelleştirme amacına yönelik olanlar olmak üzere üçe ayrılmaktadır.⁴²⁵

Yanık veya kaza sonrası yüze yapılan müdahalelerdeki gibi estetik müdahalelerde tıbbi gereklilik gündeme gelmektedir. Tedavi amacı taşıyan bu tip müdahaleler olağan tıbbi müdahalelerin tabi olduğu rejime tabidir⁴²⁶ ve bir hukuki tartışma doğurmamaktadır. Tıbbi gerekliliğin olmadığı durumlarda tıbbi

⁴²¹ Merter Özay, **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2006, s. 23

⁴²² Bkz.: Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, Ocak 2003, s. 180

⁴²³ Erhan Temel, “Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1. Baskı, Ankara Barosu, 2009, s. 228. Ayrıca bkz.: Hakeri, **a.g.e.**, s. 533

⁴²⁴ Hasan Petek, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s. 179-182

⁴²⁵ Özay, **a.g.e.**, s. 25-26

⁴²⁶ Hakeri, **a.g.e.**, s. 533

müdahalenin hukuka uygunluğuna yönelik öğretilerde yer alan tartışmalar estetik müdahaleler için de geçerlidir. Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılması için aydınlatılmış rızanın yetmediğini, tıbbi gerekliliğin de olması gerektiğini ileri süren; tıbbi gerekliliğe alternatif olarak sosyal veya psikolojik gerekliliği ileri süren ve herhangi bir ek gereklilik şartı aramaksızın aydınlatılmış rızayı yeterli gören görüşler olduğunu söylemiştik. Estetik müdahaleler söz konusu olduğunda, tıbbi gerekliliğin olmadığı durumlarda estetik ameliyatların psikolojik gereklilik üzerine yapıldığı, bu sebeple dolaylı tedavi amacı taşıdığı ve böylece hukuka uygun olduğu ifade edilmektedir.

Ancak bu noktada kimi yazarlar, estetik ameliyat öncesinde ameliyat talep eden kişinin psikolojik muayeneye tabi tutulması, herhangi bir takıntısı olup olmadığının belirlenmesi, estetik kaygılarının sosyal ve psikolojik yaşamına nasıl etki ettiğinin tespit edilmesi gerektiğini ifade etmekte ve neticede gerçekten psikolojik bir gereklilik varsa cerrahiye başvurulabilmesini önermektedir.⁴²⁷ Ancak günümüz pratikleri göz önünde bulundurulduğunda bu görüşün kişisel otonomiye kısıtlayıcı bir etki doğuracağını söylemek mümkündür.

Tıbbi veya psikolojik bir gereklilik olmamasına rağmen yapılan ve yalnızca güzelleştirme amacına yönelik olan müdahaleler bağlamında kişinin kendisi üzerinde ne noktaya kadar tasarrufta bulunabileceği hususuna da doktrinde dikkat çekilmiştir. Örneğin sağlıklı bir organın kesilmesinin; bir ünlüye, çizgi film karakterine, oyuncak bebeğe veya bir hayvana benzemek için yapılan estetik müdahalelerin; Korece öğrenen bir kimsenin Kore dilinde yer alan sesleri daha iyi çıkarabilmek için dilini uzattırmasının, transseksüellerin topuklu ayakkabı giymek için ayak serçe parmaklarını kestirmelerinin veya daha ince bir bele sahip olmak için bazı kaburgalarını aldırılmalarının hukuka uygun olup olmadığı doktrinde sorgulanmıştır.⁴²⁸

⁴²⁷ Özge Yücel, “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Ed.: Özge Yücel- Gürkan Sert, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2018, s. 228. Nadir bir psikolojik rahatsızlık olan “Beden Bütünlüğü Kimlik Bozukluğu” (Body Integrity Identity Disorder) sebebiyle muzdarip olunan şiddetli ızdırap karşısında sağlıklı bir bacağın kesilmesine müsaade edilebileceği konusunda bkz.: Tim Bayne- Neil Levy, “Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation”, **Journal of Applied Philosophy**, Vol. 22, No. 1, 2005, s.75

⁴²⁸ Badur, **a.g.e.**, s. 72; Hakeri, **a.g.e.**, s. 448-449 ve 459.

Endikasyonu tıbbi değil de psikolojik olan güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde dolaylı tedavi söz konusu olduğundan ve bu tip müdahaleler zorunlu olmadığından müdahaleden kaynaklanan tehlikenin arttığı oranda müdahaleye izin verilmemesi gerektiği ve herhangi bir tedavi amacı gütmeyen estetik ameliyatlara hukuka aykırı sayılması gerektiği ifade edilmiştir.⁴²⁹ Ancak kanımızca bu ifade hem psikolojik endikasyonun önemini azımsamasıyla hem de kişisel özerkliği sınırlamasıyla eleştiriye açıktır.

Kadın cinsel organlarına yapılan ve tedaviye yönelik olmayan estetik operasyonlar da estetik ameliyatlara bağlamında tartışma yaratmıştır. Bu operasyonlar ile kadın sünnetinin yapılan işlemler bakımından benzerlikler taşıdığı ileri sürülmüştür. Bu benzerliğe rağmen biri yasaklanırken diğerinin hukuken kabul görmesine dikkat çekilmiştir.⁴³⁰ Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımına göre, kadın sünneti (*female genital mutilation/FGM*), “kadının dış genitelyasının kısmi olarak ya da tamamen alınmasını içeren tüm prosedürleri veya tıbbi olmayan nedenlerle kadın genital organlarına verilen tüm zararları kapsamaktadır.”⁴³¹ Bahsi geçen eleştiride bulunan yazarlar, bu tanımın kapsamına çeşitli kesimlerin çeşitli nedenlerle gerçekleştirdiği çeşitli uygulamaların girdiği kanaatindedir. Daha açık bir söylemle, yapılan işlem aynı olduktan sonra işlemin bir doktor tarafından bir hastanede gerçekleştirilmesiyle; taşrada bir köyde, tıbbi eğitim almamış bir ritüel uygulayıcısı tarafından gerçekleştirilmesi arasında bir fark olmadığını ileri sürmektedirler.⁴³² Yapılan işlem ve tedaviye yönelik olmama bakımından benzerlik taşıyan iki uygulama arasındaki meşruiyet farkının, işleme maruz kalan kadının seçiminde özgür olup olmamasıyla ve işlemin ardında yatan saikle temellendirilmesi mümkündür. Ancak bu noktada da estetik operasyonların içinde bulunan kültürden

⁴²⁹ Hakeri, **a.g.e.**, 459-460. Ayrıca, otonomiyle insan onurunun dengelenmesi gerektiği ve uzun vadeli yüksek zarar riski taşıyan gereksiz estetik ameliyatlara suç olarak kabul edilmesi gerektiği dahi doktrinde savunulmuştur. Belirtmek gerekir ki, burada cezalandırılması istenen kişi zarar verici fiile rıza gösteren şahıs değil, bu fiili uygulayan cerrahdır. Bkz.: Dennis J. Baker, “Should Unnecessary Harmful Nontherapeutic Cosmetic Surgery Be Criminalized?”, **New Criminal Law Review**, Vol: 17, No: 4, Fall 2014, s. 589, 600 ve 627

⁴³⁰ Bkz.: Baker, a.g.e., s.607; Brian D. Earp- Rebecca Steinfeld, “Genital Autonomy and Sexual Well-Being”, **Current Sexual Health Reports**, Vol: 10, Issue: 1, March 2018, s.7-17. Kadın sünneti ile kadın cinsel organına yönelik tedavi edici nitelikte olmayan estetik ameliyatlara karşılaştırıldığı ayrıntılı bir çalışma için bkz.: Arianne Shahvisi- Brian D. Earp, “The Law and Ethics of Female Genital Cutting”, **Female Genital Cosmetic Surgery: Solution to What Problem?**, (Ed.) S.Creighton & L.-M. Liao, Cambridge University Press, s. 1-24.

⁴³¹ Female Genital Mutilation, Fact Sheet, WHO, 31.01.2018, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> (Erişim tarihi: 02.01.2019)

⁴³² Bkz.: Shahvisi- Earp, a.g.e., s. 2-4

bağımsız düşünölemeyeceğı ileri sürölerek yapılan seçimin, aslında kadın sünnetinde olduğı gibi, tam anlamıyla özgür kabul edilemeyeceğı ima edilmektedir.⁴³³ Ancak unutulmamalıdır ki, estetik operasyona ve kadın sünnetine sebep olan kültürel/ sosyal etki veya baskı arasında kayda değeri bir fark bulunmaktadır.

Göröldüğü üzere, serbestçe uygulanan estetik müdahalelere bir sınır çizmenin gerekliliğini savunan görüşler doktrinde mevcuttur. Estetik tıbbi müdahaleler kişinin kendisi üzerinde tasarruf edebilmesinin sınırları konusunda önemli bir tartışma sahası yaratmaktadır. Ancak estetik ameliyatlara ne noktaya kadar cevaz verileceğı konusunda Strasbourg Organları'nın, tespit edebildiğimiz kadarıyla, hiç kararı bulunmamaktadır. Bu durum, bu sınırlayıcı görüşlerin uygulamaya sirayet etmemiş olduğı ve bu sebeple salt estetik amaçlı tıbbi müdahalelerdeki beden tasarrufu sınırının bir başvuruya konu olmadığı ihtimalini akıllara getirmektedir.

Estetik tıbbi müdahaleler bağlamında fiziksel görünümü belirleyebilme; vücudu özgürce şekillendirebilmeye ilişkin hukuki menfaatin yanında, estetik tıbbi müdahalelere fiilen erişilebilme talebi açısından da değeriendirilebilir. Estetik cerrahiye erişimin ele alındığını tespit edebildiğimiz tek başvurunun başvurucusu, mahpus olmadan önce tek gözünü kaybetmiş bir kişidir ve göz çukuru ile ilgili problemler yaşamaktadır.⁴³⁴ Başvurucu, devletin özgürlüğünden mahrum bırakılmış kişiler bakımından özel bir sorumluluğı olduğunu belirterek özellikle tıbbi bakıma erişme hakkına işaret etmiştir.⁴³⁵ Başvurucu, cezaevi hastanesinin onun olacağı kompleks ameliyat için gerekli olanağı sahip olmadığını ve dışarıdaki farklı hastanelerde yapılacak olan tedavinin uzun yıllar boyunca reddedildiğini ileri sürmüştür.⁴³⁶ Yapılacak ameliyatın aciliyetinin birçok uzman tarafından dile getirilmesine rağmen yetkililerin geçersiz gerekçeler sunarak gerekli adımları atmadığı da yine başvuran tarafından beyan edilmiştir.⁴³⁷ Mahkeme yaptığı değeriendirme sonrasında; sağ göz çukuru için acil ve gerekli olan tedavinin 1998'den 2004'e kadar sağlanmamasının sonucu olarak başvurucunun uzunca bir süre kayda değeri bir acı çekmeye terk edildiğini ve böylece yetkililerin etkili tıbbi tedavi sağlamaya yönelik yükümlölüklerini ihlal ettiğini tespit etmiş ve madde 3'ün

⁴³³ Bkz.: Shahvisi- Earp, a.g.e., s. 7

⁴³⁴ *Wenerski v. Poland*, App. No: 44369/02, Judgment of ECHR, 20/01/2009, para. 6 ve 56

⁴³⁵ *Wenerski v. Poland*, App. No: 44369/02, Judgment of ECHR, 20/01/2009, para. 51

⁴³⁶ *Wenerski v. Poland*, App. No: 44369/02, Judgment of ECHR, 20/01/2009, para. 52

⁴³⁷ *Wenerski v. Poland*, App. No: 44369/02, Judgment of ECHR, 20/01/2009, para. 53

ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁴³⁸ Sıra tamamlayıcı/ ek plastik cerrahiye geldiğinde Mahkeme, bu işlemin salt estetik karakter taşıdığının tespit edildiğini ve böylesi bir tedavinin ilgili kişinin statüsüne bakılmaksızın ulusal sosyal güvenlik programı tarafından karşılanmadığını not ederek madde 3 bakımından herhangi bir meselenin doğmadığına karar vermiştir.⁴³⁹ Görüldüğü üzere, Mahkeme tıbbi tedaviye erişim açısından korunmasız konumda olduğunu kabul ettiği mahpuslar⁴⁴⁰ için dahi estetik ameliyata erişememenin bir hak ihlali doğurmadığını ifade etmiştir. Ancak dikkatlerden kaçmaması gereken husus, olayın sadece belli bir şiddet eşiği gerektiren madde 3 açısından ele alınmış olduğudur. Madde 3 bakımından ihlal teşkil etmeyen bir durumun madde 8 bakımından farklı sonuç doğurması olasıdır. Ancak, ne yazık ki, Mahkeme salt estetik karakter taşıyan ameliyata erişimi başvuranın şikayetine paralel olarak sadece madde 3 başlığı altında değerlendirmiş; madde 8 kapsamında ise haberleşmenin ihlali ile ilgili başka bir meseleyi incelemiştir.

Fiziksel görünümü belirleyebilmede özel bir önem arz eden estetik tıbbi müdahaleler, belki de serbestçe gerçekleştirilebildiklerinden, Strasbourg Organlarınca neredeyse hiç incelenmemiştir. Estetik tıbbi müdahaleye erişim konusunda tespit edebildiğimiz tek kararda da estetik tıbbi müdahaleye özel hayata saygı hakkı kapsamında özel bir önem atfedilmediği görülmüştür.

c. Transseksüel Bireylere Yönelik Cinsiyet Değiştirme Ameliyatları⁴⁴¹

“Transseksüel” ifadesi, fiziksel olarak bir cinsiyete aitken diğer cinsiyete ait olduğuna inanan kişiler için kullanılmaktadır. Transseksüeller, genellikle, fiziksel özelliklerini psikolojik yapılarına uyumlu hale getirmeye yönelik tıbbi tedavi ve cerrahi işlemler vasıtasıyla “daha bütüncül, belirli bir kimliğe” (“*more integrated, unambiguous identity*”) erişmeyi arzu etmektedirler.⁴⁴²

⁴³⁸ *Wenerski v. Poland*, App. No: 44369/02, Judgment of ECHR, 20/01/2009, para. 64-65

⁴³⁹ *Wenerski v. Poland*, App. No: 44369/02, Judgment of ECHR, 20/01/2009, para. 66

⁴⁴⁰ *Wenerski v. Poland*, App. No: 44369/02, Judgment of ECHR, 20/01/2009, para. 61

⁴⁴¹ Eleştirilmeye müsait olan “cinsiyet değiştirme ameliyatları” ifadesi yerine kullanılabilecek diğer ifadeler hakkında fikir vermesi açısından bkz.: <http://kaosgl.org/sayfa.php?id=26978> (Erişim Tarihi: 22.04.2019)

⁴⁴² *Rees v. The United Kingdom*, App. No: 9532/81, Judgment of ECHR, 17/10/1986, para. 38

Cinsiyet değiştirmeye yönelik tıbbi müdahaleler dış görünüş açısından çok ciddi etkilere sahiptir. Cinsiyet değiştirmeye yönelik cerrahi işlemler genital cerrahi, meme/göğüs cerrahisi ile ilk iki gruba dahil olmayan yağ aldırma, yağ dolgusu, yüz feminizasyonu, tiroid kıkırdağı küçültme, kalça büyütme, saç rekonstrüksiyonu, ses cerrahisi ve diğere estetik yöntemleri kapsayabilmektedir. Cinsiyet değiştirme ameliyatlarının estetik cerrahiye mi yoksa rekonstrüktif cerrahiye mi dahil edilmesi gerektiğı sorusu hem felsefi hem de finansal açıdan önem arz etmektedir. Estetik veya kozmetik cerrahinin genellikle tıbben gerekli olmadığı kabul edildiğinden masrafların tamamı hasta tarafından karşılanmaktadır. Aksine, rekonstrüktif işlemlerin tıbben gerekli olduğu farz edilerek bunlara ilişkin masraflar kısmen veya tamamen ulusal sağık sistemleri ya da sigorta şirketleri tarafından karşılanmaktadır. Ancak plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanında hangi işlemin tamamen estetik cerrahiye veya tamamen rekonstrüktif cerrahiye dahil olduğu konusunda bir netlik bulunmamaktadır. Bu durum hem cinsiyete ilişkin ameliyatlar hem de diğere ameliyatlar için geçerlidir.⁴⁴³ AİHM cinsiyet değiştirmeye ilişkin ameliyatların estetik cerrahiye mi yoksa rekonstrüktif cerrahiye mi dahil olduğu konusunda, tespit edebildiğimiz kadarıyla, açık bir ayırım yapmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin transseksüalite ve cinsiyet değiştirme ameliyatları konusunda pek çok içtihadı bulunmaktadır. Cinsiyet değiştirmeyi konu alan ilk içtihatlar yeni cinsel kimliğin hukuken tanınması meselesine ilişkindir.⁴⁴⁴ İlk

⁴⁴³ E. Coleman - W. Bocking - M. Botzer- vd., "Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People" **International Journal of Transgenderism**, Vol: 13:4, Version 7, 2012, DOI: 10.1080/15532739.2011.700873, s. 200-201.

