

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İNSAN HAKLARI HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI
İŞİĞİNDA MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN
KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKI

Merve ALÇIK

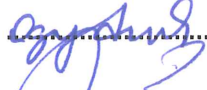
DANIŞMAN
Dr. Öğr. Üyesi Tijen DÜNDAR SEZER
İzmir-2018

YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : MERVE ALÇIK
Öğrenci No : 2014800699
Tez Başlığı : Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Maddi ve Manevi Varlığın Korunması ve Geliştirilmesi Hakkı

Savunma Tarihi : 07/09/2018
Danışmanı : Dr.Öğr.Üyesi Tijen DÜNDAR SEZER

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Dr.Öğr.Üyesi Tijen DÜNDAR SEZER	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Burcu DÖNMEZ	YAŞAR ÜNİVERSİTESİ	

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

Prof. Dr. Metin ARIKAN
Müdür

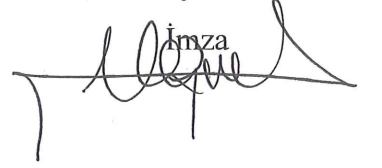
YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Maddi ve Manevi Varlığın Korunması ve Geliştirilmesi Hakkı” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../....

Merve ALÇIK

İmza


ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Maddi ve Manevi Varlığın
Korunması ve Geliştirilmesi Hakkı
Merve Alçık

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
İnsan Hakları Hukuku Programı

İnsanın onurlu bir yaşam sürebilmesi için maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı büyük önem taşımaktadır. Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için maddi ve manevi varlığının korunması gerekmektedir. İnsanın doğumundan ölümüne değin yaşamını sürdürürken birtakım temel hak ve özgürlükleri kullanması ve davranışlarda bulunması da, Anayasada yer almayan isimsiz özgürlükler de esasında kişinin maddi ve manevi varlığının korunmasına ve geliştirilmesi hakkının kapsamına girer.

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8. maddesindeki hukuksal çıkarılara karşılık gelmektedir. Maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı bireysel başvuru kapsamında Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanında yer alan çerçeve bir haktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları, Türk Anayasa hukukunda maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının koruma alanı ve hukuki niteliğine yön vermektedir. Çalışmamızda AYM'nin maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile ilgili verdiği bireysel başvuru ve iptal davası ve itiraz üzerine verilen kararlar incelenmiştir. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının, AYM kararları ile her somut uyuşmazlıkta anlamı ve kapsamının ortaya konulduğu ve sınırlarının çizildiği görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kişinin Maddi ve Manevi Varlığı, Maddi ve Manevi Varlığın Korunması ve Geliştirilmesi Hakkı, İnsan Onuru, Temel Hak ve Hürriyetler, İnsan Hakları, Bireysel Başvuru, Evli Kadının Soyadı, İşkence Yasağı, Özel Hayata Saygı Hakkı.



ABSTRACT
Master's Thesis
Protection and Improvement of Material and Spiritual Presence in the light of
Turkish Constitutional Court Decisions
Merve Alçık

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Human Rights Law Program

The right of people to protect and develop their material and spiritual existence is crucial for the survival of a dignified life. In order to use the rights and freedoms contained in the Constitution, it is necessary to protect the material and moral existence. The use of certain fundamental rights and freedoms in the course of life from the birth to the death of man is also included in the scope of the protection and development of the material and spiritual existence of the person on the basis of the anonymous freedoms not included in the Constitution.

The right to protection and development of material and spiritual existence corresponds to the legal interests of Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR), which regulates the right to privacy. The right to protection and development of material and spiritual property is a fundamental right in the joint protection of the Constitution and the ECHR under the individual application.

The case law of the European Court of Human Rights directs the protection and legal nature of the protection and development of material and spiritual existence in Turkish Constitutional law. In our work, the individual application for the protection and development of the material and spiritual existence of the Turkish Constitutional Court and the decisions on cancellation and appeal were examined. It is seen that the meaning and scope of the protection and development of the material and spiritual existence in every

concrete dispute with the decisions of the Turkish Constitutional Court are laid out and their boundaries are drawn.

Keywords: Protection and Development of Material and Spiritual Being, Human Rights, Human Rights, Human Rights, Individual Application, Married Woman's Last Name, Torture Prohibition, Right to Respect for Private Life.



**TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA MADDİ VE
MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKI
İÇİNDEKİLER**

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

**TEMEL İNSAN HAKKI OLARAK MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN
KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKI**

I.	MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ	9
A.	Temel Bir İnsan Hakkı ve Hürriyeti Olması – Anayasal Hak Olması	9
B.	İnsan Hakları Türleri İçindeki Yeri	10
C.	Gelişme Hakkının Bireysel Boyutu Olması	14
D.	1982 Anayasası Madde 12’de Yer Alan Niteliklere Sahip Olması	16
II.	1982 ANAYASASINDA DÜZENLENİŞİ	18
A.	Başlangıç Metninde Yer Alışı	19
B.	Devletin Temel Amaç ve Görevleri Başlıklı 5. Maddesinde Yer Alışı	20
C.	17. Maddede Yer Alışı	21

III.	HAKKIN DOĞURDUĞU DEVLET YÜKÜMLÜLÜKLERİ	23
A.	Negatif Yükümlülükler	25
B.	Pozitif Yükümlülükler	26
IV.	MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKININ SINIRLANDIRILMASI VE HAKKA MÜDAHALE	30
A.	Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Rejimi	31
1.	Olağan Dönemde Sınırlama	32
a)	Kanunilik Kriteri	33
b)	Özel Sınırlama Sebebi Kriteri	34
c)	Öze Dokunma Yasağı	34
d)	Anayasanın Sözü ve Ruhu Kriteri	35
e)	Demokratik Toplum Düzeni Kriteri	37
f)	Laik Cumhuriyet Kriteri	38
g)	Ölçülülük İlkesi	38
(1)	Elverişlilik Unsuru	39
(2)	Gerekliklik Unsuru	40
(3)	Orantılılık Unsuru	40
2.	Olağanüstü Dönemde Sınırlama	41
3.	Hakkın Objektif (Nesnel) Sınırı ve Anayasal Sınırı	44
4.	Kişinin Maddi ve Manevi Varlığının Korunması ve Geliştirilmesi	
	Hakkının Sınırlandırılması	47
a)	Olağan Dönemde Sınırlandırılması	47
b)	Olağanüstü Dönemde Sınırlandırılması/ Kullanımının Durdurulması	48
c)	Hakkın Objektif (Nesnel) ve Anayasal Sınırı	49
B.	Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahale Kavramı	51
1.	Müdahalenin Varlığı	51
2.	Müdahalenin Haklılık Kriterleri	52
a)	Kanunla Öngörülmüş Olma	53
b)	Meşru Amaç	54

c) Demokratik Toplumda Gereklik	55
3. Kişinin Maddi ve Manevi Varlığının Korunması ve Geliştirilmesi Hakkına Müdahale	57

V. MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ 60

İKİNCİ BÖLÜM

MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKI VE DİĞER HAKLARLA İLİŞKİSİ

I. MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKININ DİĞER HAKLARLA İLİŞKİSİ	63
A. Yaşam Hakkı ile İlişkisi	64
B. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı İle İlişkisi	68
C. Eşitlik İlkesi İle İlişkisi	73
D. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve Unutulma Hakkı ile İlişkisi	77
1. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı	78
2. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı	81
3. Unutulma Hakkı	84
E. İfade Özgürlüğü ile İlişkisi	87
F. Eğitim Hakkı ile İlişkisi	91
G. Çalışma Hakkı ile İlişkisi	94
H. Sosyal Güvenlik Hakkı ile İlişkisi	96
İ. Sağlık Hakkı ile İlişkisi	98
J. Çevre Hakkı ile İlişkisi	100

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA KİŞİNİN MADDİ VE MANEVİ VARLIĞININ KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKI

I.	ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNİN YOLLARI	104
A.	İptal Davası	104
B.	İtiraz Yolu	107
C.	Bireysel Başvuru	109
1.	Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yapılması	109
2.	Anayasa Mahkemesi'nin Maddi Ve Manevi Varlığın Korunması Ve Geliştirilmesi Hakkına İlişkin Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadına Yer Verişi	117
II.	TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKI İLE İLGİLİ ÖRNEK KARARLARI	124
A.	Bireysel Başvuru Kararları	124
1.	Zorunlu Aşı Uygulamalarına İlişkin Kararlar	124
2.	Soyada İlişkin Kararlar	130
3.	Nüfus Kayıtlarına İlişkin Kararlar	132
4.	Çevreye İlişkin Kararlar	138
5.	Şeref ve İtibarın Korunmasına İlişkin Kararlar	144
6.	Tıbbi İhmal ve Hatalı Tedaviye İlişkin Kararlar	152
7.	Kişinin Maddi ve Manevi Varlığının Korunması ve Geliştirilmesi Hakkında Diğer Kararlar	156
a)	Mobbing İddiaları ve Fecir Ergün Turan Kararı	157
b)	Aile İçi Şiddet Vakaları ve M.L. ve Diğerleri Kararı	158
c)	Kişinin Beslenme Tarzı Hakkında Sağlık Raporu Almaya Zorlanması ve Şehmus Özsubaşı Kararı	159
d)	Sağlık Verilerinin Gizliliğinin Korunmamasının Kişinin Çalışma Yaşantısına Etkisi ve T.A.A. kararı	162
e)	Cinsiyet Değişikliği ve M.K. Kararı	163

B. İptal Davası-İtiraz Üzerine Verilen Kararlar	166
1. Tütün Ürünlerinin Yasaklanmasına İlişkin Karar	166
2. Nüfus Kaydının Düzeltilmesine İlişkin Karar	169
3. Sezaryen Doğuma İlişkin Karar	170
4. Cinsiyet Değişikliğine İlişkin Kararlar	171
5. Kadının Soyadına İlişkin Karar	178
 SONUÇ	 184
 KAYNAKÇA	 190



KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
AY	Anayasa
AYM	Türk Anayasa Mahkemesi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Bkz.	Bakınız
CIEC.	La Commission Internationale de l'État Civil
CGTİK.	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
ÇED.	Çevresel etki değerdendirme
çev.	Çeviren
ÇKK.	Çocuk Koruma Kanunu
Der.	Derleyen
Ed.	Editör
Es.	Esas
Haz.	Hazırlayan
İHEB.	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
GBP.	Genişletilmiş Bağışıklama Programı
GDPR.	General Data Protection Regulation
K.	Karar
K.T.	Karar Tarihi
KVKK.	Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
md.	Madde
NHK.	Nüfus Hizmetleri Kanunu
NPHK.	Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
No.	Numara
para.	Paragraf
R.G.	Resmî Gazete
s.	Sayfa No
SHTK.	Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu

ss.	Sayfadan sayfaya
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TKK.	Tanık Koruma Kanunu
TMK.	Türk Medenî Kanunu
TÜZÖK.	Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun
UHK.	Umumi Hıfzıssıhha Kanunu



GİRİŞ

İnsan, onurlu bir varlıktır. Bu nedenle, doğuştan, devredilemez ve vazgeçilemez insan haklarına sahiptir. İnsan hakları, insanın sırf insan olması sebebiyle sahip olduğu hakların bütünü olarak da tanımlanabilir. Sahip olduğumuz insan hakları neticesinde yaşamımızı sürdürür, kişiliğimizi korur ve onun gelişimine katkıda bulunuruz.

Kişiler, onurlu bir yaşam sürdürebilmek, insan haklarını kullanabilmek için yaşama hakkının yanında maddi ve manevi varlıklarını korumak ve geliştirmek hakkına sahiptirler. Kural olarak insan hakları, kişinin maddi ve manevi varlığının korunmasına ve geliştirilmesine katkı sağlarlar. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, tüm insan haklarının varoluş sebebidir.

Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, öncelikle yaşam hakkını tamamlayıcı ve onu genişleten bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı Anayasa’da (AY) 17. maddenin birinci fıkrasında yaşam hakkı ile birlikte düzenlenmesine rağmen yaşam hakkı ve maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı iki ayrı hak olarak tanımlanmıştır. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı onurlu bir insan yaşamı sürebilmenin temel şartı olarak en az yaşam hakkı kadar değerli ve gereklidir.

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, AY’da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ortak koruma alanında yer alan bir hak olması sebebiyle Anayasa Mahkemesi’ne (AYM) bireysel başvuru yolu ile konu edilebilmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasının düzenlendiği AY’nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında, maddi ve manevi varlığa yönelik işkence yapılamaması ve kötü muamelede bulunulamaması yönüyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, olağanüstü dönemlerde dahi kullanımı kısmen veya tamamen durdurulamayan bir hak olması sebebiyle önem arz etmektedir.

İnsan haklarına kaynaklık etmesi, çerçeve bir hak olması ve AYM kararları ile somutlaşması sebebiyle AYM kararları ışığında maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının kapsamı ve niteliği çalışmamızda belirlenmek

istenmiştir. Kişi, varlığını koruyabildiği ve geliştirebildiği sürece özgür kalır. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının tanımlanması ve devletin hakka dair yükümlülüklerinin belirlenmesi, insan hakları hukukunun gelişimine katkı sağlayacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, yaşam hakkına eşdeğer önemde ve kişinin yaşamını sürdürebilmesi, kanun koyucular tarafından kendisine bahşedilen temel hak ve özgürlükleri kullanabilmesi için gerekli olan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının Türk Anayasa Hukukundaki teorik görünümü ele alınacaktır. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının tanımı ve kapsamı, hukuki niteliği, sınırlandırılması ve hakka müdahale, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ilgisi açıklanacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde AY'da yer alan belli başlı temel insan hak ve özgürlükleri ile maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı arasındaki ilişki açıklanacak ve akabinde üçüncü bölümde de AY'ya uygunluk denetimi yolları olan iptal davası, itiraz yolu ve bireysel başvuru yolundan söz edilerek, AYM kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına yer veriş i incelenecek, daha sonra maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının somut uyuşmazlıklarda ne şekilde ortaya çıktığı açıklanacaktır. Kararlar ışığında AYM'nin maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına bakış açısına yer verilecektir. Son olarak, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının Anayasa hukukunda yer alışı ve arz ettiği önem dolayısıyla sonuca yönelik çıkarımlarda bulunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL İNSAN HAKKI OLARAK MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKI

I. MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKININ TANIMI VE KAPSAMI

Anayasamızın 17. maddesinin birinci fıkrasında “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” denilmektedir. İnsan doğumundan itibaren ölene dek yaşadığı süre boyunca mütemediyen yaşam hakkının yanı sıra çeşitli hak ve özgürlükleri kullanır. Hak ve özgürlükleri kullanmak suretiyle hareket ettiğimiz her an, aynı zamanda maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını gerçekleştirmek üzere hareket etmekte olduğumuz söylenebilir.

Kavramsal olarak maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ifade etmek üzere, “genel davranış özgürlüğü”¹, “genel eylem özgürlüğü”², “kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı”³, “kişiliği geliştirme hakkı”⁴, “kapsayan özgürlük (şamil özgürlük)”⁵, “adı konmamış özgürlük hakkı”⁶, “kişi dokunulmazlığı”⁷, “kişi özgürlüğü”⁸, “genel kişilik hakkı”⁹, “maddi olarak varlığını

¹ Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999 (İnsan Onuru), s.56; Seçkin Yavuzdoğan, “Tütün Çiğneme, Emme, Tüttürme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve 4207 Sayılı Kanun Üzerine Birkaç Not”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, Aralık 2011, s.26.

² Zafer Gören, “Status Activus”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:2016, Sayı:1, İzmir, (Aktif Statü), s.295; Gören, Anayasa, s.13; Şimşek, İnsan Onuru, s.54.

³ Şimşek, İnsan Onuru, s.54; Zafer Gören, **Anayasa ve Sorumluluk T.C. Anayasası Eki İle**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, II. Cilt, İzmir, 1999, (Sorumluluk-II), s.13; Yavuzdoğan, s.26.

⁴ Mehmet Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Sebebine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:19, 2002, s.256.

⁵ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s.41; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Ekin Basım Yayın, Bursa, Cilt:II, 2011, (Anayasa Teorisi-II), s.526; Kemal Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, Yıl:47, Ocak 1990, (Sigara), s.37.

⁶ Şimşek, İnsan Onuru, s.55.

⁷ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Basım Yayın, 17. Bası, İstanbul, 2018, s.174; Korkusuz, M. Refik. **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler**, Özrenk Matbaacılık, İstanbul, 1998, ss.235,236.

⁸ 1961 T.C. Anayasası’nın 10. maddesinden hareketle; İsmet Giritli ve Jale Sarmaşık, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Yeni Bası, İstanbul, 2001, s.80.

daha iyiye götürme hakkı”¹⁰, “beden bütünlüğüne ilişkin özgürlük”¹¹, “fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı”¹², “bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı”¹³ gibi çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. Esasında bu kavramların hepsi, insan onuru ilkesinden ve genel özgürlük tanımından hareketle oluşturulmuştur. Doktrinde, hakkı en kapsamlı şekilde ifade eden kavramın kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı olduğu ifade edilmiştir.¹⁴

Bir görüşe göre maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile diğer haklar arasındaki ilişki, şu şekilde açıklanmıştır: *“Bu anlamda kişiliği geliştirme hakkı ile Anayasada belirtilmiş diğer haklar arasında bir lex generalis - lex specialis ilişkisi vardır. Bir insan eylemi Anayasada yer alan diğer temel hak kurallarından birinin geçerlilik alanı içindeyse, lex specialisin önceliği gereği kişiliği geliştirme hakkı geri çekilir ve uygulanmaz. Buna karşılık başka temel hak kuralları alanı içine girmeyen her türlü insan eylemi kişiliğin serbestçe geliştirilmesinin koruma alanı içindedir. Böylece kişiliği geliştirme hakkı genel bir fiil özgürlüğü niteliğine bürünmüş oluyor. Bu görüşü Alman Anayasa hukukuna egemen görüş olarak niteleyebiliriz.”*¹⁵

AY’da ayrı ayrı tanımlanmış hak ve özgürlük tanımına girmeyen, AY’da yasaklanmamış olan, suç teşkil etmeyen, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi yönünde bir davranış söz konusu olduğunda bu davranış kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kavramı içerisine dâhil olmaktadır. Dolayısıyla, anılan hak ayrı ayrı tanımlanan hak ve özgürlükler arasında kalan boşluklara denk gelen davranışları içerisinde barındırmakta ve bu boşlukları tamamlamaktadır. Ayrıca, hakkın, hareket serbestisinin mevcut durumunu güvence

⁹ Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, (Kişisel Veriler), s.132.

¹⁰ Ahmet Mumcu ve Elif Küzeci, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları)** Turhan Kitabevi, Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara, 2011, s.127.

¹¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989, (Kolektif Özgürlükler), s.25.

¹² Gülay Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta Basım, İstanbul, Tıpkı 3. Baskı, 2013, s.312.

¹³ Çağatay Üstün ve Gülsün Ayhan Aygörmmez Uğurlubay, “Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirilmesi”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 53, Nisan 2014, s.29.

¹⁴ A. Tarık Gümüş, “Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2005, Cilt:13, Sayı:2, (Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı), s.136.

¹⁵ F. Sağlam, ss.41,42.

altına almanın yanında müstakbel hareket serbestisini de garantilemekte ve böylece çift yönlü koruma sağlamaktadır. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının esas fonksiyonu, temel hak ve özgürlüklerin ortaya çıkış nedeni olmasından kaynaklanmaktadır. Hak ve özgürlüklerin temeli olan insan onuru, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının kaynağıdır.¹⁶ Temel hak ve özgürlükler, aslında kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına hizmet etmektedirler.¹⁷ Temel haklar AY'nın 17. maddesinde düzenlenen *“insanın maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının”* sonuçları olarak kabul edilmektedir.¹⁸ Bu durumun Anayasadaki diğer haklar ile maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı arasında bir hiyerarşiye sebep olduğu ya da olmadığı konusunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır.¹⁹ AY'nın 17. maddesinin gerekçesinde *“Kişinin sahip bulunduğu hak ve özgürlükler, bu maddeden itibaren önem dereceleri göz önünde tutularak belirlenmiştir.”* denilmekle, yaşama ve maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile diğer haklar arasında AY tarafından bir hiyerarşi bulunduğu kabul edildiği söylenebilir.²⁰ Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı tanındığı nispette diğer temel hak ve özgürlükler bir anlam ifade edecektir.²¹

¹⁶ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2002, (Özgürlükler), s.25.

¹⁷ Gümüş, Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı, s.134.

¹⁸ Zafer Gören, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:6 ,Sayı:12, Güz 2007/2, (İnsan Onuru), s.33; M. Refik Korkusuz, **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler**, Özrenk Matbaacılık, İstanbul,1998, s.236; Gören, Sorumluluk-II s.14; Zafer Gören, bütün temel hakların maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının sonuçları olduğunu ve bu olgudan hareketle de maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile diğer temel hak ve özgürlükler arasında bir hiyerarşi olarak yorumlandığını ifade etmiştir. (Zafer Gören, **Anayasa Hukukuna Giriş T.C. Anayasası Eki İle**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, II. Baskı, İzmir, 1999, (Anayasa Hukukuna Giriş), s.412.)

¹⁹ Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler arasında hiyerarşi olmadığı hususunda: bkz. Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2017, (İnsan Hakları) s.129, Kutu:7.6. , Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s.224; Ayrıca bu konuda temel haklar arasında bir üstünlük sıralaması bulunmamakla birlikte hakların çeliştiği durumlarda kişisel haklara öncelik verilmesi gerektiğine ilişkin; (Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1995, (İnsan Hakları), s.142.); Anayasa normları arasında hiyerarşi olup olmadığına ilişkin daha fazla bilgi için Bkz. Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Ekin Basım Yayın, Bursa, Cilt:II, 2011, (Anayasa Teorisi-II), s.164 ve devamı.

²⁰ Gören, İnsan Onuru, s.26.

²¹ Korkusuz, s.236.

Serbest hareket etme gücü²² olarak ifade edilen özgürlük, insan doğasında vardır. İçimizde var olan bu serbest hareket etme gücünü yaşamımız boyunca kullanmamız içindir ki temel hukuk metinlerinde sayılan tüm hak ve özgürlüklere ek olarak serbest hareket etme gücümüzün garanti altına alınması amacı ile kişiliğin serbestçe geliştirilmesi kavramı ortaya atılmıştır.

AY, insanın serbest hareket etme gücünü maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi kavramı ile açıklamaktadır. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı çerçevesinde kişiler yaşamlarını sürdürmek ve temel ihtiyaçlarını karşılamak adına çeşitli davranışlarda bulunurlar. Bu anlamda kişiliğin serbestçe geliştirilmesini sağlayacak tüm varlıklar genel kişilik hakkı içerisine dâhil olacaktır.²³

AY'nın 17. maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, herkese tanınmaktadır. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının tanımında yer alan koruma, maddi ve manevi varlığı ile ilişkili olan hakların kullanım imkânının zorlaştırılmaması ve daraltılmaması; gelişme ise maddi ve manevi varlık ile ilişkili hakların mevcut konumunu daha ileriye götürmek, haklara ulaşmak imkânını genişletmek ve kolaylaştırmak olarak anlaşılmalıdır.²⁴ Koruma ve geliştirme eylemlerinin kişinin sahip olduğu diğer haklarla açıklanıyor oluşu, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının diğer temel hak ve özgürlükleri kapsayıcı ve de insanın yaşam içerisinde sürdürdüğü tüm eylem ve davranışlarını barındırıcı özelliğine işaret etmektedir.

AY'nın başlangıç kısmının altıncı paragrafında “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;...*” denilmektedir. Yine AY'nın “Devletin Temel Amaç ve Görevleri” başlıklı 5. maddesinin son cümlesinde “*...insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*” denilerek Türkiye Cumhuriyeti devletinin temel amaç ve görevlerinden birinin kişinin maddi ve manevi

²² Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2017, (İnsan Hakları), s.59.

²³ Şimşek, Kişisel Veriler, s.132.

²⁴ Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2017, s.430; AYM K.T. 17.03.2011, 2009/47 Es, 2011/51 K. sayılı kararı, (15.04.2018)

varlığının gelişmesini desteklemek olduğu ve devletin bu amaç doğrultusunda davranışlarda bulunmaya özen göstereceği belirtilmiştir. Anılan 5. maddenin gerekçesine bakıldığında “...Devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir....” denilmektedir. Sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti devleti, kişilerin insan onuruna uygun şekilde hayatlarını sürdürmeyi taahhüt ettiğini, bunu da sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak gerçekleştirileceğini açıkça belirtmiştir. Devlet, bireyin onuruna saygı göstermek ödevini yüklenmiştir. Keyfi bir davranışa uğramama yolunda, kişi devletten kendi maddi varlığının garanti edilmesini beklemektedir. Anılan madde, devlete bireye karşı olumlu edimde bulunma yükümlülüğü vermektedir.²⁵ Yukarıdaki paragrafta belirtildiği üzere insan onuru ve kişinin kişiliğini serbestçe gerçekleştirmesi ve geliştirilmesi kavramı sosyal devlet ilkesi ile bağlantılı olarak bir araya gelmektedir. İnsan onuru etik bir değerdir; ancak insan onurunun AY’da yer alışı, aynı zamanda hukuksal bir değer de olduğu anlamına gelir.²⁶ Doktrindeki bir görüşe göre, insan onuru, bilinçli olma hali, insanın kendi kaderini tayin etme ve çevresini şekillendirme yeteneği veren manevi gücüdür.²⁷

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, insan onurunun özünü oluşturan ve insanın başkaca kişilerden farklılığını gösteren değerleri koruyan ve bu değerlerin gelişmesini sağlayan bir haktır.²⁸ AYM’ye göre de, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile insan onurunun korunması amaçlanmıştır.²⁹ Doktrinde, insan onurunun AY’nın tüm hükümlerine olduğu gibi AY’nın 17. maddesine de hâkim ilke niteliğinde olduğu ifade edilmektedir.³⁰

AYM’nin kararlarında sıkça dile getirdiği “AY’nın 17. maddesinde yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme’nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve

²⁵ Gören, İnsan Onuru, ss.28,29.

²⁶ Gören, İnsan Onuru, s.27.

²⁷ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özaydın ve Efser Erden Tütüncü, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.117.

²⁸ Kalabalık, s.430.

²⁹ AYM K.T.19.04.2018, Başvuru No:2014/17177, **Yonca Verdioğlu Şık başvurusu**, para.45, (05.07.2018)

³⁰ Zafer Gören, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:1992, Cilt:9, (Kişiliğin Korunması), s.174; Gören, Anayasa Hukukuna Giriş, s.411.

ruhsal bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir."³¹ ifadesi, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının kapsamının bir bölümünü ifade etmektedir. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü ve kendini gerçekleştirme, geliştirme ve özgür bir şekilde kendine ilişkin kararlar alabilmesini ifade etmektedir.

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının kapsamı, bir mevzuat çerçevesinde belirlenmiş değildir. Hakkın kapsamı AYM kararları ile somutlaşmaktadır. AYM kararlarında kimlik, aile bağları ile ilgili bilgileri içeren nüfus kayıtları ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkı, isim hakkı, kişisel şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkı, beslenme tarzına ilişkin tercih ile cinsel tercih maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının kapsamına dâhil edilmektedir.³² Bir başka AYM kararında ise başvurucunun sabah ezanı sebebiyle oluşan gürültüden rahatsızlık duyması şeklindeki şikâyetleri temelde gürültü kirliliği ile ilgili olması sebebiyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında incelenmiştir.³³ Kişinin maddi ve manevi varlığına etki eden, zarar veren çevresel kirlilik, çevre bozulmaları ile gürültü kirliliği AYM kararlarında maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında ele alınmaktadır. AYM, başvurucunun vücut bütünlüğüne yapılan tıbbi müdahale sonrasında sağlıklı yaşama hakkının ortadan kalktığı iddiasını incelediği başka bir kararında, kamu veya özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilen sağlık hizmetlerinin sunulması esnasında kişinin sağlığı açısından alınması gereken tedbirleri de maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında incelemiştir.³⁴

³¹ AYM K.T.25.02.2016, Başvuru No: 2013/2552, **Mehmet Kurt başvurusu**, para.44, (05.07.2018); AYM K.T. 24.03.2016, Başvuru No:2013/6587, **Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık başvurusu**, para.41, (05.07.2018); **Sevim Akat Ekşi başvurusu**, para.30; AYM K.T. 15.10.2015, Başvuru No:2013/2084, **Ahmet Acartürk başvurusu**, para.47, (05.07.2018)

³² AYM K.T. 06.01.2016, Başvuru No:2013/2414, **B.U. başvurusu**, para.36, (05.07.2018); AYM K.T. 19.12.2013, Başvuru No:2013/2187, **Sevim Akat Ekşi başvurusu**, para.35, (05.07.2018); AYM K.T. 30.06.2014, Başvuru No:2013/5574, **İlhan Cihaner (2) başvurusu**, para.42, (05.07.2018); AYM K.T. 03.03.2016, Başvuru No:2013/2582, **Şehmus Özsubaşı başvurusu**, para.60, (05.07.2018); AYM K.T. 29.11.2017, 2015/79 Es. 2017/164 K. sayılı kararı, para.14, (05.07.2018)

³³ AYM K.T. 30.06.2016, Başvuru No:2014/3977, **D.Ö. başvurusu**, para.23, (05.07.2018)

³⁴ AYM K.T. 15.10.2015, Başvuru No:2013/2084, **Ahmet Acartürk başvurusu**, para.51, (05.07.2018)

AYM, belirli kıstasların varlığını aramak suretiyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilip edilmediğine ya da edilmediğine karar vermektedir.

Kişilerin cinsel tercihleri, isim hakları, kimliğine ve aile bağlarına ilişkin her türlü nüfus kayıtları, kişisel itibar ve şerefi, beslenme tarzına ilişkin tercihi, kişisel verileri, vücut bütünlüğü, maddi ve manevi varlığına etki eden çevresel bozulma ve kirlilik halleri, unutulma hakkı, psikolojik taciz niteliğinde ve kişiye zarar verici davranışlar kişinin maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamına girmektedir. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, AY'nın 17. maddesinde yer alan, AY'da yer alan diğer temel hak ve özgürlükleri kapsayıcı nitelikte ve diğer temel hak ve özgürlüklerle sıkı ilişki içerisinde olan; kimi hallerde AY'da açıkça yazılı olmayan ve isimsiz hürriyetler olarak adlandırılan özgürlükleri de kapsayıcı nitelikte olan, AYM kararları ile şekillenen ve çerçevesi çizilen, çok kapsamlı bir temel hak ve özgürlük olarak tanımlanabilir.

II. MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Temel Bir İnsan Hakkı ve Hürriyeti Olması – Anayasal Hak Olması

Doktrinde bir görüşe göre mevzuat ile ya da yargı kararlarıyla tanınan, somut özellikleri belirli olan insan haklarına temel haklar adı verilmektedir.³⁵ Temel haklar, pozitif hukuk tarafından güvence altına alınan, yasama ve yürütme organları tarafından yapılan işlemlerle kolaylıkla kaldırılamayan haklardır. Bu bağlamda temel hakları anayasal haklar olarak da nitelendirebiliriz. 1982 Anayasası bakımından temel hak ve özgürlükler, yasama, yürütme, yargı organlarını ve idare makamlarını, diğer kuruluş ve kişileri bağlayıcı nitelikte hukuk kurallarıdır. AY'da düzenlenmelerinin bir sonucu olarak, değiştirilmeleri güç koşullara bağlanmış; kanun

³⁵ Zafer Gören, **Anayasa ve Sorumluluk**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:58, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara, (Sorumluluk-I), 1995, s.4.

ile düzenlenmeleri ve sınırlanmaları özel bir rejime tabi tutulmuştur.³⁶ Bu anlamda kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı temel ve anayasal bir haktır. Temel sıfatı genel kullanımda önemliliği gösterir. Şekli açıdan bakılırsa temellik sadece normlar hiyerarşisi aracılığıyla tanımlanabilir. AY tarafından tanınan ve korunan hak ve hürriyetler temeldir. Diğer bir ifade ile “temellik” anayasal düzeyde bir tanıma ve koruma demektir. Anayasal tanıma ve korumadan yararlanan bütün hak ve hürriyetler, birer temel hak ve hürriyettir. Bu hak ve hürriyetler anayasal değerdedir; yani normlar hiyerarşisinin en üst basamağında bulunurlar. Dolayısıyla sadece yürütme organı değil, yasama organı da dâhil devletin üç organını da bağlarlar.³⁷

B. İnsan Hakları Türleri İçindeki Yeri

Temel hak ve hürriyetler doktrinde yapılan ayrıma göre üç kategoriye ayrılır: “*negatif statü hakları, pozitif statü hakları, aktif statü hakları*”.³⁸ Negatif statü hakları, doktrinde kişinin devlet tarafından dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen hak ve hürriyetler; pozitif statü hakları da, kişilere devlet tarafından olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkânını tanıyan ve karşılığında devlete sosyal alanda belirli ödevler ve fonksiyonlar yükleyen hak ve hürriyetler şeklinde tanımlanmaktadır.³⁹ Aktif statü hakları ise, kişinin devlet yönetimine katılmasını sağlayan hak ve özgürlüklerdir.⁴⁰ Doktrinde temel hak ve hürriyet ayrımında negatif

³⁶ Oktay Uygun, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1992, s.5

³⁷ Gözler, İnsan Hakları, ss.66,67.

³⁸ Mustafa Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Orion Kitabevi, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, 2009 (Anayasa Hukuku), s.195; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rıfat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.75; Fatih Karaosmanoğlu, **İnsan Hakları**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2012, s.92 ve devamı; İsmet Giritli ve Jale Sarmaşık, ss.74,75; Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara, 2017, ss.131,132; Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), (Kamu Hürriyetleri), Ankara, 1993, s.6; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.170; Zafer Gören, **Temel Hak Genel Teorisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 4. Bası, İzmir, 2000, (Hak Teorisi) ss.26-31; Mahmut Gökpınar, “Bir Kavram Olarak İnsan Hakları Ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:2015, Sayı:120, s.40; İbrahim Ö. Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989, (Kolektif Özgürlükler), s.24; İsmet Giritli, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:2002, Cilt:19, ss.89,90.

³⁹ Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.6.

⁴⁰ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Basım Yayın, 22. Baskı, Bursa, 2014, (Anayasa Hukuku) s.141.

statü haklarına “koruma hakları”, pozitif statü haklarına “isteme hakları” ve aktif statü haklarına da “katılma hakları” da denilmektedir.⁴¹ Sınıflandırılan bu haklar mevcut AY’da, negatif statü hakları “kişinin hak ve ödevleri”, pozitif statü hakları “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” ve aktif statü hakları “siyasi haklar ve ödevler” şeklinde karşılık bulmuştur. Özgürlüğün var olması için anılan hak gruplarına dâhil olan hakların her birinin diğeri ile tamamlanması gerekmektedir.⁴² Doktrinin birbirinden kesin çizgilerle ayırdığı bu üç hak kategorisi günümüzde birbiriyle iç içe geçmiştir.⁴³

Kural olarak negatif statü hakkı grubuna giren haklar, devletin bu haklarla ilgili olarak olumsuz bir tutum takınması, hareketsiz kalması veya karışmamasıyla gerçekleşirler. Negatif statü haklarının korunması için devletin pozitif bir edimde bulunmasına gerek yoktur. Negatif statü hakları kişilere dokunulmaz ve güvenceli özel alanlar sağlarlar.⁴⁴ Çünkü bu haklar mahiyetleri gereği kendiliğinden gerçekleşen ya da kişinin kendisi tarafından gerçekleştirilen haklardır.⁴⁵ Negatif statü hakları devlet tarafından hiç sınırlandırılmaz değildir. Dolayısıyla bir istisna niteliğinde olan devletin bireyin alanına müdahalesi, kısıtlı, ölçülü ve denetime tabidir.⁴⁶

Günümüzde salt negatif statü hakları alanında dahi devletlerin bazı pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Düşünceyi açıklama özgürlüğü, basın yayın özgürlüğü gibi bazı bireysel ve siyasal haklar, devlete çekinme, karışmama ödevi yüklemenin yanında, aynı zamanda bu hakların gerçekleşmesi için devlete bir şeyler yapma ödevi, gerekli tedbirleri alma⁴⁷, hukuki düzenlemeler yapma ödevi de yükler. Düşünceyi açıklama özgürlüğü ve basın yayın özgürlüğünün gerçekleşmesi için devletin bu alanları düzenlemesi ve destekleyici tutum sergilemesi gerekmektedir.⁴⁸ Düşünceyi açıklama özgürlüğü için günümüzde, bilgiyi araştırıp elde etmek, öğrenebilmek ve haber alma özgürlüğünün de tanınıyor olması, bu

⁴¹ Gözler, İnsan Hakları, ss.118,119.

⁴² Kapani, Kamu Hürriyetleri, ss.6,7.

⁴³ O. Korkut Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s.103.

⁴⁴ Erdoğan, Anayasa Hukuku, ss.195,196.

⁴⁵ Atar, s.132.

⁴⁶ Karaosmanoğlu, 92.

⁴⁷ Anayasanın 5. maddesinde yer alan “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” ifadesi devlete bir şeyler yapma edimi yüklemektedir.

⁴⁸ Gözler, İnsan Hakları, s.125.

hususta devletin olumlu bazı edimlerde bulunması, haberleşmeyi, araştırma olanaklarını sağlaması gerekmektedir. Negatif statü haklarının, pozitif statü haklarından ayrıldığı noktalar belirsizleşmekte ve anılan hak kategorileri birbirine yaklaşmaktadır.⁴⁹

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, 1982 Anayasasının “Temel Hak ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmının “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde yer almaktadır. Devlet, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına karışmamakla yükümlüdür. Devlet pozitif yükümlülükleri bağlamında, kişinin anılan hakkına müdahale etmemenin yanı sıra hakka müdahale eden üçüncü şahısların davranışları karşısında bireyi korumakla yükümlüdür. Devlet, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına müdahale ederken sınırsız bir işlem ve eylem özerkliğine sahip değildir, müdahale işlemini ya da eylemini AY’da öngörülen sınırlar çerçevesinde gerçekleştirmek zorundadır.

Her ne kadar kişi hakları ve ödevleri başlığı altında yer alsada maddi ve manevi varlığın gelişimi için devlet bazen pozitif yükümlülükler altına da girmektedir. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, devlete pozitif yükümlülükler yükleyen bir negatif statü hakkıdır.

Hak ve hürriyetler tarihsel olarak ortaya çıkışlarına göre, “birinci kuşak haklar”, “ikinci kuşak haklar” ve “üçüncü kuşak haklar” şeklinde üçe ayrılmaktadır.⁵⁰ Birinci kuşak haklar tarih sıralamasında ilk ortaya çıkan haklar olup; kişisel ve siyasal hakları içerir.⁵¹ Bu haklar devlete karışmama edimi yükler. Devlet

⁴⁹ E. Yasemin Özdek, **İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1993, s.37.

⁵⁰ Doktrinde bazı yazarlara göre bilim ve teknolojinin günümüzde ulaştığı boyutlar ve gelişmişlik göz önüne alındığında “dördüncü kuşak haklar” adı altında bir kuşak hakkın daha ortaya çıktığından bahsedilmektedir. Bu yazarlara göre dördüncü kuşak haklar, bilişim teknolojisi ve genetik mühendisliği alanındaki gelişmeler neticesinde unutulma hakkı, insan onurunun korunması hakkı gibi haklar söz konusu olmaktadır. İnsan onurunun korunması hakkı bağlamında uluslararası antlaşmalarla insan kopyalanması yasaklandı. Anılan bu haklar 03.12.2003 kabul tarihi, 09.12.2003 R.G. tarih, 25311 R.G. sayı, 5013 sayılı kanunla onaylanarak uygun bulunan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” ile iç hukukumuzda dâhil edilmiştir. Anılan Biyotıp Sözleşmesi’ne ek İnsan Kopyalanmasının Yasaklanmasına İlişkin Protokol de, 14.03.2017 kabul tarihi, 03.04.2017 R.G. tarih, 30027 R.G. sayı, 7009 sayılı kanunla onaylanarak uygun bulunarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşme ve ek protokol metni için Bkz. <http://ua.mfa.gov.tr/> (16.04.2018); Daha fazla bilgi için: Tezcan ve diğerleri, s.77 ve devamı; Atar, s.133 ve devamı; Gözler, Anayasa Hukuku, s.141; Gözler, İnsan Hakları, ss.121-128; Gökpınar, s.51.

⁵¹ Tezcan ve diğerleri, s.77.

bu haklara müdahale etmez ise bu haklar gerçekleşir.⁵² Birinci kuşak haklar, kişiye, devlet ve üçüncü kişilerce dokunulamayacak özel, bağımsız bir hareket alanı sağlamaktadır.⁵³ Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı da birinci kuşak haklardandır ve devlet kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hususunda kural olarak bireylere karışmamak, müdahale etmemek yükümlülüğü altındadır.

İkinci kuşak insan hakları; ekonomik, sosyal ve kültürel haklardır. Ekonomik ve sosyal nitelikli haklara örnek olarak; sosyal adaleti sağlama, sosyal eşitsizlikleri giderme, sosyal güvenlik, sağlık hakkı, adil ücret, asgari ücret ve sendikal haklar örnek verilebilir. Kültürel haklara örnek olarak ise; bilim hakkı, sanat hakkı, eğitim hakkı örnek verilebilir.⁵⁴ Bu haklar devlete karışmama ödevi değil, eylemde bulunma, harekete geçme, açıkçası bir hizmet sağlama ödevi yüklemektedir. Doktrinde ikinci kuşak hakları tanıyan AY hükümlerinin birer “program hüküm” olduğu düşünülmektedir. Bunları devlet, mali imkânlarının yeterliliği ölçüsünde gerçekleştirir.⁵⁵

Üçüncü kuşak insan hakları özellikle İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra süje yani hak sahibi yapılmıştır. Üçüncü kuşak haklara örnek olarak barış hakkı, yiyecek hakkı, çevre hakkı, gelişme hakkı gibi haklar örnek verilebilir.⁵⁶ Üçüncü kuşak haklar, önceleri pozitif iç hukuk belgeleriyle değil, birtakım uluslararası belgelerle tanınmış ve ilan edilmiştir. Bunların hukuk düzeni tarafından tanınıp tanınmadığı, tanınmış ise kimler için ne derecede bağlayıcı olduğu tartışmalıdır.⁵⁷

Maddi ve manevi varlığın korunması ve gelişmesi hakkının insan hakları türleri içerisindeki yerine bakıldığında, çok kapsamlı bir hak olması dolayısıyla negatif statü haklarının bir özelliği olan devletin bu hakka karışmama ve dokunmama özelliğini barındırmakta olduğu ve bu anlamda da kişiyi devlete ve topluma karşı koruyan bir hak olduğu söylenebilir. Ek olarak anılan hak, pozitif statü haklarının bir özelliği olan kişiye devletten bir şeyler isteme yetkisini de içermektedir. Maddi ve

⁵² Gözler, İnsan Hakları, ss.121-122.

⁵³ Özdek, s.31.

⁵⁴ Tezcan ve diğerleri, s.77.

⁵⁵ Gözler, İnsan Hakları, ss.122-125.

⁵⁶ Tezcan ve diğerleri, s.77.

⁵⁷ Gözler, İnsan Hakları, ss.123-125.

manevi varlığın korunması ve gelişmesi hakkının devlete pozitif yükümlülükler yükleyen bir negatif statü hakkı olduğu söylenebilir.

C. Gelişme Hakkının Bireysel Boyutu Olması

Dayanışma hakları arasında önemli bir yeri olan gelişme hakkına ilişkin ilk izlenimler 1944 tarihli Philadelphia Bildirgesi'nde⁵⁸ görülmektedir. Bildirgede, *“bütün insanların, ırk, inanış veya cinsiyet ayrımı yapılmaksızın fırsat eşitliği, ekonomik güvenlik, onur ve özgürlük içinde maddi ve manevi varlıklarını geliştirme haklarının olduğu”* vurgulanmaktadır.⁵⁹

Dayanışma hakları, diğer bir deyişle üçüncü kuşak haklar, 1982 yılında hazırlanan “Dayanışma Haklarına İlişkin Uluslararası Pakt Ön Tasarısı”nda düzenlenen haliyle barış hakkı, gelişme hakkı, çevre hakkı ve insanlığın ortak malvarlığına saygı hakkından oluşmaktadır. Gelişme, doktrinde bir yazara göre, insan kişiliğinin tüm imkân ve boyutlarıyla gelişmesini sağlayacak toplumsal imkân ve olanakların oluşturulması; gelişme hakkı da, her insanın ve insan topluluğunun ekonomik, sosyal, kültürel, siyasal ve hukuki alanlarda ilerleme, kişiliğini serbestçe geliştirme ve kültürel kimliğe saygı hakkını içeren bir hak olarak tanımlanmaktadır.⁶⁰ Gelişme hakkı insanın insan olması sebebiyle bir takım hak ve özgürlüklere sahip olması ve bunları kullanabilme unsurlarının ilerlemesi ile ortaya çıkmaktadır.⁶¹ Gelişme hakkının uluslararası toplumsal boyutundan, her ülkenin dünya çapında ekonomik refahtan adil, meşru bir pay elde edebilmesi anlaşılmalıdır.⁶² Dayanışma haklarından gelişme hakkının bireysel boyutu içerisinde ise, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının yer aldığını söyleyebiliriz.

⁵⁸ Bildirgenin tam metni için Bkz. http://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412361/lang--tr/index.htm (20.04.2018)

⁵⁹ Ahmet Akbaba, **İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Kuşak Haklar**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.219.

⁶⁰ İbrahim Ö. Kaboğlu, ““Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri” (Soyut Talepler mi, İnsan Hakları mı?)”, **İnsan Hakları Yıllığı Dergisi**, Yıl:1991, Sayı:13/1, (Dayanışma Hakları) ss.40,45.

⁶¹ Betül Aslan, **Devletin Temel Amaç ve Ödevleri Işığında Öznel Gelişme Hakkı (1982 Anayasası M.5)**, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İstanbul, 2007, s.20.

⁶² Atar, s.134.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen 1986 tarihli Gelişme Hakkına Dair Bildirge'nin⁶³ 1. maddesinin birinci fıkrasına göre *"Gelişme hakkı, her insanın ve bütün halkların, bütün insan haklarının ve temel özgürlüklerin tam olarak gerçekleşeceği bir ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal gelişmeye katılma, katkıda bulunma ve bundan yararlanma hakkına sahip olması nedeniyle vazgeçilmez bir insan hakkıdır."* Bildirgenin 2. maddesinde *"Birey, gelişmenin temel öznesidir ve birey gelişme hakkına faal olarak katılır ve bu haktan yararlanır. Her insanın gelişme konusunda, insan haklarına ve temel özgürlüklere tam olarak saygı gösterilmesi gereği ile birlikte, bireyin serbestçe ve bütünüyle gelişmesini sağlayacak bir topluma karşı ödevlerini de dikkate alan bireysel ve kolektif bir sorumluluğu vardır; bu nedenle bireyler gelişme için uygun bir siyasal, sosyal ve ekonomik düzenin sağlanmasına ve korunmasına çalışırlar."* şeklinde kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ifade edilmektedir. Gelişme hakkı, "her insanın kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı" ile somutlaşır. Gelişme hakkı tüm insanlığın bütünsel gelişimini hedef alır; hem bireysel hem de toplu ilerleme araçlarına eşit girişi zorunlu kılar. Gelişme hakkı bağlamında, insan gelişme sürecinin öznesidir.⁶⁴

Gelişme hakkının bireysel boyutu, doktrinde bireysel (öznel) gelişme hakkı⁶⁵ olarak da ifade edilmektedir. Bireysel boyutu ile gelişme hakkı, bireyin hak ve özgürlüklerini güvence altına alan; birey ve devlet ilişkisinde bireyin statüsünü belirleyici bir Anayasa hukuku boyutunu oluşturmaktadır.⁶⁶ Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, gelişme hakkının bireysel boyutuna karşılık gelmektedir. Bireysel olarak gelişme hakkına sahip olmayan bir insan maddi ve manevi varlığını koruyamaz ve geliştiremez.

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının gelişme hakkı içerisinde uluslararası bildirgede yer edinmiş olması hakkın ulusal düzey dışında uluslararası düzeyde de desteklendiğini ve korunduğunu

⁶³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 4 Aralık 1986 tarihli ve 41/128 sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/698b5--Gelisme-Hakkina-Dair-Bildiri.pdf> (20.04.2018)

⁶⁴ Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s.317; Kaboğlu, Dayanışma Hakları, s.46; İbrahim Ö. Kaboğlu, **Çevre Hakkı**, İmge Kitabevi, 1996, (Çevre Hakkı), s.17.

⁶⁵ Öznel gelişme hakkı ile ilgili daha fazla bilgi için, Bkz. Betül Aslan, Devletin Temel Amaç ve Ödevleri Işığında Öznel Gelişme Hakkı (1982 Anayasası M.5), **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İstanbul, 2007.

⁶⁶ Akbaba, s.229.

göstermektedir. “Herkes” e maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı tanıyan 1982 AY, gelişme hakkını dolaylı olarak yalnızca bireysel boyutuyla sınırlı tutarak tanımaktadır.⁶⁷

D. 1982 Anayasası Madde 12’de Yer Alan Niteliklere Sahip Olması

1982 Anayasasının “Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği” başlıklı 12. maddesinin birinci fıkrasında, “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*” denilmektedir. AY’da yer alan bir hak ve hürriyetin kapsamına girmeyen bir insan davranışı, AY 12. maddenin ilk fıkrasının kapsamına girer. Dolayısıyla AY’da ayrıca ve açıkça düzenlenmeyen “isimsiz hürriyetler” AY 12. maddesi kapsamında olup AY korumasından yararlanırlar.⁶⁸

AY’nın 12. maddesinde dört nitelikten bahsedilmektedir. Bu nitelikler, kişiliğe bağlılık, dokunulmazlık, devredilmezlik, vazgeçilmezliktir. Kişiliğe bağlılık, hakkın bireye özgülenmiş olması demektir. Hak, insan kişiliğinden ayrı olarak düşünülemez. İnsan hakları, kişiliğimizin ayrılmaz bir parçasıdır. İnsan haklarının varlığı, hukukun tanınmasına bağlı değildir ve bunlar sonradan kazanılan haklardan farklıdırlar.⁶⁹

Dokunulmazlık, önce insan bedeninin ve hayatının dokunulmazlığı biçiminde ortaya çıkmıştır ve doğal hukuk kapsamına giren tüm haklar bakımından geçerlidir.⁷⁰ Dokunulmazlık, yukarıda bahsedilen doktrindeki temel hak ve özgürlük sınıflandırmasında kişi haklarına karşılık gelen devletin kişinin haklarına dokunmaması, kişinin hakkını ihlal etmemesi anlamında kullanılmaktadır. Devlet, bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklere dair çekirdek alana (kişi haklarına) müdahale etmemek ile yükümlüdür.

Devredilmezlik, her bireyin sahip olduğu temel insan haklarını çeşitli sebeplerle bir başka üçüncü kişiye yahut kişilere devredemeyeceği anlamına gelir.⁷¹

⁶⁷ Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s.318; Akbaba, s.229.

⁶⁸ Gözler, Anayasa Hukuku, s.218, Kutu:16.1; Gözler, Anayasa Teorisi-II, s.528.

⁶⁹ Kalabalık, s.40

⁷⁰ Akıllıoğlu, İnsan Hakları, s.38.

⁷¹ Tolga Şirin, “1982 Anayasası’na Göre Temel hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeni Yorumlar”, s.5, https://www.academia.edu/29493839/1982_Anayasas%C4%B1na_G%C3%B6re_Temel_hak_ve_%C

Örneğin; yaşama hakkı bir üçüncü kişiye devredilmezdir. Aynı şekilde ifade özgürlüğüne sahip olan bir kişi, ifade özgürlüğünü bir üçüncü kişiye devrettiğinden bahisle ifade özgürlüğünü kullanamayacağını söyleyemez.

Vazgeçilmezlik, insan haklarına her insanın doğuştan sahip olması ile ilgilidir. Her insan doğuştan sırf insan olması sebebiyle insan haklarına sahip olduğundan bu haklardan vazgeçmek rıza ile de olsa hukuken mümkün değildir. Bu nedenle insanlar, insan haklarını gönüllü olarak bir sözleşme ile başkalarına devredemezler ve vazgeçemezler.⁷²

Anılan 12. maddede AY'nın aslında “doğal hakları” kastettiği sonucuna varılabilir. Doğal haklar ise kişilerin, devletin ve AY'ların onları tanimasından bağımsız olarak sahip oldukları haklardır. Doğal hak anlayışının ikinci sonucu, bireylerin haklarının AY'da sayılanlardan ibaret olmadığıdır. Başka bir ifadeyle, anayasal haklar listesi tahdidî değil, tadadîdir. Yani, insanların AY'da gösterilmeyen hakları da vardır.⁷³

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı da AY'nın 12. maddesinde belirtildiği üzere kişinin kişiliğine bağlı, dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez bir hak olup, devletin ve AY'nın hakkı tanimasından bağımsız olarak kişilerin sahip olduğu bir doğal haktır. Her insan doğuştan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Devlet bu hakkı ihlal etmemekle ve üçüncü kişilerin hakka haksız ve hukuka aykırı müdahalelerini önlemekle yükümlüdür.

Temel hak ve hürriyetlerin niteliğiyle ilgili 12. madde, ilk fıkrasında bu hükmü getirdikten hemen sonra, ikinci fıkrada bu hak ve özgürlüklerin “*kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını*” içerdiğini belirtmekle, ilk fıkrada tanınan durumun, ikinci fıkrada dengelenmek istendiği söylenebilir.⁷⁴

3%96zg%C3%BCrl%C3%BCklerin Ola%C4%9Fan%C3%BCst%C3%BC Hal Rejimi Eski Kavramlara Yeni Yorumlar (05.07.2018)

⁷² Kalabalık, s.41.

⁷³ Erdoğan, Anayasa Hukuku, ss.179,180; Karşı görüş; AY md. 12'de doğal hak doktrini benimsenmediği, “bu Anayasadaki temel hak ve özgürlükler” deyiminde anlatımını bulan pozitif hak anlayışının doğal hak görüşü ile bağdaştırılmayacağı yönünde, Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.108; Bülent Tanör, **İki Anayasa 1961-1982**, Beta Yayıncılık, 3. (Tıpkı) Baskı, İstanbul, 1994, s.131.

⁷⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.143.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin (İHEB) 29. maddesinde de herkesin, kişiliğini serbestçe ve tam olarak geliştireceği ve buna karşılık da içinde yaşanılan topluma karşı ödevlerinin olduğu ifade edilmiştir.⁷⁵ Kişinin serbest ve tam gelişmesi, ancak toplum içinde yaşamasıyla mümkündür. Toplum kişinin kendisine bunu sağladığı için, toplum kişinin tam gelişmesini sağlayan bir birim olduğu için, kişi o birimin içinde yani kendisinin gelişmesini sağlama olanağını veren, kendisinin gelişmesini sağlayan birim içinde yer aldığından, ona karşı ödevleri vardır.⁷⁶ AYM'nin bir kararında bu yaklaşımı aynen benimsediği görülmektedir. Mahkemeye göre, *“kişi ancak, kendisini yaşatan, maddi ve manevi varlığını koruyup gelişmesine olanak tanıyan topluma karşı ödevler taşır. Bu olanaklar tanınmıyorsa, ödevden de söz edilemez.”*⁷⁷

III. 1982 ANAYASASINDA DÜZENLENİŞİ

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, kişinin kişiliğini serbestçe gerçekleştirme ve geliştirme hakkı ile insan onuru ilkesinden kaynaklanan, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü koruyan ve yaşam boyunca gelişimine katkı sağlayan her türlü fiil ve davranışı AY ve kanunların öngördüğü sınırlar içerisinde yapabilmesini sağlayan bir hak olarak tanınmıştır.

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, AY metnine dâhil olan ve temel ilkeleri içeren başlangıç metninde, devletin amaç ve görevlerinin belirtildiği 5. maddede ve son olarak da kişi hakları ve ödevleri başlığı altında yaşam hakkı ile birlikte yan yana ve açıkça yer almaktadır.

Hakkın AY metninde üç ayrı yerde yer alması dahi tek başına ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. AYM'nin Binali Özkaradeniz ve diğerleri başvurusuna ilişkin kararında; *“Maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı bireysel başvuru kapsamında Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan temel hak ve hürriyetlere ilişkin güvenceler yönünden dikkate alınması gereken*

⁷⁵ İHEB md. 29: *“Her şahsın, şahsiyetinin serbest ve tam gelişmesi ancak içinde yaşamasıyla mümkün olan topluluğa karşı vecibeleri vardır.”*

⁷⁶ Mümtaz Soysal, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:1986, Cilt:3, s.49.

⁷⁷ Uygun, s.51; AYM K.T. 19.12.1989, 1989/14 Es. 1989/49 K. sayılı kararı, (21.04.2018)

çerçeve bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir.” şeklindeki nitelendirmesi hakkın kapsayıcılığını ortaya koymaktadır.⁷⁸

A. Başlangıç Metninde Yer Alışı

II. Dünya Savaşı sonrasında yapılan Anayasalarda, Anayasanın felsefesini içeren bir başlangıç kısmının⁷⁹ Anayasaların başına konması teamül haline gelmiştir.⁸⁰ Başlangıç kısımları Anayasaların yapılış sebeplerini açıklarlar.⁸¹ Anayasanın 176. maddesinin birinci fıkrasında “*Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dâhildir.*” denilmektedir. Bu nedenle başlangıç metninde bulunan temel haklara ilişkin açıklama, temel hakların genel hükümlerinden sayılabilir.⁸² Başlangıçla ilgili bir düzenleme de, Anayasanın cumhuriyetin nitelikleri ile ilgili hükmünün “başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan” ibaresini kullanmasıdır. Bu veriler, başlangıç bölümünün hukuki ve anayasal değerde olduğunu gösterir.⁸³ AY’nın Cumhuriyetin Nitelikleri başlıklı 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri arasında “*başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan*” ibaresi kullanılmıştır. Anayasanın 2. maddesinde sayılan nitelikler, Anayasanın 4. maddesi gereği değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemezdir. Dolayısıyla, başlangıç metninde yer alan temel ilkelerin değiştirilemeyeceği söylenebilir.

Başlangıç metninin 6. paragrafında “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme*⁸⁴ ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;” ifade edilmiştir. Dolayısıyla, her Türk vatandaşının doğuştan maddi ve manevi varlığa

⁷⁸ AYM K.T. 01.02.2018, Başvuru No:2014/4686, **Binali Özkaradeniz ve Diğerleri başvurusu**, para.43, (22.04.2018)

⁷⁹ Tanör, s.132.

⁸⁰ Orhan Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul, 1982, s.184.

⁸¹ Özbudun, s. 75.

⁸² Tekin Akıllıoğlu, “1982 Anayasasında Temel Hakların Genel Kuralları”, **Anayasa Mahkemesinin 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, (Temel Haklar), s.466.

⁸³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.78; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Ekin Basım Yayım, Bursa, , Cilt:I, (Anayasa Teorisi-I), 2011, s.124.

⁸⁴ Başlangıç metninde insan onuru ilkesine yer veren Dünya Anayasaları için bkz. Peri Uran, “Anayasaların Başlangıç Kısımları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl:2015, Cilt:73, Sayı:1, s.224, Dipnot:9.

sahip olduğu ile bu varlığını geliştirme hakkına da ayrıca sahip olduğu ilkesi kabul edilerek somutlaştırılmıştır. Başlangıç metninde yer alan “temel ilkeler”in de pek çoğunun AY metninde karşılığı ya da uzantısı vardır.⁸⁵ Başlangıç metninde her ne kadar bu hak ve yetki sadece Türk vatandaşları için öngörülmüş, sadece Türk vatandaşlarına tanınmış gibi gözükse de, başlangıç metninde yer alan ilkenin uzantısı yahut karşılığı olan 17. maddede hakkın süjesinin genişletilmiş ve herkese tanınmış olduğunu görmekteyiz.

Başlangıç metninin 6. paragrafında yer alan “maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisi” ifadesi, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına işaret eden, bu hakkı karşılayan bir ifadedir ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkından vareste düşünülemez.

B. Devletin Temel Amaç ve Görevleri Başlıklı 5. Maddesinde Yer Alışı

AY’nın “Devletin Temel Amaç ve Görevleri” başlıklı 5. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti devletinin amaç ve görevleri⁸⁶ arasında “*insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” sayılmıştır. Bu hüküm, temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi bakımından yasa koyucu için yön gösterici bir kural niteliğindedir.⁸⁷

Türkiye Cumhuriyeti’nin sosyal bir hukuk devleti olması nedeniyle devletin kişilere maddi ve manevi varlıklarının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışacağı dile getirilmiştir. Gerekli şartlar ifadesi ile kastedilen AY’da kişilere tanınan diğer temel hak ve özgürlüklerdir. Örneğin; yerleşme ve seyahat hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, düşünce ve kanaat hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti ve benzeri temel hak ve özgürlükler. Anılan özgürlüklerden kişinin faydalanabilmesi için devlet olumlu ya da olumsuz edimlerde bulunacaktır. Bu özgürlüklerin temel amacı kişinin maddi ve manevi varlığının korunmasını ve geliştirilmesini sağlamaktır.

⁸⁵ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.78; Özbudun, s.75.

⁸⁶ Anayasanın 5. maddesinde yer alan devletin görevleri kavramı, Zafer Gören’e göre “yükümlülük” yerine kullanılmaktadır. bkz. Gören, Hak Teorisi, s.50.

⁸⁷ Oktay Uygun, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1992, s.16.

Madde gerekçesinde de, “Devlet aynı zamanda milletin huzurunu sağlamak ve fertlerini mutlu kılmak görevi ile de yükümlüdür. Devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir. Sosyal devlet her şeyden önce insana ve insanın düşünce hakkına saygılıdır ve bu sınırlar içerisinde ferdin hak ve hürriyetlerinin kullanılmasını sınırlayan engelleri ortadan kaldırmak, onun başlıca görevleri arasındadır.” denmekte, esasen devlet organlarının “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışması” ifadesiyle kişilere AY’da tanınan temel hak ve özgürlüklerden en üst düzeyde yararlanmasını sağlamak adına çaba göstermek ve gerektiğinde de hakkın kullanımını engelleyen durumları ortadan kaldırmak kastedilmektedir.

C. 17. Maddede Yer Alışı

Anayasanın 17. maddesinin birinci fıkrasında, “herkesin yaşama ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu” belirtilmiştir. Çalışmamızın konusunu teşkil eden; herkese, tüm insanlara tanınan hakkın yer aldığı bu madde, AY’nın “Kişi Hakları ve Ödevleri” başlıklı bölümünde yer almaktadır. Madde gerekçesinin ilk cümlesinde, “kişinin sahip bulunduğu hak ve özgürlükler, bu maddeden itibaren önem dereceleri göz önünde tutularak belirlenmiştir.” denilmektedir. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, yaşam hakkından sonra gelen ve en az onun kadar önemli olan bir haktır.

Doktrinde, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı, sadece kaderini belirleme hakkı ve sadece genel eylem özgürlüğünü değil aynı zamanda onun içerdiği yetkilerin kullanılmasını da garantileyen bir sübjektif kamu hakkı şeklinde tanımlanmıştır.⁸⁸ Nesneyi AY’nın “maddi ve manevi varlık” şeklinde “ve” bağlacı ile ifade etmesi iki varlığın insanı bütünleştirdiği öngörüsünü içerir. Böylece hem maddi hem manevi varlığın birlikte korunması madde içerisinde vurgulanmaktadır.⁸⁹ Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile iki durum

⁸⁸ Gören, Sorumluluk-II, s.13.