⁴⁴⁴ *Rees v. Birleşik Krallık*, AİHM'in ilk dönem içtihatlarının pilot davasıdır. Ameliyatla erkek cinsiyetinin fiziksel özelliklerine kavuşan, ismini değiştiren ve fakat doğum belgelerindeki biyolojik cinsiyet bilgilerini tüm taleplerine rağmen değiştirmeyen başvuru konuyu AİHM önüne getirmiştir. AİHM, Sözleşmeciler Devletler'in ulusal hukuklarının "transseksüellerin yeni cinsiyetlerine uygun bir statü sağlanması" bakımından yeknesaklık oluşturmadığını ve bu sebeple devletlerin geniş takdir yetkisine sahip olduğunu ifade ederek somut vakada madde 8'e müdahale teşkil eden bir durumun bulunmadığına hükmetmiştir. Benzer şekilde *Cossey v. Birleşik Krallık* başvurusunda şikayet konusu, ameliyat geçiren ve ismini değiştiren başvuranın doğum belgelerindeki bilgilerinin yeni cinsiyetine göre değiştirilmemesidir. AİHM; devletlerin transseksüellerin doğum belgelerinde yer alan bilgilerini yeni cinsiyetlerine göre değiştirmek şeklinde bir pozitif yükümlülüklerinin olmadığını, bu konuda Sözleşmeciler Devletler arasında çok az bir ortak payda bulunduğunu ve bu sebeple devletlerin bu konudaki takdir yetkisinin geniş olduğunu belirtmiştir. Fakat belirtmek gerekir ki, Mahkeme bu iki kararda da transseksüellerin sorunlarının ve yaşadıkları stresin farkında olduklarını ve "Sözleşme'nin günün koşullarında yorumlanması ve uygulanması gerektiğı ilkesi" uyarınca bilimsel ve sosyal gelişmeler ışığında transseksüellere ilişkin mevzuatın gözden geçirilmesi gerektiğini ifade ederek söz konusu taleplerin madde 8 kapsamında değerlendirilmesine açık kapı bırakmıştır. İlk dönem içtihatlardan sayılan diğere bir başvuru ise *B. v. Fransa* isimli başvurudur. Bu başvurunun konusu, nüfus kütüğünde ve diğere resmi belgelerde yer alan cinsiyet bilgisinin yeni cinsiyete göre değiştirilmemesidir. Mahkeme, bu başvuru için verdiği kararında önceki içtihatlardan dönmek için bir sebep görememiştir. Fakat başka nedenlerle madde 8 ihlali tespit etmiştir. Son olarak *Sheffield v*

dönem içtihatlarında cinsel kimliğin hukuken tanınması meselesi ele alınsa da *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık*⁴⁴⁵ kararına kadar yeni cinsel kimliğin hukuken tanınmasına yönelik hukuki menfaatin özel hayata saygı hakkı kapsamında korunması mümkün olmamıştır.⁴⁴⁶

*A.P., Garçon, Nicot v. Fransa*⁴⁴⁷ kararında Mahkeme; şimdiye kadarki kararlarında cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmiş “transgender”ların cinsel kimliklerinin hukuken tanınması meselesine yer verildiğini, ancak bu durumdan cinsiyet değiştirmeye yönelik tedaviyi olmamış olan ya da bunu arzu etmeyen “transgender”ların cinsel kimliklerinin hukuken tanınması meselesinin madde 8 kapsamı dışında kaldığı sonucunun çıkarılmaması gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁴⁸ Başvuru konusu olayların yaşandığı zaman diliminde Fransız hukuku, cinsel kimliği hukuken tanımak için ilgili kişinin cinsel kimlik bozukluğundan muzdarip olduğunu ve dış görünüşünü geri döndürülemez biçimde değiştirdiğini ispat etmesini şart koşmaktadır. Olayda, ikinci ve üçüncü başvurusunun talepleri bu şartın yerine getirilmemiş olduğundan bahisle reddedilmiştir. Bu sebeple başvurucular, devletin

Horsham v. Birleşik Krallık isimli başvuru da yeni cinsiyetin doğum belgelerine yansıtılması talebine ilişkindir. AİHM önceki içtihatlarında olduğu gibi bu konuda bir konsensüs oluşmadığını söylemiştir. Ayrıca tıbbi anlamda çok fazla bir gelişme yaşanmadığını ve cinsiyet değiştirme ameliyatlarının karşı cinsin tüm biyolojik özelliklerini sağlamadığını ifade etmiştir. Sonuç olarak doğum bilgilerinin yeni cinsiyete göre değiştirilmesi şeklinde bir pozitif yükümlülüğün bulunmadığına kanaat getirmiştir. Bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 215-217.

⁴⁴⁵ *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, App. No: 28957/95, Judgment of ECHR (GC), 11/07/2002

⁴⁴⁶ *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* başvurusunda başvuru, ameliyat sonrası yeni cinsiyetinin hukuken tam olarak tanınmamasından şikayetçidir. Şikayetçi olunan durum, emeklilik yaşı ile toplu taşıma araçlarından ücretsiz yararlanabilme yaşı bakımından önem arz etmektedir. Mahkeme, konuyu pozitif yükümlülükler açısından ele almıştır. Mahkeme bu konuda cinsiyet değiştirme ameliyatı ile yeni cinsiyetin tüm özelliklerinin kazanılamadığını, kromozomların cinsel kimliği belirleyen tek faktör olmaması gerektiğini, transseksüelliğin uluslararası alanda kabul edilen bir tıbbi durum olduğunu, transseksüelliğin sosyal ve hukuki açıdan kabulüne yönelik uluslararası bir eğilimin var olduğunu, “*transseksüellerin arada kalmış durumunun artık sürdürülemeyeceğini*”, “*bireylerin büyük kişisel bedel karşılığı seçtikleri cinsel kimliklerine göre onur içinde yaşamalarına toplumun tolerans göstermesinin beklendiğini*”, transseksüel bireylere ilişkin hukuki durumun artık devletlerin takdir yetkisi içinde değerlendirilemeyeceğini, “*zira transseksüellerin hukuken kabul görmeleri karşısına korunacak ağırlıkta bir kamu yararının bulunmadığını*” ifade etmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, madde 8’in ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 217-219. Benzer değerlendirmeler içeren aynı tarihli bir başka karar için bkz.: *I. v. The United Kingdom*, App. No: 25680/94, Judgment of ECHR (GC), 11/07/2002. Ayrıca bkz.: *Grant v. The United Kingdom*, App. No: 32570/03, Judgment of ECHR, 23/05/2006

⁴⁴⁷ *A.P., Garçon and Nicot v. France*, App. No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, Judgment of ECHR, 06/04/2017

⁴⁴⁸ *A.P., Garçon and Nicot v. France*, App. No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, Judgment of ECHR, 06/04/2017, para. 94

özel hayata saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiğini iddia etmiştir.⁴⁴⁹

Mahkeme’ye göre ilk olarak, cinsel kimliğin tanınması için dış görünüşte geri dönüşü olmayan değişiklik yapılması şartını arayan Fransız hukukunun böylesi bir tanımayı üreme yeteneğinden yoksun bırakıcı ameliyat ya da tedavi olma şartına bağlayıp bağlamadığı noktasında inceleme yapılmalıdır.⁴⁵⁰ Değerlendirmesi sırasında AİHM, kullanılan terimlerdeki muğlaklığa dikkat çekmiştir. Mahkeme’ye göre “dış görünüş” ifadesi daha yüzeysel bir değişimi çağrıştırırken “geri döndürülemez” ifadesi kısırlık kavramını da akla getiren daha radikal bir dönüşüme işaret etmektedir. Mahkeme’ye göre fiziksel bütünlük söz konusu olduğunda muğlaklık sorun yaratmaktadır.⁴⁵¹ Yaptığı değerlendirme sonucunda AİHM, Fransız hukukunun “transgender” bireyin cinsel kimliğinin hukuken tanınmasını kısırlaştırma ameliyatı şartına veya yoğunluğu ve mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda yüksek ihtimalle kısırlaştırma sonucu doğuracak tedavi şartına bağlı kıldığı kanaatine varmıştır.⁴⁵² Kararın ilerleyen bölümünde, cinsel kimliğinin tanınması için kişiye dış görünüşünü geri döndürülemez şekilde değiştiren ameliyatı veya tedaviyi kabul etmekten başka şans tanınmamasının o kişinin kısırlaştırılması gerektiği anlamına geldiği tekrar belirtilmiştir.⁴⁵³ AİHM’e göre; cinsel kimliğin tanınması için kısırlaştırmaya neden olan veya büyük ihtimalle neden olacak olan bir ameliyat veya tedavi olma şartının konulması demek, bu yönde bir tedavi veya ameliyatı istemeyen “transgender” bireyin özel hayata saygı hakkından tam olarak yararlanabilmesi için fiziksel bütünlük hakkından tam olarak yararlanmaktan feragat etmesi gerekiyor demektir.⁴⁵⁴ Neticede, Fransa’nın bu hususta menfaatler arası adil bir denge kuramadığından hareketle ihlal kararı verilmiştir.⁴⁵⁵ İlgili kişilerin akıl hastası olarak damgalanmasına

⁴⁴⁹ A.P., *Garçon and Nicot v. France*, App. No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, Judgment of ECHR, 06/04/2017, para.100

⁴⁵⁰ A.P., *Garçon and Nicot v. France*, App. No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, Judgment of ECHR, 06/04/2017, para. 116

⁴⁵¹ A.P., *Garçon and Nicot v. France*, App. No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, Judgment of ECHR, 06/04/2017, para. 117

⁴⁵² A.P., *Garçon and Nicot v. France*, App. No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, Judgment of ECHR, 06/04/2017, para. 120

⁴⁵³ A.P., *Garçon and Nicot v. France*, App. No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, Judgment of ECHR, 06/04/2017, para. 126

⁴⁵⁴ A.P., *Garçon and Nicot v. France*, App. No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, Judgment of ECHR, 06/04/2017, para. 131

⁴⁵⁵ A.P., *Garçon and Nicot v. France*, App. No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, Judgment of ECHR, 06/04/2017, para. 135. Kısırlaştırma şartının değerlendirildiği bir başka karar Y.Y. v. *Türkiye* kararıdır. Olayda başvuru, cinsiyet değiştirme ameliyatı olabilmek için başvuruda bulunmuş ve fakat Medeni

neden olmasından ötürü insan onuruna aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilen cinsel kimlik bozukluğunu ispat etme şartı konusunda da değerlendirme yapan AİHM; devletin bu konuda takdir marjının geniş olduğunu ve olayda çatışan menfaatlerin dengelendiğini ifade etmiş, bu hususun madde 8 ihlali oluşturmadığına karar vermiştir.⁴⁵⁶

A.P., Garçon, Nicot v. Fransa kararı; başvuru konusunun dış görünüşle sıkı bir bağlantı içermesine rağmen, Mahkeme'nin dış görünüşe hukuki menfaat olarak bir ağırlık vermemesi bakımından dikkat çekicidir. AİHM, dış görünüşte geri dönülmez değişiklik şartını kısırlaştırmaya sebebiyet vermesi nedeniyle incelemiş ve dış görünüşe, olaydaki vurgusuna rağmen, bir değer atfetmemiştir. Kararda ön plana çıkarılan hukuki menfaatler fiziksel bütünlük ile cinsel kimlik olmuştur.

Cinsel kimliğin hukuken tanınmasına ilişkin yakın tarihli bir başka karar *S.V. v. İtalya*⁴⁵⁷ kararıdır. Söz konusu başvuruda İtalyan yetkililer; kadın dış görünüşüne sahip “transgender” bireyin isim değiştirme talebini, başvuranın cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmemiş olması ve cinsiyet değişimini onaylayan nihai yargı kararının verilmemiş olması sebebiyle reddetmiştir. Her ne kadar Roma Bölge Mahkemesi 2001 yılında başvurana ameliyat olmak için yetki vermiş olsa da dönemin yasaları

Kanun'un 40. maddesinde yer alan üreme yeteneğinden yoksun olma şartını taşımaması nedeniyle başvurusu reddedilmiştir. Bu sebeple başvuru Medeni Kanun'un 40. maddesinin içeriğini ve yorumlanışını eleştirmiştir. Başvurucuya göre, bu ameliyata erişmenin imkansızlığı cinsel kimlik algısı ile biyolojik gerçek arasındaki uyumsuzluğun çözümünden daimi olarak mahrum bırakılma anlamına gelmektedir. Mahkeme, koşulsuz şekilde cinsiyet değiştirme ameliyatı hakkı olmadığını belirtse de transgenderizmin uluslararası alanda kabul gören, ilgili kişilere yardım için tedaviyi garanti eden/ gerektiren bir tıbbi durum olduğunu ifade etmiştir. Çoğu sözleşmecî devlet, bu durumu kabul etmekte ve geri dönüşü olmayan cinsiyet değiştirme ameliyatları da dahil olmak üzere tedaviye izin vermekte veya tedavi sağlamaktadır. Mahkeme'ye göre başvuru talebinin reddi, cinsel kimliğe ve kişisel gelişime ilişkin hakka inkar edilemez bir şekilde etki etmektedir. Bu sebeple özel hayata saygı hakkına müdahale olduğu tespit edilmiştir. AİHM müdahalenin ihlal teşkil edip etmediğini tespit etmek için hukukilik ve sınırlama ölçütlerine uygunluk incelemesi yaptıktan sonra asıl değerlendirmesini yaptığı demokratik toplumda gereklilik incelemesine geçmiştir. Devletlerin takdir yetkisinin kimlik söz konusu olduğunda dar olacağına değindikten sonra Mahkeme; başvurunun, kendi kaderini tayin etmenin temellerinden biri olan kişinin cinsel kimliğini belirleme hakkını doğrudan ilgilendirdiğini beyan etmiştir. Bazı sözleşmecî devletlerin son dönemlerde cinsiyet değiştirmeye ilişkin yasa veya uygulamalarını üreme yeteneğinden yoksunluk şartını çıkaracak şekilde değiştirdiklerini de göz önünde bulundurmıştır. AİHM, fiziksel bütünlüğe saygının kişiyi kısırlaştıracak bir tedaviye zorlanmasına engel olduğunu beyan etmiştir. Başvurucunun talebinin reddinin demokratik toplumda gerekli olmadığı kanaatine varmıştır. Neticede, yerel makamların yıllarca başvuranın cinsiyet değiştirme ameliyatı talebini reddetmesi madde 8 ihlali sonucunu doğurmuştur. Bkz.: *Y.Y. v. Turkey*, App. No:14793/08, Judgment of ECHR, 10/03/2015, para. 17, 19, 21,44, 65, 66, 101, 102, 111, 118, 119, 121, 122.

⁴⁵⁶ *A.P., Garçon and Nicot v. France*, App. No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, Judgment of ECHR, 06/04/2017, para. 136, 143, 144.

⁴⁵⁷ *S.V. v. Italy*, App. No: 55216/08, Judgment of ECHR, 11/10/2018

gereği yerel mahkeme ameliyatın yapıldığını teyit edene ve cinsel kimliğe ilişkin nihai kararını verene kadar başvuranın ismini değiştirmesi mümkün olmamıştır. AİHM, bu durumun madde 8'i ihlal ettiği kanaatindedir. Başvuranın cinsiyet değiştirme sürecini tamamlamamış olması sebebiyle iki yılı aşkın süre boyunca ismini değiştirememesi, devletin pozitif yükümlülüklerine aykırı bulunmuştur. Zira cinsel kimliğin tanınmasına ilişkin yargısal prosedürlerin esnek olmayan yapısı, fiziksel görünüşü ve sosyal kimliği uzun süredir kadın olan başvurucuyu makul olmayan bir süre boyunca savunmasızlığa, aşağılanmaya ve anksiyeteye sebebiyet verebilecek “anormal” bir pozisyonda bırakmıştır.⁴⁵⁸

Transseksüellerin cinsel kimliğinin hukuken tanınması meselesine ilişkin AİHM kararlarında dış görünüşe değinilmektedir. Bu kapsamda yer verilen iki kararın dış görünüşe değinme şekinden dış görünüşün başlı başına korunması gereken bir menfaat olarak ele alınmadığı, bunun yerine merkeze alınan cinsel kimlik ve/veya fiziksel bütünlük kavramlarına ilişkin değerlendirmelerde bir araç olarak kullanıldığı sonucu çıkarılabilir. Neticede denebilir ki, transseksüellerin cinsel kimliklerinin hukuken tanınması noktasında dış görünüş diğer kavramlarının gölgesinde kalmaktadır.

Hukuken tanıma aşaması cinsiyet değiştirmenin sadece bir yönünü oluşturmaktadır. Bununla birlikte, olayın bir de cinsiyeti değiştirebilme aşaması bulunmaktadır. Cinsiyet değiştirmek hukuken mümkün olsa dahi cinsiyet değiştirmeye yönelik tıbbi müdahalelere fiilen erişebilmek her zaman için mümkün olmayabilmektedir. Tek amaç ve sonucu olmasa da dış görünüşü değiştirme amacı ve sonucu da taşıyan cinsiyet değiştirme ameliyatlarına erişim konusunu ele alan AİHM içtihatlarının bir hukuki menfaat alanı olarak dış görünüş tercihlerine karşı tutumu, bu tercihlerin AİHS sistemindeki konumunun değerlendirilmesinde yol gösterici olabilir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, Mahkeme'ye göre koşulsuz şekilde cinsiyet değiştirme ameliyatı hakkı bulunmamaktadır. Bununla birlikte Mahkeme; transgenderizmin uluslararası alanda kabul gören, ilgili kişilere yardım için tedaviyi garanti eden/ gerektiren bir tıbbi durum olduğunu ifade etmiştir. Çoğu sözleşmeci

⁴⁵⁸ Gender Identity Issues, Fact Sheet, ECHR Press Unit, October 2018, s. 7

devletin bu durumu kabul etmekte olduğu ve geri dönüşü olmayan cinsiyet değiştirme ameliyatları da dahil olmak üzere tedaviye izin vermekte veya tedavi sağlamakta olduğu da not edilmiştir.⁴⁵⁹

AİHM; cinsiyet değiştirmeye yönelik ameliyatlara erişim noktasında devletlerin pozitif yükümlölüklerinin sınırlarını, bu tip ameliyatların masraflarının sigorta şirketleri tarafından karşılanmasına yönelik tedbirlerin alınması ile bu ameliyatlara erişmeyi mümkün kılacak hukuki düzenlemelerin yapılması açısından inceleme şansı bulmuştur.

*Van Kück v. Almanya*⁴⁶⁰ isimli başvurunun transseksüel olan başvurucusu, hormon tedavisi masraflarının sağlık sigortası şirketince karşılanmaması üzerine şirketi dava etmiştir. Bununla birlikte, henüz gerçekleşmemiş olan cinsiyet değiştirme ameliyatının masrafının yarısından sigorta şirketinin sorumlu olduğuna dair tespit davası açmıştır. Berlin Bölge Mahkemesi bilirkişinin beyanlarını hatalı yorumlayarak ve hormon tedavisi ve cinsiyet değiştirmenin “gerekli tıbbi tedavi” olmadığı sonucuna vararak talepleri reddetmiştir. Temyiz mahkemesi ise transseksüel bireyin dava konusu duruma kasten kendisinin neden olduğunu ima ederek bir önceki kararı onamıştır. Bu arada başvuru yargılama sonucunu bekleyemeden ameliyat olmuştur. AİHM olayı ilk olarak madde 6 bakımından ele almıştır. Mahkeme, cinsiyet değiştirmenin bir transseksüel için tıbben gerekli olup olmadığı değerlendirmesinin hukuki bir mesele olmadığını ifade etmiştir. Bununla birlikte, cinsel kimliğin özel hayatın en mahrem alanlarından biri olduğ; geri dönüşü olmayan tıbbi işlemler de dahil olmak üzere, tedavinin tıbben gerekli olduğ noktasında kişinin ispat yükü altına sokulmasının makul olmadığı ve orantısız olduğ belirtilmiştir. Mahkeme ayrıca cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaya yönelik kararın keyfilik veya değerşkenlik içermeyeceğini belirtmiştir. Bu noktada başvurunun halihazırda cinsiyet değerşikliğini tamamlamış olduğ da not edilmiştir. Öte yandan, transseksüelliğin sebebinin sorgulanması da makul ve uygun bulunmamıştır. Zira hem transseksüelliğin nedenini ortaya koyabilecek net bir bilimsel bilgi bulunmamaktadır hem de mahkemeler bu konuyu ele almak için gerekli bilgiye ve yeterli uzmanlığa sahip değerildir. Sonuç olarak, cinsiyet değerştirmenin tıbben gerekli olup olmadığına ve başvuranın transseksüelliğinin nedenine ilişkin kararın adil

⁴⁵⁹ *Y.Y. v. Turkey*, App.No: 14793/08, Judgment of ECHR, 10/03/2015, para. 65

⁴⁶⁰ *Van Kück v. Germany*, App. No: 35968/97, Judgment of ECHR, 12/06/2003

yargılanma ilkeleriyle uyumlu olmadığı ifade edilmiş ve madde 6/1 için ihlal tespit edilmiştir. Sıra madde 8 incelemesine geldiğinde ise AİHM, kişinin “*kendini kadın olarak tanımlama özgürlüğü*”nün kendi kaderini tayin etmenin en önemli sonuçlarından biri olduğunu ifade etmiştir. Buradaki asıl konu, mahkeme kararlarının özel hayata saygı hakkı kapsamında bulunan “cinsiyetini belirleme hakkı”na etkisidir. Somut vakada başvurandan transseksüel yöneliminin varlığını ve durumunun “*hormon tedavisiyle cinsiyet değiştirme ameliyatı gerektiren bir hastalık derecesinde olduğunu*” ispat etmesi ile -transseksüelliğin doğası ve gerçek sebebi net olmamasına rağmen- transseksüelliğinin gerçek mahiyetini göstermesi istenmiştir. Böylece, özel sağlık sigorta şirketi ile transseksüel birey arasındaki menfaat dengesi bozulmuştur. Mahkeme madde 8’in ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁶¹

Konu ile ilgili olan bir diğer başvuru *Schlumpf v. İsviçre*⁴⁶² başvurusudur. Bu olayda başvurucu, çocukluğundan beri cinsel kimliğiyle ilgili sorunlar yaşamasına rağmen eşi vefat edene kadar erkek olarak yaşamış bir transseksüeldir. Başvuran, eşinin vefatından sonra kadın olmak için tedaviye başlamış ve ameliyat için şartların oluştuğuna dair bir sağlık raporu almıştır. Bunun üzerine, cinsiyet değiştirme ameliyatının masrafını karşılaması için sağlık sigortası şirketine başvurmuştur. Fakat başvurusu reddedilmiştir. Red kararının gerekçesini cinsiyet değiştirme ameliyatlarının masrafının karşılanabilmesi için “*ilgili kişinin iki yıl süreyle psikiyatrik ve endokrinolojik tedavi görerek gözlenmesi neticesinde karar verilebilen gerçek bir transseksüellik halinin mevcudiyeti*” şartını arayan Federal Sigorta Mahkemesi içtihadı oluşturmaktadır. Sonrasında olay Federal Mahkeme’nin önüne gelmiştir. Federal Mahkeme 2 yıllık zorunlu süre şartını hatırlatarak başvurunun bu şartı yerine getirmediğinden bahisle talebi reddetmiştir. AİHM, *van Kück v. Almanya* kararındaki gibi, cinsiyet değişiminin bir transseksüel için tıbben gerekli olup olmadığı değerlendirmesinin hukuki nitelikte olmadığını belirtmiştir. Bilirkişinin mütalaasının dinlenmemesini, başvuranın transseksüelliği konusunda bir ihtilaf olmaması karşısında orantısız bulan AİHM madde 6/1’in ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Sonrasında AİHM, madde 8 incelemesine geçmiştir. Bu noktada özel hayatın cinsel kimliğin farklı hallerini kapsayabileceğini, davaya konu meselenin özel hayatın en mahrem yönlerinden biri olduğunu, bu alanda devletin

⁴⁶¹ SPoD, **LGBT Davaları: AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları**, 1. Baskı, SPoD Hukuk ve Adalete Erişim Kitaplığı 1, İstanbul, Kasım 2012, s. 47-48

⁴⁶² *Schlumpf v. Switzerland*, App. No: 29002/06, Judgment of ECHR, 08/01/2009

takdir marjının çok dar olduğunu ifade etmiştir. AİHM, başvurunun cinsiyet geçişinde geç kalmasının ailevi kaygılarla açıklanabileceğini belirterek bu sebeple cinsiyet değiştirmenin esas mahiyetinin sorgulanmaması gerektiğini ifade etmiştir. Başvuranın 67 yaş gibi ileri bir yaşta olduğunu ve bir an önce ameliyat olmasının başvuranın lehine olacağını belirten tıbbi beyanları göz ardı eden İsviçre'nin iki yıl kuralını katı bir biçimde uyguladığı değerlendirmesini yapan AİHM olayda madde 8'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁴⁶³

*L.v. Litvanya*⁴⁶⁴ kararında ise cinsiyet değiştirme ameliyatına fiilen erişebilme bahsinde hukuki düzenlemeler ele alınmıştır. Aslında Litvanya'da sadece cinsiyetin değil, buna bağlı medeni durumun da değişimine hukuki tanıma sağlanmaktadır. Ancak tam cinsiyet değiştirme ameliyatının hukuken düzenlenmemiş olması sebebiyle, diğer bir deyişle ilgili yasada boşluk olması sebebiyle, böylesi bir yasa çıkarılana kadar Litvanya'da uygun tıbbi tesislere erişim veya bunlardan yararlanma makul surette mümkün gözükmemektedir. Kısmi cinsiyet değiştirme ameliyatı geçiren ve bazı önemli belgeleri yeni cinsiyetine göre düzenlenen başvuru, bu sebeple ameliyat öncesi ara bir konumda kalmıştır. Zira cinsiyet değiştirme ameliyatı tamamlanana kadar başvurunun “şahsi kodu” değiştirilemediği için başvuru özel hayatının bazı alanlarında, yurt dışına seyahat veya iş olanakları gibi, eski cinsiyetinin bilgilerini taşımak durumunda kalmaktadır.⁴⁶⁵ AİHM, başvuranın kısmi cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirdiğini belirterek sürecin şahsi olarak Litvanya'da ne ölçüde tamamlanabileceğinin meçhul olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre kısa vadeli bir çözüm olarak başvuranın geriye kalan ameliyatları yurtdışında tamamlaması ve ameliyatların kısmen ya da tamamen Devlet tarafından finanse edilmesi söz konusu olabilir.⁴⁶⁶ Yasal boşluk, başvuru özel hayatı ve gerçek kimliğinin tanınması bakımından kaygı verici bir belirsizlik içinde bırakmaktadır. AİHM'e göre kamu sağlığı hizmetleriyle ilgili bütçesel sınırlamaların transseksüel bireylerin Medeni Kanun'da yer alan haklarının uygulamasına ilişkin başlangıçtaki bazı gecikmeleri meşrulaştırabileceği kabul edilebilir. Ancak ilgili hükümlerin yürürlüğe girmesinin ve gerekli yasanın hazırlanmasına rağmen yasalaşmamasının üzerinden dört yıldan fazla süre geçmiştir. Resmi olmayan tahminlere göre

⁴⁶³ SPoD, **a.g.e.**, s. 52-53

⁴⁶⁴ *L. v. Lithuania*, App. No: 27527/03, Judgment of ECHR, 11/09/2007

⁴⁶⁵ *L. v. Lithuania*, App. No: 27527/03, Judgment of ECHR, 11/09/2007, para. 57

⁴⁶⁶ *L. v. Lithuania*, App. No: 27527/03, Judgment of ECHR, 11/09/2007, para. 58

Litvanya’da yaklaşık olarak 50 transseksüelin var olduğu göz önünde bulundurulduğunda, devletin üzerindeki mali yükün çok aşırı olduğu söylenemeyecektir. Böylece Mahkeme, başvuranın yararı ile kamu menfaatinin adil bir şekilde dengelenemediği sonucuna varmıştır.⁴⁶⁷ Neticede madde 8’in ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.⁴⁶⁸ Cinsiyet değiştirme ameliyatına erişimi düzenleyen hukuki düzenlemelerin yapılamaması pozitif yükümlülüklerin ihlali sonucunu doğurmuştur.⁴⁶⁹ Verilen karar hem bu yönüyle hem de yurtdışında yapılabilecek ameliyatların masraflarının kısmen veya tamamen devlet tarafından finanse edilmesi önerisini içermesi bakımından oldukça önemlidir.

Cinsiyet değiştirme ameliyatlarına erişim konusunda devlete bazı pozitif yükümlülükler yükleyen bu kararlar dış görünüşe önem atfetmemektedir. Bununla birlikte, bu kararların estetik müdahalelere erişim konusunda devletlere pozitif yükümlülükler yükletilmesinde kıyasen etkili olabileceği ihtimali akıllara gelebilir. Bu ihtimalin, cinsiyet değiştirmeye ilişkin kararların gerekçelendirilmesinde kullanılan ve estetik ameliyatlara erişmeye yönelik hukuki menfaati de temellendirebilecek olan “kendi kaderini tayin etme”, “fiziksel bütünlük”, “fiziksel ve sosyal kimlik” ve “kişisel otonomi” gibi kavramlara verilen ağırlık oranında artması beklenebilir. Ne var ki transseksüelliğe ilişkin hukuki tartışmaların temel karakteristiğini oluşturan “cinsel kimliğin” estetik müdahalelerle her zaman bağlantısı olmayabilmektedir. Bu durum iki mesele arasında kıyasa dayalı yorum yapmayı güçleştirmektedir.

d. İnterseks Bireylere Yönelik Cinsiyet Atama Ameliyatları⁴⁷⁰

İnterseks kavramı;⁴⁷¹ kişinin doğuştan gelen cinsiyetinin kromozomlar (XX/XY), hormonlar (östrojen/androjen), gonadlar (yumurtalık/testis), genital

⁴⁶⁷ *L. v. Lithuania*, App. No: 27527/03, Judgment of ECHR, 11/09/2007, para. 59

⁴⁶⁸ *L. v. Lithuania*, App. No: 27527/03, Judgment of ECHR, 11/09/2007, para. 60

⁴⁶⁹ Harris-O’Boyle & Warbrick, **a.g.e.**, s. 537

⁴⁷⁰ Hem interseksüellerin hem de transseksüellerin ameliyatları aynı kelime ile ifade edilmesine rağmen (*gender reassignment surgery*) esasında farklı süreçlere ilişkin olan bu ameliyatların birbirine karıştırılmaması amacıyla bu iki grup ameliyat için çalışmamızda iki farklı terminoloji kullanmayı tercih etmiş bulunmaktayız.