⁸⁹ Aslan, s.74.

teminat altına alınmıştır.⁹⁰ “Korumak” ifadesi ile kişinin var olan, mevcut varlığı teminat altına alınmıştır. “Geliştirmek” ifadesi ile de kişinin ileride sahip olacağı müstakbel varlığı teminat altına alınmıştır.

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, Anayasalarda tanınan diğer temel hak ve özgürlüklerle hem birlikte hem de ayrı olarak kullanılabilmesi mümkün olan bir haktır. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, diğer temel hak ve özgürlükleri çevrelediği gibi, ayrıca bir temel hak tanımı içerisine girmeyen fakat kişiliği koruyan veya gelişimini sağlayan her davranışı da içerisine alan bir haktır. İsimsiz hürriyetler, genel davranış özgürlüğü niteliğinde olan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile güvence altına alınmış hürriyetlerdir.⁹¹

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı diğer bir deyişle genel kişilik hakkının temel ödevinin, somut geleneksel özgürlük hakları tarafından kapsanmayan özgürlük alanlarının korunması ve kişinin özellikle dar kişisel yaşam alanının korunmasının garanti edilmesi olduğu ve aynı zamanda bu hakkın yeni gelişmeler nedeniyle ortaya çıkan tehlikeler karşısında insanın korunmasını amaçladığı ifade edilmektedir. Bu nedenle genel kişilik hakkı gelişime açık bir temel haktır ve koruma alanını kesin olarak ortaya koymak güçtür, dolayısıyla bu hakkın koruma alanı daha çok somut olaylar bakımından belirlenebilmektedir.⁹²

Anayasalarda tanınan her temel hak ve özgürlük eşit derecede önemlidir. Ancak kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, bireyin yaşamını sürdürdüğü her an, diğer temel hak ve özgürlüklerini kullandığı esnada dahi arka planda var olan ve var olmaya da devam eden bir insan hakkıdır. Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi diğer temel hak ve özgürlüklerin tanınmasıyla mümkündür. Zira “maddi” ve “manevi” varlık ve onun geliştirilmesi hem kişisel hem

⁹⁰ İki kavramın birlikteliğinin gelişme hakkının varlık kazanmasını sağladığı hakkında Bkz. Aslan, ss.75,76.

⁹¹ A. Tarık Gümüş, **Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2004, (Maddi ve Manevi Varlığını Koruma), ss.130,131.

⁹² Şimşek, Kişisel Veriler, s.132, 133; Temel hak ve özgürlük alanındaki anayasal normların yapıları, nitelikleri gereği çoğunlukla her bir olay örgüsü bakımından yorum yolu ile somutlaşır ve derinleşirler. Bu derinleşme, normun somut olayda hangi anlamı kazandığını açıklayarak onun kapsamını belirler. (Bertil Emrah Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları: 2001 Anayasa Değişikliklerine İlişkin Gözlemler”, **Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması Kitabı**, (Haz. Ozan Ergül), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 29-30.09.2012, (Özgürlüklerin Yorumu), s.125.)

de toplumsal pek çok özgürlüğün kullanılmasıyla mümkündür.⁹³ Dolayısıyla maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, diğer tüm hak ve özgürlükleri kapsayıcı, onlarla birlikte de varlığını sürdüren; herhangi bir hak ve özgürlük tanımına girmese de özünde insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmeye yönelik davranışlar açısından da koruma sağlayan bir haktır.

IV. HAKKIN DOĞURDUĞU DEVLET YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Temel haklar sadece bireye devlet karşısında bir savunma hakkı vermemekte aynı zamanda bütün devlet güçlerinin riayet etmesi gereken objektif bir hukuk düzeni de yaratmaktadırlar.⁹⁴ Kamu özgürlükleri,⁹⁵ kişilere devlet ve toplum hayatında dayandıkları insan hakları açısından insan olarak değer sahibi olmalarını sağlar ve siyasal hayatın, ekonomik süreçlerin, kültür etkinliklerinin ve akla gelebilecek her olaydan serbestçe yararlanma hakkını verir.⁹⁶ Bu hak, başkalarına sadece kaçınma yükümlülüğü yükleyeceği gibi edim veya yerine getirme yükümlülüğü de yükleyebilir.⁹⁷

Her temel hak ve özgürlüğün en az bir sahibi ve yükümlüsü vardır. Sübjektif haklar olarak temel haklar, kural olarak hak sahiplerine yükümlü olandan bir şeyi yapmama, olabilirlik ölçüsünde bir şeyi yapma veya bir şeye katlanmayı isteme erkini verirler. Bir hukuk kuralı ile hak sahibi olan “aktif”; bir hukuk kuralı ile yükümlendirilen “pasif” olarak adlandırılmaktadır.⁹⁸ Temel hakka sahip olmak hususunda doktrinde “temel hak sahipliği”, “temel hak yeterliliği” veya “temel hak taşıyıcısı”⁹⁹ kavramları kullanılmaktadır. Temel hakka sahip olanı belirtmek üzere de “temel hak öznesi”, “temel hak süjesi”¹⁰⁰ kavramları kullanılmaktadır. Temel hak

⁹³ Mumcu ve Küzeci, s.206.

⁹⁴ Şimşek, Kişisel Veriler, s.113.

⁹⁵ İnsan Haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş olan bölümüdür. Kamu hürriyetleri karşısında son zamanlarda temel haklar teriminin de sık sık kullanıldığı görülüyor. (Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.14.); Kamu özgürlükleri yerine temel haklar, temel özgürlükler veya temel hak ve özgürlükler deyimleri de kullanılmaktadır.(Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, ss.16,17.)

⁹⁶ Mumcu ve Küzeci, s.131.

⁹⁷ Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Tıpkı Basım 7. Baskı, Ankara, 2005, (Demokrasi) s.141.

⁹⁸ Gören, Hak Teorisi, s.50.

⁹⁹ Gören, Hak Teorisi, s.50.

¹⁰⁰ Gözler, İnsan Hakları, s.135; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.152 ve devamı.

sahibinin karşısında temel hakkın muhatabı olan bir yükümlüsü, ödevlisi¹⁰¹ yer alır. Temel hakkın sahibi genellikle insanlar, vatandaşlar, yabancılar ya da belirli kategoride bulunan kişiler¹⁰² olurken; yükümlüsü de devlettir.

Temel hakkı, sahip olan ve yükümlüsü arasında var olan ilişki kapsamında düşündüğümüzde, bu ilişkiyi kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına uygulayacak olursak; hakkın sahibi herkes,¹⁰³ muhatabı ise devlettir. AY'nın 17. maddesinde yer alan anılan hakkın 5. madde içerisinde devlete getirilmiş bir yükümlülük, dahası görev olarak karşımıza çıktığı da ifade edilmiştir.

AİHM devletlerin yükümlülüklerini: negatif yükümlülükler ve pozitif yükümlülükler şeklinde iki gruba ayıran basit ve ikili bir yaklaşımı benimsemiştir.¹⁰⁴ Çalışmamızda da devlet yükümlülükleri konusunda AİHM'in ikili yaklaşımı ele alınmıştır.¹⁰⁵

Devletin negatif yükümlülüğünden anlaşılması gereken, kural olarak, devletin “hak ve özgürlükler önünde müdahale etmez, çekimser bir tutum benimsemesi”, “kişiye ayrılmış bu alanın sınırları içerisine girmemesi”dir. Pozitif yükümlülükler ise, genel olarak, hak ve özgürlükleri gerçekleştirmek üzere devletin bir edimde bulunmasını gerektirir.¹⁰⁶

Kişinin maddi ve manevi varlığının koruması hakkı, AY'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete pozitif ve negatif yükümlülükler yüklemektedir.¹⁰⁷

¹⁰¹ Gözler, İnsan Hakları, s.142.

¹⁰² Gözler, İnsan Hakları, s.136; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.152 ve devamı.

¹⁰³ 1982 T.C. Anayasası 17. maddenin 1. fıkrasında; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” denilmekle maddede açıkça hakkın sahibi belirtilmiştir.

¹⁰⁴ Akandji-Kombe, Jean-Francois. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, Avrupa Konseyi Yayınları, İnsan Hakları El Kitapları Serisi, No:7, Belçika, 1. Baskı, 2008, s.5.

¹⁰⁵ Bkz. Daha önce sosyal ve ekonomik alanda devlet yükümlülüklerini sınıflandırmak için kullanılan üçlü ayırmadan yola çıkılarak; saygı yükümlülüğü (respect), koruma yükümlülüğü (protect) ve gerçekleştirme yükümlülüğü (fulfill). (Oya Boyar, “Devletin pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yan Etki” **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (Ed. Sibel İnçeoğlu), Kısım I, Bölüm III, Beta Basım, İstanbul, Tıpkı 3. Baskı, 2013, (Pozitif Yükümlülük), s.55; Her hak üç tür yükümlülük gerektirebilmektedir: Devlet organ ve görevlilerinin kendilerinin bir ihlalde bulunmamasını gerektiren “saygı gösterme yükümlülüğü”; devletin hak sahiplerini üçüncü tarafların müdahalesine karşı korumasını ve faillerin cezalandırmasını gerektiren “koruma yükümlülüğü” ve son olarak hakkın tümünden gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektiren “uygulama yükümlülüğü.” (Akandji-Kombe, s.5.)

¹⁰⁶ Uygun, ss.27,28.

¹⁰⁷ AYM K.T.19.12.2017, Başvuru No:2014/546, **A.Z.Ö. başvurusu**, para.62, (10.06.2018)

A. Negatif Yükümlülükler

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı devlet açısından öncelikle negatif bir yükümlülük getirmektedir. Devletin negatif statü haklarının kullanılması açısından temel görevi, hak ve özgürlük kullanımına müdahale etmemesi, ancak saygı göstermesidir.¹⁰⁸

Kişinin maddi ve manevi varlığı, devlet tarafından korunması gerekli bir alan olup; bu koruma yalnızca başka kişilere karşı değil, öncelikle “devlete karşı” olarak düşünülmüştür.¹⁰⁹ Devlet, hukuk kuralları aracılığıyla konulan yasaklarla kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı bireyleri korur. Kuşkusuz devlet dikey ilişkilerde, başka bir deyişle kendisine bağlı olan organların gerçekleştirdiği hak ihlallerinden dolayı doğrudan sorumludur.¹¹⁰ Haliyle devletin anılan sorumluluğu bireyleri kendisinden koruma yükümlülüğü yüklemektedir.

AY’nın 17. maddesinin birinci fıkrasındaki maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında devlet, kendi eylemlerinden doğacak risklere karşı bireyin hakkını korumaktadır. Bunu da “kendi kendini denetleyerek” yapar. AY 17. maddesinin temel amacını AYM, kişinin maddi ve manevi varlığına karşı devlet tarafından yapılacak keyfi müdahalelerin önlenmesi olarak ifade etmiştir.¹¹¹

Devletin diğer negatif yükümlülüğü “*karışmama, müdahale etmekten imtina etmeyi*”¹¹² gerektiren yükümlülüktür. Devletin bu yükümlülüğü şöyle de ifade edilebilir; birey söz konusu hakkını kullanmaktayken devletin pasif bir şekilde bireyi izlemekle yetinmesi ve bireye müdahalede bulunmayarak onun hakkı kullanmasını sağlaması şeklindedir.

¹⁰⁸ Boyar, (Ed. Sibel İncoğlu), Pozitif Yükümlülük, s.54

¹⁰⁹ Akıllıoğlu, İnsan Hakları, s.141.

¹¹⁰ Boyar, (Ed. Sibel İncoğlu), Pozitif Yükümlülük, s.60.

¹¹¹ AYM K.T. 02.10.2013, Başvuru No:2013/1123, **Adnan Oktar (3) başvurusu**, para.32, (27.04.2018)

¹¹² Akandji-Kombe, s.11.

B. Pozitif Yükümlülükler

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı pozitif yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. AY'nın 17. maddesi, AY'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete negatif yükümlülükler yanında pozitif yükümlülükler de yükler.¹¹³ Pozitif yükümlülükler açısından devletin sorumluluğu, temel hakları ihlal etmesinden değil; temel hakların garantörü olmasından kaynaklanır.¹¹⁴ Kişi hak ve hürriyetlerinin etkin bir şekilde korunması için devletin dokunmama yükümlülüğünü yerine getirmesi yeterli olmamaktadır.¹¹⁵ Bu nedenle devlet, temel hak ve özgürlükleri korumak için negatif yükümlülüklerin yanında yapması gereken edimleri içeren pozitif yükümlülükleri de yerine getirmek zorundadır. Devlet, temel haklar karşısında “koruyucu ve teşvik edici” şekilde hareket etmek ve hukuk düzenini temel hakları güvence altına alacak şekilde ve temel hakların koruduğu özgürlüklerin etkin bir şekilde geliştirilebileceği tarzda biçimlendirmek yükümlülüğü altında tutulabilir.¹¹⁶ Negatif statü hakları dahi ilk algılanış biçimiyle birlikte devlete yalnızca müdahale etmeme yükümlülüğü getiren haklar olmakla birlikte bu anlayış artık değişmiştir ve salt negatif statünün olduğu durumlarda bile devlete pozitif yükümlülük yüklendiği kabul edilmektedir.¹¹⁷ Negatif bir statü hakkı olan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı alanında devletin pozitif yükümlülüklerinin büyük bölümü devletten kaynaklanmayan, ancak devlet tarafından kontrol edilebilen özel kişilerden, sosyal gelişmelerden kaynaklanan hak ihlallerinin önlenmesi için öngörülmektedir.¹¹⁸

Devletin temel görevi insan haklarını korumak olup; insan haklarının asıl ihlalcisi her ne kadar devlet olsa da, insan haklarının korunması yalnızca devletin insan haklarına tecavüz etmemesi ile sağlanamayacaktır. Aynı zamanda devletin insan haklarıyla korunan temel değerlere yönelik olarak başkaca kişi ve gruplardan

¹¹³ AYM K.T. 17.09.2013, Başvuru No:2012/752, **Serpil Kerimoğlu ve diğerleri başvurusu**, para.50, (27.04.2018).

¹¹⁴ Boyar, (Ed. Sibel İncoğlu), (İşkence ve Kötü Muamele) s.143; Boyar, (Ed. Sibel İncoğlu), Pozitif Yükümlülük, s.54.

¹¹⁵ Murat Şen, “**Kişi Hak ve Hürriyetlerinde Devletin Pozitif Yükümlülüğü**”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007, s.8.

¹¹⁶ Fischinger Philipp S. “Temel Haklardan Vazgeçme”, çev. Serkan Meraklı, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 17, Aralık 2011, s.200.

¹¹⁷ F. Sağlam, ss.20, 21.

¹¹⁸ Boyar, (Ed. Sibel İncoğlu), Pozitif Yükümlülük, s.54.

gelmesi muhtemel saldırıları önleme ve vaki saldırıları cezalandırma yükümlülüğü vardır. Üçüncü kişilerin zararlı eylemleri devletin görevini ihmal ettiğini gösterir.¹¹⁹ Pozitif yükümlülükler açısından, devletin eylemde bulunması gerektiği halde hareketsiz kalması sorumlu tutulmasına neden olabilmektedir.¹²⁰ Devletin maddi ve manevi varlığı koruma hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin "etkili bir yargısal sistem kurma"ya ilişkin bir yönü de bulunmaktadır.¹²¹ Etkili bir yargısal sistem kurma şeklindeki pozitif yükümlülük, usuli yükümlülük olarak da adlandırılmaktadır. Devlet, bu yükümlülüğü dolayısıyla hak ihlali söz konusu olduğunda etkili bir soruşturma yürütmek suretiyle ihlale sebep olan sorumluları tespit etmek ve sorumluların cezalandırılmalarını sağlamakla yükümlüdür. Bu usul yükümlülüğü kapsamında devlet, doğal olmayan her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili ve resmi bir soruşturma yürütmek durumundadır. Etkili ve resmî soruşturmanın amacı, temel hak ve özgürlüklere saldırıları önlemek için hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamaktır.¹²²

Usul yükümlülüğü, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan cezai, idari ve medeni muhakemelerin hepsini ve bu muhakemelerin bütün aşamalarını kapsar.¹²³ Ancak bir kararında AYM, kişinin vücut bütünlüğüne yapılan saldırı neticesinde ölüm meydana gelmişse veya yaralanma oluşmuşsa, bu halde ölüm yahut yaralanmaya ilişkin olarak usuli yükümlülük çerçevesinde devletin mutlaka cezai soruşturma yürütmesi gerektiğini; cezai soruşturma olmaksızın yürütülen idari ve hukuki davalar sonucunda başvurucuya sadece tazminat ödenmesinin, hak ihlalini ve mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yetersiz olduğunu tespit etmiştir.¹²⁴

Hak sahibi, devletten, üçüncü kişilerin müdahalesine karşı kendisini korumasını talep etmektedir.¹²⁵ Devlet, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını üçüncü kişilerden gelecek saldırılara karşı korumak için önlemler

¹¹⁹ Erdoğan, Demokrasi, s.152.

¹²⁰ Boyar, (Ed. Sibel İnceoğlu), Pozitif Yükümlülük, s.54.

¹²¹ Serpil Kerimoğlu ve diğerleri başvurusu, para.54.

¹²² AYM K.T. 17.07.2014, Başvuru No:2013/293, Cezmi Demir ve diğerleri başvurusu, (27.04.2018)

¹²³ Osman Doğru ve Atilla Nalbant. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 2,3,4,5,6,7. Maddeler), T.C. Yargıtay Başkanlığı, (1. Baskı), Cilt:1, Ankara, 2012, s.22.

¹²⁴ Serpil Kerimoğlu ve diğerleri başvurusu, para.79 ve devamı.

¹²⁵ Boyar, (Ed. Sibel İnceoğlu), Pozitif Yükümlülük, s.59.

almalıdır. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlalini devlet organının değil de, özel kişinin gerçekleştirmesi durumunda, devlet, hakkı zarar gören kişiyi korumak için gerekli adımları atmayıp, üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmediyse dolaylı olarak sorumlu tutulmaktadır.¹²⁶

AYM kararlarında maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına dair devletin pozitif yükümlülükleri konusunda, kişilerin vücut bütünlüğüne ve ruhsal bütünlüğüne yönelik fiziksel ve cinsel saldırıların, tıbbi müdahalelerin, şeref ve itibarı etkileyen saldırıların karşısında devletin kişilerin maddi ve manevi varlığını etkili olarak koruma ve bunlara saygı göstermek pozitif yükümlülüğü altında bulunduğu ifade edilmiştir.¹²⁷

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından devletin pozitif yükümlülükleri de; tıpkı hakkın kapsamının AYM kararlarında somutlaşması gibi her somut uyuşmazlığın kendi şartları içerisinde değerlendirilmek suretiyle belirlenmektedir. Somut uyuşmazlığın kendi şartları içerisinde devlet, hukuki veya fiili tedbirler alabilir. AYM kararlarında, pozitif yükümlülük kapsamında devletin alacağı hukuki veya fiili tedbirlerin gerçek anlamda kişilerin maddi ve manevi varlıklarını koruması ve devlet yetkililerinin de atacağı makul adımları içermesi gerektiği belirtilmiştir. Atılacak makul adımların, yetkililer üzerinde aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmaması gerektiği de ayrıca AYM tarafından belirtilmiştir.¹²⁸ AYM bir başka kararında, unutulma hakkını, kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunmasına ve geliştirilmesine devletin fırsat vermesi şeklinde ortaya çıkan pozitif yükümlülüğünün sonucu olarak tanımlamıştır.¹²⁹ AYM, kişilere önceden yaptıkları davranışlardan dolayı kişisel itibarlarını üçüncü kişilere karşı koruyabilmeleri adına onlara unutulma hakkının tanınmasının devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır.

Çevresel meselelerle ilgili olarak da AYM, kişilerin beden ve ruh sağlıklarını koruyan çevre içerisinde yaşamlarını sürdürmelerinin temin edilmesinin devletin görevleri arasına girdiğini, çevreyi koruyan mevzuatın oluşturulmasının yanında

¹²⁶ Boyar, (Ed. Sibel İnceoğlu), Pozitif Yükümlülük, ss.60,61.

¹²⁷ AYM K.T.21.02.2018, Başvuru No:2014/15355, **Mehmet Çolakoğlu başvurusu**, para.40, (10.06.2018)

¹²⁸ AYM K.T.19.12.2017, Başvuru No:2014/546, **A.Z.Ö. başvurusu**, para.62,63,64,65,66, (10.06.2018)

¹²⁹ AYM K.T. 03.03.2016, Başvuru No:2013/5653, **N.B.B. başvurusu**, para.49, (10.06.2018)

çevrenin korunması için devletin denetimlerde bulunması ve koruyucu tedbirler alması gerektiği, bu yönde devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu belirtmiştir.¹³⁰ Çevresel kirlilik, çevrenin korunması ve maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi ile sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı hususunda devletin pozitif yükümlülüklerine işaret edilmiştir.

AY 17. madde kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri, kişilerin maddi ve manevi varlığının devlet tarafından etkili olarak korunması ve saygı gösterilmesini amaçlayan, her somut uyuşmazlığın kendi şartları çerçevesinde şekillenen tedbirler olarak ifade edilebilir.

AY'nın 17. maddesi devlete, birey karşısında olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğü vermektedir.¹³¹ Pozitif yükümlülükler kapsamında devlet, koruma yükümlülüğünün yanında, hakların kullanılması için gerekli koşulları yaratma yükümlülüğü altındadır.¹³² Bireyin kişiliğini maddi ve manevi anlamda gerçekleştirmesi ve geliştirmesi için gerekli olan diğer temel hak ve özgürlükleri bireylere tanımalı, bu hak ve özgürlükleri bireylerin etkili bir biçimde kullanmasını sağlamalı, hakların kullanımı için gereken ortamı oluşturmalıdır.

AY'nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri arasında yer alan *“insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak”* şeklinde ortaya çıkan yükümlülük bir pozitif yükümlülüktür.¹³³ Bu pozitif yükümlülüğün özelliği AY'nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar” bölümünde düzenlenen pozitif yükümlülüklerden farklı olarak, AY'nın “Genel Esaslar” bölümünde bulunması ve burada da adeta devletin varlık sebebini açıklayan ve tanımını yapan düzenlemede yer almasıdır.

Anayasanın 65. maddesine göre *“Devlet sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”* denilmektedir. AY 5. maddede yer alan bu pozitif yükümlülük 65. maddede belirtilen sınırlamalara tabi değildir.

¹³⁰ AYM K.T. 25.02.2016, Başvuru No: 2013/2552, **Mehmet Kurt başvurusu**, para.50, (10.06.2018)

¹³¹ Gören, Sorumluluk-II, s.18.

¹³² Boyar, (Ed. Sibel İncoğlu), (İşkence ve Kötü Muamele), s.146; Boyar, (Ed. Sibel İncoğlu), Pozitif Yükümlülük, s.71.

¹³³ Boyar, (Ed. Sibel İncoğlu), (İşkence ve Kötü Muamele), s.151.

Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmekle yükümlü olan devlet, gerçekleştirme yükümlülüğünü yerine getirmek durumundadır.¹³⁴ Burada önemli olan şudur ki; sosyal ve ekonomik bir hak, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile ayrılamaz derecede iç içe geçtiği durumda devletin pozitif yükümlülüğünün bir sınırı olarak 65. madde uygulanamayacaktır.¹³⁵ Ancak, sosyal-ekonomik hak, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile iç içe geçmemiş ise bu halde devlet, pozitif yükümlülüklerini gerçekleştirirken AY'nın 65. maddesi ile sınırlı olarak edimde bulunmak zorunda kalacaktır.¹³⁶

IV. MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKININ SINIRLANDIRILMASI VE HAKKA MÜDAHALE

Sahip olduğumuz hak ve özgürlüklerin hiçbirisi kural olarak sınırsız değildir. Özgürlüklerin var olabilmesi ve kişi yönünden pratik bir değer ifade edebilmeleri için sınırlarının belirlenmesi, kullanılma yollarının gösterilmesi, detaylı kurallarla çerçevelenmesi, yani kısaca düzenlenmeleri gereklidir.¹³⁷ Toplu yaşam her birimizin hak ve özgürlüklerinin sınırını çizmektedir. Toplumsal yaşam ortamında herkes için özgürlük, “paylaşılmış” özgürlüktür; paylaşma olgusu ise, zorunlu olarak insan haklarını “kısmî”leştirir ve kayıtlar. Bir toplumda “herkes”in hak ve özgürlüklerden yararlanabilmesi, “sınırlı” yararlanma sonucunu doğurur. Çünkü doğal olarak kullanım alanı daralır.¹³⁸ Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 4. maddesi *“her insanın doğal haklarını kullanması, toplumun diğer üyelerinin de aynı haklardan yararlanmasını sağlayan sınırlarla sınırlanmıştır.”* diyerek özgürlüklerin sınırının ancak insanla belirlenebileceğini, bir insanın özgürlüğünün başladığı yerde diğerininkinin bittiğine işaret ederek *“sınırsız özgürlük, özgürlük değildir”* ilkesini

¹³⁴ Boyar, (Ed. Sibel İnceoğlu), (İşkence ve Kötü Muamele), s.151.

¹³⁵ Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirmesi hakkı söz konusu olduğunda devletin pozitif yükümlülüğünün bir sınırı olarak AY 65. maddenin uygulanamayacağına ilişkin AYM kararı ile ilgili detaylı bilgiler “Maddi ve Manevi Varlığın korunması ve Geliştirilmesi Hakkının Sosyal Güvenlik Hakkı ile İlişkisi” başlığı altında daha detaylı olarak verileceğinden, bu başlık altında kısa açıklama ile yetinilmiştir.

¹³⁶ Bkz. AYM K.T. 17.01.1991, 1990/27 Es. 1991/2 K., AYM K.T. 17.11.1998, 1998/35 Es. 1998/70 K. (27.04.2018)

¹³⁷ Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.217.

¹³⁸ Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s.248.

teoriye kazandırmıştır.¹³⁹ Aynı zamanda bu madde, gerek fert gerek toplum bakımından hürriyetlerin düzenlenmesindeki zorunluluğu belirtmektedir.¹⁴⁰ Devletin ve toplumun varlığını ve sürekliliğini sağlamak için hürriyetleri sınırlandırmak kaçınılmaz bir zorunluluk teşkil eder. Bu zorunluluğu, en geniş hürriyet anlayışına sahip olan –hatta hürriyeti yok etme hürriyetini de hoşgörüyle karşılayan- rejimler bile tanımışlardır.¹⁴¹ Temel hak öznesinin, temel hak ve özgürlükleri denetimsiz ve ölçüsüz kullanması kamu yararı ile veya diğer hak sahiplerinin haklarıyla çatışabilir. Bu nedenle temel haklara müdahale edilmekte ve kullanımına sınır çizilmektedir.¹⁴²

Sınırlama, belli bir hakkın AY tarafından öngörülmüş ya da belirlenmiş bulunan norm alanına yasa yoluyla (veya yasaya dayanılarak) dışarıdan yapılan ve bu alan içinde kişiye sağlanan olanakları daraltan bir müdahaledir.¹⁴³ Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması sorunu aynı zamanda söz konusu hak ve özgürlüğün kapsamının belirlenmesi sorunu anlamına gelmektedir.¹⁴⁴

Olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulması söz konusu değildir. Bu dönemlerde sadece temel hakkın kullanımı belirli koşullar altında sınırlandırılabilir. Özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olduğu göz önüne alındığında, olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması; olağanüstü dönemde ise temel hak ve özgürlüğün kullanımının tamamen veya kısmen durdurulması söz konusudur.

A. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Rejimi

1982 Anayasasında temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması olağan ve olağanüstü dönemlerde olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemi AY'nın 13'üncü; olağanüstü hallerde temel

¹³⁹ Akad ve Vural Dinçkol, s.298.

¹⁴⁰ Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.230.

¹⁴¹ Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.223.

¹⁴² Gören, Hak Teorisi, s.87.

¹⁴³ F. Sağlam, ss.22, 23; Atar, s.138; Sınırlamanın “norm alanının daraltılması” şeklinde tanımlanması hakkında Bkz. Erdoğan, Anayasa Hukuku, s.182.

¹⁴⁴ Serkan Ekiz, “AİHS 8-11. Maddelerindeki Sınırlanma Rejimine Hâkim Olan Temel İlkeler”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:2008, Sayı:3, s.255.

hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ise AY'nın 15'inci maddesinde düzenlenmiştir.¹⁴⁵

1. Olağan Dönemde Sınırlama

Anayasamızın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması başlıklı 13. maddesi, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” şeklindedir.¹⁴⁶ 1982 Anayasasının 13. maddesinde, hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlanabileceği ve sınırlamanın sınırları belirtilmiştir. 2001 yılında yapılan AY değişikliği ile hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından sınırlandırılmasında kademeli sisteme

¹⁴⁵ Gözler, Anayasa Hukuku, s.220; Gözler, İnsan Hakları, s.241.

¹⁴⁶ AY 13. maddenin 03/10/2001 kabul tarihli, 17/10/2001 tarih ve 24556 mükerrer sayılı R.G.de yayımlanan 4709 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değiştirilen madde metni, “(1)Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.(2)Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.(3)Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.” şeklindeydi. Değişiklikten önceki işbu maddede ilk fıkrada sayılan “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, milli egemenlik, Cumhuriyet, milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlık” gibi genel sınırlama nedenleri yer alıyordu. Değişiklikten önceki bu sistemde, Anayasada yer alan bir temel hak ve özgürlük öncelikle 13. maddedeki genel sınırlandırma sebepleri ile sınırlandırılıyor, ardından da hakka ilişkin maddede yer alan özel sınırlandırma sebepleri ile sınırlandırılabilirdi. Bu sisteme doktrinde “katmerli sınırlandırma sistemi” adı verilmektedir. (Katmerli Sınırlandırma Sistemi hakkında Bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss.147-149; Turhan, Mehmet. “Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:1988, Cilt: 4, Sayı: 4, (Düşünce Özgürlüğü), s.99 ve devamı; Tamer Bozkurt, “Haklarında Özel Bir Sınırlama Sebebi Öngörülmemiş” Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle sözleşme Hürriyeti Açısından Durum”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, Sayı:1, Kış 2008, s.144 ve devamı) (2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri hakkında Bkz. Kaboğlu, İbrahim Ö. “2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:19, 2002, (Anayasa Değişiklikleri), s.105 ve devamı; Fazıl Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:2002, Cilt:19, (Anayasa Değişikliği), s.288 ve devamı; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.155 ve devamı; Zühtü Arslan, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:19, 2002, s.216 ve devamı; Giritli, s.88 ve devamı.) Yapılan değişiklikle madde metninden genel sınırlama sebepleri çıkartılmıştır. Değişiklikten sonra Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin yalnızca hakka ilişkin maddede yer alan özel sınırlama sebepleri ile sınırlanabileceği kabul edilmiştir. ; Değişiklikle Anayasanın 13. maddesi temel hak ve özgürlükler için genel sınırlandırma maddesi olmaktan çıkarılarak, genel koruma maddesine dönüştürülmüştür. (Necmi Yüzbaşıoğlu, “2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerine Bir Değerlendirme, Anayasa ve Uyum Yasaları”, **Anayasa ve Uyum Yasaları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:50, Ankara, 13-14.12.2002, s.30)

geçilmiştir.¹⁴⁷ Kademeli sistem, basit yasa kaydı, nitelikli yasa kaydı ve yasa kaydı öngörülme yen haklar biçiminde kademelenen bir sistemi anlatır.¹⁴⁸

a) Kanunilik Kriteri

13. madde metnine göre; AY'da yer alan bir temel hak ve özgürlük, sadece kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve özgürlük sınırlaması ancak kanunla yapılabilir.¹⁴⁹ O halde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi¹⁵⁰, tüzük,¹⁵¹ yönetmelik veya diğer yürütme işlemleriyle temel hak ve hürriyetler sınırlanamaz.¹⁵² Doktrinde, hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilmesi ilkesinin iki güvence sağladığı belirtilmektedir. Bu güvencelerden ilki, kanunların mecliste açık görüşme ve tartışma yöntemi ile hazırlanmasının kanunları doğrudan doğruya kamuoyunun denetimine açık hale getiriyor oluşu, ikincisi ise kanunların herkes için geçerli genel kurallar

¹⁴⁷ Sibel İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (Ed. Sibel İnceoğlu), Kısım I, Bölüm II, Beta Basım, İstanbul, Tıpkı 3. Baskı, 2013, (Sınırlama ve Güvence), s.23; Yüzbaşıoğlu, s.42.