⁴⁷¹ Tıp çevreleri “interseks” terimi yerine genellikle “cinsiyet gelişim bozukluğu” terimini tercih etmektedir. Ancak bu tip bir isimlendirme; interseks bireylerin bedenlerini patolojize ettiği, bu sebeple interseks bireylerin rızaları hilafına “normalleştirilmelerini” sağlayan tıbbi müdahaleleri meşrulaştırdığı ve interseks bireyleri olumsuz olarak damgaladığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu sebeple bazı sağlık görevlileri “cinsiyet gelişim bozukluğu” yerine “cinsiyet gelişim farklılıkları” veya

organlar (klitoris/penis) veya ikincil cinsiyet özellikleri (meme, kıl vs.) gibi cinsiyet göstergeleri ile tam olarak tespit edilemediği çeşitli durumları kapsayan bir terimdir.⁴⁷² Diğer bir deyişle, bu kavram üremeye ilişkin ve cinsel anatominin kadın veya erkeğin tipik özelliklerine uygun olmamasını ifade eder. İnterseksüellik çok çeşitli şekillerde tezahür edebilir. Örnek olarak kadın veya erkek cinsiyetine özgü cinsel organlara tam olarak benzemeyen cinsel organlara sahip olma durumu (önemli derece küçük penis veya büyük klitorise sahip olmak gibi), nadir olmakla birlikte kadın ve erkek cinsiyetine özgü genital organların ikisine birden tam olarak sahip olma durumu ve dış görüntü ile iç organların farklı cinsiyetlere ilişkin özellikler taşıması durumu gösterilebilir.⁴⁷³ Ancak kromozomlara ilişkin interseks çeşitlerinin bazıları dış görünüşe herhangi bir etkide bulunmamaktadır.⁴⁷⁴ Kişinin interseks olduğu bazen doğar doğmaz, bazense hayatının sonraki dönemlerinde anlaşılabilir.⁴⁷⁵

İnterseksüellik genellikle sağlık problemine neden olmamaktadır. Buna rağmen interseks bireyler, dış görünüşlerinin kadın veya erkeklerin dış görünüşüne uydurulması için çoğunlukla çok küçük yaşlarda çeşitli tıbbi müdahalelere maruz bırakılmaktadır.⁴⁷⁶ Atipik genital organları “normalleştirmek” için yapılan estetik ameliyatlar özellikle çocuklar bakımından tartışma yaratmaktadır.⁴⁷⁷

“cinsiyet gelişim değişiklikleri” terimini kullanmayı tercih etmektedir. Bkz.: Dan Christian Ghattas, **İnterseks Bireylerin İnsan Haklarını Savunmak: Nasıl Yardım Edebilirsiniz?**, Çev.: Belgin Günay, Ankara, Ayrıntı Basımevi, Ekim 2016, s. 25, https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/tool_kit_in_turkish.pdf (Erişim Tarihi: 30.01.2019) . “İnterseks” ifadesini kullanmaktan kaçınanlar, bu kavramın bir duruma sahip olan insanları işaret etmekten ziyade damgaladığını düşünmektedir. Bkz.: Martine Cools-Margaret Simmonds- Sue Elford- vd., “Response to the Council of Europe Human Rights Commissioner’s Issue Paper on Human Rights and Intersex People”, **European Urology**, Vol: 70, 2016 s. 408. Görünüşe göre “interseks” ifadesini kullanmak istemeyenler ile bu kavramın yerine kullanılan diğer ifadeleri kullanmak istemeyenler aynı argümana, kullanmak istemedikleri terimin damgalayıcı olduğu iddiasına dayanmaktadır. Tartışmaya konu kavramların yerine önceleri “hermafrodit” terimi kullanılmaktaydı. Cherly Chase, “Hermaphrodites with Attitude: Mapping the Emergence of Intersex Political Activism”, **The Transgender Studies Reader**, Ed.: S. Stryker- S. Whittle, 2006, s.301

⁴⁷²Maayan Sudai, “Revisiting the Limits of Professional Autonomy: The Intersex Rights Movement's Path to De-Medicalization”, **Harvard Journal of Law and Gender**, Vol. 41, Issue 1, Winter 2018, s. 6, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hwlj41&div=4> (Erişim Tarihi: 28.12.2018)

⁴⁷³ Bernard M. Dickens, “Management of Intersex Newborns: Legal and Ethical Developments”, **International Journal of Gynecology and Obstetrics**, Vol: 143, 2018, s. 255

⁴⁷⁴ Intersex, Fact Sheet, Free & Equal United Nations For Lgbt Equality, s. 1, <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/UNFE-Intersex.pdf> (Erişim tarihi: 28.12.2018)

⁴⁷⁵ Ghattas, a.g.e., s. 11

⁴⁷⁶ Human Rights and Intersex People, Issue Paper Published by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Council of Europe, April 2015, s.14

⁴⁷⁷Emma Tunstall- Sarah Kay Moore- Lance Wahlert, “Intersex in the Age of Queer Bioethics: Recommendations on the Fundamentals of Ovotestes Interventions for Intersex Youth”, **SQS**, Vol: 1–2, 2018, s. 5

Doktorlar, çocuğun dış görünüşünün kadın ya da erkek kalıplarına uydurulması için cerrahi de dahil olmak üzere tıbbi müdahalede bulunmayı genellikle tavsiye etmektedir.⁴⁷⁸ Tıbbi tavsiyeden sonra ebeveynler cinsiyet atama ameliyatının yapılmasına genellikle onay vermektedir. Ebeveynlerin kabulüyle, “normal görünümlü” cinsel organlara ve ona uygun ikincil cinsiyet özelliklerine sahip olabilmeleri için çocuklara hormonal ve cerrahi müdahalelerde bulunmaktadır. Ancak çeşitli göstergeler üzerinden (genetik, kromozomal, hormonal vs.) en uygun cinsiyeti bulmaya çalışan doktorlar, “gerçek” cinsiyetin tespitinde belirsizlikler olduğunu kabul etmektedir. Zira söz konusu göstergelerden hiçbirisi ilgilinin cinsiyeti veya cinsel kimliği hakkında net bir öngörü sağlayamamaktadır. Kaldı ki, bebekliğinde veya çocukluğunda cinsiyet ataması ameliyatı geçiren interseks bireylerden bazılarının atanan cinsiyetine uyum sağlayamadığı ve yeni cinsiyetini reddettiği bilinmektedir.⁴⁷⁹

İnterseks bireylere uygulanan ameliyatlar, bunların fiziksel bütünlüğe olan etkisi ve kişinin kendi cinsel kimliğini geliştirmesine imkan vermemesi dolayısıyla eleştirilmiş ve tartışmalara neden olmuştur.⁴⁸⁰

Eleştirilerin odağında; interseksüel bireylerin, özellikle üreme organlarının normal kabul edilen kadın veya erkek üreme organı görünüşüne uymaması sebebiyle, cerrahi müdahale de dahil olmak üzere pek çok ciddi tıbbi müdahaleye maruz bırakılması; oysa interseksüelliğin pek çok zaman sağlık sorunu yaratmaması, yani tıbbi müdahalelerin tıbbi endikasyon içermemesi; buna rağmen yapılan cinsiyet atama ameliyatlarının ciddi yara izi oluşumu, cinsel duyarlılıkta azalma ya da kayıp, üreme yeteneğinde kayıp gibi pek çok yan etki doğurabilme ihtimali taşıması⁴⁸¹ ve tıbbi aciliyet olmamasına rağmen interseks bebek ya da çocukların rızasının alınabileceği zamana kadar beklenmemesi bulunmaktadır. Tüm bu hususlara dayanılarak cinsiyet atama operasyonlarının esasında çocuğun üstün yararı için değil, toplumun beklentilerinin karşılanması ile doktorların ve ebeveynlerin rahatlatılması için yapıldığı ifade edilmektedir.⁴⁸² Öte yandan, kadın sünneti ile interseks bireylere uygulanan ameliyatların benzer nitelikte olduğu da ifade edilmiştir. Bu noktada

⁴⁷⁸ Ghattas, a.g.e., s. 11

⁴⁷⁹ Sudai, a.g.e., s. 7

⁴⁸⁰ Human Rights and Intersex People, s.14

⁴⁸¹ Human Rights and Intersex People, s. 14

⁴⁸² Chase, a.g.e., s. 300; Human Rights and Intersex People, s. 20

cinsiyet atama ameliyatlarına karşı takınılan tavrın kadın sünnetine yönelik olandan farklı olması eleştirilmiştir.⁴⁸³

İnterseks bebeklerin “normal” görünümüne kavuşturulması için ameliyat edilmesi gerektiğini savunanlar ise tıbbi müdahale bakımından “psikososyal aciliyet” bulunduğunu ifade etmektedir.⁴⁸⁴ Diğer bir deyişle erken yaşlarda ameliyat edilmemesi halinde interseks çocukların ileride psikolojik ve sosyal problemler yaşayabilecekleri, bu nedenle tıbbi müdahalenin en kısa zamanda yapılması gerektiği belirtilmektedir. Böylece tıbbi gereklilikten ziyade sosyal ve psikolojik gereklilik ön plana çıkarılmaktadır.

Tıbbi gerekliliği ve geri dönüşü olmayan müdahalelerin interseks bireylerin tıbbi müdahaleye ilişkin karara katılabilecek olgunluğa erişmesine kadar ertelenmesi gerektiği, 1990’lardan itibaren interseks hareketinin gelişmesiyle savunulmaya başlamıştır.⁴⁸⁵ Ancak interseks çocuğun rıza verebilmesi için gerekli yaş sınırı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, tıbbi açıdan makul olması şartıyla genellikle 18 olan rüşt yaşı beklenmelidir. Başka bir görüşe göre ise, ergenlerin ya da ergen öncesi çocukların da rıza vermeye muktedir oldukları artan şekilde kabul edilmektedir.⁴⁸⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin interseks çocuklara uygulanan görüntü “normalleştirici” ameliyatlara ilişkin yerleşmiş bir içtihadının bulunduğu söylenemez. Esasen transseksüellere ilişkin başvurular kapsamında oluşturduğu bu konudaki sınırlı sayıdaki içtihadının çoğunda AİHM, interseksüellikten bir anomali olarak bahsetmiş ve bazı interseks bireylerin onlar için en uygun görünen cinsiyete

⁴⁸³ Bkz.: Chase, a.g.e., s. 310

⁴⁸⁴ A.g.e., s. 302

⁴⁸⁵ Sudai, a.g.e., s. 3; <http://www.isna.org/faq/patient-centered> (Erişim tarihi: 28.12.2018). İnterseks aktivizmi esasında homojen bir görünüm sergilememektedir. İnterseks hareketini şekillendiren üç ana akım bulunmaktadır. Bir grup, interseksüelliğin hastalık olarak kabulünü reddederek interseksüel bireylerin rızaları hilafına “normalleştirici” ve “düzeltici” tıbbi müdahalelere maruz bırakılmasına karşı çıkmakta ve üçüncü bir cinsiyet kategorisinin tanınmasını savunmaktadır. Diğer bir grup ise “normalleştirmeye” yönelik teknolojileri tümüyle reddetmemekte ve fakat bunların kalitesini arttırmayı ve aydınlatılmış rızanın önemini güçlendirmeyi hedeflemektedir. Üçüncü grup ise aslında interseks hakları hareketinin bir parçası sayılmamaktadır. Bu grup, bazı insanların kadın-erkek cinsiyet dikotomisine uygun olarak yaşamak isteyebileceğini ve erken yaşta tedavi edilmekten memnun olabileceğini ifade etmektedir. Bkz.: Sudai, a.g.e., s. 14-19. Bu üç farklı görüş, “interseks” veya ona alternatif terimlere ilişkin terminolojik farklılaşmayla paralellik taşımaktadır.

⁴⁸⁶ Tunstall- Moore- Wahlert, a.g.e., s. 12

geçmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁸⁷ Bu içtihatla, yasal temsilci niteliğindeki annenin 12 yaşındaki çocuğunu onun rızası hilafına psikiyatri servisine yatırmasını ebeveynin velayet hakkını kullanması olarak gören içtihat⁴⁸⁸ birlikte değerlendirildiğinde, en azından şimdilik, interseks çocukların fiziksel bütünlükleri ile cinsel kimliklerinin dahi madde 8 kapsamında korunmadığı söylenebilir. Fiziksel görünümün interseksüellere ilişkin “normalleştirme ameliyatları” bağlamında korunduğunu söylemek ise mümkün değildir. Sadece bedensel görünüş farklılıkları sebebiyle önemli tıbbi müdahalelere maruz bırakılarak görüntüleri de dahil olmak üzere pek çok özellikleri değiştirilen interseks çocuklar konusu gibi önemli bir konuda madde 8 korumasının gelişmemiş olması, interseks haklarına ilişkin hareketin görece yeni olmasından kaynaklanıyor olabilir.

Avrupa coğrafyasında bazı devletlerin -henüz konsensüs oluşturacak seviyeye gelmese de- kadın ve erkeğe ilave olarak 3. cinsiyeti tanınması, ileri bir tarihte AİHM’in bu alandaki içtihadını gözden geçirmesinde etkili olabilir.⁴⁸⁹

Son olarak belirtmelidir ki; interseks bireylerin “*bedenlerini kendilerini rahat hissedebilecekleri duruma göre değiştirmek*” istemeleri halinde tabi olacakları yasal süreç transseksüellere ilişkin olandır.⁴⁹⁰

e. Sünnet

“*Sünnet, penisin uç kısmını örten derinin (prepusium) cerrahi bir işlemle çıkarılmasıdır.*”⁴⁹¹ Erkek sünneti genellikle sağlığa ilişkin, estetik, dini veya sosyal nedenler dolayısıyla yapılmaktadır.⁴⁹² Estetik amaçla gerçekleştirilen sünnetlerin çok

⁴⁸⁷ Bkz.: *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, App. No: 28957/95, Judgment of ECHR (GC), 11/07/2002 para. 82; *I. v. The United Kingdom*, App. No: 25680/94, Judgment of ECHR (GC), 11/07/2002 para. 62; *Van Kück v. Germany*, App. No: 35968/97, Judgment of ECHR, 12/06/2003 para. 82.

⁴⁸⁸ *Nielsen v. Denmark*, App. No: 10929/84, Judgment of ECHR, 28/11/1988, para. 72-73.

⁴⁸⁹ Avrupa coğrafyasında 3. cinsiyeti resmi olarak tanıyan devletler şunlardır: Avusturya, Belçika, Danimarka, Almanya, İrlanda, Malta, Norveç, Birleşik Krallık. Bu bilgiye yer veren çalışma için bkz.: Dickens, a.g.e., s. 257. Çalışmamız hazırlanırken halen yargılama aşamasında olan intersekslere ilişkin bir başvuru için bkz.: *P. v. Ukraine*, App. No: 40296/16, Communicated Case, 05/05/2017

⁴⁹⁰ Ghattas, a.g.e., s.25. İnterseksüellik ve transseksüellik esasen farklı durumlar olduğundan bunların ikisinin de transseksüellik başlığı altında incelenmesi, interseks bireyler bakımından tatmin edici olmayan sonuçlar doğurabilme kapasitesine sahiptir.

⁴⁹¹ Bahattin Aydoğdu- Gülay Aydın Tireli- Oyhan Demirali- vd., “Sünnet Komplikasyonlarında Klinik Deneyimimiz”, *JOPP Dergi*, C.: 3(2), 2011, s. 64

⁴⁹² Julian Savulescu, “Male Circumcision and the Enhancement Debate: Harm Reduction, Not Prohibition”, *Journal of Medical Ethics*, Vol: 39, 2013, s. 416. Ayrıca bkz.: Stephen R. Munzer,

yaygın olmadığı ileri sürülebilir olsa bile, sünnetin genital organın görünüşünde bir değişikliğe sebep olması ve genital organın görünümünün önemini yadsımanın mümkün olmaması dolayısıyla sünnetin dış görünüş bağlamında değerlendirilmesi faydalı olacaktır.