¹⁴⁸ "Basit yasa kaydı söz konusu olduğunda, temel hak ve özgürlüğe ilişkin Anayasa hükmünde yasa ile sınırlama yapılabileceğine dair hüküm bulunmakla birlikte sınırlama nedeni belirtilmemekte, böylelikle yasa koyucuya geniş bir takdir alanı bırakılmaktadır. Nitelikli yasa kayıtlarında, temel hak ve özgürlüğe ilişkin maddede yasa ile sınırlama yapılabileceği belirtilirken sınırlama nedenleri de sınırlı olarak sayılır. Yasa koyucu bu nedenlerin dışında bir nedene dayanarak sınırlama yapamaz. Yasa kaydı olmayan hak ve özgürlüklere ilişkin maddelerde ise yasa koyucunun sınırlama yapabileceğine dair bir hüküm yer almaz." (Tijen Dünder Sezer, "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", **Anayasa Hukuku Dergisi**, Yıl:2014, Cilt:3, Sayı:5, (Sınırlandırma), s.379); İnceoğlu, Sınırlama ve Güvence, s.24; M. Sağlam, ss.238,239; Zafer Gören, "Temel Hakların Sınırlanması, Sınırlamanın Sınırları", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:6, Sayı:12, Güz 2007/2 (Sınırlamanın Sınırları), ss.46,47; Kademeli sistem hakkında daha fazla bilgi için Bkz. F. Sağlam, ss.29-31.

¹⁴⁹ Özbudun, s.113.

¹⁵⁰ 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanununun ilgili hükümleri yürürlüğe girdiği 09.07.2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere "kanun hükmünde kararname" kurumu sona ermiş; yerine "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" kurumu getirilmiştir. Bu anlamda cümlede yer alan "kanun hükmünde kararname", anılan tarihten itibaren "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" olarak düşünülmelidir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hakkında daha fazla bilgi için Bkz. Özen Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2018, Sayı:1 ss:3-39.

¹⁵¹ 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanununun ilgili hükümlerinin yürürlüğe girdiği 09.07.2018 tarihinden itibaren "tüzük" düzenleyici işlem türü ortadan kalkmıştır.

¹⁵² 1982 T.C. Anayasası 13. Madde Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesi, para.3, www.corpus.com.tr (27.04.2018); Atar, s.140; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.156; Gözler, İnsan Hakları, s.167; Gözler, Anayasa Hukuku, s.220; Gözler, Kısa Anayasa, s.163; Erdoğan, Anayasa Hukuku, s.183; Durmuş Tezcan ve diğerleri, s.518; A. Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara, 2011, (Anayasa Hukuku), s.178; Uygun, s.92.

koyması ve bu surette getirilecek sınırlamaların objektifliğinin, nesnelliğinin sağlanmış olması şeklinde ifade edilmektedir.¹⁵³

b) Özel Sınırlama Sebebi Kriteri

Özel sınırlama nedenleri ya da diğer bir ifadeyle genel kapsamlı olmayan yasa kayıtları, sadece AY'nın ilgili maddesinde birlikte düzenlendiği temel hakkın sınırlandırılabilmesini sağlar.¹⁵⁴ Temel hak ve özgürlükler, kanunla bile olsa, sebepsiz yere veya keyfî olarak sınırlanamaz. Sınırlama ancak AY'da belirtilen nedenlere dayandırılabilir.¹⁵⁵ Bu nedenlerden bazılarını örnek olarak AY'nın 23. maddesinde yer alan yerleşme ve seyahat özgürlüğünün ikinci ve üçüncü fıkrasında yer alan *“suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek, kamu mallarını korumak, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle suç işlenmesini önlemek”* amaçları gösterilebilir. AY'da tanınan temel hak ve özgürlüklerin bazıları, madde metni içerisinde sınırlama özel sebeplerini içerir halde düzenlenmiştir.

c) Öze Dokunma Yasağı

Maddede hakka yönelik sınırlamanın ancak kanunla ve ilgili maddede yer alan özel sınırlama sebebine bağlı olarak ve bu sınırlamanın da temel hak ve hürriyetin özüne dokunulmaksızın yapılacağı belirtilmiştir. Doktrinde, hakkın özünün ne olduğu konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre hakkın özü, hakkın vazgeçilmez unsuruna dokunulduğu takdirde onu anlamsız kılacak olan aslî çekirdek şeklinde ifade edilmektedir;¹⁵⁶ diğer bir görüşe göre ise soyut olarak bir hak ya da özgürlüğün özünün ne olduğunu söyleme olanağının olmadığını, hakkın özünün her özgürlüğün özünü kendi koşulları içinde değerlendirilerek anlaşılacağı ifade edilerek hakkın özü tanımı yapmaktan

¹⁵³ Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.231; aynı görüşte: Durmuş Tezcan ve diğerleri, s.518, Gözübüyük, Anayasa Hukuku, s.101; Uygun, s.90; Ekiz, s.261.

¹⁵⁴ Kanadoğlu, s.25.

¹⁵⁵ Erdoğan, Anayasa Hukuku, s.183.

¹⁵⁶ Özbudun, s.115.

kaçınılmıştır.¹⁵⁷ Temel hak ve hürriyetin özü ifadesi ile kastedilmek istenenin ne olduğunu AYM tanımlamıştır. AYM'ye göre, hakkın amacına uygun bir şekilde kullanılmasını oldukça zorlaştıran veya hakkı kullanılamaz hale getiren kayıtlara tabi tutulması halinde hakkın özüne dokunmak anlamına gelmektedir.¹⁵⁸

Öze dokunma yasağı, hak veya özgürlük için mutlak koruma sağlar ve kişiye dokunulmaz asgari, çekirdek bir alan yaratır. Hakkın özü her temel hak ve özgürlük için ayrı ayrı belirlenmelidir.¹⁵⁹ Dolayısıyla hakkın özü kendine özgü ve bağımsızdır.¹⁶⁰ Hakkın özüne dokunma yasağı ya da öz güvencesi¹⁶¹ olarak da ifade edilebilen bu koşul, temel hak ve özgürlükleri sınırlamak hamlesi ile onların tamamen ortadan kaldırılamaması için öngörülmüş bir koşuldur. Hakkın özü, hakkın kullanımının ortadan kaldırılmasına karşı bir garanti teşkil etmektedir. Ancak bu garanti, AY'nın değiştirilemeyecek kuralları kapsamına girmediğinden doktrinde insan onuruna karşı daha zayıf bir garanti olarak nitelendirilmektedir.¹⁶²

Temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunma yasağının bulunduğu bir sistemde, bir temel hak ve özgürlük sınırlaması, tüm diğer şartlara uygun olsa bile, yani kanunla yapılırsa, AY'nın öngördüğü sebebe dayansa, ölçülü olsa bile o hakkın özüne dokunuyorsa, AY'ya aykırı olacak ve AYM tarafından iptal edilecektir.¹⁶³

d) Anayasanın Sözü ve Ruhü Kriteri

Temel hak ve özgürlüklerde yapılacak sınırlamalar aynı zamanda “Anayasanın sözüne ve ruhuna” uygun olmalıdır.¹⁶⁴ AY'nın sözüne ve özüne

¹⁵⁷ Gözübüyük, Anayasa Hukuku, s.180.

¹⁵⁸ AYM K.T. 08.04.1963, 1963/17 Es. 1963/84 K. (27.04.2018), Kapanı, Kamu Hürriyetleri, s.235, Dipnot:125; Gözler, İnsan Hakları, s.260; Özbudun, s.115; AYM 04.01.1963, 1962/208 Es. 1963/1 K. (27.04.2018), F. Sağlam, s.171.

¹⁵⁹ Gören, Hak Teorisi, s.106; Durmuş Tezcan ve diğerleri, s.515; Özbudun, s.115.

¹⁶⁰ Durmuş Tezcan ve diğerleri, ss.515,516.

¹⁶¹ F. Sağlam, s.141; Zühtü Arslan, **Anayasa Teorisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, ss.150,153; Özün belirlenmesi hakkında doktrindeki tartışmalar için Bkz. Gören, Hak Teorisi, s.107; Öze dokunma yasağı ile ilgili daha fazla bilgi için Bkz. F. Sağlam, s.141 ve devamı.

¹⁶² Gören, İnsan Onuru, s.32.

¹⁶³ Gözler, İnsan Hakları, s.259.

¹⁶⁴ Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda sınırlamanın “Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması” koşulunu Erdoğan, sınırlamanın sınırı olarak nitelendirmektedir. (Erdoğan, s.185.); Sınırlamanın sınırları hakkında ayrıca Bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.155 ve devamı; Gören, Sınırlamanın Sınırları, s.50.

uygunluk ilkesi, sınırlama ilkeleri içinde en geniş kapsamlı olarak nitelendirilebilir. AY, sözü ve ruhuyla diğer tüm sınırlama ilkelerini içerir.¹⁶⁵

AY'nın "sözü" denildiğinde AY'nın "metni" anlaşılır. AY'nın sözüne uygunluk, AY'nın temel hak ve hürriyetler için "ek güvenceler"¹⁶⁶ getirmiş olması durumunda önem kazanmaktadır.¹⁶⁷ Ek güvenceler, yasa koyucuya yönelmiş kesin yasaklar niteliğindedir.¹⁶⁸ AY'nın sözüne uygun ek güvenceye, kişi dokunulmazlığı bakımından "*kimseye işkence ve eziyet yapılamaz.*" hükmü örnek verilebilir. Bu tür hükümlere aykırılık "öz güvencesi"nin ihlali olduğu gibi, AY'nın sözüne de açık bir aykırılık oluşturur.¹⁶⁹ AY'nın sözüne uygun ek güvencelere bir başka örnek olarak AY'nın "*Zorla Çalıştırma Yasağı*" başlıklı 18. maddesinin birinci fıkrası örnek verilebilir: "*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.*"

Sınırlamaların aynı zamanda AY'nın ruhuna da uygun olması şartı ile anlatılmak istenen hususunda doktrinde birlik bulunmamaktadır.¹⁷⁰ 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde verilen bir AYM kararında¹⁷¹; "*...(Anayasanın) 11. maddesinin birinci fıkrasında sözden ve ruhtan söz edilmiş olmasından da anlaşıldığı gibi, Anayasa yalnız sözü ile değil, özü ile de birtakım kurallar koyar.*" şeklinde belirterek AY'nın özünün yani ruhunun belirlenmesinde ilgili maddenin getiriliş amacı ve diğer maddelerle olan ilişkisin göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷²

Doktrinde, AY'nın ruhu bir yazar tarafından AY'nın tümünden çıkan anlam olarak ifade edilmiştir.¹⁷³ Bir başka yazar ise, AY'nın ruhunu, başlangıç bölümü dâhil olmak üzere AY'nın tümünde aramak gerektiğini, kanun koyucunun yapması muhtemel pek çok hak kısıtlamasının AY'nın ruhuna uygun olacağından, AY'nın

¹⁶⁵ Uygun, s.142.

¹⁶⁶ Anayasamızın temel haklarla ilgili bölümüne göz attığımızda, temel hakların bir katalog şeklinde sıralanmasıyla yetinilmeyip, bunlardan bazılarının çeşitli "ek güvencelerle" donatıldığını görürüz. Bu tür ek güvencelerin bir kısmı yasa koyucuya yönelik yasaklar şeklinde formüle edilmiştir. Diğer bir kısmı ise yasal sınırlamanın uygulanmasını, idari makamlara değil yargıç kararına bağlı kılmıştır. (F. Sağlam, s.156; Özbudun, s.113); Ek güvencelerle ilgili daha fazla bilgi için Bkz. F. Sağlam, s.156 ve devamı.

¹⁶⁷ Gözler, İnsan Hakları, s.250; Atar, s.144; Uygun, s.142.

¹⁶⁸ F. Sağlam, s.159.

¹⁶⁹ Uygun, s.142.

¹⁷⁰ Anayasanın ruhu kavramı ile ilgili tartışmalar için Bkz. Gözler, Anayasa Teorisi-I, ss.187-192.

¹⁷¹ AYM K.T. 23, 24 ve 25 .10.1969, 1967/41 Es. 1969/57 K. sayılı kararı, (29.04.2018)

¹⁷² Uygun, s.143; Burhan Kuzu, "Düşünceleri Açıklama Hürriyeti", **İnsan Hakları Yıllığı Dergisi**, Yıl:1996, Sayı:17/18, s.56.

¹⁷³ Özbudun, s.114.

ruhunun bu gibi kısıtlamaları engellemesi pek mümkün gözükmeyeceğini belirtmiştir.¹⁷⁴

e) Demokratik Toplum Düzeni Kriteri

AY'nın 13. maddesinin ikinci fıkrasına göre; *“Bu sınırlamalar, ...demokratik toplum düzeninin gereklerine...aykırı olamaz.”* denilmektedir. 1961 Anayasasının temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma maddesinden farklı olarak 1982 Anayasasında “demokratik toplumun düzeni” kavramı dâhil edilmiştir. 1961 Anayasasında demokratik toplum kavramı yerine hak ve özgürlüğün özüne dokunulamaz denmekteydi.¹⁷⁵ 1982 Anayasasının bu farklı tercihinin nedeni 13. maddenin gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: *“Getirilen bu kıstas, 1961 Anayasasının kabul ettiği öze dokunmama kıstasından daha belirgin, uygulanması daha kolay olan bir kıstastır. Esasen uluslararası sözleşme ve bildiriler de bu kıstası kabul etmişlerdir.”*¹⁷⁶

Demokratik olma bir taraftan Türk Devletinin değiştirilemeyen, değiştirilmesi teklif edilemeyen bir niteliğini, demokratik toplum düzeni ise temel hak ve özgürlüklerde, AY'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak yasa ile yapılacak sınırlamanın sınırını oluşturmaktadır.¹⁷⁷ Sınırlamanın sınırı kavramı, temel hak kullanımına sınır çizildiğinde, kanun koyucu için geçerli olan sınırları ifade etmek için kullanılmaktadır.¹⁷⁸ Demokratik toplum düzeninin gereğini oluşturan demokrasi anlayışı çağdaş ve hürriyetçi demokrasi anlayışı ve bu demokrasi anlayışının genel ve evrensel unsurlarından oluşmaktadır.¹⁷⁹ AYM, 1961 Anayasası sonrasında verdiği kararlarında da demokrasiyi “çağdaş özgürlükçü demokrasi”, “batı uygarlığınca

¹⁷⁴ Erdoğan, s.186.

¹⁷⁵ Mehmet Turhan, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:1991, Cilt:8, (Demokratik Toplum), s.402; İncoğlu, Sınırlama ve Güvence, s.32; Gören, Hak Teorisi, s.113.

¹⁷⁶ Atar, s.145; İncoğlu, Sınırlama ve Güvence, ss.31,32.

¹⁷⁷ Gören, Hak Teorisi, s.113; Gören, Sorumluluk-I, s.9.

¹⁷⁸ Gören, Anayasa Hukukuna Giriş, s.374; Gören, Hak Teorisi, s.104; Aynı görüşte, Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.155.

¹⁷⁹ Atar, s.146; Aynı görüşte, Turhan, Demokratik Toplum, s.410; Özbudun, s.116; Gören, Sorumluluk-I, s.9,11; Gören, Anayasa Hukukuna Giriş, s.379; Aynı yönde AYM K.T. 06.10.1986, 1985/21 Es., 1986/23 K. (29.04.2018)

benimsenen demokrasi” olarak kabul etmiştir.¹⁸⁰ Demokratik toplum düzeninin gerekleri, her hak ve özgürlük için ayrı ayrı somutlaştırılması güç nitelik taşır ve demokrasi anlayışına göre değişiklik gösterebilir.¹⁸¹

AYM’nin “demokratik toplum düzeni” gerekleri konusundaki içtihadı, süreklilik arz etmemekle birlikte, süreklilik arz eden kısmı içerisinde özgürlükçü demokrasi anlayışı yer almaktadır. Bu anlayış, temel hak ve özgürlüklerin “istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde” sınırlandırılabilceği anlayışını benimsemektedir.¹⁸²

f) Laik Cumhuriyet Kriteri

AY’nın 13. maddesinin ikinci fıkrasında temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların “laik cumhuriyetin gereklerine” de aykırı olamayacağı belirtilmiştir. AY’nın 13. maddesinde laikliğe yapılan atfı “özgürlük karinesi”ne uygun olarak yorumlamak imkânı vardır. 13. madde, laik Cumhuriyetin gereklerini temel hakların sınırlandırılabilmesinin bir nedeni olarak değil, tersine sınırlamada gözetilecek bir sınır olarak görmektedir.¹⁸³ Anılan ibare, Türkiye’nin laik düzeni koruma konusundaki kararlılığını vurgulamaktadır.¹⁸⁴

g) Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük, hak ve özgürlükleri sınırlama rejimi bakımından Anayasa hukukunun temel ölçütlerinden biridir.¹⁸⁵ Ölçülülük ilkesi, 2001 yılı Anayasa değişikliğinden önce temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin AY’nın genel hükmü niteliğindeki 13. maddede yer almamıştır.¹⁸⁶ Ancak, ölçülülük ilkesinin AY’nın temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen 15. maddesinden çıkarılması mümkündür. 2001 yılı Anayasa değişikliğinden itibaren

¹⁸⁰ Gören, Hak Teorisi, s.114; AYM K.T. 09.02.1972, 1970/48 Es. 1972/3 K. sayılı kararı, (29.04.2018)

¹⁸¹ Durmuş Tezcan ve diğerleri, s.517.

¹⁸² Gören, Sorumluluk-I, s.11; Turhan, Demokratik Toplum, s.418, dipnot:23.

¹⁸³ Erdoğan, s.188.

¹⁸⁴ Yüzbaşıoğlu, s.31.

¹⁸⁵ İnceoğlu, Sınırlama ve Güvence, s.38.

¹⁸⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.163.

ölçülülük ilkesi 13. maddede açıkça yer almıştır. Doktrinde ölçülülük ilkesi “oranlılık ilkesi” diğer bir deyişle de “aşırılık yasağı” olarak adlandırılmaktadır.¹⁸⁷ Hukuk devleti, eylem ve işlemlerinde ölçülü davranan devlettir.¹⁸⁸ İşte ölçülülük ilkesi, hukuk devletinin somutlaşmış bir ifadesi olarak temel hakların sınırlandırılmasında göz önünde tutulan ilkelerin başında gelmektedir.¹⁸⁹ Doktrinde bir görüşe göre, ölçülülük ilkesi, sınırlamayla güdülen amaca erişmek için hak ve özgürlüklerin ne ölçüde sınırlandırılmasının yeterli ve gerekli olacağını belirleyen bir ilkedir.¹⁹⁰ Temel haklara getirilecek ölçüsüz veya ölçüyü aşan sınırlamalar Anayasaya aykırı olacaktır.¹⁹¹ Ölçülülük ilkesi, “sınırlamada başvurulacak aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamasını” ifade eder.¹⁹² Bu tanımdan hareketle, ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi ile izlenen amaca ulaşmak için elverişli, gerekli ve oranlı araçlara başvurulması anlamına gelmektedir.¹⁹³ Ölçülülük ilkesi, yasa koyucunun, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasında mantıksal bir bağ ve denge kurmasını sağlamaya yönelik ve onu bu noktada denetlemeye yarayan bir ilke olarak tanımlanabilir.¹⁹⁴ Alman Anayasa Mahkemesi’nin içtihatları çerçevesinde ölçülülük ölçütünün üç alt unsurdan oluştuğu benimsenir: “elverişlilik”, “gereklilik” ve “oranlılık”.¹⁹⁵ Şimdi ölçülülük ilkesini ortaya koyan işbu üç alt unsurun ne anlama geldiğini inceleyeceğiz.

(1) Elverişlilik Unsuru

Elverişlilik ilkesinde, amaç ile araç arasındaki ilişkinin niteliği önem taşır.¹⁹⁶ Elverişlilik unsuru, başvurulacak araç yardımıyla tehdit altındaki hukuki değer

¹⁸⁷ Gören, Hak Teorisi, s.105.

¹⁸⁸ Bahri Öztürk ve diğerleri, s.115.

¹⁸⁹ F. Sağlam, s.112.

¹⁹⁰ Metin Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2017, Cilt:7, Sayı:1, s.4.

¹⁹¹ Erdoğan, s.188.

¹⁹² F. Sağlam, ss.110-128; Özbudun, s.114; Gözler, İnsan Hakları, s.252; Yüksel, s.6.

¹⁹³ Durmuş Tezcan ve diğerleri, s.516.

¹⁹⁴ Uygun, s.162.

¹⁹⁵ İncoğlu, Sınırlama ve Güvence, s.39; Yüksel, s.7; AYM’nin ölçülülük ilkesi ile ilgili vermiş olduğu kararlardan birkaçının özeti için Bkz. İncoğlu, Sınırlama ve Güvence, ss.42-44.

¹⁹⁶ Uygun, s.161.

etkili olarak korunabilmesi durumunda temel hak ve özgürlüklere müdahale edilebilmesi anlamına gelir.¹⁹⁷ Diğer bir deyişle sınırlamanın ulaşılmak istenen amaca bir katkısının olması, amaca ulaşmaya uygun olması gerekir.¹⁹⁸ Aracın, amacı tam olarak gerçekleştirecek nitelikte olması gerekmez, kısmen gerçekleştirme yeterlidir.¹⁹⁹ Alınan bir tedbirin yardımıyla istenilen neticeye yaklaşıyorsa araç elverişli, buna karşılık kullanılan araç güdülen amaca ulaşmayı zorlaştırıyor ya da amaca erişme bakımından hiçbir etki göstermiyorsa, araç elverişsizdir.²⁰⁰

(2) Gereklilik Unsuru

Amaca erişmek üzere kullanılan aracın elverişli olduğu tespit edildikten sonra aracın gerekli olup olmadığı denetlenir. Çünkü elverişli olan aracın aynı zamanda gerekli de olması gerekir.²⁰¹ Bu ilke, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısından en yumuşak aracın seçilmesi gereğini belirtmektedir. Bu seçim amaca ulaşmak için eşit derecede etkili olan araçlar arasından yapılmalıdır. Diğer bir anlatımla temel hakkı sınırlama derecesi bakımından karşılaştırılacak olan yasal önlemler, güdülen amacı gerçekleştirmeye aynı yoğunlukta elverişli olmalıdır.²⁰² Gereklilik unsuru, sınırlama amacını gerçekleştirmek bakımından seçilen sınırlamanın aynı amaca ulaşmak için seçilebilecek diğer sınırlama biçimleriyle kıyaslandığında en az müdahalede bulunan olup olmadığını test eder.²⁰³

(3) Orantılılık Unsuru

Ölçülülük ilkesi çerçevesinde araç- amaç ilişkisi değerlendirilirken son adım orantılılık denetimidir. Orantılılık ilkesinde de, amaç ile araç arasındaki ilişkinin niceliğine bakılmaktadır.²⁰⁴ Amaca erişmek üzere kullanılan aracın gerekli olduğu tespit edildikten sonra son olarak araç ile amaç arasında makul bir ilişkinin bulunup

¹⁹⁷ Durmuş Tezcan ve diğerleri, s.516.

¹⁹⁸ İnceoğlu, Sınırlama ve Güvence, s.39.

¹⁹⁹ Uygun, s.162.

²⁰⁰ Manfred Gentz, “Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen”, Neue Juristische Wochenschrift, 21. Jahrgang, 2. Halbband, Heft 35, 1968, s. 674’den aktaran Yüksel, s.8.

²⁰¹ Yüksel, s.10,11.

²⁰² F. Sağlam, s.115.

²⁰³ İnceoğlu, Sınırlama ve Güvence, s.39; Yüksel, s.11.

²⁰⁴ Uygun, s.162.

bulunmadığı denetlenir. Sınırlama, gereklilik testini geçememişse, orantılılık denetimi yapılmasına gerek yoktur. Orantılılık denetimi, ölçülülük denetiminin en önemli ve en kritik aşamasını oluşturur.²⁰⁵ Sınırlandırma ile varılmak istenen amaç ve sınırlamada başvurulacak araç ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır.²⁰⁶

2. Olağanüstü Dönemde Sınırlama

Olağanüstü hallerde²⁰⁷ özgürlükler de olağanüstü kayıtlamalara tabi tutulur.²⁰⁸ İnsan hakları, olağanüstü hallerde olağan hukuk düzenindekilere göre çok daha ağır sınırlamalara tabi olurlar.²⁰⁹ Ancak olağanüstü hal rejimi de hukuka bağlı devletlerde bir hukuk rejimidir. Devletin varlık ve güvenliğini tehlikeye düşüren olağanüstü hallerde hürriyetler düzenini olduğu gibi korumaya imkân yoktur.²¹⁰ Bütün bu olağanüstü rejimlerde, olağan zamanlar hukukunun yeterli olmadığı kabul edilir. Bu yüzden AY ve kanunlar krizin alt edilmesi için bazı olağanüstü yetkileri kamu otoritelerine tanırlar. Çok kaba çizgileriyle bu durumlarda yasama ve yasa geriler, yürütme (idare, güvenlik, kolluk) ve yürütme işlemleri ön plana çıkar.²¹¹

Anayasanın “Temel Hak ve Özgürlüklerin Durdurulması” başlıklı 15. maddesinde; “ (1)*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim²¹² veya olağanüstü hallerde milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. (2)Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller*

²⁰⁵ Yüksel, s.13.

²⁰⁶ F. Sağlam, s.113; Yüksel, s.13; İncoğlu, Sınırlama ve Güvence, s.39.

²⁰⁷ AY’da, olağanüstü dönemlerde uygulanan yönetim usulleri “olağanüstü hal” ve “sıkıyönetim” olmak üzere adlandırılmakta idi. 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanununun 09.07.2018 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra “sıkıyönetim” usulü ortadan kalkmış ve “olağanüstü hal” tek olağanüstü yönetim usulü olmuştur.

²⁰⁸ Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.239.

²⁰⁹ Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s.251.

²¹⁰ Kapani, Kamu Hürriyetleri, ss.240, 242; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.166; Olağanüstü yönetim usullerinin birer “hukuki rejim” olduğuna ilişkin, AYM K.T.03.07.1991, 1991/6 Es. 1991/20 K. (29.04.2018)

²¹¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss.165,166.

²¹² Madde metninde geçen “sıkıyönetim” ibaresi, 21.01.2017 kabul tarihli, 11.03.2017 tarih ve 29976 (mükerrer) Sayılı R.G.de yayımlanan 6771 sayılı Kanunun 16. maddesiyle, 27.04.2017 tarihinden sonra, birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarih olan 09.07.2018 tarihinde yürürlüğe girmiş ve madde metninden çıkartılmıştır.

sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” denilmektedir.

Maddede yer alan durdurma kavramı hakkında AYM, 20.01.1993 tarih, 1992/36 Es. 1993/4 K. sayılı kararında; *“Temel hak ve özgürlüklerin durdurulması, bunlardan belirli bir süre içinde yararlanılma veya kullanılmalarının olanaksızlığını anlatır. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını durdurma, onları sınırlamanın ötesinde ve onu aşan bir kavramdır. Temel hak ve özgürlüğü ortadan kaldırmaksızın veya kullanılmaz duruma getirmeksizin bunlardan yararlanılmasının ertelenmesi durdurmadır. Adından da anlaşılacağı gibi, durdurma sürelidir.”*²¹³ Durdurma ya da askıya alma, zaman ve mekân itibariyle sınırlı bir uygulamadır. Zaman bakımından sınırlılık, söz konusu rejimin geçiciliğini, yer bakımından sınırlılık da belli bölgelere ilişkin bulunduğunu ifade eder.²¹⁴ Durdurmanın zaman ve mekân itibariyle sınırlı olması bizi iki sonuca götürecektir; ilk sonuç, olağanüstü yönetim usulünün uygulanmadığı bir yerde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulamayacağı, ikinci sonuç ise olağanüstü yönetim usulünün geçerli olduğu süre haricinde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulamayacağıdır.²¹⁵

AY 15. maddeyi yorumlayacak olursak, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesi veya bunlar için AY’da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi için dört koşul öngörülmektedir. Birinci koşul, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi, ikinci koşul, durdurmanın durumun gerektirdiği ölçüde olması gerektiği, üçüncü koşul savaş veya olağanüstü hallerden biri mevcut olması, dördüncü koşul da 15. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen çekirdek alana dokunulmamasıdır.²¹⁶ Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi, taraf olunan uluslararası anlaşma ve sözleşmeler ile uluslararası hukukun genel ilkelerinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmemektir. Durdurmanın durumun gerektirdiği ölçüde olması ile anlaşılan da olağan dönemlerde hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının da bir

²¹³ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com (29.04.2018)

²¹⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.167.

²¹⁵ Gözler, İnsan Hakları, s.183; Gözler, Anayasa Teorisi-II, ss.395,397.

²¹⁶ Gözler, Anayasa Hukuku, s.226.

ölçütü olan ölçülülük ilkesidir. Alınan önlemler meşru amaçların gerçekleşmesi için elverişli, gerekli ve zorunlu olmalıdır; bunlarla hedefler arasında dengesizlik ve orantısızlık bulunmamalıdır.²¹⁷ AY'nın 15. maddesi ile temel hak ve özgürlüklere siyasal iktidarın müdahalede bulunabilme imkânı anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.²¹⁸

15. maddenin ikinci fıkrasında ise, olağanüstü dönemlerde durdurulamayacak haklar sayılmıştır. Doktrinde bir yazara göre, 15. maddenin ikinci fıkrasında yapılacak sınırlamalara karşı koruma kriterleri getirilmiştir.²¹⁹ Bu koruma kriterleri; *“savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler hariç olmak üzere yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığının bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi hakkı, din ve vicdan hürriyeti ile düşünce ve kanaat hürriyetidir.”* Bu fıkra da anılan haklar Anayasa hukukunda sert çekirdekli haklar olarak nitelendirilmektedir. Anılan sert çekirdekli hakların yanında olağanüstü dönemlerde dokunulamayacak iki güvenceden de bahsedilmiştir. Bu güvenceler ceza hukukuna ilişkindir. Birinci güvence; suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesi, ikinci güvence ise masumiyet karinesidir.

Olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının kısmen veya tamamen durdurulması konusunda ilk düzenleme yetkisi ve görevi yasama organındadır. Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin durdurulması gibi konular kanunla düzenlenir.²²⁰

AY'nın 119. maddesinin altıncı fıkrasında *“Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler*

²¹⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.169.

²¹⁸ Sevtap Yokuş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi Pratiği Ve Anayasa Şikayetine Etkisi**, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2017, s.29.

²¹⁹ Atar, s.154.

²²⁰ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.168; Ayrıca Bkz. Anayasanın Olağanüstü Hallerle İlgili Düzenleme başlıklı 121. maddesinin ikinci fıkrası: *“...Anayasanın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya nasıl durdurulacağı,... Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir.”* Yine Anayasanın Sıkıyönetim, Seferberlik ve Savaş Hali başlıklı 122. maddesinin beşinci fıkrası: *“Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde ... hürriyetlerin nasıl kısıtlanacağı veya durdurulacağı ... kanunla düzenlenir.”* şeklindedir. Burada belirtmek gerekir ki, bahsedilen maddelerin fıkraları (AY md. 121/2 ve AY md. 122/5) 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanunu uyarınca 27.04.2017 tarihinden sonra, birlikte yapılan 24.06.2018 tarihli Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarih olan 09.07.2018 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkmıştır.

Resmi Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.” şeklindedir. Dolayısıyla, olağanüstü hal söz konusu ise, AY’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler hakkında da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartılabilecektir. Anılan kısım ve bölümlerde yer alan temel hak ve özgürlükler açısından olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartılmak suretiyle sınırlandırılabilir ve kullanımı durdurulabilmektedir.

3. Hakkın Objektif (Nesnel)²²¹ Sınırı ve Anayasal Sınırı

Her temel hak ve özgürlüğün kendi niteliğinden doğan “norm alanı” nı çevreleyen nesnel ve doğal sınırları vardır.²²² Temel hakkın nesnel sınırı, hakların sınırsız olamayacağının, “norm alanlarının” nesnel sınırlılığının bir sonucudur.²²³

Nesnel ve doğal sınır haricinde hakların Anayasadan kaynaklanan sınırları da vardır.²²⁴ Anayasal sınırlar, bazen temel hakkın kendi tanımında yer alan bazen de hakların norm alanlarının birbirini sınırlaması şeklinde ortaya çıkan sınırlardır.²²⁵

Hiçbir özgürlüğün kullanımı “şiddet ögesi” içermeyeceğinden, özgürlüklerin ancak silahsız ve saldırısız, barışçıl bir şekilde kullanılabileceği, hiçbir nedenin kaba gücü haklı kılamayacağı bunun da insan haklarının objektif (nesnel) sınırı olduğu belirtilmektedir.²²⁶

Bir hak ve özgürlüğün kullanım alanı dışında kalan taşkınlıklar “yabancı cisim” durumundadır. Bunlar hukukun koruma alanına girmezler ve her hak ve özgürlüğün kendi niteliğinden doğan nesnel ve doğal sınırı dışında kalırlar.²²⁷

Norm alanı ile nesnel bir bağlantı içinde sayılabilecek temel hak kullanımları o hakkın geçerlilik alanı içinde kabul edilmektedir. Bir temel hak kullanımı ile yalnızca dışsal bir bağlantı içinde gözüken eylem biçimleri o temel hak normunun

²²¹ Yavuz Atar, hakkın objektif (nesnel) sınırını “eşyanın tabiatında mevcut” sınırlar olarak ifade etmiştir. (Atar, s.137.)

²²² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.144; Erdoğan, Anayasa Hukuku, s.183; Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s.248 ve devamı; Diğer bir deyişle “eşyanın tabiatında mevcut sınırı”, “objektif sınır” için Bkz. Özbudun, s.112; Atar, s.137; Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s.248.

²²³ M. Sağlam, ss.257,258.

²²⁴ F. Sağlam, s.22; M. Sağlam, s.256.

²²⁵ F. Sağlam, ss.21,22; M. Sağlam, s.257.

²²⁶ Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s.248.

²²⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.144.

geçerlilik alanı içinde sayılmazlar.²²⁸ AY'nın 74. maddesinde yer alan dilekçe hakkı nesnel sınırlılığı gereği, hakaret veya tehdit taşıyan dilekçelere cevaz vermemektedir. Çünkü dilekçenin içeriğinin hakaret veya tehdit unsurlarını barındırmadan da oluşturulabilmesi mümkündür.²²⁹

Objektif sınırların AY'da yer alması veya kanunla konulması gerekli değildir. Bu sınırlar kendiliğinden vardır ve herkes tarafından dikkate alınmaları gerekir.²³⁰

AY'da kendiliğinden yer alan sınırlamalarla, emir ve yasaklama normlarıyla yapılan özgürlük kısıtlamaları ifade edilmiştir.²³¹ Bir kısım haklar, AY'daki normu içerisinde ya da AY'nın başka bir normu ile sınırlanmış olabilir.²³² Hakkın tanımında yer alan bu sınırlamalar hakkın anayasal sınırını oluşturur.²³³ AY bazı hak ve özgürlükleri düzenlerken onları sınırlarıyla birlikte tanımlamakta, başka bir ifadeyle bazı hakları ancak belli sınırlar içinde tanımaktadır.²³⁴ Bu şekilde hak ve özgürlüğe AY'da yer alan tanımı ile ve hakka getirilen kayıtlamalarla hakkın norm alanı baştan daraltılır.²³⁵ Burada temel hak “dışarıdan”, diğer AY kurallarıyla sınırlanmaktadır.²³⁶

AY'nın 34. maddesinin birinci fıkrasında: “Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.” denilmektedir. Maddede yer alan silahsız ve saldırısız olarak kullanılabilecek toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına ilişkin sınırlama, bazı yazarlara göre,²³⁷ hakkın anayasal bir sınırını oluşturmaktadır.

Anayasal sınır, hakka ilişkin ilgili madde içerisinde tanımında yer almasından başka, AY'da yer alan bir başka temel hak ve özgürlükle ya da anayasal temel bir ilke ile çatışması halinde de söz konusu olabilir. AYM, anayasal sınırı 15.10.2002 tarih, 2001/309 Es. 2002/91 K. sayılı kararında; “Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi

²²⁸ F. Sağlam, ss.50-186; İnceoğlu, (Sınırlama ve Güvence), s.24.

²²⁹ F. Sağlam, s.50; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, <http://www.Anayasa.gen.tr/temelhakvehurriyetler.htm> , (01.05.2018), s.222.

²³⁰ Atar, s.137.

²³¹ Kanadoğlu, s.8.

²³² F. Sağlam, s.30.

²³³ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, <http://www.Anayasa.gen.tr/temelhakvehurriyetler.htm> , (01.05.2018), s.221.

²³⁴ Atar, s.137.

²³⁵ Erdoğan, s.183.

²³⁶ Gören, Sınırlamanın Sınırları, s.47.

²³⁷ Erdoğan, s.183; Atar, ss.137,138; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, http://www.Anayasa.gen.tr/temelhakvehurriyetler.htm#_ftnref72 , (01.05.2018), s.221.

*zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir.” şeklinde ifade etmiştir.²³⁸ Bu halde hangi temel hak ve özgürlüğe üstünlük tanınacağı doktrinde pratik uyum²³⁹ veya uygun denge (ödünleme)²⁴⁰ şeklinde ifade edilen bir formül ile çözümlenmektedir. Temel haklar, diğer anayasal normlarla çatıştığı oranda, pratik uyum ilkesi vasıtasıyla, bir sınırlamaya uğramaktadırlar.²⁴¹ Burada uygulanacak yöntem, doktrinde bir görüşe göre; “pratik uyum ilkesi”dir. AY’nın koruduğu bir başka hukuki değerle çatışması halinde, bulunacak çözüm; hem temel hak hem de AY’nın koruduğu hukuki değer varlık ve etkilerini optimal düzeyde koruyan bir çözüm olmalıdır. Görüldüğü gibi burada bir hukukî değer diğerini bertaraf etmesi söz konusu değildir. Her anayasal değer, oranlı bir düzen içinde korunarak optimal etkilerini sürdürecektir.²⁴² Bu da bir başka görüşe göre; “*çatışan haklardan her birinin belli ölçüde sınırlamaya uğraması*” demektir.²⁴³ Somut olayda hakkın sınırları çizilirken özellikle AY’nın 13. maddesinin bir parçası olan orantılılık ilkesine uyulup uyulmadığı test edilmelidir.²⁴⁴ AYM de, hakkın sınırlarının çizilmesi esnasında sınırlamanın temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenen amacı aşmaması, diğer bir deyişle ölçülülük ilkesi ile uyum içerisinde olması gerektiğini belirtmiştir.²⁴⁵*

Pratik uyum ilkesi, anayasal hak ve özgürlüklerin kendi aralarında ya da anayasal değerler ile çatışması durumunda, karşılıklı etkileşimi düşüncesine dayanmaktadır. Pratik uyumun hedefi, çatışan unsurların geçerliliğini optimal²⁴⁶ biçimde korumaktır.²⁴⁷

²³⁸ AYM K.T.15.10.2002, 2001/309 Es. 2002/91 K. sayılı kararı, (02.05.2018).

²³⁹ F. Sağlam, ss.47-53; Dündar Sezer, s.384; İncoğlu, Sınırlama ve Güvence, s.24; Yüzbaşıoğlu, s.44; Kanadoğlu, s.115 ve devamı.

²⁴⁰ Kanadoğlu, s.115.

²⁴¹ Dündar Sezer, s.384.

²⁴² F. Sağlam, ss.39,40.

²⁴³ Dündar Sezer, s.384.

²⁴⁴ İncoğlu, Sınırlama ve Güvence, s.24.

²⁴⁵ AYM 15.10.2002 tarih, 2001/309 Es. 2002/91 K. sayılı kararı, (02.05.2018).

²⁴⁶ Optimal kelimesi “en uygun” anlamına gelmektedir. Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr , (02.05.2018)

²⁴⁷ Bertil Emrah Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, (Anayasa Yargısı), s.64.

4. Kişinin Maddi ve Manevi Varlığının Korunması ve Geliştirilmesi Hakkının Sınırlandırılması

a) Olağan Dönemde Sınırlandırılması

Yukarıda temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemlerde sınırlandırılmasından bahsederken AY'nın 13. maddesinde yer alan kriterlere göre hak ve özgürlüklerin sınırlandırıldığını, bu maddeye göre de sınırlamaların kanunla ve ilgili maddede yer alan özel sınırlama sebeplerine göre yapılacağı belirtilmişti. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı AY'nın 17. maddesinde yer almaktadır. 17. maddede, hakka ilişkin özel sınırlama sebebi bulunmamaktadır.²⁴⁸ Bu tespit karşımıza düzenlendikleri maddelerde sınırlama nedenine yer verilmemiş temel hak ve özgürlüklerin sınırı sorununu ortaya çıkarmaktadır.²⁴⁹

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sisteminde 2001 Anayasa değişikliği ile AY'da kademeli sistemin uygulandığı belirtilmişti. Kademeli sistemde sınırlamaya ilişkin olarak temel hak ve özgürlükler açısından yasa kaydı içerip içermediğine bakılması gerekmektedir. Bu tür yasa kayıtları hak için ayrı bir içerik ve kapsamda olmak üzere kanun koyucuya o hakkı sınırlama yetkisi vermektedir. Yasa kayıtlarını “basit” ve “nitelikli” olmak üzere iki ana grupta toplamak mümkündür. Buna karşılık bir kısım haklar, AY'daki kendi normu içinde ya da AY'nın başka bir normu ile sınırlanmış olabilir.²⁵⁰ Ya da temel hak ve özgürlük sınırlama hususunda hiçbir yasa kaydı içermiyor da olabilir. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, AY'nın 17. maddesinde kanun koyucunun sınırlama yapabileceğine dair bir hüküm içermemesi nedeniyle yasa kaydı içermeyen bir haktır.²⁵¹

Basit yasa kaydı içermeyen, özel sınırlama sebebi bulunmayan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, sınırsız olmadığından; olağan dönemde, nesnel-doğal sınırları içerisinde ve anayasal sınırlar çerçevesinde

²⁴⁸ 1982 T.C. Anayasası madde 17, birinci fıkra: “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” www.corpus.com.tr (29.04.2018)

²⁴⁹ M. Sağlam, s.253.

²⁵⁰ F. Sağlam, ss.29,30.

²⁵¹ Dündar Sezer, ss.378,379.

sınırlanabilecektir. Bu bağlamda, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile diğer temel haklar ya da AY normları arasında çatışma çıktığında birinin diğerine sınır getireceği ve bu noktada bir dengelemenin yapılması gerektiği kabul edilmektedir.²⁵² Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı özel sınırlandırma sebebi içermeyen bir hak olsa da, özel sınırlandırma sebebi içermeyen haklar mutlak değildir ve kendi doğasından kaynaklanan bir takım sınırlara sahip bulunmaktadır. AY’da yer alan diğer temel hak ve özgürlükler veya devlete yüklenen ödevler de bazı hallerde maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına bir sınır oluşturabilmektedir.²⁵³

b) Olağanüstü Dönemde Sınırlandırılması/ Kullanımının Durdurulması

AY’nın “Temel Hak ve Özgürlüklerin Kullanılmasının Durdurulması” başlıklı 15. maddesinde “(1)*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim²⁵⁴ veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. (2)Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.*” denilmektedir. Maddeye göre, olağanüstü hal dönemlerinde maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, sadece bir yönüyle, maddi ve manevi varlığa yönelik işkence yapılamaması ve kötü muamelede bulunulmaması yönüyle kullanılması durdurulamaz niteliktedir. Ancak maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının, kişinin maddi ve manevi

²⁵² Dündar Sezer, s.383.

²⁵³ AYM K.T.03.07.2014, 2013/89 Es. 2014/116 K. sayılı kararı, (05.07.2018).

²⁵⁴ Madde metninde geçen “sıkıyönetim” ibaresi, 21.01.2017 kabul tarihli, 11.03.2017 tarih ve 29976 (mükerrer) Sayılı R.G.de yayımlanan 6771 sayılı Kanunun 16. maddesiyle, 27.04.2017 tarihinden sonra, birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarih olan 09.07.2018 tarihinde yürürlüğe girmiş ve madde metninden çıkartılmıştır.

varlığının geliştirilmesi açısından ise olağanüstü hallerde kullanımı durdurulabilmektedir. Olağanüstü hallerde kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesine hizmet eden sosyal ve ekonomik hakların kullanımı durdurulabilmektedir. Bir diğer deyişle, işkence ve kötü muamele yasağı haricinde diğer yönleriyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının kullanımının durdurulabilmesi mümkündür.

Anayasanın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, olağanüstü halde, AY'n 119. maddesinin altıncı fıkrası gereği, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartılarak sınırlandırılabilir.

c) Hakkın Objektif (Nesnel) ve Anayasal Sınırı

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı da diğer tüm hak ve özgürlükler gibi sınırsız olarak kişilere garanti edilmemektedir. Anılan hak üzerinde kişinin mutlak bir hâkimiyeti yoktur. Maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına ilişkin AY'da 17. maddede özel sınırlama sebebi yer almamaktadır, ancak açıkça yazılı olmasa dahi hak objektif (nesnel) sınırlara sahiptir. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı içeriği ve kapsamı ile bağdaşmayan biçimlerde kullanılamaz.

Maddi ve manevi varlığın korunması ve gelişmesi hakkının anayasal sınırı ise AY'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller”dir. Tıbbi zorunluluk kavramı, hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı, ancak müdahalede bulunulmaması durumunda telafisi güç zararların doğacağı ve çoğu zaman hastanın yaşamını yitirmesinin söz konusu olacağı durumları ifade etmek üzere kullanılmaktadır.²⁵⁵ Anılan ibare daha çok kişinin maddi varlığına yönelik bir sınır olup, işbu husus haricinde kişinin manevi varlığının bütünlüğüne ilişkin herhangi bir sınırlandırma düzenlemesi yoktur.²⁵⁶

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, annenin genel eylem özgürlüğü (maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı) ile ceninin yaşam hakkı çatıştığında, ceninin

²⁵⁵ AYM K.T. 11.11.2015, Başvuru No: 2013/1789, **Halime Sare Aysal başvurusu**, para.56, (01.05.2018)

²⁵⁶ Oya Boyar, “Anayasa Hukuku ve Şiddet”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:22, Sayı:1, (Şiddet), s.76.

yaşam hakkının; ölünün kişilik hakkı ile yazarın sanat özgürlüğü çatıştığında, ölünün kişilik hakkının, daha üstün olduğu değerlendirmelerinde bulunmuştur.²⁵⁷

Kadının evlendikten sonra tek başına kendi soyadını kullanamaması ve buna Türk Medenî Kanunu'nun (TMK.) 187. maddesinin engel teşkil ettiğinden bahisle esasa ilişkin incelemede kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının değerlendirildiği AYM'nin 10.03.2011 tarih, 2009/85 Es. 2011/49 K. sayılı kararında; kişilik haklarından olan soyadına hiçbir müdahalede bulunulmamasının söz konusu olmadığı, kanun koyucunun kamu yararı ve kamu düzeni meşru amaçları ile soyadına müdahalede bulunmada takdir hakkının bulunduğunu ve müdahalede takdir hakkının da bu anlamda hukuka aykırı yönünün bulunmadığını ifade etmiştir. Anılan kararda başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması ve gözetilmesi hakkı ile anayasal ilkeler olan “kamu yararı” ve “kamu düzeni” ilkelerinin çatışması söz konusudur. AYM temel hak ve anayasal ilke çatışmasını işbu kararda, anayasal ilke lehine yorumlayarak anılan anayasal ilkelerin temel hakkı sınırlandırmasını hukuka uygun bulmuştur.

Doktrinde bir görüşe göre; öncelikle kararda çatışan anayasal bir ilke veya hak olup olmadığının araştırılması, varsa pratik uyumlaştırma gereği çatışan her iki değer için optimum korunmasının nasıl mümkün olduğu, orantılı bir müdahalenin söz konusu olup olmadığı kararda test edilmemiştir.²⁵⁸

Bir başka görüşe göre ise; kararda kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına ilişkin özel sınırlandırma sebebi bulunmayışına ya da bu nitelikteki hakların kendi doğasından veya diğer AY hükümlerinden kaynaklanan sınırları olabileceğine değinilmemiştir. Ek olarak AY'nın 13. maddesine ilişkin bir değerlendirme de yapılmadan iptali istenen kanun hükmü AY'ya uygun bulunmuştur.²⁵⁹

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı da pratikte Anayasadaki diğer hak ve özgürlüklerle, ilkelerle yahut bir başkasının sahibi olduğu temel hak ve özgürlüklerle çatışabilir. Bu durumda, çatışan diğer hak ve özgürlük kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının sınırı olabilir. Ancak bu sınırın her halükarda kişinin maddi ve manevi varlığının

²⁵⁷ Gören, Sınırlamanın Sınırları, s.47.

²⁵⁸ İnceoğlu, Sınırlama ve Güvence, s.26; Kararda ölçülülük ilkesinin gözetilmediği hususunda aynı görüşte, Arslan Öncü, (Ed. Sibel İnceoğlu), s.313.

²⁵⁹ Dündar Sezer, s.406.

korunması ve geliştirilmesi hakkının özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gereklerini aşmaması ve ölçülülük ilkesine uygun olması gözetilmelidir. Özel sınırlama sebepleri içermeyen AY'nın 17. maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, ancak diğer hak ve özgürlüklerle ya da anayasal değerlerle dengelenebilir.²⁶⁰ Bu konuda maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile diğer anayasal hak ve özgürlük somut uyuşmazlıkta AYM tarafından dengelenmek suretiyle çatışma çözülecektir.

B. Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahale Kavramı

Gerek AIHS'de gerek de AY'da kişilere tanınan hak ve özgürlüklerin sınırsız olmadığı, bu hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilceği, devlet tarafından belirli koşullarda müdahale edilebileceği kabul edilmektedir. Müdahale, bireye temel hakkın koruma alanına giren bir davranış olarak kılın her türlü devlet tasarrufudur.²⁶¹ Temel hakka müdahale her zaman hakkın kullanımını tümüyle olanaksız kılmamakla birlikte hakkın kullanımını azaltan, daraltan görünümde olabilir. Müdahale, bir işlem tesisi, bir eylem ya da ihmal suretiyle davranış biçiminde olabilir.

1. Müdahalenin Varlığı

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına devlet tarafından yapılan bir müdahalenin var olup olmadığının tespitini yapabilmek için öncelikle iptal davası söz konusuysa iptal davası dilekçesinde dermeyan edilen iddiaların, itiraz yolu ise itiraza ilişkin iddiaların, bireysel başvuru ise başvuru kişinin şikâyetinin maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamına girip girmediği belirlenmelidir. Örneğin, AYM başvuru kişinin dile getirdiği iddialara binaen ileri sürülen olguların neden olabileceği sonuçları dikkate alarak, ihlal iddiasının mahiyeti gereği yahut mevcut davanın koşullarında şikâyetin bir bütün olarak maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında ele

²⁶⁰ Arslan Öncü, (Ed. Sibel İncoğlu), s.329.

²⁶¹ Gören, Hak Teorisi, s.96.

alındığını belirtmiştir.²⁶² Bazen de başvuru, dilekçesinde ihlal edilen AY maddesini farklı olarak belirtmişse de olayların hukuki tavsifini AYM kendisi takdir ederek iddiaların 17. maddede korunan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında incelenmesi hususunu belirlemiştir. Anılan belirleme, maddi varlık ve manevi varlık kavramlarının neyi ya da neleri koruduğunu ve bu kavramların kapsamına giren değerlerin belirlenmesidir ki bu da davalar temelinde yapılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta iptal davası, itiraz yolu ya da bireysel başvuru şikâyetine ilişkin maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı uygulanabiliyor ise AYM hakka kamu makamlarının bir müdahalesinin olup olmadığını inceler. Örneğin, AYM bir kararında, *“Temsilcisi tarafından bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasına muvafakat edilmeyen başvuru hakkında bebeklik dönemi aşılarının yapılması hususunda zorunlu sağlık tedbiri uygulanmasının başvuru maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına müdahale oluşturduğu açıktır.”* şeklinde somut uyuşmazlık özelinde müdahalenin var olduğunun tespitini yapmıştır.²⁶³

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yapılan müdahalenin haklı olabilmesi için uyulması gereken kriterler mevcuttur. AYM, hakka müdahalenin meşru olup olmadığını incelerken haklılık kriterlerine uyulup uyulmadığını araştırarak müdahalenin temel hakkı ihlal edip etmediğine karar vermektedir.

2. Müdahalenin Haklılık Kriterleri

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına devlet tarafından yapılacak müdahalenin meşru, yani haklı olabilmesi için; kanunla öngörülmüş olması, meşru bir amaca hizmet ediyor olması ve demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olması gerekmektedir. Müdahaleye ilişkin haklılık

²⁶² AYM K.T. 25.01.2018, Başvuru No:2014/15729, **Serbülent Gökhan Beyaz başvurusu**, para.23, (03.05.2018); AYM K.T. 07.11.2013, Başvuru No:2013/2355, **S. S. A. başvurusu**, para.23, (03.05.2018); AYM R.G. tarih 15.09.2015, 29476 R.G. sayı, K.T. 02.07.2015, Başvuru No:2013/6237, **Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik başvurusu**, para.26, (03.05.2018)

²⁶³ AYM K.T. 21.11.2017, Başvuru No:2014/5629, **Salih Gökalp Sezer başvurusu**, para.44, (03.05.2018)

kriterleri AİHM'in önüne gelen uyuşmazlıklarda uyguladığı haklılık kriterleri olup, AYM de önüne gelen uyuşmazlıkları AİHM'in uyguladığı haklılık kriterlerine göre inceleyip çözüme kavuşturmaktadır. Bir olayda haklılık kriterlerinin bulunup bulunmadığını AİHM kural olarak kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik sırasına göre incelemekte ve bir şartın bulunmadığını tespit etmesi halinde bir sonraki şartın varlığının incelenmesi gerekli görülmemektedir.²⁶⁴ AYM kararlarında da, AİHM'in işbu gereklilik sıralamasına atıf yapılarak²⁶⁵ müdahalenin kanunilik kriterini ihtiva etmediğinin tespiti halinde diğer haklılık kriterleri incelenmeksizin müdahalenin hukuka aykırılığının tespit edileceği benimsenmiştir.²⁶⁶ Şimdi sırası ile AİHM ve AYM'nin davalarda/başvurularda uyguladığı temel hakka yapılan müdahalelerin haklılık kriterlerini inceleyeceğiz.

a) Kanunla Öngörölmüş Olma

Temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması, demokratik hukuk devletlerinde öteden beri kabul edilmiş bir kuraldır.²⁶⁷ Tıpkı sınırlama rejiminde temel hak ve özgürlüklerin yasama organı tarafından kanunla sınırlandırıldığı gibi temel hakka devlet tarafından yapılan müdahalenin de haklı olması için yasama organı tarafından kabul edilen kanunla ya da AY 90. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan kanun hükmünde sayılan usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşma hükmü gereğince yapılmış olması gerekmektedir. Müdahale bir sonuç olarak kabul edilirse, kanunilik kriteri, müdahalenin temel sebebini oluşturan kanun hükmünün ta kendisidir.

AYM temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli bulmamaktadır. Kanunilik ölçütünün maddi bir içeriği de gerektirmektedir. Kanunla müdahale ölçütü, sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte; böylece uygulayıcının keyfi

²⁶⁴ Doğru ve Nalbant, Cilt:2, s.11.

²⁶⁵ Anılan hususta atıf yapılan AİHM kararları için; Bkz. AİHM K.T. 09.06.2005, Başvuru No: 55723/00, **Fadeyeva/Rusya kararı**, para.95, <https://hudoc.echr.coe.int> (04.05.2018); AİHM K.T. 10.3.2009 Başvuru No: 4378/02, **Bykov/Rusya kararı**, para.82, <https://hudoc.echr.coe.int> (04.05.2018)

²⁶⁶ AYM K.T. 06.03.2014, Başvuru No:2013/4439, **Gölsim Genç başvurusu**, para.31 ve 43, (04.05.2018)

²⁶⁷ Münci Kapanı, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Bilgi Yayınevi, 3. Basım, (İnsan Hakları), İstanbul, 1996, s.230.

davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta, bu yönüyle hukuk güvenliği teminatı sağlamaktadır.²⁶⁸

AYM maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yapılan müdahalenin kanuni bir müdahale olup olmadığını araştırır. Müdahalenin kanunla öngörülmüş olması, bireyin temel hak ve özgürlüğüne yapılan müdahalenin kanuni bir dayanağının olması, esasında bir kanun maddesine karşılık gelmesi anlamına gelmektedir. Bu kanun maddesi yasama organının usulüne uygun bir şekilde kabul ettiği, herkesin öngörebildiği ve ulaşabildiği bir kanun olmalıdır. Temel hakka müdahalenin karşılık geldiği bir kanun maddesi yahut uluslararası antlaşma maddesi bulunmuyorsa, bu halde müdahalenin kanunilik şartını taşıdığından bahsedilemez. AYM kanunilik şartını taşımayan müdahale hakkında, müdahaleler açısından diğer haklılık kriterlerine uyulup uyulmadığı konusunda ayrıca değerlendirmeye gerek görmeyerek ihlal kararı vermiştir.²⁶⁹

b) Meşru Amaç

Devlet tarafından temel hakka yapılan müdahale, kanunilik kriterini taşıyorsa; bu aşamada kanuni müdahalenin hangi amaçla yapıldığı incelenmektedir. Özgürlüklerin sınırlandırılması kriterlerinden birisi de, özgürlüğün sınırlandırılmasındaki amaçtır. Özgürlüğün sınırlandırılmasını zorunlu kılan sebepler, aynı zamanda sınırlamanın amacını oluştururlar. Özgürlük ancak toplum hayatının düzenini sağlamak ve bir de toplum hayatından herkesin etkin bir şekilde yararlanmasını sağlamak amacıyla sınırlandırılmalıdır. Anılan amacı aşan sınırlamalar ölçüsüzdür ve meşru değildir.²⁷⁰

Müdahalenin meşru amaçları olarak sayılabilecek amaçlar, AY'da ilgili temel hak ve özgürlüğe ilişkin maddelerde özel sınırlama sebebi olarak yer almaktadır. İlgili maddesinde özel sınırlama sebebi yer almayan haklara ilişkin müdahalelerin dayanacağı meşru amaçlar açısından AYM vermiş olduğu kararlarda AY'nın 13.

²⁶⁸ Halime Sare Aysal başvurusu, para.62.

²⁶⁹ Halime Sare Aysal başvurusu, para.74.

²⁷⁰ Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.233; Tijen Dünder Sezer, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Dernek Kurma Özgürlüğü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2004, (Dernek Kurma), s.275.

maddesinde yer alan güvence ölçütlerini dikkate almaktadır. Temel hakka müdahale, birden fazla meşru amaca da dayanabilir.

Meşru amaçları gösteren kavramlar soyut kavramlardır. Bu kavramların somutlaştırılması yargı organları tarafından yapılmaktadır.²⁷¹ AYM önüne gelen uyuşmazlıklarda, bu kavramları kendisi tanımlayıp tanımında yer alan unsurların olayda varlığı veya yokluğu üzerinden bir inceleme yapmamakta; genellikle müdahalenin meşru amaçlardan en az birini taşıdığı varsayımıyla müdahalenin haklılık incelemesini sürdürmektedir.²⁷²

c) Demokratik Toplumda Gereklilik

Müdahalenin haklılık kriterlerinden sonuncusu, müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğidir. AYM, müdahalenin kanuniliğini ve meşru amaca yönelik olduğunu inceledikten sonra müdahale ile amaçlanan meşru amacın demokratik toplumda gerekli olmadığı kanısında ise o müdahale haklı olamaz. Müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermesi veya geçerli bir sebebe dayanmasını ifade eder.²⁷³

Söz konusu kriter, AİHM'e, müdahalenin haklı ya da haksız olduğunu belirlemede en geniş takdir yetkisi veren ilkedir.²⁷⁴ Müdahalenin haklı bir müdahale olduğuna karar verilebilmesi için "gerekli" olmalıdır. Bu gereklilik, "demokratik toplum" nitelmesi ile sınırlı bir gerekliliktir. "Gereklilik" kavramı "demokratik toplum" kavramı ile bağlantılıdır.²⁷⁵ "Demokratik toplumda gerekli olma" ya da kısaca "gereklilik" testi bakımından belirtilmesi gereken ilk şey, "gereklilik" teriminin "mutlaka gerekli" ya da "kesinlikle gerekli" anlamına gelmediği ancak öte yandan "kabul edilebilir", "arzu edilir" ya da "makul" terimlerinin içerdiği esnekliği de taşımadığıdır. "Demokratik toplum" ise, onun temel taşlarını oluşturan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik ile birlikte düşünülmelidir. "Demokratik toplumda gerekli olma" koşulunun karşılanabilmesi için, söz konusu müdahalenin bir

²⁷¹ Kaboğlu, Özgürlükler, s.91.

²⁷² Doğru ve Nalbant, Cilt:2, s.14.

²⁷³ Fendoğlu, s.137.

²⁷⁴ Dündar Sezer, Dernek Kurma, s.284; Arslan Öncü (Ed. Sibel İnceoğlu), s.326.

²⁷⁵ Doğru ve Nalbant, Cilt:2, s.15.

zorlayıcı toplumsal ihtiyaca cevap vermesi”²⁷⁶ ve “izlenen meşru amaç ile orantılı/ölçülü olması” gerekmektedir.²⁷⁷ Müdahalenin demokratik toplumda gerekli olabilmesi; zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacın bulunması, ölçülülük ilkesinin gözetilmesi ve kamusal makamların takdir alanı içerisinde adil bir denge kurabilmesine bağlıdır. AİHM zorlayıcı toplumsal ihtiyaç kavramının ne anlama geldiğini açıklamamış olmakla birlikte, kararlarında, bu tip bir ihtiyacın bulunup bulunmadığına karar verirken, başvuru konusu olayın özel koşullarını ve söz konusu ülkede egemen olan koşulları dikkate almaktadır.²⁷⁸

Kamu makamları tarafından sınırlamayı desteklemek için ileri sürülen nedenler, gerçek bir ihtiyacı göstermiyor ise zorlayıcı toplumsal ihtiyaç gerçekleşmemiş demektir.²⁷⁹ Sözleşmesel bir hakkın sınırlanması yönünde bir toplumsal ihtiyaç baskısının varlığı tek başına, bir sınırlamayı sözleşme çerçevesinde meşru kılmaya yetmez. Sınırlama, yani müdahale ile izlenen meşru amaç arasında bir orantı da bulunmalıdır.²⁸⁰ Bir olayda alınan tedbir, niteliği itibarıyla toplumsal ihtiyaç baskısını karşılamaya uygun ise, gerektiğinde anılan tedbir orantılılık koşulu açısından incelenir. AYM, orantılılık açısından inceleme yaparken, birey ile toplumun yarışan menfaatleri arasında “adil denge” bulunup bulunmadığını inceler. Başka bir deyişle, başvuruçunun temel hakkı çerçevesindeki bireysel yararı ile kamunun yararı ya da duruma göre yine bir başka bireyin yararı arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını inceler.²⁸¹ Kamusal makamların takdir yetkisi, her bir vaka özelinde ayrı bir değerlendirme yapılmasını ve gözetilen kamusal menfaat ile bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmesini gerektirmektedir.²⁸² Bir müdahalenin orantılı olabilmesi için, temel hakka daha az zarar verebilecek ama aynı zamanda aynı amacı yerine getirebilecek başkaca bir müdahaleye başvuruda bulunma ihtimalinin olmaması gerekir.²⁸³

²⁷⁶ Bir başka AİHM kararında “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” kavramı “toplumsal ihtiyaç baskısı (pressing social need)” olarak ifade edilmiştir. Bkz. AİHM, K.T. 25.03.1983, Seri:A No:61, **Silver ve diğerleri - Birleşik Krallık kararı**, para.97, <https://hudoc.echr.coe.int> (04.05.2018).