Bir tıbbi müdahale olarak erkek sünneti genellikle ebeveynlerin rızasıyla erkek çocuklarına uygulanmaktadır. Biyotıp Sözleşmesi'ne göre, muvafakat verme yeteneği olmayan çocuklara ancak onların doğrudan yararı için tıbbi müdahale uygulanabilir.⁴⁹³ Sünnetin tıbbi gereklilik nedeniyle yapılması halinde, bu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu tartışmasızdır.⁴⁹⁴ Herhangi bir tıbbi gereklilik içermeyen haller bakımından, erkek sünnetinin sosyal endikasyonun varlığı sayesinde hukuka uygun hale geldiği ileri sürülmüştür. Sosyal endikasyonun var olduğundan bahsedebilmek için, ilgili tıbbi müdahalenin yapılmaması halinde kişinin dışlanmaya, ayrımcılığa maruz kalabilecek olması ve bu durumun kişinin psikolojisini, sağlığını ve sosyal gelişimini olumsuz yönde etkilemesi gerekmektedir. Örneğin Müslüman bir ailede doğan erkek çocuğunun sünnet olmaması halinde Türkiye'de yaşayabileceği baskının onun sosyal gelişimini olumsuz yönde etkileyebileceği ve fakat aynı çocuğun bir Avrupa ülkesinde yaşaması halinde sosyal endikasyon için gerekli koşulların oluşmayacağı doktrinde ifade edilmiştir.⁴⁹⁵ Sosyal endikasyonu ileri sürenler çocuğun üstün menfaatinin sadece tıbbi durumlara göre belirlenmediğini, kültürel ve sosyal bağlamın da çocuğun menfaatiyle ilgili olduğunu ifade etmektedir.⁴⁹⁶ Ancak aksine, sünnette ailelerin dini ve kültürel taleplerinin merkeze alındığı ve esasında çocukların değil, ailelerin yararının gözetildiği de savunulmaktadır.⁴⁹⁷ Sünnet, genellikle dini veya geleneksel nedenlere dayanmakla birlikte gerekçe olarak tıbbi yararlar da ileri sürülmektedir. Tedavi edici nitelikte olmayan sünnetin yarar veya zararı konusunda bir uzlaşma bulunmadığından, tartışma değerler eksenine çekilmektedir.⁴⁹⁸ Erkek çocuğu sünneti genellikle çocuğun fiziksel

"Examining Nontherapeutic Circumcision", **Health Matrix: Journal of Law-Medicine**, Vol. 28, Issue: 1, 2018, s.74, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hmax28&div=4> (Erişim Tarihi: 30.11.2018)

⁴⁹³ Biyotıp Sözleşmesi, Madde 6, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> (Erişim Tarihi: 01.01.2019)

⁴⁹⁴ Badur, a.g.e., s. 133.

⁴⁹⁵ Yücel, a.g.e., s. 227-228.

⁴⁹⁶ İlhan İlkılıç, "Erkek Çocuk Sünnetinin Etik Açısından Değerlendirilmesi", **Türkiye Klinikleri Journal of Urology**, Cilt: 11, 2018, s. 53.

⁴⁹⁷ M. Cumhur İzgi, "Tedavi Amaçlı Olmayan Erkek Çocuk Sünnetinin Etik Değerlendirmesi", **Türk Psikiyatri Dergisi**, Cilt: 26, 2015, s. 209.

⁴⁹⁸ A.g.e., s. 204

bütünlüğü, çocuğun rızası, çocuğun üstün menfaati, endikasyon, din özgürlüğü ve “ebeveynlerin çocuklarını kendi dini inançlarına göre yetiştirme hakkı” açısından ele alınmaktadır.⁴⁹⁹

Sünnet başlığı altında kadın sünnetini de incelemek mümkündür. Dünya Sağlık Örgütü’ne göre kadın sünneti terimi (*female genital mutilation/FGM*), “kadının dış genitelyasının kısmi olarak ya da tamamen alınmasını içeren tüm prosedürleri veya tıbbi olmayan nedenlerle kadın genital organlarına verilen tüm zararları kapsamaktadır.” Uygulama genellikle 15 yaş altı kız çocuklarını hedef almaktadır. Kadın sünneti çoğu kez geleneksel sünnetçiler tarafından uygulansa da tıbbileştirmenin daha güvenli olduğunu düşünen bazı sağlık çalışanları da kadın sünnetini gerçekleştirebilmektedir. Kadın sünneti, uluslararası bağlamda insan hakları ihlali olarak kabul edilmektedir.⁵⁰⁰ Kadın sünneti tıbbi hale dahi getirilse, bu uygulama insan hakları açısından kabul edilemez niteliktedir.⁵⁰¹

Sünnet uygulamasını dış görünüş kapsamında değerlendirme noktasında tereddüt yaşamak mümkündür. Zira sünnetin estetik yönü değil, dini veya sosyal yönü ön plandadır. Öte yandan, cinsel organların genellikle sınırlı sayıda kişi tarafından görülmesi olgusu ya da kabulü de sünnetin dış görünüşe yönelik hukuki menfaatler bakımından irdelenmesini güçleştiren bir argüman olarak ileri sürülebilir. Ancak, genital görünümün önemini yadsımak ve kişinin kendi vücudunun kendisi (veya başkaları) üzerine bıraktığı etkiyi yok saymak mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple sünnetin bu başlık altında ele alınması anlamlı olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi pek çok kararında ister çocuk ister yetişkin olsun, bir kadının sünnete (*FGM- Female Genital Mutilation*) maruz bırakılmasının madde 3’e aykırılık teşkil ettiğinin tartışmasız olduğunu ifade etmiştir.⁵⁰²

⁴⁹⁹ İlkılıç, a.g.e., s. 51

⁵⁰⁰ Female Genital Mutilation, Fact Sheet, WHO, 31.01.2018, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> (Erişim tarihi: 02.01.2019)

⁵⁰¹ Manfred Nowak, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development: Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Advance Edited Version, Human Rights Council, Distr. General A/HRC/7/3, 15 January 2008, s. 18, para.53, <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/7session/A-HRC-7-3.doc> (Erişim Tarihi: 02.01.2019)

⁵⁰² *Collins and Akaziebie v. Sweden*, App. No: 23944/05, Decision of ECHR, 08/03/2007, The Law; *Izevbekhai and Others v. Ireland*, App. No: 43408/08, Decision of ECHR, 17/05/2011, para. 73; *Omeredo v. Austria*, App. No: 8969/10, Decision of ECHR, 20/09/2011, The Law; *R.B.A.B. and*

Başvurucunun ülkesine geri gönderilmesi halinde kadın sünnetine maruz kalacağını ileri sürdüğü bir başvuruda Mahkeme, konuyu madde 2 bakımından değerlendirmeye gerek görmemiştir.⁵⁰³ Kadın sünnetinin madde 3 kapsamında yasaklandığı konusunda şüphe olmadığını belirttikten sonra AİHM, başvurunun ülkesine gönderilmesi halinde kadın sünnetine maruz bırakılması riskiyle gerçekten karşı karşıya olduğu hususunun ispatlanamadığı gerekçesiyle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu belirterek başvuruyu kabul edilmez bulmuştur.⁵⁰⁴ Madde 8'e ilişkin değerlendirme yaptığı bölümde Mahkeme, madde 3 bakımından yaptığı değerlendirmenin neredeyse aynısını yaparak başvurunun ülkesine gönderilmesi halinde fiziksel bütünlüğü açısından kadın sünnetine maruz kalması riskiyle gerçekten karşı karşıya olduğunu ispatlayamadığını belirtmiştir. Bu sebeple başvuruyu madde 8 bakımından da kabul edilemez bulmuştur.⁵⁰⁵ Bu karar, kadın sünnetinin madde 8 bakımından incelenmesine açık kapı bırakması nedeniyle önemlidir.

Mahkeme'nin kadın sünnetine ilişkin tutumu açık ve net olsa da tespit edebildiğimiz kadarıyla, aynı durum (olumlu veya olumsuz anlamda) erkek çocuğu sünneti için geçerli değildir. Başvurucunun, Somali'ye geri gönderilmeleri halinde madde 3'e aykırı muamele görececeklerini ve oğlunun sünnet edilme riskiyle karşı karşıya kalacağını ileri sürdüğü bir başvuruda AİHM,⁵⁰⁶ erkek sünneti konusunda olumlu ya da olumsuz herhangi bir değerlendirme yapmamış ve somut olaydaki diğer hususlar dolayısıyla başvuruyu kabul edilmez bulmuştur. Yehova Şahitleri'ne ilişkin bir başvuruyu değerlendirirken ise Mahkeme, çoğu dini ritüel ve ayinin inananların esenliğini (“*well-being*”) olumsuz etkileyebildiğini not etmiştir. Bunlara örnek olarak ise özellikle Ortodoks Hristiyanlık'taki uzun ve katı oruçları ve Müslüman ile Yahudi erkek çocuklarına uygulanan sünnetleri göstermiştir. Mahkeme, Yehova Şahitleri öğretisinin böyle tartışmalı uygulamaları (“*contentious practices*”)

Others v. The Netherlands, App. No: 7211/06, Judgment of ECHR, 07/06/2016, para. 54; *A.L. v. The United Kingdom*, App. No: 32207/16, Decision of ECHR, 13/03/2018, para. 36. Mahkeme söz konusu kararların bazılarında kadın sünnetini “kötü muamele” olarak değerlendirirken bazı kararlarda ise madde 3 içinde bir sınıflandırma yapmamıştır.

⁵⁰³ *A.L. v. The United Kingdom*, App. No: 32207/16, Decision of ECHR, 13/03/2018, para. 29 ve 44

⁵⁰⁴ *A.L. v. The United Kingdom*, App. No: 32207/16, Decision of ECHR, 13/03/2018, para. 36 ve 44

⁵⁰⁵ *A.L. v. The United Kingdom*, App. No: 32207/16, Decision of ECHR, 13/03/2018, para. 47

⁵⁰⁶ *Afif v. The Netherlands*, App. No: 60915/09, Decision of ECHR, 24/05/2011, para. 19, 20 ve 34.

içermediğini belirterek,⁵⁰⁷ aslında erkek çocuğu sünnetini tartışmalı olarak nitelemiştir.

Az sayıdaki AİHM içtihadından kadın sünnetinin madde 3’e aykırı kabul edildiği, kadın sünnetini madde 8 açısından da incelemenin mümkün olduğu ve fakat konu erkek sünnetine geldiğinde Mahkeme’nin doktrindeki tartışmalara karşılık gelecek bir beyanda bulunmadığı söylenebilir. Kadın sünneti, AİHM içtihatlarına göre açıkça madde 3’e aykırı olmasına ve fiziksel bütünlük açısından madde 8’e aykırı olma potansiyeli taşımaya rağmen fiziksel görünüm açısından ele alınmamıştır. Bu sebeple dış görünüş ile sünnet AİHM içtihatları üzerinden şu aşamada ilişkilendirilebilir görünmemektedir.

İleriki dönemlerde Mahkeme’nin erkek sünnetini değerlendirme şansı bulması halinde, konuyu ancak madde 9 veya fiziksel bütünlük açısından madde 8 ile madde 3 bağlamında ele alması şimdilik daha olası gözükmemektedir. Zira erkek sünnetinin ilişkili olduğu bu söz konusu hak ve kavramlar AİHS sisteminde daha yerleşmiş bir korumaya sahiptir. Sonuç olarak, sünnetin genital organların görüntüsüne olan etkisine rağmen, sünnet ile dış görünüş tercihleri arasında bir bağ kurmak mevcut içtihatlar göre mümkün gözükmemektedir. Ancak teorik anlamda bu bağın varlığını savunmak elbette mümkündür. Zira sünnet; ister kişinin rızası alınmadan uygulansın, isterse de kişi kendi rızasına rağmen bu tıbbi müdahaleye erişemesin; dış görünüş bakımından önem arz etmektedir.

3. Tıbbi Müdahale Niteliğinde Olmayan Estetik Müdahaleler

Beden modifikasyonu (“*body modification*”) piercing, dövme, dağlama, kesme, bağlama (“*binding*”), dış görünüşü değiştirmek ve bedeni şekillendirmek için implant yerleştirme gibi pek çok uygulamayı kapsamaktadır. Bu kapsama jimnastik, vücut geliştirme, anoreksia ve diyet çeşitleri de dahil edilebilir.⁵⁰⁸ Beden modifikasyonları farklılık ve bireyselliğin ifadesini vurgulamaktadır.⁵⁰⁹ Örneğin bir

⁵⁰⁷ *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia*, App. No: 302/02, Judgment of ECHR, 10/06/2010, para. 144

⁵⁰⁸ Mike Featherstone, “Body Modification: An Introduction”, **Body Modification**, Ed.: Mike Featherstone, SAGE Publications, 2000, s. 1, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/gsutr/detail.action?docID=1023910>. (Erişim tarihi: 24.11.2018)

⁵⁰⁹ Ertan, **a.g.e.**, s. 113

çalışmada dövme “*beden üzerine atılan bireysel imza*”ya benzetilmiştir.⁵¹⁰ Deri, arzulanan kimliğin yansıtıldığı bir ekran olarak düşünülebilir ve piercing, dövme, implant, çizik, yanık gibi deriye bilinçli olarak bırakılmış izler bedendeki kimlik işaretleri işlevi görebilir.⁵¹¹ Belirtmek gerekir ki, vücuda işlenen semboller aracılığıyla kimlik anlatısına dönüşen beden modifikasyonlarının bir ifade ediş biçimi olarak madde 10 açısından da incelenmesi mümkündür.

Dövme ve piercing gibi müdahaleler estetik özellikler taşımakla birlikte, bunların tıbbi müdahale olduğu söylenemez. Zira bunlar gerçekleştirilirken tıp bilimi kuralları icra edilmemektedir.⁵¹² Salt estetik amaçlara yönelik olarak tıp mesleğine mensup olmayan kişiler tarafından kesici veya delici aletler ya da yakıcı malzemeler vasıtasıyla gerçekleştirilen dövme, epilasyon, depilasyon, pedikür gibi kozmetik işlemler tıbbi müdahale kategorisinde olmamakla birlikte onlarla aynı veya benzer riskleri taşımakta veya zararlara yol açabilmektedir.⁵¹³

Estetik amaca yönelen ve tıbbi müdahale niteliğinde olmayan beden modifikasyonlarının rızaya dayalı yaralama niteliğinde olduğu söylenebilir.⁵¹⁴ Serbestçe gerçekleştirilebildiklerinden mi bilinmez, piercing ve dövme de dahil olmak üzere, bu tip uygulamaların madde 8 kapsamında yer alıp almadığı konusu tespit edilebildiği kadarıyla Strasbourg Organlarınca ele alınmamıştır. Ancak günümüzde yaygın olarak gerçekleştirilen bu uygulamaların madde 8 kapsamında yer alıp almadığı meselesi ilginç bir inceleme konusu teşkil etmektedir.⁵¹⁵ Bir rızaya dayalı yaralama örneği olan sado-mazoşizme ilişkin başvurular, cinsellik açısından değil ve fakat şiddet açısından bakıldığında incelememize esin kaynağı olabilirler.⁵¹⁶

Video kayda alınan, rızaya dayalı, sado-mazoşistik homoseksüel grup sekse katılanların cezaya çarptırılmasının şikayet konusu edildiği bir vakada başvuru cinsel tatmin amacıyla cinsel organlara kötü muamelede bulunmakta ve de çıplak elle

⁵¹⁰ Ertan, **a.g.e.**, s. 121

⁵¹¹ Le Breton, **a.g.e.**, s. 25

⁵¹² Hakeri, **a.g.e.**, s.533

⁵¹³ Özge Yücel, “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Ed.: Özge Yücel- Gürkan Sert, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2018, s. 35

⁵¹⁴ Benzer bir değerlendirme için bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 124

⁵¹⁵ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.124. Kadın sünneti ile kadın cinsel organına uygulanan piercing karşılaştırması için bkz.: Shahvisi- Earp, **a.g.e.**, s. 5

⁵¹⁶ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 126

veya çeşitli aletlerle ritüelistik dayaklar atmaktadırlar. Genital organlara yapılan uygulamada kızgın ağda, zımpara, balık oltası, iğne gibi çeşitli aletler kullanılmaktadır. Atılan dayaklarda ise ısırgan otu, çivili kemer ve dokuz kamçılı kırbaç kullanılabilmektedir. Ancak söz konusu işlemler herhangi bir enfeksiyona, kalıcı yaralamaya yol açmayacak veya tıbbi müdahale gerektirmeyecek şekilde gerçekleştirilmektedir.⁵¹⁷ Demokratik toplumda gereklilik başlığı altında takdir marjı değerlendirmesi yaparken Mahkeme, devletlerin fiziksel olarak zarar verici faaliyetleri ceza hukuku yoluyla düzenlemeye tartışmasız şekilde yetkili olduğunu ifade etmiştir.⁵¹⁸ AİHM'e göre mağdurun rızasının söz konusu olduğu durumlarda hukukun fiziksel zarara ne noktaya kadar toleranslı davranacağı değerlendirmesinde bir tarafta bireyin kişisel özerkliği, diğer tarafta ise genel sağlık değerlendirmeleri ile ceza hukukunun genel caydırıcı etkisi yer almaktadır.⁵¹⁹ Mahkeme başvuruçuların, yaralamalarının ciddi olmadığı ve tıbbi tedavi gerektirmediği gerekçesiyle kovuşturmayla tabi tutulmamaları gerektiği şeklindeki görüşlerine katılmadığını ifade etmiştir. Zira Mahkeme'ye göre kovuşturma yapıp yapmama noktasında devlet yetkilileri sadece halihazırda meydana gelmiş zararın ciddiyetini değil, bununla birlikte söz konusu eyleme içkin potansiyel zararın ciddiyetini de değerlendirmeye yetkilidir.⁵²⁰ Yaptığı değerlendirmelerde Mahkeme, fiziksel zarara rıza vermeyi kişisel özerklik kapsamında kabul etmiş; ancak devletlere zararın derecesini belirleme açısından takdir marjı tanımıştır.⁵²¹ Sonuç olarak madde 8 bünyesindeki kişisel özerkliğin fiziksel yaralamaya rıza verebilmeyi kapsadığı söylenebilir. AİHM yaralamanın derecesine ve devletin takdir marjına, hakkın uygulanabilirliğinde değil; sınırlandırılabilirliğinde başvurmuştur. Bu sebeple, yetişkinlere ilişkin rızaya dayalı yaralamalara getirilecek külli yasakların madde 8'e müdahale teşkil edeceği söylenebilir. Ancak bu durumda ihlal sonucunun doğup doğmayacağı, olayın somut özelliklerine ve özellikle yaralamanın derecesine göre değişecektir.⁵²²

⁵¹⁷ *Laskey, Jaggard and Brown v. The United Kingdom*, App. No: 21627/93, 21826/93, 21974/93, Judgment of ECHR, 19/02/1997, para. 8

⁵¹⁸ *Laskey, Jaggard and Brown v. The United Kingdom*, App. No: 21627/93, 21826/93, 21974/93, Judgment of ECHR, 19/02/1997, para. 43

⁵¹⁹ *Laskey, Jaggard and Brown v. The United Kingdom*, App. No: 21627/93, 21826/93, 21974/93, Judgment of ECHR, 19/02/1997, para. 44

⁵²⁰ *Laskey, Jaggard and Brown v. The United Kingdom*, App. No: 21627/93, 21826/93, 21974/93, Judgment of ECHR, 19/02/1997, para. 46. Belirtmek gerekir ki; Mahkeme bu olayda ihlal tespit etmemiştir.