²⁷⁷ Arslan Öncü, (Ed. Sibel İnceoğlu), ss.323,324; Daha fazla bilgi için Bkz. AİHM K.T. 07.12.1976, Başvuru No:5493/72, **Handyside - Birleşik Krallık kararı**, para.48,49, <https://hudoc.echr.coe.int> (04.05.2018).

²⁷⁸ Ekiz, s.273.

²⁷⁹ Dündar Sezer, Dernek Kurma, s.288.

²⁸⁰ Arslan Öncü, (Ed. Sibel İnceoğlu), ss.324,325.

²⁸¹ Arslan Öncü, (Ed. Sibel İnceoğlu), s.325.

²⁸² AYM K.T. 06.01.2016, Başvuru No:2013/2414, **B.U. başvurusu**, para.45, (04.05.2018).

²⁸³ Doğru ve Nalbant, Cilt:2, ss.15,16.

3. Kişinin Maddi ve Manevi Varlığının Korunması ve Geliştirilmesi Hakkına Müdahale

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına müdahale kapsamında öncelikle bu hakka yapılan müdahalenin olup olmadığı değerlendirilmelidir. Hakkın kullanım alanını azaltan, daraltan ya da tamamen ortadan kaldıran bir devlet işlemi, eylemi ya da ihmal suretiyle davranışının bulunup bulunmadığı tespit edilecektir. Hakka yönelik bir müdahale var ise hiçbir hakkın sınırsız olmayacağından bahisle, bu müdahalenin haklı yani hukuka uygun olabilmesi için gerekli olan haklılık kriterlerini taşıyıp taşımadığına bakılacaktır.

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına yapılan müdahalenin haklı olabilmesi için öncelikle kanuni olması gerekmektedir. Müdahale ya yasama organı tarafından kabul edilen bir kanun ile ya da AY'nın 90. maddesinin dördüncü fıkrası gereği kanun hükmünde sayılan usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşma hükmü gereğince yapılmış olmalıdır. Eğer müdahale kanunilik şartını taşımıyorsa, diğer haklılık kriterleri incelemesi yapılmaksızın müdahalenin haksız olduğu tespit edilir.

Müdahale kanunilik şartını taşımaktaysa, bir sonraki haklılık kriteri incelemesine geçilecektir. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına yapılan müdahalenin hangi meşru amacı veya amaçları gerçekleştirmek üzere yapıldığına bakılacaktır. AY'da yer alan birçok temel hak ve özgürlüğe ilişkin maddede hakka ilişkin özel sınırlandırma sebepleri sayılmıştır. İlgili maddelerde sayılan özel sınırlandırma sebepleri aynı zamanda temel haklara yapılan müdahalelerin meşru amacını ortaya koymaktadır. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının düzenlendiği 17. maddede özel sınırlandırma sebebi sayılmamıştır. Bu halde maddi manevi varlığın korunması geliştirilmesi hakkının sınırsız olmadığı da bilindiğine göre hakka müdahalenin meşru amaçlarının ne olacağının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Kişinin maddi manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına yapılan müdahalelerin hangi meşru amacı veya amaçları gözetceği hususunda AYM, AY 13. maddede yer alan güvence ölçütlerinin işlevselliğe sahip olduğunu kabul etmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda temel düzenleme olan AY'nın 13. maddesinde yer alan başta kanun ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, AY'nın 17. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği AYM tarafından kabul edilmiştir.²⁸⁴ AYM, yakın zamanda vermiş olduğu M.K. başvurusuna ilişkin kararında, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yapılan müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı hususunda; müdahale, AY'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde AY'nın 17. maddesinin birinci fıkrasını ihlal edeceğini, bu sebeple sınırlamanın AY'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, meşru amaç taşıma, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirleneceğini ifade etmiştir.²⁸⁵ Akabinde, anılan karar içerisinde kanunilik, meşru amaç, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük değerlendirmelerinde bulunulmuştur. AYM, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını incelediği bireysel başvuru kararlarında, hakka müdahalenin hukuka uygun olup olmadığını denetlerken üçlü denetim yapmaktadır. Üçlü denetim yaptığı, kanunilik, meşru amaç, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük başlıkları altında da AY'nın 13. maddesine de gönderme yapılmaktadır. Aslında AYM, AY 13. maddeye gönderme yaparak, hakka yapılan müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için 13. maddedeki kriterlere de uygun olması gerektiği zikretmektedir. Her ne kadar AYM maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yapılan müdahalenin hukuka uygun olup olmadığını denetlerken üçlü denetim yapılmıyorsa da, bütüne bakıldığında AY 13. maddedeki kriterlere de uygunluğu aradığı görülmektedir. Ancak M.K. başvurusuna ilişkin kararda müdahalenin AY 13. maddedeki kriterlere uygunluğu tek tek incelenip irdelenmemiştir. Sadece "Genel İlkeler" başlığı altında kanuni dayanağı bulunan ve meşru amaç taşıyan müdahalenin ihlal teşkil etmemesi için AY'nın 13. maddesinde yer verilen demokratik toplum düzeninde gereklilik,

²⁸⁴ AYM K.T. 19.12.2013, Başvuru No:2013/2187, **Sevim Akat Ekşi başvurusu**, para.35, <https://kararlarbilgibankasi.Anayasa.gov.tr/BB/2013/2187> (04.05.2018); **Halime Sare Aysal başvurusu**, para.59; **Gülsim Genç başvurusu**, para.29.

²⁸⁵ AYM R.G. tarih 26.07.2018, 30490 R.G. sayı, K.T. 12.06.2018, Başvuru No:2015/13077, **M.K. Başvurusu**, para.52, <http://www.Anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/bireyselbasvuru/detay/pdf/2015-13077.pdf> (26.07.2018)

hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük şeklindeki güvence ölçütlerine uygun olması gerektiğine dikkat çekilmiştir.²⁸⁶

Son olarak kanuni olan ve meşru amacı gözeten kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı incelenecektir. Müdahale, AY 13. maddede de açıkça yer alan demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine aykırı olmamalı, demokratik bir toplumsa zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve orantılı olmalıdır. Orantılılık ile bireyin yararı ve kamu yararı arasında ya da duruma göre bir başka bireyin yararı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı incelenir.²⁸⁷ Müdahale, öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına da en az dokunan ölçüde olmalıdır. Örneğin, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına kamu sağlığının korunması amacıyla yapılan müdahalenin haklı olabilmesi için müdahale ile bireyin vücut bütünlüğü arasında adil bir menfaatler dengesi kurulmalıdır. Anılan menfaatler dengesi çerçevesinde, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına daha az zarar verebilecek ama aynı zamanda kamu sağlığının korunması amacına hizmet eden başka bir müdahaleye başvurma imkânı da olmamalıdır.

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına yapılan müdahalelerde kanunilik, meşru amaç, demokratik toplumda gerekliliği sağlayan zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ve orantılılık yani menfaatlerde adil denge sağlanması somut uyuşmazlıklarda irdelenmek suretiyle müdahalenin haklılığı denetlenmektedir. AYM kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından, önüne gelen somut uyuşmazlıklarda müdahalenin haklılığı açısından meşru amaçları AY 13. madde açısından ele almakta ve demokratik toplumda gereklilik kriteri açısından da müdahalenin kişinin menfaati ile orantılı olup olmadığını takdir yetkisini kullanarak yorumlamaktadır.

²⁸⁶ **M.K. başvurusu**, para.56.

²⁸⁷ Arslan Öncü, (Ed. Sibel İnceoğlu), s.325.

V. MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi, yani bilinen adı ile AİHS'e (Sözleşme) bakıldığında toplamda üç bölümden ve ek protokollerden oluştuğu görülmektedir. Sözleşmenin ilk bölümü hak ve özgürlükler, ikinci bölümü AİHM üçüncü bölümü de çeşitli hükümler başlıklarına dâhil edilen maddeleri içermektedir. İlk bölümde uluslararası sözleşmede yer alan temel insan hakları ve özgürlükleri, ikinci bölümde Sözleşme'nin yargı mekanizması olan AİHM'in örgütlenişi ve iç işleyişine ilişkin kuralları, üçüncü bölümde ise çeşitli hükümler ana başlığı altında imzacı devletlerin Sözleşmeyi iç hukuklarında nasıl uygulayacağı, Sözleşme maddelerine ilişkin çekince koyma usulü ve Sözleşmenin feshi, onaylanması ve imzalanması hallerine ilişkin usuller belirtilmiştir. AİHS'e yıllar içerisinde eklenen protokollerle ise uluslararası düzeyde ek güvenceler getirilmiştir.

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, diğer bir deyişle temel insan hakkı olduğundan, hakkın AİHS'in birinci bölümü içerisinde yer alma ihtimalini akla getirmektedir. Ancak AİHS'in birinci bölümüne bakıldığında; yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve benzeri birçok hakkın yer aldığı; ancak bu hakların arasında ayrıca ve açıkça kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının yer almadığı görülmektedir. Sözleşmede, ayrıca ve açıkça kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının yer alması oluşu AİHS kapsamında bu hakkın tanınmadığı, korunmadığı ve bu hakka hiç yer verilmediği anlamına gelmemektedir.

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının, AİHS'in özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi içerisinde izlerini taşıdığı ve kendi varlığını bu şekilde ortaya koyduğu görülmektedir. AY'da AİHS'in 8. maddesi anlamında özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkına karşılık gelen tek bir hüküm bulunmamakta ve fakat bu hakkın korunduğu hukuksal çıkarlar ayrı ayrı maddeler şeklinde AY'da güvence altına alınmaktadır.²⁸⁸ AİHS 8. maddenin

²⁸⁸ Arslan Öncü, (Ed. Sibel İnceoğlu), s.329.

koruduğu hukuksal çıkarların güvence altına alındığı haklardan biri de AY 17. maddede düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkıdır.

AIHM de, kararlarında maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını, Sözleşmenin “Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” başlıklı 8. maddesi içerisinde ele alarak değerlendirmeler yapmıştır. AIHM’e göre, ““özel yaşam” kavramı, tanımlanmaya elverişli olmayan geniş bir terimdir. Bu kavram kişinin “maddi ve manevi bütünlüğünü” içerir.”²⁸⁹ AIHM içtihatlarında, “bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi” özel yaşama saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alınmıştır. Hatta daha ileri gidilerek, 8. maddenin bireye içinde kişiliğini serbestçe geliştirebileceği ve gerçekleştirebileceği bir alan sağladığı ve bireyin bu yönde bir hakkı olduğu belirtilmiştir.²⁹⁰

AIHS 8. maddenin AY’daki dayanağını maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı oluşturmaktadır.²⁹¹ Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, büyük ölçüde AIHS’in 8. maddesi kapsamında korunan hukuksal çıkarlara karşılık gelmektedir.²⁹² AIHS’in 8. maddesinde korunan hukuksal çıkarlara; kişinin özel yaşamı, fiziksel ve zihinsel bütünlüğü, kişisel ve sosyal kimliği, cinsel yaşamı, özel(mahremiyet) alanı, kişisel bilgileri ve verileri, kişisel özerklik ve yaşam kalitesi, örnek olarak verilebilir.²⁹³

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile 2011 yılında AYM’ye bireysel başvuru yolu getirilmiştir. 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinde; “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.” denilmektedir. Kişilerin, temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla AYM’ye bireysel başvuru yapabilmeleri için ihlal edildiği iddia edilen temel hak ve özgürlüğün AY’da ve

²⁸⁹ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 8,9,10,11,12,13,14 Ek Protokol 1-1,1-2,1-3 Maddeler)**, T.C. Yargıtay Başkanlığı, (1. Baskı), Cilt:2, Ankara, 2012, s.2; AIHM K.T. 26.03.1985, 8978/80, X ve Y – Hollanda kararı, para.22.

²⁹⁰ Arslan Öncü, (Ed. Sibel İnceoğlu), s.307.

²⁹¹ Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018, (İfade Özgürlüğü), s.73.

²⁹² Arslan Öncü, (Ed. Sibel İnceoğlu), s.303.

²⁹³ Doğru ve Nalbant, Cilt:2, ss.2-7.

AİHS’de yer alan bir hak olması gerekmektedir. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile AİHS arasındaki ilişkisi, hakkın hem AY’nın 17. maddesinde hem de AİHS 8. maddenin içerisinde bulunması sebebiyle ihlal iddiasıyla AYM’ye bireysel başvuru yoluna gidilebileceği şeklinde somutlaşmaktadır. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı AİHS’de korunan bir hak olmasa idi, bu hakkın ihlal edildiğine ilişkin AYM’de bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkün olmayacaktı.

Hakka ilişkin devlet yükümlülükleri bölümünde, bireyin temel hak ve özgürlüğüne üçüncü kişilerin müdahalede bulunması halinde, bireyi koruyamayan devletin üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmemesinden kaynaklanan dolaylı sorumluluğundan bahsedilmişti. Bu dolaylı sorumluluk, Türkiye tarafından imza altına alınan ve iç hukukumuzda yer edinen AİHS’in 1. maddesinde düzenlenmektedir. AİHS’in İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü başlıklı 1. maddesinde, *“Yüksek Sözleşmeciler Kendi Yetki Alanları İçinde Bulunan Herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.”* denilmektedir. Dolayısıyla, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına üçüncü kişiler tarafından yapılan müdahalelerde devletin sorumluluğunun doğması bakımından AİHS’in 1. maddesi önem taşımaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKI VE DİĞER HAKLARLA İLİŞKİSİ

I. MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKININ DİĞER HAKLARLA İLİŞKİSİ

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının tanımı ve kapsamı başlığı altında işbu hakkın “kapsayıcı” ve “çerçeve hak” niteliğinin olduğu ve “genel davranış özgürlüğü”nü ifade ettiğini, diğer temel hak ve özgürlüklerin de maddi manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkından kaynaklandığı belirtilmişti. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı işte tam da bu niteliği sebebiyle diğer temel hak ve özgürlüklerden ayrı olarak düşünülememektedir. Çoğu zaman mahkeme önüne gelen uyuşmazlıklarda kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali iddialarında AY’da tanınan diğer temel hak ve özgürlüklerin de eş zamanlı olarak ihlal edildiği görülmektedir.

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, AY’da yaşam hakkının düzenlendiği madde ve fıkra içerisinde düzenlenmiş olması ve yine AİHS’in 8. maddesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık geliyor oluşu da bu hakkın diğer hak ve özgürlüklerden ayrı tutulamayacağını göstermektedir. Yaşam hakkı ve özel yaşama saygı hakkı yanında, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı; kişisel verilerin korunması hakkı, unutulma hakkı, düşünce ve kanaat hürriyeti, eğitim hakkı, çalışma hakkı, sağlık hakkı, çevre hakkı ve sosyal güvenlik hakkı ile de yakından ilişkilidir. Bu ana başlık altında kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının anılan diğer temel hak ve özgürlüklerle kesiştiği uyuşmazlık alanları tespit edilerek haklar arasındaki ilişki açıklanmaya çalışılacaktır.

A. Yaşam Hakkı ile İlişkisi

Yaşam hakkı²⁹⁴ doktrinde, “*insan olarak “var olmak”, insan onuruna layık olarak “kendisini idame etmek”, boyuna gelişen insan onuru kavramına paralel olarak “varoluşu geliştirmek” olanağı, serbestliği, yeteneği, ayrıcalığı*” olarak ifade edilmiştir.²⁹⁵ Yaşam hakkı, bütün hak ve özgürlüklerin mevcudiyeti için bir ön koşuldur. Bir kişinin yaşam hakkından keyfi olarak mahrum bırakılması diğer tüm hakları anlamsız hale getirecektir.²⁹⁶ İnsan bizzatı bir değerdir. Onurlu bir değerdir; onuruna layık olarak doğmalıdır, var olmalıdır, gelişmelidir ve hiç kimse tarafından bu ilk hak, bir ihlale uğramamalıdır.²⁹⁷

Yaşam hakkı nasıl kişinin bütün hak ve özgürlüklerinin mevcudiyeti için bir ön koşul ise aynı şekilde maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı da hayatın sürabilmesi açısından her an varlığını sürdürmesi gereken bir haktır. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, yaşam hakkı ile birlikte kişinin doğumundan ölümüne kadar ortaya koyduğu her davranışın içerisinde varlığını hissettirir. Yaşam hakkı kişiye nefes alıp vermek, yaşamak özgürlüğünü bahşeden en önemli hak olsa da sırf yaşama hakkına sahip olmak insanın hayatını sürdürebileceği anlamına gelmemektedir. İnsanın yaşamı, maddi ve manevi varlığını sürdürüp geliştirmesi ile birlikte anlamlanmaktadır. Bu nedenle AY'da 17. madde ile yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı birlikte düzenlenmiştir.

AY'nın 17. maddenin birinci fıkrası, “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” şeklindedir. Madde gerekçesinde “*Kişinin sahip bulunduğu hak ve özgürlükler, bu maddeden itibaren önem dereceleri göz önünde tutularak belirlenmiştir. Bu madde ile yaşama maddî ve manevî varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır. Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı açıktır.*” açıklaması ile kişinin maddi ve manevi

²⁹⁴ “Öldürmeme Hakkı” ya da “İnsanın Öldürülmezliği” olarak ifade edilişi için Bkz. Bahri Savcı, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:449, İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:1, Ankara, 1980, (Yaşam Hakkı), s.14.

²⁹⁵ Bahri Savcı, “ “Yaşam Hakkı” “Felsefesal Pratiğe Doğru” ”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl:1980, Cilt:35, Sayı:1, (Felsefesal Pratik) s.20.

²⁹⁶ Ulaş Karan, “Yaşam Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (Ed. Sibel İnceoğlu), Kısım II, Bölüm I, Beta Basım, İstanbul, Tıpkı 3. Baskı, 2013, (Yaşam Hakkı),s.459; Aynı yönde, Hasan Tahsin Fendoğlu, **İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.32.

²⁹⁷ Savcı, Felsefesal Pratik, s.23.

varlığını koruma ve geliştirme hakkının en az yaşam hakkı kadar önemli ve yaşam hakkı ile bütünlük teşkil eden bir hak olduğu belirtilmiştir. Yaşama, maddi ve manevi varlığın korunması geliştirilmesi hakkının Anayasayla garanti altına alınan insan haklarının en üst basamağında bulunduğu Anayasa koyucu kabul etmiştir.²⁹⁸

Yaşam hakkı ile maddi manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, AY'da düzenleniş yeri açısından eşit öneme sahip oldukları kadar maddi ve manevi varlığa yönelik işkence yapılamaması ve kötü muamelede bulunulamaması yönüyle olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen AY'nın 15. maddesinde yer alan sert çekirdekli temel hak ve özgürlükler olarak da nitelendirilen hak ve özgürlükler arasında sayılmıştır.²⁹⁹

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı gibi yaşama hakkı da sınırsız bir hak değildir. Her iki hak da, nesnel ve anayasal sınırlara tâbidir.

Yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının birinci keşişim noktası, kişinin beden bütünlüğüne zarar verilmesi ihtimalinde, meydana gelen zarara sebep olan davranışın öldürme yahut yaralama kastı ile meydana geldiği noktasında ortaya çıkmaktadır. Bir olayda yaşam hakkına ilişkin ilkelerin uygulanabilmesi için gerekli şartlardan biri, doğal olmayan bir ölümün gerçekleşmesidir. Ancak bazı durumlarda ölüm gerçekleşmese dahi olayın yaşam hakkı çerçevesinde incelenebilmesi mümkün olabilmektedir. AİHM de, ölümle sonuçlanmayan yaralanma olaylarını kişiye karşı kullanılan gücün derecesi, türü ve güç kullanımının ardında yatan niyet ve amacı diğer faktörlerle birlikte göz önünde bulundurarak olayı yaşam hakkı çerçevesinde inceleyebilmektedir.³⁰⁰ Bu

²⁹⁸ Gören, Kişiliğin Korunması, s.165.

²⁹⁹ Anayasanın Temel Hak ve Özgürlüklerin Durdurulması başlıklı 15. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan sert çekirdekli haklar olarak adlandırılan haklar açısından yaşam hakkına istisna getirilmiş, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler hariç tutulmuştur.

³⁰⁰ AYM K.T. 26.06.2014, Başvuru No:2013/2030, **Mehmet Karadağ başvurusu**, para.20, (20.05.2018); AYM K.T. 12.01.2017, Başvuru No:2014/7227, **Mustafa Çelik ve Siyahmet Şeran başvurusu**, para.69, (20.05.2018); AYM K.T. 09.11.2017, Başvuru No:2014/1982, **Seyfullah Turan ve diğerleri başvurusu**, para.109,110, (20.05.2018); AYM K.T. 11.05.2017 Başvuru No: 2014/13163, **Yasin Ağca başvurusu**, para.109,110, (20.05.2018); AYM K.T. 13.09.2017, Başvuru No:2014/5973, **Hüseyin Münüklü başvurusu**, para.46,47, (20.05.2018); AYM K.T.13.09.2017, Başvuru No:2014/11855, **Gürkan Kaçar ve diğerleri başvurusu**, para.49,50, (20.05.2018); AYM K.T. 11.06.2018, Başvuru No:2014/8722, **Cemal Kılıç Başvurusu**, para.37,38,39, (08.07.2018); AYM K.T. 09.03.2017, Başvuru No:2014/979, **Tevfik Acar başvurusu**, para.26,27, (20.05.2018); Ceza İnfaz Kurumunda çıkan isyanı bastırmak için güvenlik güçlerinin attığı göz yaşartıcı bombanın başvurusunun uzuv kaybına sebebiyet verdiği bir uyuşmazlıkta Anayasa Mahkemesi uzuv kaybını potansiyel olarak ölüm neticesini doğurmaya elverişli ve hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanma olarak nitelendirmiş ve anılan başvuruyu da yaşam hakkı kapsamında değerlendirmiştir. (Bkz. AYM

değerlendirme yapılırken eylemin potansiyel olarak öldürücü niteliğe sahip olup olmadığı ile maruz kalınan eylemin mağdurun fiziki bütünlüğü üzerindeki sonuçları önem taşımaktadır.³⁰¹ Ölüm meydana gelmemiş olsa dahi, vücut bütünlüğüne yönelik kasıt öldürme saiki ile yapılmışsa bu halde AYM ve AİHM somut uyuşmazlığı yaşam hakkı açısından incelemektedir. Vücut bütünlüğüne yönelik yaralama kastı mevcut ve fiziksel bütünlük üzerinde gerçekleştirilen eylem öldürücü niteliğe sahip değil ise ancak bu halde kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı söz konusu olacaktır.³⁰²

Yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ikinci keşişim noktası, kürtaj konusunda ortaya çıkmaktadır. Ceninin yaşam hakkı ile kadının maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi diğer bir deyişle kişiliğini serbestçe geliştirme hakkının çatıştığı bir mesele olan kürtaj konusunda önceliğin hangi hakka tanınacağı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır.³⁰³ AİHM, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin büyük çoğunluğunda kürtaja izin verilmesine yönelik bir anlaşma bulunduğunu ve

K.T. 08.06.2016, Başvuru No:2014/4217, **Vefa Serdar başvurusu**, para.98, (20.05.2018)) İdarenin oluru ile görev yeri değiştirilen başvurunun yeni görev yerinde sol el baş parmağını kaybetmesi sebebiyle idare aleyhine açtığı tam yargı davasının reddedilmesi üzerine AYM önüne gelen başvuruda, AYM somut uyuşmazlığı kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından inceleyip tam yargı davası konusunda karar veren idare mahkemesi ve Danıştay'ın tarafından ulaşılan sonucun başvurunun fiziksel bütünlüğünü korumak bakımından etkisiz kaldığı, ihlalin tespiti ve giderilmesi için devletin etkin yargılama mekanizması kurma ve adil bir şekilde yargılamayı yürütmeye ilişkin pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiğinden bahisle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. (Bkz. AYM K.T. 23.03.2016, Başvuru No:2013/5670, **Osman Konuktar başvurusu**, (20.05.2018)).

³⁰¹ AYM K.T. 09.11.2017, Başvuru No:2014/1982, **Seyfullah Turan ve diğerleri başvurusu**, para.110, (20.05.2018)

³⁰² AYM K.T. 26.10.2016, Başvuru No:2014/20219, **Göktuğ Tolga Demiralp başvurusu**, para.56, (20.05.2018); Göktuğ Tolga Demiralp başvurusunda; başvuru, geçirdiği trafik kazası sonrasında felç olmuş ve tekerlekli sandalyeye bağlı olarak yaşamını idame ettirmeye çalıştığından kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının yanında yaşam hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ancak AYM kaza tarihinde düzenlenen sağlık raporlarında başvurunun hayati tehlikesinin bulunmadığı belirtildiğinden olayda ölüm riski veya yaşamın tehdit altında olması durumları bulunmadığından başvurunun iddialarını yaşam hakkı kapsamında incelememiş; sadece kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı bakımından incelemelerde bulunulmuştur.

³⁰³ Konu ile ilgili Avrupa Komisyonu ve AİHM kararları için Bkz. Zengin, s.249 ve devamı; Annenin kürtaj konusunda tercih hakkının birinci planda tutulduğu görüşü için Bkz. Burcu Dönmez, "TCK'da Çocuk Düşürme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2007, Cilt:9, Sayı:2, s.140.

Sözleşmeci Devletlerin çoğunun mevzuatlarında fetüs ile annenin hakları arasındaki çatışmayı daha çok kürtaja erişim lehine çözdüklerini tespit etmiştir.³⁰⁴

AY'nın 17. maddesi ceninin yaşam hakkına sahip olduğunu belirtmemiş, "herkes" ifadesini kullanmıştır. Anayasa koyucunun açık olarak ceninin yaşam hakkından söz etmemesi karşısında ona bu hakkın verilemeyeceği düşünülmele birlikte, döllemeden itibaren canlı olan ve insan olma potansiyeline sahip bu varlığı anayasal korumanın dışında bırakmak da mümkün görünmemektedir. Ancak doğmuş olan bir insanla bir ceninin biyolojik, yapısal farklılıklarından ve anneye bağımlı bir şekilde yaşamasının getirdiği farklılıklardan ötürü yaşam hakkını, doğmuş bir insanla aynı koşullarda kullanması ve aynı sınırlamalara tabi tutulması mümkün değildir.³⁰⁵ Bu halde ceninin biyolojik olgunluğu ile annenin seçim hakkı arasında bir denge kurulmalıdır. Özellikle ceninin organlarının henüz oluşmadığı, hamileliğin ilk haftalarında sosyal nedenlerle ceninin yaşamına son verilmesini, ceninin yaşam hakkına getirilen yasal ve meşru sınırlamalar olarak değerlendirmek gerekecektir.³⁰⁶

Kürtaj, Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlükte, "*döl yatağının içini kazıyıp cenini alma işi*" olarak tanımlanmıştır.³⁰⁷ İç hukukumuzda kürtaj, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde; "*Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir. Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, ceninin yaşam hakkı ve kadının maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının karşı karşıya geldiği durumda, gebeliğin 10. haftası dolmamışsa kadının maddi ve manevi varlığının korunması hakkına; gebeliğin 10. haftası dolmuşsa ceninin yaşam hakkına öncelik tanınmaktadır.³⁰⁸ Gebeliğin 10. haftasının dolması akabinde, kanun

³⁰⁴ Doğru ve Nalbant, Cilt:2, s.23.

³⁰⁵ Tijen Dünder, "**Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Hakkı**" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1998, (Yaşam Hakkı), s.90.

³⁰⁶ Dünder, Yaşam Hakkı, s.100.

³⁰⁷ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr> (20.05.2018)

³⁰⁸ Gebeliğin 10. haftasının dolması ile birlikte ceninin yaşam hakkının üstün tutulduğu bu hal, Türk Ceza Kanunu'nun Çocuk Düşürme başlıklı 100. maddesinde, "*Gebelik süresi on haftadan fazla olan*

koyucu cenini canlı bir varlık olarak kabul etmiştir.³⁰⁹ Ancak gebeliğin 10. haftayı geçtiği ve ceninin yaşam hakkına öncelik tanındığı halde dahi kadın açısından hayati tehlike yahut doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olunacak bir hal mevcut ise bu halde yine kadının maddi ve manevi varlığının korunması hakkına öncelik tanınmaktadır.

Bu haliyle kürtaja ilişkin iç hukukumuzda yer alan düzenlemenin, AY 17. maddenin ikinci fıkrasında yer alan yaşam hakkının ve kişi dokunulmazlığının istisnası olan “tıbbi zorunluluk hali” koşuluna uygun olarak düzenlendiği görülmektedir.

B. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı İle İlişkisi

İşkence, eziyet, insan onuruyla bağdaşmayan ceza ve kötü muamele insanın bedensel ve ruhsal bütünlüğünü ihlal eden, bozan ve ona hanel getiren fiil ve davranışlardır. Bu davranışlar, uluslararası sözleşmelerde³¹⁰ ve AY’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında mutlak olarak yasaklanmışlardır.³¹¹ İşlediği suç ne olursa olsun kişi yasak muamelelere tabi tutulamaz.³¹²

AY’da ve uluslararası sözleşmelerde yer alan bu mutlak yasak yasal düzeyde ceza hukukunda suç işleyen kişilere verilecek cezaların insan onuru ile bağdaşır nitelikte olması şeklinde “insanlık ilkesi” adı altında vücut bulmuştur. Ahlaki

kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.” denilmek suretiyle suç olarak düzenlenmiştir.

³⁰⁹ Dönmez, s.106.

³¹⁰ İHEB. madde 5: “Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayri insani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulmaz.” , AİHS. madde 3: “Hiç kimse işkenceye, gayriinsani yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz.” , Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi madde 7: “Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulamaz.” , Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi madde 5/2: “Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulmayacaktır. Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, insan kişiliğine yerleşik onuruna saygı gösterilerek muamele görecektir.” ve İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşme metninde de genel olarak işkence ve kötü muamele kapsamına giren ve insan onuru ile bağdaşmayan fiil ve davranışların önlenmesi ve engellenmesi için devletlerin yükümlülükleri belirlenmiştir. Ayrıca işkence yasağına ilişkin diğer uluslararası belgeler için, Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Uluslararası Belgeler**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002.

³¹¹ Anayasa md. 17/3: “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” ; Kerem Altıparmak, “Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:2015, Cilt:32, s.145.