⁵²¹ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 127

⁵²² **A.g.e.**, s. 128

Sado-mazoşizm konulu bir başka başvuruda başvurucular, Lordlar Kamarası'nın sado-mazoşist cinsel davranışlara yönelik ceza kovuşturmalarında rızanın savunma sayılmayacağı yönündeki kararının cinsel yaşamlarında sado-mazoşist olan kendilerinin özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Komisyon başvurucuların kovuşturmaya tabi tutulmadığını veya soruşturma ya da kovuşturma ile tehdit edilmediğini not ederek Lordlar Kamarası'nın bahse konu kararının başvurucuları etkilediğine ikna olmadığını belirtmiştir. İlgili kararın başvurucuların özel hayatlarına doğrudan ve devamlı bir etkisi bulunmadığından şikayet açıkça dayanaktan yoksun kabul edilerek reddedilmiştir.⁵²³ Ancak konumuz açısından değer taşıyan asıl kısım başvurucuların madde 8 ile bağlantılı olarak ileri sürdükleri ayrımcılık yasağı şikayetidir. Başvuranlar bedensel zarar içeren diğer durumlar olan dövme, piercing, sünnet ve boks gibi uygulamaların başvuruya konu kararın kapsamı dışında olduğundan mütevellit ayrımcılığa maruz kaldıklarını söylemişlerdir.⁵²⁴ Bunun üzerine Komisyon, madde 14'ün sadece AİHS'in garanti altına aldığı hak ve özgürlüklerden yararlanmaya ilişkin ayrımcılığı yasakladığını ifade etmiştir.⁵²⁵ Komisyon, başvurucuların madde 8'e müdahaleden kaynaklanan bir mağduriyet yaşadıklarının tespit edilmediğini ve bahsettikleri farklılığa ilişkin şikayetlerin de madde 14'ün kapsamı dışında kaldığını belirterek başvuruyu kabul edilmez bulmuştur.⁵²⁶

Son olarak *Pretty v. Birleşik Krallık*⁵²⁷ kararında AİHM, kişinin hayatını kendi arzu ettiği şekilde sürdürebilmesinin kendisine fiziksel veya zihinsel olarak zarar verebilecek faaliyetlerde bulunmasını da kapsayabileceğini ifade etmiştir. AİHM'e göre kişiyi seçtiği hayat tarzının neticelerinden korumak için devletin ceza hukuku başta olmak üzere alabileceği önlemlerin sınırı etik ve hukuki olarak tartışmalıdır. Bununla birlikte, sağlığı ya da hayatı tehdit eden fiiller karşısında devletin alacağı zorlayıcı veya cezai tedbirlerin özel yaşama saygı hakkına müdahale

⁵²³ V., W., X., Y. and Z. v. The United Kingdom, App. No: 22170/93, Decision of EComHR, 18/01/1995, The Law, para. 1

⁵²⁴ V., W., X., Y. and Z. v. The United Kingdom, App. No: 22170/93, Decision of EComHR, 18/01/1995, Complaints, para. 2

⁵²⁵ Kararın ayrımcılığı genel olarak yasaklayan 12 No'lu Protokol'den önce verildiği unutulmamalıdır.

⁵²⁶ V., W., X., Y. and Z. v. The United Kingdom, App. No: 22170/93, Decision of EComHR, 18/01/1995, The Law, para. 2

⁵²⁷ *Pretty v. The United Kingdom*, App. No: 2346/02, Judgment of ECHR, 29/04/2002, para. 62.

teşkil edeceği ve bu müdahalelerin madde 8/2 kapsamında meşrulaştırılması gerektiği belirtilmiştir.⁵²⁸



⁵²⁸ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 85

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı ile diğer pek çok hukuki menfaat gibi bireylerin dış görünüş tercihleri de korunmaktadır. Dış görünüş tercihlerinin 8. madde kapsamında korunması Strasbourg Organları'nın içtihatları sayesinde mümkün olmuştur. Zira içtihatlarda dış görünüş ile bireysel kimlik ve kişiliği ifade etme bağlantılı kabul edilmektedir. Dış görünüş tercihlerine saygı duyulması görünüşün özgürce şekillendirilip sergilenmesine ve dış görünüşü değiştirmeye yol açan müdahalelere karşı korunmaya yönelik hukuki menfaati kapsayabilir. Bu yönüyle dış görünüş tercihleri özel hayatın gizlilik değil, bağımsızlık ögesini temel almaktadır.

Dış görünüş tercihlerine saygı duyulması veya bu tercihlerin bir hak olarak korunması, başlı başına bir değer kabul edilen bireyin bir özne olarak kendisi ile ilgili kararlar verebilmesini mümkün kıldığı ve bu kararlara saygı duyulmasını gerektirdiği için mevcut birey anlayışıyla uyum içindedir ve hatta onu pekiştirmektedir. Öte yandan, düşüncelerine varana kadar insanları şekillendirme amacı güden totaliter yönetimler ile demokratik olanlar arasındaki çizgiye de bir katkı sunmaktadır. Bu sebeple, hem kimliğin bir yansıması hem de fiziksel bütünlüğün bir uzantısı olan dış görünüş tercihlerinin korunması anlamlı olacaktır.

Bir görünüş tercihinin madde 8 korumasından yararlanabilmesi için madde 9'un aradığı gibi bir asgari ciddiyet seviyesine ulaşması gerekmektedir. Bu seviyeye ulaşp ulaşmama noktasında bir metot ortaya koyulmamış olduğundan din ve inançlar için geçerli olan asgari seviyenin görünüş tercihlerine nasıl uygulanacağı yeterince açık değildir.

Esasında dış görünüşün farklı unsurları diğer bazı AİHS maddelerinin de kapsamına girmektedir. Örneğin dini sembol ve kıyafetler söz konusu olunca madde

8 ile madde 9 yarışması gündeme gelmektedir. Bu tip durumlarda AİHM; bazen sadece madde 9 incelemesi yapmakla yetinmekte, madde 8 incelemesi yaptığında ise ya incelemeyi madde 9 ışığında yapmakta yahut madde 9'a ağırlık vermektedir. Dolayısıyla madde 9, madde 8'e baskın çıkmaktadır. Fiziksel bütünlüğe ilişkin konularda yahut zorla tatbikin söz konusu olduğu durumlarda, uygulanabilirlik için daha yüksek bir şiddet eşiği arayan madde 3 ile yarışma gündeme gelmektedir. Bu halde de madde 3'ün madde 8'in önüne geçtiği söylenebilir. Dış görünüş ile bir fikrin açıklanması durumunda ise madde 10 ile yarışma söz konusu olmaktadır. Mahkeme'ye göre bireysel tatminin ötesine geçen ve kamusal amaç taşıyan tercihler madde 8'den ziyade madde 10'un kapsamında yer almaktadır.

Görüldüğü üzere diğer maddeler bir bütün olarak dış görünüş tercihlerini değil; onlardan din ve inanç için kullanılanları, zorla bedensel olarak müdahalede bulunulanları yahut fikir beyan etmede kullanılanları korumaktadır. Oysa daha bütüncül bir koruma potansiyelini hem kimlik hem de fiziksel bütünlüğü kapsayan özel hayata saygı hakkı taşımaktadır. Ne var ki, dış görünüş tercihlerinin özel hayata saygı hakkı kapsamında korunmasının vücudun fizyolojik görünüşü ayağının mevcut içtihatlar ışığında yeterli seviyede olduğu söylenemez. Böyle bir durumda fiziksel bütünlük, dış görünüş tercihleri bağlamından sıyrılarak tek başına ön plana çıkmaktadır. Fiziksel bütünlük için geçerli olan durumun kişisel özerklik ve cinsel kimlik için de geçerli olduğu söylenebilir. Bu durum dış görünüşün özel hayata saygı hakkı kapsamında korunması noktasındaki en büyük eksikliğini oluşturmaktadır.

“Transgender”lara ilişkin bir kararında da belirttiği üzere Mahkeme, dış görünüş ifadesinden daha yüzeysel değişiklikleri anlamakta ve radikal değişiklik meydana getiren müdahaleleri genellikle fiziksel bütünlük kapsamında değerlendirmektedir.

Çalışmamızın tıbbi müdahaleler bahsinde, hakkında en çok içtihat bulunan konu cinsiyet değiştirme ameliyatlarıdır. Ancak içtihatlarda, konuyla olan bağlantısına rağmen, dış görünüşe korunması gereken bir değer olarak yaklaşılmamıştır. Bunun yerine cinsel kimliğe ve fiziksel bütünlüğe odaklanılmıştır. Fiziksel görünüş ise olayı değerlendirmede bir araç olarak kullanılmıştır. Bu kararlarda cinsiyet değiştirme ameliyatlarına erişimi sağlama noktasında taraf

devletlere bazı pozitif yükümlölükler yüklenmiştir. Ancak bu ameliyatların odağında cinsel kimlik bulunduğı için bu pozitif yükümlölüklerin kıyasa dayalı yorumla estetik tıbbi müdahalelere erişim konusuna yansıtılması zordur.

Estetik tıbbi müdahalelerin hukukiliğı ve sınırı konusunda doktrinde tartışma bulunmasına rağmen bu konuyu doğrudan ele alan bir AİHM kararı söz konusu değildir. Bu durum, estetik tıbbi müdahalelerin uygulamada hukuki bir engelle karşılaşmaksızın gerçekleştirilmesinden kaynaklanıyor olabilir. Kaldı ki, özel hayata saygı hakkının yorumlanmasında kullanılan kişisel özerklik kavramı kişinin kendi bedeni üzerinde tasarrufta bulunmasına imkan vermektedir.

İnterseks çocuklara uygulanan ameliyatlara ilgili tartışmalar da genellikle cinsel kimlik ve fiziksel bütünlük üzerine inşa edilmiştir. İnterseks konusunun AİHM içtihatlarında bu temel menfaatler bakımından dahi ele alınmadığı görölmektedir. Tüm ilgisine rağmen dış görünüşün korunmasını bu bağlamda ele alan bir karar da bulunmamaktadır.

Görüntüyü şekillendiren bir diğer işlem ise sünnettir. AİHM'in erkek çocuğı sünneti hakkında doktrinde yapılan tartışmalara karşılık gelecek bir içtihadı bulunmamaktadır. Ancak kadın sünneti açık ve kesin bir şekilde madde 3'e aykırı kabul edilmektedir. Mevcut içtihatlar göre görünüş tercihleri ile sünnet tipleri arasında bir bağlantı kurmak şu an için mümkün gözükmemektedir. Ancak sünnet konusu elbette dış görünüş tercihleri açısından da ele alınabilir.

Piercing ve dövme gibi tıbbi müdahale niteliğinde olmayan beden modifikasyonları konusunda ise doğrudan bir karar bulunmamasına rağmen bu uygulamalara külli yasak getirilmesinin özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil edeceği söylenebilir. Bu yoruma imkan veren rızaya dayalı yaralamaya ve kişisel özerkliğe ilişkin içtihatlardır.

Bedensel olanların aksine, daha yüzeysel etkisi olan hususlar dış görünüş tercihi olarak özel hayata saygı hakkı kapsamında korunmuştur. Bu anlamda dış görünüş ve onun unsurları olan saç sakal ve kıyafetler kişiliğın ifadesi olarak kabul edilmiş ve bireysel kimlikle olan bağlantıları sayesinde madde 8 kapsamına

girmişlerdir. Ancak buna rağmen madde 8 açısından dış görünüş tercihlerine pek az kararda alenen ve doğrudan işaret edilmiştir.

Mevcut içtihatlar bakımından dış görünüş tercihlerine yönelik hukuki menfaatin etki sahasını saç sakal ve giyim kuşama yönelik tercihler oluşturmaktadır. Bu tercihleri konu alan pek çok içtihat da söz konusudur. Ancak bunların pek azı ihlal kararı ile sonuçlanmıştır. Bu içtihatlara göre farklı özne kategorileri dış görünüş tercihleri bakımından farklı durumlarla karşılaşabilirler. Örneğin kamu personelinin görünüş tercihleri, görevden kaynaklı yükümlülükler dolayısıyla ve genellikle “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” için sıradan vatandaşlara göre daha kolay bir şekilde sınırlandırılabilir. Ancak bu durum onların görüntülerine keyfi olarak müdahale edilebileceği anlamına gelmemektedir. AİHM taraf devletlere bu alanda öngörülebilirlik sağlama ve keyfiyeti önleyecek asgari güvenceler getirme pozitif yükümlülüğü yüklemiştir. Sıradan vatandaşlar, kamu personeline ilişkin rejime tabi değildirler. Ancak bu durum onların kamusal alanda sınırsız özgürlüğe sahip oldukları anlamına gelmemektedir. Zira demokratik toplumun kamusal alana ilişkin tercihlerinin/ standartlarının kamusal alandaki bireysel tercihlerin sınırını oluşturduğu söylenebilir. Askerlerin ise içinde bulundukları statü gereği bazı özgürlükleri daha dar kapsamlı ele alınmaktadır. Bir vakada saç kesim tarzı ile kişiliğin dışavurumu ve dolayısıyla özel hayat ilişkilendirilmiş, ancak yine de müdahale tespit edilmemiştir. Mahpusların da benzer şekilde özgürlükleri daha dar yorumlanmaktadır. Ancak buna rağmen sakal yasağı konusunda bir ihlal kararı söz konusudur. Cezaevi üniformaları da özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil etmekle birlikte sistem içinde halen meşru kabul edilmektedir. Özel sektör çalışanlarına gelince, onların görünüş tercihlerine işle makul şekilde alakalı olarak hijyen ve güvenlik gerekçesiyle sınırlama getirilebilir. Bu durum aslında kamu çalışanları için de söz konusudur. Öte yandan, özel sektör çalışanlarının giyim tercihlerine ilişkin menfaatleri ile işverenin imaj korumaya yönelik menfaatinin dengelenmesi gerektiği AİHK kararında ifade edilmiştir. Ancak karşılıklı menfaatler dengelenirken bireysel kimlikle bağlantılı olan kişilik ifade tarzına yeteri kadar ağırlık verilmesi gerekmektedir. Son olarak öğrencilerin görünüş tercihlerine etki eden yasak, kısıtlama veya zorunluluklar konusunda özel hayata saygı hakkına müdahale tespit edilememiştir. Diğer özne kategorileri ile kıyaslandığında daha tutarlı bir yaklaşım sergilenebilmesi için kanımızca en azından madde 8’e

müdahalenin varlığı kabul edilmeli ve eğer lazımsa ikinci fıkraya göre sınırlandırma yapılmalıdır.