³¹² Osman Doğru, **Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.8.

yönden insan vicdanını rahatsız eden aleni dayak, hadım etme, uzuv kesme, vücudun dağlanması gibi sadece suçlunun fizik yanına etkili olan ve onu alçaltan müeyyideler kabul edilemez.³¹³

İşkence ve kötü muamele yasağı, beden bütünlüğünü ve kişinin haysiyetini mutlak surette korumaktadır.³¹⁴ Türk Ceza Kanunu'nda yer alan işkence suçunun maddi unsurunu oluşturan hareketler bireylerin maddi ve manevi bütünlüğüne ağır saldırı teşkil ettiğinden; işkence suçu ile öncelikle AY 17. madde ile koruma altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının korunmaktadır. AY'daki işkence yasağının da AY 17. maddenin üçüncü fıkrasında yer almasının sebebi işkence ve kötü muamele yasağı ile maddi ve manevi varlığın bütünlüğünün korunmasıdır.³¹⁵ İşkence ve kötü muamele yasağı, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü hakkının sert çekirdeğini, başka bir deyişle dokunulmaz parçasını oluşturmaktadır. Bu yasak, bireylerin insan onurundan kaynaklanan iç değerlerini korumaya yönelmiştir.³¹⁶ Kişinin “maddi ve manevi varlığının korunması” hakkının bir yönü de kimsenin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleye uğramamasına karşılık gelmektedir ve bu husus AY'nın 15. maddesinin son fıkrası gereğince olağanüstü yönetim usullerinin geçerli olduğu dönemlerde bile dokunulmaması gereken alan olarak sayılmıştır.³¹⁷ Anılan yasak, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının içerisinde yer alır ve hakkı koruyan bir yasaktır. Ancak kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı işkence ve kötü muamele yasağından çok daha fazlasıdır. Maddi ve manevi varlık, işkence yasağından daha geniş bir alanı, kapsamaktadır.³¹⁸

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı arasındaki ilişkinin daha iyi anlaşılabilmesi için pratikte AİHM'in ve AYM'nin ikisi arasındaki bağlantıyı nasıl ele aldığı önem arz etmektedir. AİHM ve AYM işkencenin veya diğer kötü muamele tiplerinin tanımını vermemektedir.³¹⁹ Ancak AİHM'in bu konuda İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık

³¹³ Mehmet Emin Artuk ve diğerleri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2009, s.15.

³¹⁴ R. Murat, Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.162.

³¹⁵ Önok, s.353.

³¹⁶ Boyar, (Ed. Sibel İncoğlu), **İşkence ve Kötü Muamele**, s.137; Boyar, **Şiddet**, s.74.

³¹⁷ Boyar, (Ed. Sibel İncoğlu), **İşkence ve Kötü Muamele**, s.155; Boyar, **Şiddet**, s.73.

³¹⁸ Said Vakkas Gözlügül, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.195.

³¹⁹ Altıparmak, s.157.

Dışı ya da Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde yer alan işkence tanımını benimsediği söylenebilir.³²⁰

Her ne kadar AİHS'de açıkça maddi ve manevi varlığın bütünlüğüne ilişkin bir düzenleme bulunmasa da, AİHM somut olaylar kapsamında kişinin fiziki ve ruhsal bütünlüğüne zarar verilip verilmediğini değerlendirmektedir.³²¹ AİHM bu değerlendirmeleri yaparken her somut uyuşmazlık için; işkence, insanlık dışı muamele/ceza ve aşağılayıcı muamele arasındaki yoğunluk farkını gözetmek suretiyle AİHS'in 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir. Fiiller arasındaki yoğunluk farkının tespiti için ise "ağırlık eşiği"³²², "asgari eşik"³²³ adı verilen bir ölçüt kullanılmaktadır. Bu ölçüte göre, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en yoğun tehdidin işkence, ardından insanlık dışı muamele/ceza, en hafif olarak da aşağılayıcı muameleden/cezadan geldiğini belirtmektedir. AİHM bazı kararlarında insanlık dışı muamele ya da aşağılayıcı muamele arasında bir ayrıma gitmeksizin AİHS'in 3. maddesinin ağırlık eşiğinin aşıldığına ve ihlale karar verebilmektedir.³²⁴ Belirli bir ağırlık düzeyinde olduğu kabul edilmeyen ve böylece meşru sayılabilecek muamele veya cezaların genel bir teorisini yapmak mümkün ve gerekli görülmemektedir. Bunun yerine AİHM'in şu tür şikâyetleri 3. madde kapsamında görmemiş olduğunu belirtmek yeterlidir: mevzuatın uygulanması nedeniyle duyulan ıstırap, çocuklara eğitimde verilen okuldan uzaklaştırma cezası, mesleki ve cezai disiplin cezası.³²⁵ AİHM bir kararında, "en az belli bir ağırlıkta" veya "belli bir düzeyde" olması kavramı yerine, kullanılan fiziki kuvvetin "yoğunluğu ve devamlı tekrarı" kavramını tercih etmiştir. Bu ifade değişikliği,

³²⁰ Doğru, s.9.

³²¹ Boyar, (Ed. Sibel İncoğlu), İşkence ve Kötü Muamele, s.150.

³²² "De minimis" kuralı" Bkz. Doğru ve Nalbant, Cilt:1 s.126; Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, İstanbul, 2006, (İşkence), s.3 ve devamı.

³²³ Önok, s.175.

³²⁴ Boyar, (Ed. Sibel İncoğlu), İşkence ve Kötü Muamele, s.138,139; Şikâyet konusu yapılan muamele ya da işlem asgari ağırlık eşiğini aşmayan bir muamele ise ve bu muamele sebebiyle kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı zarar görmekteyse bu durumda AİHS 3. madde uygulanamıyor olsa da; fiziksel ve zihinsel bütünlüğü koruyan ve Sözleşmede yer alan diğer bir hak olan 8. maddede yer alan Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı uygulanabilir olacaktır. AİHS'in 3. ve 8. maddesi arasında bir özel hüküm genel hüküm ilişkisi vardır. Bu iki hakkın yarışması durumunda, 3. madde, AİHS denetim organları tarafından 8. maddeye göre bir özel hüküm olarak ele alınmıştır. (Arslan Öncü, (Ed. Sibel İncoğlu), s.304.

³²⁵ Doğru, İşkence, ss.4,5.

doktrinde bazı yazarlar tarafından ağırlık eşiğinin daha aşağı çekildiği şeklinde yorumlanmaktadır.³²⁶

AYM de, işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında önüne gelen bireysel başvurularda, AİHM'in benimsediği işkence yahut kötü muamele teşkil edebilecek fiil ve davranışların yoğunluk farkının gözetildiği "ağırlık eşiği" ölçütünü kullanarak karar vermektedir. AYM'nin işkence ve kötü muamele yasağı ile kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı arasındaki sınırın çizilmesi bakımından Tahir Canan³²⁷ kararında; başvuru hükümlü bulunduğu ceza infaz kurumunda görev yapan infaz koruma memurunun kendisi aleyhine kasten yaralamaya teşebbüs ve hakaret suçlarını işlediği iddiasıyla yapılan yargılama sonucunda yargılama sürecinin etkisiz olduğu iddiasıyla AY'da yer alan yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden bahisle başvuru yapmışsa da, AYM somut uyuşmazlıkla ilgili hukuki nitelendirmesini başvurusunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ve 17. maddede yer alan ve anılan hakkın içeriğini oluşturan işkence yasağı ile AY'nın 40. maddesi açısından incelemiştir. Mahkeme, anılan kararda AİHM'in "ağırlık eşiği" ölçütü ile ilgili şu açıklamalara yer vermiştir: kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin "işkence", bu seviyeye varmayan fakat yine de vücutta zarar ya da yoğun fiziksel veya ruhsal ızdırap veren insanlık dışı muamelelerin "eziyet", küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele veya ceza olarak ifade etmiştir. AYM bir eylemin AY'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için minimum bir ağırlık düzeyine ulaşmış olmasını aramaktadır. Bu asgari eşiğin aşılp aşılmadığının belirlenmesinde ise her olayın somut özellikleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapmaktadır. Muamelenin süresi, fiziksel ve manevi etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler de asgari eşiğin aşılp aşılmadığı konusunda mahkemenin dikkat ettiği hususlardır.

AYM, 17. maddedeki kavramlar arasında ayırım yapmak için acının ve ıstırapın ağırlığını ölçü almaktadır. Bu yaklaşıma göre, işkence ve diğer kötü

³²⁶ Gözlügöl, s.192.

³²⁷ AYM K.T. 18.09.2013, Başvuru No:2012/969, **Tahir Canan başvurusu**, (04.05.2018)

muamele türleri arasında geçişken bir hiyerarşi ilişkisi vardır. Buna göre, farklı kötü muamele türleri birbirinden yoğunluk ve derece farkı ile ayrılır.³²⁸

Tahir Canan kararında, AYM öncelikle AİHM'in işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin oluşturduğu "ağırlık eşiği" ölçütünü uygulamış, somut uyuşmazlıkta gerçekleşen eylemin anlık bir tepki olduğu ve ötesine geçmediği ile bir fiziksel müdahale içermediği ve AY'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli asgari eşiği aşmadığını belirlemiştir.³²⁹ Bu durumda, AYM başvuru aleyhine gerçekleştirilen eylemleri kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile bağlantılı olarak AY'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında incelemiştir.³³⁰ Başvurucuya yönelen ve işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele düzeyine çıkmayan eylemden dolayı soruşturmanın derhal başlayarak, makul sürede tamamlandığı, haksız eylem sebebiyle belirlenen cezai yaptırımın ölçüsüz olduğunun söylenemeyeceği, insan onuruna ve vücut dokunulmazlığına saygı duyulmasını garanti eden hukuk hükümlerinin ve özellikle de cezai yaptırımların caydırıcılığının etkin bir şekilde uygulanması sağlandığından, kişinin maddi ve manevi varlığı hakkının korunması kapsamında yürütülen adli sürecin etkili olduğu ve temel bir hak ihlalinin söz konusu olmadığına karar verilmiştir.

Tahir Canan kararında, esasen AYM'nin AİHM kararlarında yer alan "ağırlık eşiği" ölçütü ile bir eylemin işkence, eziyet ya da insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza yahut muamele olup olmadığı belirlemiş, eylemin işkence ve kötü muamele yasağı kapsamına alınabilmesi için minimum bir ağırlık düzeyine ulaşmış olmasını aramış; eğer eylem minimum ağırlık düzeyine ulaşmadı ise eylemi AY'nın 17. maddenin birinci fıkrası uyarınca kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ve ihlal edildiği iddia edilen diğer haklar kapsamında değerlendirmiştir. Ayrıca A.A. ve A.A. başvurusuna ilişkin AYM kararında, AY 17.

³²⁸ Altıparmak, s.28.

³²⁹ AYM'nin somut olaya konu müdahalenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiği aşmadığına ve başvuru kişinin şikayetlerinin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirildiği yönünde, AYM K.T. 12.06.2018, Başvuru No:2015/4770, **A.Ç. Başvurusu**, <https://kararlarbilgibankasi.Anayasa.gov.tr/BB/2015/4770> (15.06.2018)

³³⁰ Aynı yönde, AYM, K.T.17.07.2014, Başvuru No:2012/1213, **I.Y. başvurusu** para.31, (04.05.2018); AYM, K.T. 07.06.2017, Başvuru No:2014/20535, **Necati Arslan başvurusu**, para.22, (04.05.2018); **Sevgi Cantemür başvurusu**, para.30,31; AYM, K.T. 09.11.2017, Başvuru No:2014/10349, **G.G. başvurusu**, para.31, (04.05.2018); AYM K.T. 05.12.2017, Başvuru No:2014/10590, **Fecir Ergün Turan başvurusu**, para.39 (04.05.2018).

maddenin sistematiki gereği birinci fıkrada kişinin maddi ve manevi varlığının korunduğunu, işkence yasağının ayrıca düzenlendiği 17. maddenin üçüncü fıkrasında ise bireyin maddi ve manevi varlığının, kötü muamelelere karşı özel olarak korunduğunu belirtmiştir.³³¹

Maddi ve manevi varlığa karşı yapılan müdahale, asgari eşiği aşıyorsa, AY 17. maddenin üçüncü fıkrası kapsamında işkence ve kötü muamele yasağı; aşmıyorsa AY 17. maddenin birinci fıkrası kapsamında maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir.

C. Eşitlik İlkesi İle İlişkisi

1982 Anayasasının “Genel Esaslar” başlıklı birinci kısmında, 10. maddede; *“Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”*³³² denilmektedir. Yine, Anayasanın başlangıç metninde her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım

³³¹ AYM K.T. 01.03.2017, Başvuru No: 2015/3941, **A.A. ve A.A. başvurusu**, para.55, (04.05.2018); Aynı yönde, AYM K.T. 24.05.2018, Başvuru No:2016/5604, **Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad başvurusu**, para.52 (03.07.2018)

³³² Anayasanın 10. maddesinin gerekçesi: *“Madde demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil etmektedir. İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsanlar arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar. Komisyonumuz bu hakka saygı göstermenin Devlet organları ve idarî makamlar için de bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idarî makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar.”* şeklindedir.

yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmemekte; durumlarındaki özellikler, bazı kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Eşitlik ilkesi aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların farklı kurallara bağlı tutulmasını gerektirir.³³³

Eşitlik, başlı başına bir hak, ve insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim bir ilkedir.³³⁴ Eşitlik, devlet organları ve idare makamları açısından da devlet yönetimine egemen temel bir ilkedir.³³⁵ 1982 Anayasasının eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına yer veren 10. maddesi, yalnızca bir genel ilke olarak değil, aynı zamanda bir hakka yer verdiği kabul edildiğinde, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı³³⁶ AY'da yer alan diğer hak ve özgürlükler bağlamında da gündeme gelecektir.³³⁷ Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı AY'nın 17. maddesinde "herkes"e tanınmış olmasına rağmen; bu haktan kadınların erkeklere oranla daha az yararlanmalarına sebep olacak düzenlemeler getirilmesi bakımından eşitlik ilkesi ile maddi manevi varlığın korunması hakkı ilişkisi ortaya çıkmıştır. Eşitliğin bulunmadığı yerde, ancak bazılarının özgürlüğünden söz edilebilir.³³⁸

AYM kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile eşitlik ilkesi arasındaki ilişkiyi şu şekilde ortaya koymuştur: kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı bakımından eşitlik ilkesi, bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayıp, bu hakkın kullanılmasını, korunmasını ve başvuru

³³³ AYM K.T. 28.02.2018, 2016/141 Es. 2018/27 K. para.54, (14.05.2018); Aynı yönde Bkz. AYM K.T. 28.02.2018, 2017/117 Es. 2018/28 K. para.20, (14.05.2018), AYM K.T. 14.02.2018, 2017/124 Es. 2018/9 K. para.18, (14.05.2018), AYM K.T. 28.12.2017, 2016/179 Es. 2017/176 K. para.7, (14.05.2018), AYM K.T. 10.03.2011, 2009/85 Es. 2011/49 K. (14.05.2018).

³³⁴ B.G. Ramcharan, **Equality and Nondiscrimination, the International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights**, Louis Henkin (Ed.), Columbia University Press, New York, 1981, s.253'ten aktaran Ulaş Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (Ed. Sibel İncoğlu), Kısım II, Bölüm XIII, Beta Basım, İstanbul, Tıpkı 3. Baskı, 2013, (Eşitlik), s.459; Tijen Dünder Sezer, "Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi" **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:2009, Sayı:3, (Kadın Erkek Eşitliği), s.155.

³³⁵ Özbudun, s.152.

³³⁶ Eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının aynı ilkenin negatif ve pozitif görünüşleri olduğu yaygın bir şekilde kabul edilmektedir. (Karan, (Ed. Sibel İncoğlu), Eşitlik, s.460.)

³³⁷ Karan, (Ed. Sibel İncoğlu), Eşitlik, s.471.

³³⁸ Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s.248.

yollarını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte haklardandır.³³⁹ AYM her iki hakkı birlikte ele alırken, eşitlik ilkesini kişinin maddi manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını tamamlayıcı nitelikte koruma sağlayan bir ilke olarak nitelendirmiştir. Bu niteleme ile hakkın koruyucu alanını sağlamlaştırmak amaçlanmıştır. Eşitlik ilkesi, AYM'ye göre kişinin maddi manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını koruyucu-destekleyici bir ilke işlevi görmektedir.

AYM eşitlik ve maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ilişkisini, kadının evlendikten sonra sadece kendi soyadını kullanması konusunda TMK'nun 187. maddesinin AY'nın 10. ve 17. maddesine aykırı olduğunun ileri sürüldüğü itiraz yolu üzerine verdiği kararda ortaya koymuştur.³⁴⁰ TMK'nun 187. maddesinde kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı yahut evlendikten sonra nüfus müdürlüğüne talebi halinde kocasının soyadı önünde kendi soyadını da kullanabileceği; daha önce iki soyadı kullanan kadının bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceği hükmü, mahkemelerce AY'da yer alan eşitlik ilkesine ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı ile AY'da yer alan diğer bazı haklara aykırılığı sebebiyle AYM'nin önüne gelmiştir. Uyuşmazlık konusu, kadının evlendikten sonra yalnızca kendi soyadını kullanmasını engelleyen TMK'nun 187. maddesidir. Bu maddeye ilişkin olarak AYM, itiraz konusu kuralda yer alan kocanın soyadının aile adı olduğu, soyadının kuşaktan kuşağa geçmesinde Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamının sağlandığı, soyadının kişilik haklarından olmasının soyadına hiçbir şekilde müdahale edilemeyeceği anlamına gelmediği ve soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca AY'ya uygun olmak koşuluyla müdahalede kanun koyucunun takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir. Neticede AYM kararında, 2011 yılında kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesinin kadın aleyhine eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığına karar verilmiştir.

Kadının evlendikten sonra sadece kendi soyadını tek başına kullanamaması ile ilgili olarak 2011 yılında AYM tarafından verilen bu karar sonrasında; iç hukukumuza bireysel başvuru yolunan dâhil edilmesi akabinde TMK'nun 187.

³³⁹ AYM K.T. 26.03.2013, Başvuru No:2012/1049, **Onurhan Solmaz başvurusu**, para.34, (14.05.2018); AYM K.T. 02.10.2013, Başvuru No:2013/514, **Adnan Oktar(2) başvurusu**, para.45, (14.05.2018).

³⁴⁰ AYM K.T. 10.03.2011, 2009/85 Es. 2011/49 K. (14.05.2018).

maddesi hakkında üç başvuru³⁴¹ tarafından TMK.'nun 187. maddesinin eşitlik ilkesi ile özel hayatına saygı hakkı ve dolayısıyla maddi manevi varlığın korunması geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği; maddenin başvuru sahipleri cinsel ayrımcılığa maruz bıraktığı iddiasıyla bireysel başvuru yapılmıştır. Başvuru sahiplerinin iddialarının temel dayanağı evlendikten sonra erkeğin kendi soyadını kullanabilmesine karşılık kadının kendi soyadını tek başına kullanamamasının kadınlar açısından eşitlik ilkesine aykırılık ve kadının maddi manevi varlığının korunması hakkından erkeğe nazaran daha az yararlanabilmesine sebebiyet veriyor oluşudur. AYM anılan başvurularda; TMK.'nun 187. maddesinin kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına bir müdahale oluşturduğu, bu müdahalenin kanunilik kriterini taşımadığı gerekçesiyle başvuru sahiplerinin maddi ve manevi varlığının korunması geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda, AİHM'in evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunun özel hayata müdahale olarak tespit edildiği kararlarında kadının evlendikten sonra sadece kendi soyadını kullanamaması kuralının özel hayat ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağına da aykırı olduğu belirtilmiştir. Kararda ayrıca, ülkemizin 04.06.2003 tarihinde onayladığı Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin³⁴² 23. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan *“Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacaklardır.”* hükmüne de işaret edilmiştir. Bahsedilen evli kadının soyadına ilişkin kararlardan da anlaşılacağı üzere eşitlik ilkesi, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile birlikte değerlendirilmektedir.

Kadının evlendikten sonraki soyadını kullanabilmesi ve eşitlik ilkesi ilişkisinde AYM her ne kadar 2011 yılındaki itiraz yolu üzerine verdiği kararda, iptali istenen hükmü kişinin maddi manevi varlığının korunması hakkı ve eşitlik ilkesine aykırı görmemişse de, gerek konu ile ilgili AİHM kararları gerek de Türkiye'nin uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükleri neticesinde,

³⁴¹ AYM K.T. 19.12.2013, Başvuru No:2013/2187, **Sevim Akat Ekşi başvurusu**, (14.05.2018); AYM K.T. 06.03.2014, Başvuru No:2013/4439, **Gülsim Genç başvurusu**, (14.05.2018); AYM K.T. 16.04.2015, Başvuru No:2014/5836, **Neşe Aslan Akbıyık başvurusu** (14.05.2018). Anılan üç bireysel başvuru kararına bu başlık altında kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile eşitlik ilkesi arasındaki ilişkinin açıklanması amacıyla yer verilmiş olup, kararlara ait incelemeler ve tespitler çalışmanın ikinci bölümünde yer alacaktır.

³⁴² Sözleşmenin tam metni için: <http://ua.mfa.gov.tr/> (14.05.2018)

2011 yılından sonra önüne gelen bireysel başvurularda konuyu 2011 yılındaki kararından farklı olarak yorumlamış ve TMK. 187. maddesini kişinin maddi manevi varlığının korunması hakkı ile eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. AİHM'nin kararlarının bağlayıcılığı ve AYM'nin 2011 yılı sonrasında vermiş olduğu bireysel başvuru kararları göz önüne alındığında, kanaatimizce TMK.'nun 187. maddesinde değişiklik yapılarak, evlilik sonrasında kadına yalnız kendi soyadını kullanma hakkının verilmesi, hem eşitlik ilkesinin hem de kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının korunması bakımından önem arz etmektedir.

D. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve Unutulma Hakkı ile İlişkisi

Özel hayatın gizliliği hakkı hem uluslararası hukukta hem de ulusal hukukta garanti edilen bir temel haktır.³⁴³ AY'nın "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20. maddesinde özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi ve kişisel verilerin korunması hakkı yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasında, *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."* denilmekte; ikinci fıkrasında özel ve aile hayatının korunması hakkına dair özel sınırlama sebepleri sayılmakta ve hakkın hangi şartlarda sınırlanabileceği belirtilmekte; üçüncü fıkrasında ise *"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir."* yer almaktadır. Anılan madde üç alt kategori hakkı güvence altına almaktadır. Bunlar, "özel hayata saygı hakkı", "aile hayatına saygı hakkı" ve "kişisel verilerin korunması hakkı"dır. Bu maddenin gerekçesinde, *"Kişinin özel hayatı ferdî, özel hayat ve ayrı bir kavram ve bir bütün teşkil eden aile hayatından oluştuğu için her ikisi birlikte ifade edilmiştir. Bu anlamda özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilememesi demektir."* denilerek AİHS'in 8. maddesinde korunan özel yaşama saygı hakkının mahremiyet boyutu güvence altına alınmıştır.³⁴⁴

³⁴³ Şimşek, Kişisel Veriler, s.140.

³⁴⁴ Arslan Öncü, (Ed. Sibel İnceoğlu), s.314.

Özel hayatın korunması ile kişisel verilerin korunması ve unutulma hakkı aynı temelden kaynaklandıkları için sıkı ilişki içerisindeyler.³⁴⁵ Bu nedenle özel hayatın gizliliğine saygı hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı ve bu hakla bağlantılı olarak ortaya çıkan unutulma hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı arasındaki ilişki ele alınmıştır.

1. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı

Özel hayat, Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlükte, “*Kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı, özel yaşam*”³⁴⁶ olarak tanımlanmıştır. Kişilere, demokratik hukuk devletlerinde maddi ve manevi varlıklarını koruyup geliştirebilecekleri özgür hayat alanları tanınmaktadır.³⁴⁷ Kişinin kendine özgü yaşayışını oluşturup kendini gerçekleştirebilmesi maddi ve manevi değerlerini kullanması ile mümkündür.

Kişiliğin ayrılmaz bir parçasını oluşturan özel hayatın korunması kavramı ise kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü esas alan hak ve özgürlüklerin korunması şeklinde ortaya çıkan kişiliğin korunmasından soyutlanamaz.³⁴⁸ Hukuk devleti olmanın bir gereği olarak devlet, onur sahibi insanların kişiliğini geliştirebileceği bir alan olan özel hayatı ve gizliliğini tanımak ve korumakla yükümlüdür.³⁴⁹

Özel hayat kavramının AY 20. madde ve AİHS 8. maddesinde tanımı yapılmamış, bu kavramın içine hangi değerlerin dâhil edildiği davalar özelinde hem AİHM hem de AYM kararları ile belirlenmiştir. AİHM özel hayat kavramını her bireyin özgür olarak kişiliğini oluşturabildiği ve geliştirebildiği, hem diğer insanlarla hem de dış dünya ile ilişkili bir alanı kapsayan, mahremiyetten daha geniş bir kavram olarak görmektedir.³⁵⁰

³⁴⁵ Ezgi Çırak, “Dijital Çağda Sonsuza Kadar Hatırlamaya Karşı: Unutulma Hakkı”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:2018, Cilt: 13, Sayı: 36, s.169; Seray Nalbantoğlu, “Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:2018, Sayı:35, s.589.

³⁴⁶ Türk Dil Kurumu, **Türkçe Güncel Sözlük**, <http://www.tdk.gov.tr> (27.05.2018)

³⁴⁷ Bahri Öztürk ve diğerleri, s.141.

³⁴⁸ Tezcan, s.20.

³⁴⁹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınları, Ankara, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, 2016, s. 465.

³⁵⁰ Ivana Roagna, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları** Avrupa Konseyi Yayınları, İnsan Hakları El Kitapları Serisi, Strazburg, 1. Baskı, 2012, s.12.

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, bireyin kişiliğini geliştirmek, maddi ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat alanı üzerindeki hakkı olarak tanımlanabilir.³⁵¹ Özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı; bir yönüyle özel hayatın gizliliğinin korunmasını, başkalarının gözleri önüne serilmemesini korurken diğer yönüyle resmi makamların özel hayata müdahale edememesi yani kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi hakkını güvence altına almaktadır.³⁵² Bu tanımlardan yola çıkılarak kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı ile özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının bireyin kişiliğinin gelişmesi ortak amacında bulunduğu söylenebilir.

AİHS 8. maddesi; “(1)Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. (2)Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.” şeklindedir. AY 20. maddesi ise; “(1)Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (2)Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.(3)Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep

³⁵¹ Ersan Şen, **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996, s.8; Ersan Şen ve Yasemin Yurttaş, “Bilgisayar Programları Karşısında Özel Hayatın Korunması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 42, Şubat 2010, s.29.

³⁵² AYM K.T. 29.11.2017, 2017/130 Es. 2017/165 K. sayılı kararı, para.10, (28.05.2018)

etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” şeklindedir. AİHS 8. madde ile AY 20. maddenin ilk fıkraları özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkını tanıması bakımından benzerdir. AYM maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilip edilmediğini incelediği bireysel başvuru kararlarında sıklıkla şu cümleyi kullanmıştır: *“...Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, AİHS'in 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir.”*³⁵³

AİHM tarafından özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı kapsamında yer alan hukuki değerler şu başlıklar altında ele alınabilir³⁵⁴: cinsel yaşam ya da cinsel kimlik³⁵⁵, kişisel bilgiler ve veriler, maddi ve manevi bütünlük, kişisel ve sosyal kimlik, özel alan, kişisel özerklik ve kişisel gelişim. AİHM tarafından AİHS 8. maddede özel hayata saygı hakkı içerisinde korunan değerlerden bazıları iç hukukumuzda somut uyuşmazlıklarda AYM tarafından 17. maddenin birinci fıkrasında yer alan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında korunmaktadır. Örneğin, AİHM tarafından 8. madde kapsamında korunan maddi ve manevi bütünlük, kişinin kişisel ve sosyal kimliği içerisinde yer alan isim hakkı, iç hukukumuzda AYM kararlarında kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında korunan hukuki değerlerdendir.

Anılan örnekte de belirtildiği üzere özel hayatın gizliliğinin korunması ve özel hayata saygı hakkı, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile iç içe geçmiştir. Bu iç içe geçme durumu özellikle AİHS’de, AY’da bulunan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı

³⁵³ AYM, K.T. 19.12.2013, Başvuru No:2013/2187, **Sevim Akat Ekşi başvurusu**, para.30, (28.05.2018)

³⁵⁴ Doğru ve Nalbant, Cilt:2 ss.3-7.

³⁵⁵ AYM kararlarında da cinsel yaşam, özel hayatın gizliliği hakkı içerisinde ele alınmıştır. Bkz. AYM K.T. 16.12.2015, Başvuru No:2013/6057, **Ata Türkeri başvurusu**, AYM K.T.11.05.2017, Başvuru No:2016/507, **Andaç Keskin başvurusu**, AYM K.T.13.10.2016, Başvuru No:2014/16701, **G.G. başvurusu**, AYM K.T. 15.02.2017, Başvuru No: 2014/5418, **Yaşar Türkmen başvurusu**, (28.05.2018).

olarak ayrı bir hakkın yer almaması; AİHM kararlarında da kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün tamamıyla 8. madde içerisinde korunuyor olmasından kaynaklanmaktadır.

2. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı³⁵⁶

Kişisel veri, doktrinde bir kısım yazarlar tarafından, “*bireyin şahsi, mesleki ve ailevi özelliklerini gösteren, o bireyi diğerlerinden ayırmaya ve niteliklerini ortaya koymaya elverişli her türlü bilgi*” şeklinde tanımlanmaktadır.³⁵⁷

2010 yılına değin AY’da açıkça kişisel verilerin korunması hakkı yer almamaktaydı. AY’nın 20. maddesine 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 2. maddesi ile eklenen üçüncü fıkrasında “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*” şeklindeki düzenleme ile AY’da kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği başlığı altında açıkça düzenlemiştir. Kişisel verilerin korunması hakkının anayasal hak statüsüne kavuşması akabinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu³⁵⁸ (KVKK) kabul edilerek yürürlüğe girmiş ve kişisel verilerin korunması işbu kanunda detaylı olarak düzenlenmiştir.

Kişisel veri kavramı tarafı olduğumuz AİHS’de açık bir şekilde düzenlenmemekle birlikte, AİHM kararlarında Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulma Sürecinde Bireylerin*

³⁵⁶ Başlık altında kişisel verilerin korunması hakkı temel hatlarıyla açıklanmaya çalışılmış ve özellikle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile ilişkisi açıklanmaya çalışılmıştır. Kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin detaylı bilgi için Bkz. Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2008; Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

³⁵⁷ Şen ve Yurttaş, s.30.

³⁵⁸ 24.03.2016 kabul tarihi, 07.04.2016 R.G. tarih, 29677 R.G. sayılı kanun, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf>, (28.05.2018)

*Korunmasına İlişkin 108 sayılı Sözleşme*³⁵⁹’ye atıfta bulunulmak suretiyle bu verilerin özel yaşamın gizliliğinin bir parçası olduğu kabul edilmektedir.³⁶⁰ 108 sayılı Sözleşme’nin 2. maddesinin a bendinde kişisel verinin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre, kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi hakkındaki tüm bilgilerdir. KVKK’nın 3. maddesinin birinci fıkrasının d bendinde de kişisel veri, *“kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi”* olarak tanımlanmıştır. Bu halde sözleşme ile KVKK’nın benzer kişisel veri tanımını kullanmakta olduğu görülmektedir. Ayrıca anılan sözleşmenin 1. maddesinde, *“Sözleşme’nin amacı olarak, Sözleşme’ye taraf olan ülkelerde bulunan her gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kendisiyle ilgili kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulması karşısında özel hayata saygı hakkını güvence altına almak olduğu”* belirtilmiştir.