KAYNAKÇA

AKTAŞ, Batuhan; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Açısından Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, İstanbul, Der Yayınları, 2017

AKYÜREK, Güçlü; **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2014

ARASLI, Oya; **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi**, Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 1979

ARSLAN ÖNCÜ, Gülay; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, Mart 2011

ATAAY, Aytekin; **Şahıslar Hukuku**, Üçüncü Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, Birinci Yarım

AYDOĞDU, Bahattin- AYDIN TİRELİ, Gülay – DEMİRALİ, Oyhan- vd.; “Sünnet Komplikasyonlarında Klinik Deneyimimiz”, **JOPP Dergi**, C.: 3(2), 2011, s. 64-67

BADUR, Emel; **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller**, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Mart 2017

BAHÇECİ, Barış; “Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, Armağan Serisi No:5, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 515- 535

BAKER, Dennis J.; “Should Unnecessary Harmful Nontherapeutic Cosmetic Surgery Be Criminalized?”, **New Criminal Law Review**, Vol: 17, No: 4, Fall 2014, s. 587-630

BAYNE, Tim – LEVY, Neil; “Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation”, **Journal of Applied Philosophy**, Vol. 22, No. 1, 2005, s. 75-86

BEIGNER, Bernard; *La protection de la vie privée, Libertés et droits fondamentaux*, 13e éd., Dalloz, 2007

BENN, Stanley I.; “Privacy, Freedom and Respect for Persons”, **Nomos XIII: Privacy**, Ed.: J. Ronald Pennock & J. W. Chapman, 1971

BERKTAY, Fatmagül; “Liberalizm: Tek Bir Teorik Pozisyona İndirgenmesi Olanaksız Bir İdeoloji,” **19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler**, Ed.: Birsen Örs, 5. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Mart 2012, s. 47-114

BLOUSTEIN, Edward J.; “Privacy As An Aspect of Human Dignity: An Answer To Dean Prosser”, **New York University Law Review**, Vol: 39, 1964, s. 962-1007

BOYAR, Oya; “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.: Sibel İnceoğlu, 2. Baskı, İstanbul, Beta, Haziran 2013, s. 53-80

BOYAR, Oya; “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.: Sibel İnceoğlu, 2. Baskı, İstanbul, Beta, Haziran 2013, s. 97-111

BOZLAK, Ayhan; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, Eylül 2013

BOZLAK, Ayhan; “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”, **TBB Dergisi**, Sayı: 109, 2013 s. 55-92

CHASE, Cherly; “Hermaphrodites with Attitude: Mapping the Emergence of Intersex Political Activism”, **The Transgender Studies Reader**, Ed.: S. Stryker- S. Whittle, 2006, s. 300-314

CLAYTON, R. – TOMLINSON, H.; **The Law of Human Rights**, Oxford, New York, 2000

COHEN, Jean L.; “Demokrasi, Farklılık ve Özel Yaşam Hakkı”, **Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması**, Çev.: Zeynep Gürata- Cem Gürsel, 1. Basım, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi, Mart 1999, s. 268-309

COLEMAN, E. – BOCKTING, W. – BOTZER, M. – vd.; “Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People” **International Journal of Transgenderism**, Vol: 13:4, Version 7, 2012, DOI: 10.1080/15532739.2011.700873, s. 165-232

COOLS, Martine – SIMMONDS, Margaret – ELFORD, Sue – vd.; “Response to the Council of Europe Human Rights Commissioner’s Issue Paper on Human Rights and Intersex People”, **European Urology**, Vol: 70, 2016, s. 407-409

ÇAĞIRAN, Mehmet Emin; **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017

ÇAĞLAR, Nedret; “Postmodern Anlayışta Siyaset ve Kimlik”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 13, No: 3, 2008, s. 369-386

ÇOTUKSÖKEN, Betül; “Özel-Toplumsal- Kamusal Alan”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2003, 7. Kitap, s. 99-106

DANIŞMAN, Ahmet; **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Konya, Selçuk Üniversitesi Basımevi, 1991

DAVIS, Howard; **Human Rights Law**, 3. Edition, Oxford University Press, 2013

DICKENS, Bernard M.; “Management of Intersex Newborns: Legal and Ethical Developments”, **International Journal of Gynecology and Obstetrics**, Vol: 143, 2018, s. 255-259

DOĞRU, Osman - NALBANT, Atilla; **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, Ekim 2013

DONAY, Süheyl; **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978

DONAY, Süheyl; “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 39, Sayı 1-4, 1974, s.439-449

DOYLE, Carolyn – BAGARİC, Mirko; “Mahremiyet Hakkı: Cazip Ama Kusurlu”, Çev.: Esra Demir, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2007, s. 91-131

DUYMAZ, Erkan; “Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlili”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 64, Sayı: 4, 2015, s. 1113-1160

EARP, Brian D.- STEINFELD, Rebecca; “Genital Autonomy and Sexual Well-Being”, **Current Sexual Health Reports**, Vol: 10, Issue: 1, March 2018, s. 7-17

ERDOĞAN, Mustafa; “Kamusal Alan ve Hukuk”, Radikal, 03.12.2002, <http://www.radikal.com.tr/yorum/kamusal-alan-ve-hukuk-653304/>, (Erişim Tarihi: 03.06.2018)

EREN, Abdurrahman; “Özgürlükler Mekanı Olarak Kamusal Alan”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 3-4, 2005, s. 95-124

ERTAN, Cihan; **Beden ve Bir Anlam Üretme Aracı Olarak Dövme**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2015

FEATHERSTONE, Mike; “Body Modification: An Introduction”, **Body Modification**, Ed.: Mike Featherstone, SAGE Publications, 2000, s. 1-11, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/gsutr/detail.action?docID=1023910>. (Erişim tarihi: 24.11.2018)

FELDMAN, David; **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales**, Second Edition, Oxford, Clarendon Press, 2002

GARBER, Marjorie; **Vested Interests: Cross- Dressing and Cultural Anxiety**, Routledge, 1997

GEMALMAZ, Mehmet Semih; **İnsan Hakları Belgeleri**, 1. Basım, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003, Cilt 1

GEMALMAZ, Mehmet Semih; **İnsan Hakları Belgeleri**, 1. Basım, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003, Cilt 3

GEMALMAZ, Mehmet Semih; **İnsan Hakları Belgeleri**, 1. Basım, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2004, Cilt 4

GEMALMAZ, Mehmet Semih; **Türk Kıyafet Hukuku ve Türban**, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, Nisan 2005

GEMALMAZ, Mehmet Semih; **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 8. Bası, İstanbul, Legal Yayınevi, Aralık 2012, Cilt 1

GEMALMAZ, Mehmet Semih; **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 8. Bası, İstanbul, Legal Yayınevi, Aralık 2012, Cilt 2

GEMALMAZ, Mehmet Semih; **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 3/İşkence Yasağı Analizi**, 2. Baskı, Ankara, Ankara Barosu, 2007

GEUSS, Raymond; **Kamusal Şeyler, Özel Şeyler**, Çev.: Gülayşe Koçak, 1. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Ocak 2007

GHATTAS, Dan Christian; **İnterseks Bireylerin İnsan Haklarını Savunmak: Nasıl Yardım Edebilirsiniz?**, Çev.: Belgin Günay, Ankara, Ayrıntı Basımevi, Ekim 2016, https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/tool_kit_in_turkish.pdf (Erişim Tarihi: 30.01.2019)

GIDDENS, Anthony; **Modernite ve Bireysel Kimlik: Geç Modern Çağda Benlik ve Toplum**, Çev.: Ümit Tatlıcan, 1. Baskı, Say Yayınları, 2010

GOULD, Carol C.; “Çeşitlilik ve Demokrasi: Farklılıkların Temsili”, **Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması**, Çev.: Zeynep Gürata- Cem Gürsel, 1. Basım, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi, Mart 1999, s. 244-267

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin “Olumlu” (Pozitif) Yükümü”, **Polis Dergisi**, 37. Sayı, Ekim- Kasım- Aralık 2003, s. 2-6

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref -GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ocak 2016

GÜNTÜRK, Mümin Serdar; **Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2012

GÜRİZ, Adnan; **Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk**, 2. Baskı, Phoenix, Şubat 2011

HADLEY, Herbert Spencer; “Mahremiyet Hakkı”, Çev.: Ali Emrah Bozbayındır, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2007, s. 45-58

HAKERİ, Hakan; **Tıp Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2018

HARRIS, David - O’BOYLE, Michael & WARBRICK; **Law of the European Convention on Human Rights**, 3. Edition, Oxford University Press, 2014

HERINGA, Aalt Willem – ZWAAK, Leo; “Right to Respect for Privacy (Article 8)”, **Theory and Practice of The European Convention on Human Rights**, Ed.: Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak; 4. Edition, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, s. 666-750

HEYWOOD, Andrew; **Siyasi İdeolojiler: Bir Giriş**, Çev.: Ahmet Kemal Bayram, Özgür Tüfekçi, Hüsamettin İnaç, Şeyma Akın, Buğra Kalkan, 3. Baskı, Ankara, Adres Yayınları, Mart 2011

HORWITZ, Morton J.; “The History of the Public/ Private Distinction”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 130, No: 6, 1982, s. 1423-1428

INNESS, Julie; **Privacy, Intimacy and Isolation**, First Edition, Oxford University Press, 1992

İLKILIÇ, İlhan; “Erkek Çocuk Sünnetinin Etik Açısından Değerlendirilmesi”, **Türkiye Klinikleri Journal of Urology**, Cilt: 11, 2018, s. 49-55

İMRE, Zahit; “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 39, Sayı 1-4, 1974, s. 147-168

İNCEOĞLU, Sibel; “ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 19-20/1, 1997-1998, s. 173-186

İNCEOĞLU, Sibel; “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.: Sibel İncaoğlu, 2. Baskı, İstanbul, Beta, Haziran 2013, s. 23-52

İZGİ, M. Cumhur; “Tedavi Amaçlı Olmayan Erkek Çocuk Sünnetinin Etik Değerlendirmesi”, **Türk Psikiyatri Dergisi**, Cilt: 26, 2015, s. 204-212

KABAAĞAÇ, Sina- ALOVA, Erdal; **Latince/ Türkçe Sözlük**, İstanbul, Sosyal Yayınlar, Ocak 1995

KABOĞLU, İbrahim; **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2002

KALABALIK, Halil; **İnsan Hakları Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, Eylül 2017

KAYA, Mine; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayat ve Korunması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004

KEKLİK, Ramazan; **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, Mayıs 2012

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016

KILKELLY, Ursula; **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, 1. Baskı, İnsan Hakları El Kitapları No:1, İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Avrupa Konseyi, 2001

KRAMER, Irwin R.; “The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis”, **Catholic University Law Review**, Vol: 39, Issue: 3, Spring 1990, s. 703-724

LE BRETON, David; **Ten ve İz: İnsanın Kendini Yaralaması Üzerine**, Çev.: İsmail Yerguz, 2. Baskı, Sel Yayıncılık, Şubat 2016

MNOOKİN, Robert H.; “Public/Private Dichotomy: Political Disagreement and Academic Repudiation”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 130, 1981-1982, s. 1429-1440

MOORE, Adam; “Defining Privacy”, **Journal of Social Philosophy**, Vol. 39, No. 3, Fall 2008, s. 411-428

MUNZER, Stephen R.; “Examining Nontherapeutic Circumcision”, **Health Matrix: Journal of Law-Medicine**, Vol. 28, Issue: 1, 2018, s. 1-77
<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hmax28&div=4> (Erişim Tarihi: 30.11.2018)

NEGLEY, Glenn; “Philosophical Views on the Value of Privacy”, **Law and Contemporary Problems**, Vol.31, No. 2, Spring 1966, s. 319-325

NOWAK, Manfred; Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development: Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Advance Edited Version, Human Rights Council, Distr. General A/HRC/7/3, 15 January 2008, <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/7session/A-HRC-7-3.doc> (Erişim Tarihi: 02.01.2019)

OKUR, Nurdan; **Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010

ÖKÇESİZ, Hayrettin; “Hukuk Kültürünün Yapısını ‘Nomos-Physis’ (Toplum-Kültür- Doğa) Çevresinde Yedi Üçyüzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2004, 10. Kitap, s. 115-121

ÖZAY, Merter; **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2006

ÖZBUDUN, Ergun; “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, **Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 406, Cilt 1, s. 265-294

PETEK, Hasan; “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s. 177-239

PHILLIPS, Anne; “Farklılığa Nasıl Yaklaşılmalı: Fikirler Politikası mı, Yoksa Mevcudiyet Politikası mı?”, **Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması**, Çev.: Zeynep Gürata- Cem Gürsel, 1. Basım, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi, Mart 1999, s. 199-219

POLATER, Yusuf Ziya; **Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Ankara, Adalet Yayınevi, Haziran 2010

ROAGNA, Ivana; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması**, Çev.: Ayşe Gül Alkış Schaling, 1. Baskı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Strazburg, Avrupa Konseyi, 2012

SAVULESCU, Julian; “Male Circumcision and the Enhancement Debate: Harm Reduction, Not Prohibition”, **Journal of Medical Ethics**, Vol: 39, 2013, s. 416-417

SEVİMLİ, K. Ahmet; **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, 1. Baskı, Legal Yayıncılık İstanbul, Nisan 2006

SHAHVİSİ, Arianne - EARP, Brian D.; “The Law and Ethics of Female Genital Cutting”, **Female Genital Cosmetic Surgery: Solution to What Problem?**, (Ed.) S.Creighton & L.-M. Liao, Cambridge University Press, s. 1-24

SHERRARD, Michael G.; “Workplace Searches and Surveillance versus the Employee’s Right to Privacy”, **University of New Brunswick Law Journal**, Vol. 48, 1999, s. 283-299

SOLOVE, Daniel J.- SCHWARTZ, Paul M.; **Information Privacy Law**, 4. Edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2011

SPoD, **LGBT Davaları: AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları**, 1. Baskı, SpoD Hukuk ve Adalet Erişim Kitaplığı 1, İstanbul, Kasım 2012

SUDAI, Maayan; “Revisiting the Limits of Professional Autonomy: The Intersex Rights Movement's Path to De-Medicalization”, **Harvard Journal of Law and Gender**, Vol. 41, Issue 1, Winter 2018, s. 1-54, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hwlj41&div=4> (Erişim Tarihi: 28.12.2018)

ŞEN, Ersan; “Anglo Sakson Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, No: 18, İstanbul, 1990, s. 83-88

ŞEN, Ersan; **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1989

TEKİN, Ferhat; “Geleneksel Dönemden Post-Modern Döneme Beden Anlayışının Değişimi”, **Turkish Studies**, Vol: 11/2, Ankara, 2016 Kış, s. 1153-1172

TEMEL, Erhan; “Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1. Baskı, Ankara Barosu, 2009, s. 223-239

TOKUZLU, Lami Bertan; **European Standarts on the Right to Privacy**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, İstanbul, 2000

TUNSTALL, Emma – MOORE, Sarah Kay- WAHLERT, Lance “Intersex in the Age of Queer Bioethics: Recommendations on the Fundamentals of Ovotestes Interventions for Intersex Youth”, **SQS**, Vol: 1–2, 2018, s. 1-16

UYGUN, Oktay; **Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar**, 2. Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayınları, Nisan 2014

UYGUN, Oktay; **Devlet Teorisi**, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, Ocak 2017

ÜZELTÜRK, Sultan; **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, 1. Bası, İstanbul, Beta Basım, Mayıs 2004

WARREN, Samuel D.- BRANDEIS, Louis D.; “Mahremiyet Hakkı”, Çev.: Gülay Arslan, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2007, s. 19-42

WARREN, Samuel D.- BRANDEIS, Louis D.; “The Right to Privacy”, **Harvard Law Review**, Vol. 4, No. 5., December 15, 1890, s. 193-220

WEEKS, Jeffrey; “The Value of Difference”, **Identity: Community, Culture, Difference**, Ed.: Jonathan Rutherford, Lawrence & Wishart, 1990, s. 88-100

WESTIN, Alan F.; **Privacy and Freedom**, Atheneum New York, 1967

YENERER ÇAKMUT, Özlem; **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, Ocak 2003

YÜCEL, Özge; “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Ed.: Özge Yücel- Gürkan Sert, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2018, s. 193-234

YÜCEL, Özge; “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Ed.: Özge Yücel- Gürkan Sert, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2018, s. 23-46

YÜKSEL, Mehmet; “Mahremiyet Hakkına ve Bireysel Özgürlüklere Felsefi Yaklaşımlar”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Sayı: 1, 2009, Cilt: 64, s. 275-298

YÜKSEL, Mehmet; “Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişim”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Sayı 1, 2003, Cilt 58, s. 181-213

YÜKSEL, Metin; “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt: 57, Sayı: 4, 2002, s. 35-63

YÜKSELBABA, Ülker; **Habermas’da Kamusal Alan/ Özel Alan Ayrımı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008

YÜKSELBABA, Ülker; “Kamusal Alan Modelleri ve Bu Modellerin Bağlamları”, **İÜHFİM**, C. LXVI, S.2, 2008, s. 227-271

ZAFER, Hamide; **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134)**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2010

MAHKEME KARARLARI

A, B and C v. Ireland, App. No: 25579/05, Judgment of ECHR (GC), 16/12/2010

A. v. The United Kingdom, App. No: 25599/94, Judgment of ECHR, 23/09/1998

Afif v. The Netherlands, App. No: 60915/09, Decision of ECHR, 24/05/2011

Ahmet Arslan and Others v. Turkey, App. No: 41135/98, Judgment of ECHR, 23/02/2010

Airey v. Ireland, App. No: 6289/73, Judgment of ECHR, 09/10/1979

Akbulut v. Turkey, App. No: 45624/99, Decision of ECHR, 06/02/2003

Aksu v. Turkey, App. No: 4149/04, 41029/04; Judgment of ECHR (GC), 15/03/2012

Aktas v. France, App. No: 43563/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary

A.L. v. The United Kingdom, App. No: 32207/16, Decision of ECHR, 13/03/2018

A.P., Garçon and Nicot v. France, App. No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, Judgment of ECHR, 06/04/2017

Bayatyan v. Armenia, App. No: 23459/03, Judgment of ECHR (GC), 07/07/2011

Bayrak v. France, App. No: 14308/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary

Belcacemi and Oussar v. Belgium, App. No: 37798/13, Judgment of ECHR, 11/07/2017

Bevacqua and S. v. Bulgaria, App. No: 71127/01, Judgment of ECHR, 12/06/2008

Biržietis v. Lithuania, App. No: 49304/09, Judgment of ECHR, 14/06/2016

Botta v. Italy, App. No: 21439/93, Judgment of ECHR, 24/02/1998

Brannigan and McBride v. The United Kingdom, App. No: 14553/89, 14554/89, Judgment of ECHR, 26/05/1993

Brüggemann and Scheuten v. Germany, App. No: 6959/75, Decision of EComHR, 19/05/1976

Chapman v. The United Kingdom, App. No: 27238/95, Judgment of ECHR, (GC), 18/01/2001

Christine Goodwin v. The United Kingdom, App. No: 28957/95, Judgment of ECHR (GC), 11/07/2002

Ciubotaru v. Moldova, App. No: 27138/04, Judgment of ECHR, 27/04/2010

Collins and Akaziebie v. Sweden, App. No: 23944/05, Decision of ECHR, 08/03/2007

Cossey v. The United Kingdom, App. No: 10843/84, Judgement of ECHR, 27.09.1990

Costello-Roberts v. The United Kingdom, App. No: 13134/87, Judgment of ECHR, 25/03/1993

Dahlab v. Switzerland, App. No: 42393/98, Decision of ECHR, 15/02/2001

Dakir v. Belgium, App. No: 4619/12, Judgment of ECHR, 11/07/2017

Dal and Özen v. Turkey, App. No: 45378/99, Decision of ECHR, 03/10/2002

Daroczy v. Hungary, App. No: 44378/05, Judgment of ECHR, 01/07/2008

De La Cierva Osorio De Moscoso, Fernandez De Cordoba, Roca Y Fernandez Miranda And O'Neill Castrillo v. Spain, App. No: 41127/98, 41503/98, 41717/98, Decision of ECHR, 28/10/1999

Dogru v. France, App. No: 27058/05, Judgment of ECHR, 04/12/2008

Donaldson v. The United Kingdom, App. No: 56975/09, Decision of ECHR, 25/01/2011

Dudgeon v. The United Kingdom, App. No: 7525/76, Judgment of ECHR, 22/10/1981

- Ebrahimian v. France*, App. No: 64846/11, Judgment of ECHR, 26/11/2015
- El Morsli v. France*, App. No: 15585/06, Decision of ECHR, 04/03/2008
- Evans v. The United Kingdom*, App. No: 6339/05, Judgment of ECHR, (GC), 10/04/2007
- Eweida and Others v. The United Kingdom*, App. No: 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, Judgment of ECHR, 15/01/2013
- G. and E. v. Norway*, App. No: 9278/81, Decision of EComHR, 03/10/1983
- Gamaleddyn v. France*, App. No:18527/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary
- Ghazal v. France*, App. No:29134/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary
- Glass v. The United Kingdom*, App. No: 61827/00, Judgment of ECHR, 09/03/2004
- Gough v. The United Kingdom*, App. No: 49327/11, Judgment of ECHR, 28/10/2014
- Grant v. The United Kingdom*, App. No: 32570/03, Judgment of ECHR, 23/05/2006
- Guillot v. France*, App. No: 22500/93, Judgment of ECHR, 24/10/1996
- Hajduova v. Slovakia*, App. No: 2660/03, Judgment of ECHR, 30/11/2010
- Hamidović v. Bosnia and Herzegovina*, App. No: 57792/15, Judgment of ECHR, 05/12/2017
- Hatton and Others v. The United Kingdom*, App. No: 36022/97, Judgment of ECHR (GC), 08/07/2003
- Hristozov and Others v. Bulgaria*, App. No: 47039/11, 358/12, Judgment of ECHR, 13/11/2012
- Huvig v. France*, App. No: 11105/84, Judgment of ECHR, 24/04/1990
- I. v. The United Kingdom*, App. No: 25680/94, Judgment of ECHR (GC), 11/07/2002
- Izevbekhai and Others v. Ireland*, App. No: 43408/08, Decision of ECHR, 17/05/2011
- Jasvir Singh c. France*, App. No: 25463/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary
- Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia*, App. No: 302/02, Judgment of ECHR, 10/06/2010
- K.A. et A.D. c. Belgique*, App. No: 42758/98, 45558/99, Judgment of ECHR, 17/02/2005
- Kara v. The United Kingdom*, App. No: 36528/97, Decision of EComHR, 22/10/1998
- Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967)
- Kolgin v. Russia*, App. No: 67907/16, Judgment of ECHR, 18/12/2018
- Kose and 93 Others v. Turkey*, App. No: 26625/02, Decision of ECHR, 24/01/2006

- Kruslin v. France*, App. No: 11801/85, Judgment of ECHR, 24/04/1990
- Kurtulmuş v. Turkey*, App. No: 65500/01, Decision of ECHR, 24/01/2006
- L. v. Lithuania*, App. No: 27527/03, Judgment of ECHR, 11/09/2007
- Lachiri v. Belgium*, App. No: 3413/09, Judgment of ECHR, 18/09/2018
- Laskey, Jaggard and Brown v. The United Kingdom*, App. No: 21627/93, 21826/93, 21974/93, Judgment of ECHR, 19/02/1997
- Lautsi and Others v. Italy*, App. No: 30814/06, Judgment of ECHR (GC), 18/03/2011
- Leyla Şahin v. Turkey*, App. No: 44774/98, Judgment of ECHR (GC), 10/11/2005
- Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*, App. No: 31417/96, 32377/96, Judgment of ECHR, 27/09/1999
- Marckx v. Belgium*, App. No: 6833/74, Judgment of ECHR, 13/06/1979
- M.C. v. Bulgaria*, App. No: 39272/98, Judgment of ECHR, 04/12/2003
- Mcfeeley et al. v. The United Kingdom*, App. No: 8317/78, Decision of EComHR, 15/05/1980
- Nazarenko v. Ukraine*, App. No: 39483/98, Judgment of ECHR, 29/04/2003
- Nielsen v. Denmark*, App. No: 10929/84, Judgment of ECHR, 28/11/1988
- Noack and Others v. Germany*, App. No: 46346/99, Decision of ECHR, 25/05/2000
- Norris v. Ireland*, App No: 10581/83, Judgment of ECHR, 26/10/1988
- Omeredo v. Austria*, App. No: 8969/10, Decision of ECHR, 20/09/2011
- Osman v. The United Kingdom*, App. No: 23452/94, Judgment of ECHR (GC), 28/10/1998
- Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*, App. No: 29086/12, Judgment of ECHR, 10/01/2017
- Özcan v. Turkey*, App. No: 44199/98, Decision of ECHR, 03/10/2002
- Özpınar v. Turkey*, App. No: 20999/04, Judgment of ECHR, 19/10/2010
- P. and S. v. Poland*, App. No: 57375/08, Judgment of ECHR, 30/10/2012
- P. v. Ukraine*, App. No: 40296/16, Communicated Case, 05/05/2017
- Pektas v. Turkey*, App. No: 39682/98, Decision of ECHR, 03/10/2002
- Pentiacova and 48 Others v. Moldova*, App No: 14462/03, Decision of ECHR, 04/01/2005
- P.G. and J.H. v. The United Kingdom*, App. No: 44787/98, Judgment of ECHR, 25/09/2001
- Popa c. Roumanie*, App. No: 4233/09, Decision of ECHR, 18/06/2013
- Pretty v. The United Kingdom*, App. No: 2346/02, Judgment of ECHR, 29/04/2002

- Raninen v. Finland*, App. No: 20972/92, Judgment of ECHR, 16/12/1997
- Ranjit Singh c. France*, App. No: 27561/08, Decision of ECHR, 30/06/2009, Legal Summary
- R.B.A.B. and Others v. The Netherlands*, App. No: 7211/06, Judgment of ECHR, 07/06/2016
- Rees v. The United Kingdom*, App. No: 9532/81, Judgment of ECHR, 17/10/1986
- S.A.S. v. France*, App. No: 43835/11, Judgment of ECHR (GC), 01/07/2014
- Schlumpf v. Switzerland*, App. No: 29002/06, Judgment of ECHR, 08/01/2009
- Schmidt v. Germany*, App. No: 32352/02, Decision of ECHR, 05/01/2006
- Sen and Others v. Turkey*, App. No: 45824/99, Decision of ECHR, 08/07/2003
- Sodan v. Turkey*, App. No: 18650/05, Judgment of ECHR, 02/02/2016
- Stevens v. The United Kingdom*, App. No: 11674/85, Decision of EComHR, 03/03/1986
- Sutter v. Switzerland*, App. No: 8209/78, Decision of EComHR, 01/03/1979
- S.V. v. Italy*, App. No: 55216/08, Judgment of ECHR, 11/10/2018
- Tarhan v. Turkey*, App. No: 9078/06, Judgment of ECHR, 17/07/2012
- Tığ v. Turkey*, App. No: 8165/03, Decision of ECHR, 24/05/2005, Legal Summary
- Tysiāc v. Poland*, App. No: 5410/03, Judgment of ECHR, 20/03/2007
- Ülke v. Turkey*, App. No: 39437/98, Judgment of ECHR, 24/01/2006
- V., W., X., Y. and Z. v. The United Kingdom*, App. No: 22170/93, Decision of EComHR, 18/01/1995
- Van Kück v. Germany*, App. No: 35968/97, Judgment of ECHR, 12/06/2003
- Wenerski v. Poland*, App. No: 44369/02, Judgment of ECHR, 20/01/2009
- X and Y v. The Netherlands*, App. No: 8978/80, Judgment of ECHR, 26/03/1985
- X. v. Austria*, App. No: 1753/63, Decision of EComHR (Partial), 15/02/1965
- X. v. The United Kingdom*, App. No: 8231/78, Decision of EComHR, 06/03/1982
- Yankov v. Bulgaria*, App. No: 39084/97, Judgment of ECHR, 11/12/2003
- Y.F. v. Turkey*, App. No: 24209/94, Judgment of ECHR, 22/07/2003
- Y.Y. v. Turkey*, App. No: 14793/08, Judgment of ECHR, 10/03/2015

DİĞER KAYNAKLAR

Charter Of Fundamental Rights Of The European Union, 18.12.2000, Official Journal of the European Communities C 364/1

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, 04.04.1997, Oviedo, Council of Europe, European Treaty Series - No. 164

Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, 28.01.1981, Council of Europe, Strasbourg, European Treaty Series - No. 108

Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, 04.04.1997, Oviedo, Council of Europe, European Treaty Series - No. 164

Gender Identity Issues, Fact Sheet, ECHR Press Unit, October 2018

Human Rights and Intersex People, Issue Paper Published by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Council of Europe, April 2015

İNTERNET KAYNAKLARI

www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi: 02.06.2018)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Giriş Bölümü
https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 08.07.2018)

http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf (Erişim Tarihi: 11.07.2018)

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=_en&mtdsg_no=IV-4&src=IND (Erişim Tarihi: 14.07.2018)

https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_en (Erişim Tarihi: 14.07.2018)

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> (Erişim Tarihi: 14.07.2018-01.01.2019)

http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160317.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160317.htm&1534-D83A_1933715A=43fa2e615ca7199f28bd7ba47742cff508d04789 (Erişim Tarihi: 14.07.2018)

<http://www.eskisehirab.gov.tr/userfiles/files/AVRUPA%20B%C4%B0RL%C4%B0%C4%9E%C4%B0%20TEMEL%20HAKLAR%20C5%9EARTI.pdf> (Erişim Tarihi: 15.07.2018)

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_TUR.pdf (Erişim tarihi: 21.10.2018)

<https://rm.coe.int/16800ccde5> (Erişim tarihi 23.12.2018-26.12.2018)

Intersex, Fact Sheet, Free & Equal United Nations For Lgbt Equality, s. 1, <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/UNFE-Intersex.pdf> (Erişim tarihi: 28.12.2018)

<http://www.isna.org/faq/patient-centered> (Erişim tarihi: 28.12.2018)

Female Genital Mutilation, Fact Sheet, WHO, 31.01.2018, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> (Erişim tarihi: 02.01.2019)

https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/tool_kit_in_turkish.pdf (Erişim Tarihi: 30.01.2019)

<https://www.itspronouncedmetrosexual.com/2011/11/breaking-through-the-binary-gender-explained-using-continuums/> (Erişim Tarihi: 28.03.2019)

<https://cdn.penalexreform.org/wp-content/uploads/1957/06/ENG.pdf> (Erişim Tarihi: 09.04.2019)

<http://kaosgl.org/sayfa.php?id=26978> (Erişim Tarihi: 22.04.2019)

ÖZGEÇMİŞ

Meltem Yılmaz 1993 yılında İzmir’de doğmuştur. Liseyi Manisa Fatih Anadolu Lisesi’nde okumuştur. 2011-2015 yılları arasında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans eğitimini almış, aynı zamanda İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler bölümünde yandal yapmıştır. 2016 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı’na başlamıştır. Yüksek lisans eğitiminin bir dönemini Erasmus+ Öğrenim Hareketliliği kapsamında Università degli Studi di Firenze’de geçirmiştir. 2017 yılında avukat olan ve İstanbul’da yaklaşık bir yıl avukatlık yapan Meltem Yılmaz, şu an Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Meltem Yılmaz
Tez Başlığı : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Kapsamında
Dış Görünüş Tercihleri
Savunma Tarihi : 04.07.2019
Danışmanı : Prof. Dr. Oktay UYGUN

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Prof. Dr. Oktay UYGUN



Doç. Dr. Burak Demirhan ÇELİK



Dr. Öğr. Üyesi Gülay ARSLAN ÖNCÜ



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