Kişisel verilerin korunması hakkı, modern toplumda veri işlem faaliyetlerinin rizikoları karşısında bireyin korunabilmesi için her şeyden önce bireyin kendisine ait verileri üzerindeki belirleme hakkını yani bireyin kişisel verileri üzerinde karar verme özgürlüğünü güvence altına almaktır. Bu hak, aynı zamanda kişisel verilerin korunması yoluyla bireyin yapacağı ve yapmayacağı bir davranış hakkında özgürce karar verme ve bu kararına uygun davranış imkânının korunmasını da sağlamaktır.³⁶¹ Kişisel verilerin korunması hakkı bireyin özel yaşamının gizliliğinin güvence altına almaktadır. Buna ek olarak kamu ile özel sektör tarafından tutulan kayıtlarının korunmasında çeşitli özel usul önlemlerinin alınması yoluyla da bireyi korumaktır.³⁶²

Maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı, kişisel verilerin korunmasının doğrudan anayasal dayanağı olarak yer almaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkının özünde de, yaşamın serbestçe sürdürülme isteği bulunmakta olup, birey

³⁵⁹ Convention for the Protection of Individual with Regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28.I.1981, European Treaty Series-No.108, [https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/03/29/KisiselVerilerinOtomatikIslemeTabi TutulmasiKarsisindaBireylerinKorunmasiSozlesmesi.pdf](https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/03/29/KisiselVerilerinOtomatikIslemeTabi%20TutulmasiKarsisindaBireylerinKorunmasiSozlesmesi.pdf) (28.05.2018)

³⁶⁰ Anılan 108 sayılı sözleşme, 30.01.2016 kabul tarihi, 18.02.2016 R.G. tarih, 29628 R.G. sayı, 6669 sayılı kanunla onaylanarak uygun bulunmuştur. Türkiye, anılan uluslararası antlaşmayı her ne kadar 1981 yılında imzalamış olsa da, uluslararası antlaşmanın iç hukukumuzda dâhil edilmesi öncelikle 2010 yılı Anayasa değişikliği, akabinde 2016 yılında imzalanan antlaşmanın uygun bulunarak iç hukukumuzda dâhil edilmesi şeklinde gerçekleştirilmiştir.

³⁶¹ Şimşek, Kişisel Veriler, ss.111,112.

³⁶² Aydın Akgül, “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” ve AB Adalet Divanı’nın “Google Kararı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:2016, Sayı:116, Ankara, s.13.

kişisel verilerini istediği gibi kullanma veya kullanmama hakkına sahiptir.³⁶³ Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin maddi ve manevi varlığının korunmasına ve gelişmesine hizmet eden bir haktır. Kişinin sahip olduğu kişisel verilerin korunmadığı bir durumda kişinin maddi ve manevi varlığının korunduğundan bahsedilemez. Kişi, kendisine ait kişisel verilerini, nasıl, ne zaman ve kimlere açıklayacağına ilişkin tek başına karar verme gücünü kaybetmiş ise, bu durum maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını da kaybettiği anlamına gelmektedir.³⁶⁴

Kişisel veriler denildiğinde kişilere ait “görüntü”, “fotoğraf”, “parmak izi”, “DNA profili”, “ev, iş yeri adresi” ve “nüfus kayıtlarına ilişkin bilgiler (yaş, doğum tarihi, doğum yeri ve benzeri)” “fiziksel özellikler” gibi değerler akla gelmektedir. Bu değerler aynı zamanda kişinin maddi değerlerindendir. Yine, kişiyi belirleyen ya da belirlenebilir kılan ismi, mesleği, mahkûmiyeti, politik veya sendikal faaliyetlerine ilişkin verileri, hastalık durumu, gelir durumu, telefon numarası, boş zamanında yaptığı faaliyetler gibi tüm bilgiler de kişisel veri kavramına dâhildir.³⁶⁵ Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi'nin 2.maddesinde de *"bir kişinin doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilmesine imkân sağlayan kişinin kimlik numarası, fiziksel, psikolojik, duygusal, ekonomik ve kültürel kimliği veya sosyal kimliğin"* bu kapsamda değerlendirildiği de ifade edilmektedir.³⁶⁶

AYM kişisel veriyi, kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, öz geçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi veriler olarak tanımlamaktadır.³⁶⁷

³⁶³ Akgül, s.12; Kişisel verilerin korunmasının anayasal temelini öncelikle “maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı” ile “özel yaşamın gizliliği hakkı”nda ve bazı durumlarda “düşünce özgürlüğü”nde bulduğu görüşünde, Bkz. Küzeci, s.271.

³⁶⁴ Küzeci, s.267.

³⁶⁵ Şimşek, Kişisel Veriler, s.120; Ayrıca motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, alışveriş alışkanlıkları, hobiler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi bilgiler de kişisel verilere dâhildir.

³⁶⁶ AYM K.T. 12.11.2015, 2015/32 Es. 2015/102 K. sayılı kararı, para.10, (28.05.2018)

³⁶⁷ AYM K.T. 07.06.2018, Başvuru No:2014/5671, **E.Ç.A. Başvurusu**, para.42, (25.07.2018); AYM R.G. tarih 26.08.2016, 29813 R.G. sayı, K.T. 19.03.2015, Başvuru No:2013/2941, **Bülent Kaya Başvurusu**, para.49, (24.07.2018); AYM K.T. 09.04.2014,2013/122 Es, 2014/74 K. sayılı kararı, AYM K.T. 02.10.2014,2014/149 Es, 2014/151 K. sayılı kararı, AYM K.T. 04.12.2014,2013/84 Es,

Kişisel verilerin korunması hakkı, bireyin diğer temel hak ve özgürlüklerinin kullanılması bakımından da önem arz etmektedir. Bu hakkın güvence altında olmadığı durumlarda bireyin diğer temel haklarını kullanamaması tehlikesi ortaya çıkabilir.³⁶⁸ Bireyin temel haklarını kullanamamasına ek olarak kişisel verilerinin korunmadığı endişesiyle birey diğer temel haklarını kullanmaktan imtina edebilir ki bu da kişinin genel davranış özgürlüğünü sakatlar.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin "Nüfus Sayımı" (Volkzählung) kararında bireyin kişisel verileri üzerinde bir hakkının olduğu ve kararda bu hakkın, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı ile insan onurundan kaynaklanan genel kişilik hakkının bu alandaki garantisi olduğu vurgulanmıştır.³⁶⁹

Kişisel verilerin korunması temel hakkı Anayasa hukukunda esas olarak kişiliği korumaya yönelik olup, insan onurunun ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının özel bir şeklidir ve genel kişilik hakkından kaynaklanmaktadır.³⁷⁰ Genel kişilik hakkı, AY'nın 17. maddesinde maddi ve manevi varlığın korunması ve gelişmesi hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. Unutulma Hakkı

Kişisel verilerin "kişisel verilerin korunması hakkı" kapsamında mütemadiyen işleniyor oluşu, teknolojinin ve sosyal medyanın hayatımıza daha çok dâhil olmasıyla birlikte unutulma hakkını ortaya çıkarmıştır. Unutulma hakkı, doktrinde veri öznelerinin internette kendileri hakkında yer alan kişisel verilerinin arama sonuçlarında, kendileriyle bağlantılı sonuçların görülmemesini isteme hakkı olarak tanımlanmıştır.³⁷¹ Ayrıca, unutulma hakkı, bireyin internet ortamında yer alan ve üçüncü kişilerin bilmesini istemediği kişisel verilerinin silinmesini, dijital ortamda hatırlanmamayı isteme hakkı olarak da ifade edilmektedir.³⁷²

2014/183 K. sayılı kararı, AYM K.T. 25.12.2014, 2014/74 Es, 2014/201 K. sayılı kararı, AYM K.T. 19.03.2015, 2014/180 Es, 2015/30 K. sayılı kararı, AYM K.T. 12.11.2015, 2015/32 Es, 2015/102 K. sayılı kararı, (28.05.2018)

³⁶⁸ Şimşek, Kişisel Veriler, s.113.

³⁶⁹ Şimşek, Kişisel Veriler, s.115; Doğan Kılınç, "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2012, Cilt: 61 Sayı: 3, s.1098.

³⁷⁰ Şimşek, Kişisel Veriler, s.119,124.

³⁷¹ Can Yavuz, **İnternetteki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması Unutulma Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2016, s.43.

³⁷² Akgül, s.17.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) unutulma hakkına ilişkin vermiş olduğu Costeja González v. Google Inc, Google İspanya kararında, kişinin ismine dayalı olarak üçüncü kişiler tarafından internet ortamında bulunan yayınlanmış kişisel veriler, “geçersiz, eksik, tamamen ilgisiz veya sonradan ilgisiz hale gelmiş” ise arama motorları tarafından internet ortamına yüklenen söz konusu kişisel verilerin ve arama sonuç listesinde yer alan bilgilerin silinmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.³⁷³

2015 yılında Avrupa Parlamentosu, Avrupa Birliği (AB) Konseyi ve AB Komisyonu arasında tüm AB genelinde veri koruma hukukunun temel çerçevesini belirleyen modern veri koruma kurallarının kabulü konusunda yapılan anlaşma neticesinde AB Parlamentosu ve Konseyi'nin 27 Nisan 2016 tarihli ve 2016/679 sayılı, 95/46/EC sayılı Direktifi yürürlükten kaldırılmış; kişisel verilerin işlenmesi karşısında gerçek kişilerin korunması ve bu tür verilerin serbest dolaşımına ilişkin AB Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) kabul edilmiştir.³⁷⁴ Söz konusu tüzük ile unutulma hakkı hukuki düzenlemeye kavuşmuştur. “*Veri sahibi, kendisine ait kişisel verilerinin mümkün olan en kısa sürede silinmesini veri kontrolöründen talep edebilme hakkına sahiptir. Bu çerçevede veri kontrolörü söz konusu kişisel verileri gecikmeksizin silmekle yükümlüdür.*” şeklinde ifade edilen GDPR'nin 17. maddesinde unutulma hakkı yer almaktadır.

Unutulma hakkı, AYM önüne, bir gazetenin internet haber arşivinde erişilebilir durumda olan haber ve yayınlar ile ilgili içeriğin yayından kaldırılması yönündeki talebin reddedilmesinin şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal ettiği iddiası ile gelmiştir.³⁷⁵ AYM tarafından yapılan esas incelemesinde, şeref ve itibarın kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının bir parçası olduğu belirtilmiştir. Unutulma hakkının AY'da açıkça düzenlenmemesi, bununla

³⁷³ Akgül, s.31; ABAD kararının tam metni için Bkz. Eur-Lex, Access to European Union Law, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0131> (31.08.2018); ABAD kararının değerlendirilmesi için Bkz. Gülsüm Korkmazer, “Unutulma Hakkına Dair Avrupa Birliği Adalet Divanı Google Kararının Değerlendirilmesi”, **Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, Temmuz 2016, Sayfa: 125-129.

³⁷⁴ AB Veri Koruma Tüzüğü (İngilizce Karşılığı: General Data Protection Regulation) 24 Mayıs 2016 tarihinde yürürlüğe girmiş olmakla birlikte söz konusu metnin uygulanmaya başlama tarihi 25 Mayıs 2018 olarak belirlenmiştir. (Ayşe Nur Akıncı, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi Çalışma Raporu-6**, T.C. Kalkınma Bakanlığı, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2017, s.13)

³⁷⁵ AYM K.T. 03.03.2016, Başvuru No:2013/5653, **N.B.B. başvurusu**, (28.05.2018)

birlikte AY'nın 5. maddesinde *"insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak"* ifadesi ile devlete pozitif bir yükümlülük yüklendiğini ve bu yükümlülük bağlamında AY'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin manevi bütünlüğü bağlamında şeref ve itibarının korunması hakkı ve AY'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ile birlikte düşünüldüğünde, devletin kişilerin geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesini engelleyerek onlara bu hususta "yeni bir sayfa açma" olanağı vermek sorumluluğu altında olduğu görülmektedir. AYM kararında unutulma hakkının, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının bir sonucu olduğu belirtilmiştir.

Kişisel verilerin korunması hakkı gibi unutulma hakkının özünde de, insan onuru, kişinin kişiliğini serbestçe geliştirmesi ve kişisel verileri üzerinde özgürce tasarruf etmesi yatmaktadır.³⁷⁶ Gelişen ve değişen dünyada, yaşamımızı sürdürürken davranışlarımız, fikirlerimiz, değerlerimiz de her an değişmektedir. Kişisel verilerimizin an be an işlenip kaydedildiği günümüzde, unutulma hakkına sahip olmayan birey, maddi ve manevi varlığını geliştiremeyecek, önceden yaptığı hatalı davranışlar yahut geçmişte yapmış olduğu ancak bugün onaylamayacağı tercihleri ile anılmak zorunda kalacaktır. Hatta, onaylamadığı tercihleri yüzünden bazı temel hak ve özgürlüklerini dahi kullanamama tehlikesi altında kişiliğini serbestçe geliştirme imkanından mahrum kalacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.06.2015 tarihli ve 2014/4-56 Es., 2015/1679 K. sayılı kararında unutulma hakkının bireyin geçmişinde yaşadığı olumsuz etkilerden kurtularak geleceğini şekillendirebilmesini sağladığı; bu durumun da bireyin yararına olduğu ve toplumun gelişmişlik seviyesinin yükselmesine etkisi yadsınamayacağından kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi hakkına dolaylı vurgu yapılmıştır. Doktrinde internette yer alan bilgilerin asla kaybolmuyor oluşu, geçmişlerinin bireyleri sonsuza kadar takip etmesi halinin insan onuruna aykırı bir durum ortaya koyacağı düşünülmektedir.³⁷⁷ Günümüzde kişinin maddi ve manevi varlığını sürdürebilmesi, geliştirebilmesi için, unutulma ve kişisel verilerinin internet ortamından silinmesini isteme hakkına sahip olması gerekmektedir.

³⁷⁶ Akgül, s.15.

³⁷⁷ Yavuz, s.45.

E. İfade Özgürlüğü ile İlişkisi

Kişinin manevî ve ahlaki bir varlık olarak, bilinç içinde bağımsız karar vermesi ve bu şekilde çevresine etkili olması amacına yönelik olarak³⁷⁸ kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının en önemli aracı, ifade hürriyetidir. Kişinin gerçeğe, kendisini diğer canlılardan ayrı kılan niteliğinin gelişimine ve erdemliliğe varışı düşünsel özgürlükle olanaklıdır.³⁷⁹

AY'nın 25. maddesinde “düşünce ve kanaat hürriyeti” başlığı altında *“Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”* ifadesine yer verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, *“Bu maddedeki şekliyle düşünce ve kanaat özgürlüğü kişinin düşünce ve kanaatlerinde tamamen özgür olduğu; bunları açıklamaya zorlanamayacağı; düşünce ve kanaatleri sebebiyle suçlanıp kınanamayacağıdır. Madde ile bu özgürlük, düşünceyi açıklama özgürlüğünden ayrılmıştır. Gerçekten bu iki özgürlük, her ne kadar birbirleriyle bağlantılı ise de; nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır.”* denilmekle, kişinin özgürce düşünme, bir düşünceye/kanaate sahip olma özgürlüğü, düşüncesini açıklamak zorunda tutulamayacağı garanti edilmiştir. Anılan özgürlük ile kişinin bir görüşe, fikre, düşünceye sahip olması koruma altına alınmıştır. Bireyin düşüncesini baskı altında olmaksızın serbestçe oluşturması, açıklayabilmesi veya başkaları tarafından açıklamaya zorlanamaması onun insan olma olgusu ile ilişkilidir.³⁸⁰

AY'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında ise “Düşüncüyü Açıklama Ve Yayma Hürriyeti” başlığı altında *“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.”* ifadesine yer verilmiştir. Maddenin devamında düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlama sebepleri düzenlenmiştir. Sınırlama sebepleri içerisinde

³⁷⁸ Gören, Sorumluluk-II, s.5.

³⁷⁹ Yılmaz Aliefendioğlu, “Düşünsel Özgürlük”, **İnsan Hakları Yıllığı Dergisi**, Yıl:1996, Sayı:17/18, s.13.

³⁸⁰ Şimşek, Kişisel Veriler, s.146.

“başkalarının şöhret veya hakları” ifadesi yer almaktadır. Kişinin ifade özgürlüğü kapsamında açıkladığı düşünce, başkalarının şöhret veya haklarına yani diğer bir deyişle maddi ve manevi varlığına halel getiriyor ise bu düşünce ifade özgürlüğü kapsamında korunmaz. Devlet de, kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunması amacı ile onların şöhret veya haklarına zarar gelmemesi adına kişilerin ifade özgürlüklerine sınır getirebilir veya müdahale edebilir. Ancak devlet kişinin ifade özgürlüğünü sınırlarken de AY’nın 13. maddesindeki güvence ölçütlerine uygun davranmakla yükümlüdür. İfade özgürlüğü, her insanın düşüncesini söz, yazı, resim gibi araçlarla serbestçe açıklama ve yayma hakkını içerir ve bireyin kendi kendine karar verebilmesinin ve kendisini dış dünyaya ifade edebilmesinin temel unsurudur.³⁸¹

AY’da yer alan düşünce ve kanaat özgürlüğü ve düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü birlikte ele alındığında kişilerin ifade özgürlüğünü oluşturmaktadır. İfade özgürlüğünün düşünce ve kanaat özgürlüğü boyutu, mutlak olup bu hakka sınırlama getirilemez. Düşünce özgürlüğü, kişinin iç dünyasında kaldığı, dış dünyaya aktarılmadığı sürece mutlak olarak korunmaktadır.³⁸² Düşünce ve kanaat özgürlüğünün mutlak olmasının sebebi, insanın doğuştan düşünen bir varlık olması ve maddi ve manevi varlığını düşünme yetisi olmaksızın koruyup geliştirememesi sebebiyledir. Dolayısıyla, kişinin doğumdan itibaren tüm yaşamı süresince düşünme ve bir kanaate varma özgürlüğünün elinden alınması durumunda maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına da halel getirilmiş olur. Her türlü ifade, ifade özgürlüğü kapsamında koruma altına alınmıştır.³⁸³

AYM’ye göre, ifade özgürlüğü siyasi, sanatsal, akademik veya ticari söz ve düşünce açıklamalarını kapsar. . Açıklanan bir düşüncenin, içeriğinden hareketle kişiler ve toplum açısından değerli-değersiz veya yararlı-yararsız biçiminde sınıflandırılması, öznellik barındırdığından bu tip değerlendirmeler ile ifade özgürlüğünün alanının belirlenmemesi gerektiği, böyle bir belirlemenin özgürlüğün keyfi bir şekilde sınırlandıracağı kabul edilmiştir. AYM’ye göre, ifade özgürlüğü bir

³⁸¹ Şimşek, Kişisel Veriler, s.145.

³⁸² İbrahim Ö. Kaboğlu, “Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye)”, **İnsan Hakları Yıllığı Dergisi**, Yıl:1993, Sayı:15/1, (Düşünce Özgürlüğü), s.50

³⁸³ Karan, İfade Özgürlüğü, s.6.

başkası için değerli olmayan ya da yararlı olmayan her türlü düşüncenin açıklanmasını içerir.³⁸⁴

AYM'nin bireysel başvuru kararlarında kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişki, kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne, şeref ve itibarına yönelik gerçekleştirilen sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında bulunup bulunmadığına ilişkindir. Her ne kadar ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden olduğunu ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluştursa da, başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla sınırlanabileceğini, ancak bu sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması gerektiği ifade edilmiştir. İfade edilen bir söz karşısında, kişinin manevi varlığının AY 17. madde kapsamında korunması için kişinin itibarına yönelik ifadenin belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkında şahsen yararlanmasına zarar verici nitelikte olması gerekmektedir.³⁸⁵ AYM benzer başvurularda³⁸⁶, ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında adil bir dengeyi gözetmek suretiyle karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kişinin ifade özgürlüğü karşısında karşısındaki kişinin maddi ve manevi varlığının korunması, şeref ve itibarının korunmasında üstün yararı var ise bu halde kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına üstünlük tanınacaktır. Haklar arasında “adil denge” ve “üstün yarar” tartışması münferit somut uyuşmazlıklarla belirlenecektir. Kişinin manevi varlığının korunması hakkı kapsamında bir başkasının ifade özgürlüğü karşısında herkes aynı koruma düzeyine sahip olmayabilir; kişinin kamu tarafından tanınan ve kamuya mal olmuş birisi olması veya olmaması koruma düzeyini etkilemektedir.³⁸⁷

³⁸⁴ AYM K.T. 04.06.2015, Başvuru No:2014/12151, **Bekir Coşkun Başvurusu**, para.36; AYM K.T. 24.06.2015, Başvuru No:2013/568, **Ali Gürbüz ve Hasan Bayar Başvurusu**, para.42; AYM K.T.25.06.2015, Başvuru No:2013/724, **Ali Gürbüz Başvurusu**, para.45; AYM K.T.02.07.2015, Başvuru No:2013/8598, **Ali Rıza Üçer (2) Başvurusu**, para.29.

³⁸⁵ Karan, İfade Özgürlüğü, s.73; AYM K.T. 16.07.2014, Başvuru No:2012/1184, **Nilgün Halloran Başvurusu**, para.59.

³⁸⁶ İfade özgürlüğü ve kişinin şeref ve itibarının korunması hakkı arasındaki dengenin tartışıldığı ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin Bkz. AYM K.T. 08.02.2018, Başvuru No:2014/10736, **Mehmet Çapraz başvurusu**, (29.05.2018)

³⁸⁷ Karan, İfade Özgürlüğü, s.74.

AYM 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nun bazı maddelerinin iptal edilmesi talebiyle açılan davada,³⁸⁸ bu kanunda yer alan ve özellikle çocuklar için getirilmiş olan ahlaki nitelikte olmayan yayınların yasaklanmasının, çocukların gelişimi için şart olduğu belirtilmiş ve iptal istemindeki "bu yasakların diğer insanların maddi ve manevi gelişimlerini engellediği" yönündeki iddia dikkate alınmamıştır.³⁸⁹

Özgür bir toplumda insanların özgürce düşüncelerini açıklayabilmesi onların kişiliğinin serbestçe geliştirilmelerini de sağlar.³⁹⁰ Düşünmek insanın özünü oluşturan, insanı insan yapan faaliyetlerindendir.³⁹¹ Düşünce hürriyeti, insan onuru ve onun maddi ve manevi varlığını geliştirme temel hakkına dayanır. İnsan haklarının ihlal edilmesi durumunda nasıl insanın kişiliğinin özündeki onur zedeleniyorsa, temel bir insan hakkı olan ifade özgürlüğü engellendiğinde de, kişinin onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı engellenmiş olmaktadır.³⁹² Fakat kişiye her konuda sınırsız bir şekilde düşünce ve ifade hürriyetinin sağlanması da, kişinin maddi ve manevi gelişimini engelleyecek bir özellik taşıyabilir.³⁹³ Bir başka kişiye yönelik hakaret, onur kırıcı söz ve davranışlar, kişilik hakkını ihlal eder ve kişinin maddi ve manevi varlığını engeller, aynı zamanda ifade özgürlüğü kapsamında da korunmazlar.

Düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü yanında kişinin haber alma özgürlüğü³⁹⁴ ve bilim ve sanat özgürlüğü³⁹⁵ de kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından önem arz etmektedir. Bu hakların hepsi kişinin ifade özgürlüğü ile ilgili olan AY'da doğrudan yer alan dayanak hükümlerdir. Bir şeyi ifade edebilmek için, öncelikle o şeyin ifade sahibi tarafından bilinmesi gerekmektedir. Bilgi edinme ve düşünme özgürlüğü, doktrinde bir yazara göre, ifade özgürlüğünün ön koşullarından birisi olarak kabul

³⁸⁸ AYM K.T.11.02.1987, 1986/12 Es. 1987/4 K. sayılı kararı, (29.05.2018)

³⁸⁹ Gümüş, s.104.

³⁹⁰ Şimşek, Kişisel Veriler, s.146.

³⁹¹ Reyhan Sunay, (Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında) İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1999, s.9.

³⁹² Sunay, s.6

³⁹³ Gümüş, s.104.

³⁹⁴ Anayasa md. 28/2: "Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır."

³⁹⁵ Anayasa md. 27: "Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz. Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir."

edilebilir.³⁹⁶ Bunlardan birinin bile kişiye tanınmamış olması kişinin kişiliğini serbestçe geliştirememesine neden olur.

İfade özgürlüğü, insan onuru ve insanın maddi ve manevi varlığını geliştirme temel hakkına dayanmaktadır.³⁹⁷ İfade özgürlüğü, kişinin maddi ve manevi varlığını dilediği biçimde gerçekleştirmek ve geliştirmek üzere yaptığı tercihlere dayanır³⁹⁸ ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve gelişmesi hakkının var olabilmesinin bir koşuludur.

F. Eğitim Hakkı ile İlişkisi

Eğitim kültürün doğal bir parçası olarak, onun uzantısında var olan insanın bilinç üretiminin ideolojik bir halkasıdır. Eğitim, insanları kültürün amaçları doğrultusunda değiştirmeye çalışır. Her kültür oluşumunda veya kültürlenme sürecinde eğitim, temel etkinlik olarak ortaya çıkar. Kültürün kuşaktan kuşağa aktarılması gibi temel işlevlerin yerine getirilmesi eğitim ile olur.³⁹⁹ Eğitim, bireyin kendini yetiştirebilmesi, bilgiye ulaşabilmesi ve toplum içerisinde bir mesleğe mensup olabilmesi için geçirdiği süreçtir. Doktrinde bir yazara göre, *“Eğitim hakkı temel bir insan hakkı olarak, herkesin ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, yaş, engellilik, etnik ya da sosyal köken, dini ya da politik görüş vb. haline bakılmaksızın ücretsiz temel eğitimden yararlanmasını ifade eder.”*⁴⁰⁰ Eğitim hakkı, hak sahiplerine kişiliklerini geliştirme imkânı sunar.

Eğitim, halkın bilme, öğrenme ve aydınlanma gereksinimlerini karşılama amacını sağlamaya yönelik bir kamusal etkinliktir.⁴⁰¹ Eğitim ve öğretim gereksinimlerini karşılayanın devletin başta gelen ödevleri arasında sayılması kendiliğinden bir eğitim hakkını ortaya çıkarmıştır.⁴⁰² Eğitim hakkı, devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerden ötürü ikinci kuşakta yer alan sosyal ekonomik ve

³⁹⁶ Çeçen, s.337.

³⁹⁷ Bekir Özgen, *Düşünce Özgürlüğü ve Laiklik*, Çınar Yayınları, İstanbul, 1995, ss.17,18.

³⁹⁸ Mustafa Erdoğan, *Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji*, Liberte Yayınları, Ankara, 2000, (Resmi İdeoloji), s.34.

³⁹⁹ Çeçen, ss.200,201.

⁴⁰⁰ Hakan Ataman, *Eğitim Hakkı ve İnsan Hakları Eğitimi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, İzmir, 2008, s.8.

⁴⁰¹ Çeçen, s.233.

⁴⁰² Mümtaz Soysal, *Eğitim Hakkı ve Öğretim Özgürlüğü, Türkiye’de İnsan Hakları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s.248.

kültürel haklar kapsamında görülmektedir. AY'da da sosyal ve ekonomik haklar başlıklı bölümde yer almıştır.⁴⁰³ AY'nın 42. maddesinde eğitim ve öğrenim hakkı düzenlenmiştir. Maddeye göre, *“Kimse eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.”* Gerek madde gerekçesi gerekse AYM kararları, ilköğretim eğitiminin zorunlu kılınmasının eğitim hakkının temel gerçekleşme yerinin ilköğretim olmasına dayandırmaktadır. Eğitim hakkı, belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına erişimin sağlanmasını güvence altına alan bir haktır.

8 yıllık kesintisiz eğitime karşı AYM'ye yapılmış olan başvuruda, AY'nın 17. maddesine aykırılık ileri sürülmüştür. AYM meseleyi 17. madde çerçevesinde de incelemiş ve öğrencilerin meslek seçimlerini etki altında kalmaksızın kendi özgür iradeleriyle bilinçli olarak yapabilmeleri ile AY'nın 17. maddesindeki maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı arasında bir ilişki kurmuştur.⁴⁰⁴ Anılan kararda, temel eğitimin maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının yaşama geçirilmesine katkıda bulunduğu belirtilmiştir.⁴⁰⁵

AYM Milli Eğitim Temel Kanunu'nun bazı maddelerine ilişkin açılan iptal davasında⁴⁰⁶, AY'nın 42. maddesindeki eğitim ve öğrenim hakkının, diğer haklarla birlikte, kişinin maddî ve manevî varlığını koruyup geliştirebilmesine imkân sağlayıcı bir niteliğe sahip olduğunu ve aynı madde gereğince eğitimin gözetim ve denetiminden sorumlu olan devletin görevinin, herkesin eğitim ve öğrenim hakkından en iyi şekilde faydalanabilmesini sağlamak olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca kararda, eğitim hakkının sadece okul içerisinde değil okul dışında da kullanılabileceğini ve esasen okul dışı eğitimin, kişilerin özgürce hareket edebildikleri ve tercihleri doğrultusunda maddî ve manevî varlıklarını geliştirebildikleri bir alana işaret etmektedir.

AYM bir başka kararında⁴⁰⁷ ise, 3843 sayılı Yükseköğretim Kurumlarında İkili Öğretim Yapılması, 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan üniversitede ikinci öğretimde öğrenim gören

⁴⁰³ Karan, (Ed. Sibel İncoğlu), Eğitim, s.541.

⁴⁰⁴ Arslan Öncü, (Ed. Sibel İncoğlu), s.312, 313; AYM K.T. 16.09.1998, 1997/62 Es. 1998/52 K. sayılı kararı, (30.05.2018)

⁴⁰⁵ AYM K.T. 16.09.1998, 1997/62 Es. 1998/52 K. sayılı kararı, (30.05.2018)

⁴⁰⁶ AYM K.T.13.07.2015, 2014/88 Es. 2015/68 K. sayılı kararı para.44 (30.05.2018)

⁴⁰⁷ AYM K.T.11.05.1999, 1998/59Es. 1999/14 K. sayılı kararı, (30.05.2018)

öğrencinin, öğrenim ücretinin ikinci taksitini verilen ek süre içinde ödenmemesi üzerine üniversite ile ilişkisinin kesilmesine karar verilir hükmüne ilişkin olarak kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile eğitim hakkının ihlal edilip edilmediği hususunda; ikinci öğretimle, öğrencilerin malî desteğini sağlayarak daha çok sayıda öğrenciye öğrenim olanağı tanınmasının amaçlandığı, üniversitelerde ikinci öğretimle ilgili plânlamaların yürütülebilmesi öğrenim ücretlerinin düzenli ödenmesine bağlı olduğundan, bu konudaki aksaklıkların ikinci öğretimin getiriliş amacının gerçekleşmesini olumsuz yönde etkileyeceğinden, ikinci öğretimde, ikinci taksitlerini verilen bir aylık ek süreye karşın ödemeyen öğrencilerin yükseköğretim kurumuyla ilişkilerinin kesilmesini öngören düzenlemenin kamu yararına yönelik olması ve demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişen bir yönünün de bulunmaması nedeniyle eğitim hakkına aykırı bulmamıştır. İtiraza konu fıkra, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından da incelenmiş, bu hususta ise; 3843 sayılı kanunla eğitim ve öğrenim alanında kişilerin maddî ve manevî varlıklarını geliştirmelerine yönelik olarak yükseköğretim yapacak gençlere yeni olanaklar hazırlanması ve bu amaçla getirilen sistemin sağlıklı işleyebilmesi için kimi yaptırımlar öngörüldüğünü, kişinin karşılığını ödemeyi kabul ederek başladığı ikinci öğretimin yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda yükseköğretim kurumuyla ilişkisinin kesilmesinin kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkını zedelemeyeceğini belirtmiştir.

AYM kararında⁴⁰⁸, maddi gücü olmayan ve başarılı öğrencilere özel öğretim kurumlarında kontenjan ayrılmasına ilişkin olarak, maddî imkânlardan yoksun, başarılı öğrencilere, özel okullarda belli oranda yer ayırma zorunluluğu, nitelikli insan yetiştirme ödevi yanında, AY'nın 5. maddesinin Devlete yüklediği "... insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama..." ödevinin yasal sonucu ve demokratik toplum düzenini sosyal yönüyle şekillendiren bir anlayışın gereği olduğu da belirtilmiştir.

Devletin, 42. madde kapsamında ilköğretimini devlet okullarında parasız sunma, maddi imkânları olmayanları destekleme ve özel eğitime ihtiyacı olanlar için

⁴⁰⁸ AYM K.T.12.04.1990, 1990/4 Es. 1990/6 K. sayılı kararı (30.05.2018)

gerekli tedbirleri alma pozitif yükümlülüğü vardır.⁴⁰⁹ Devletin bireylere eğitim hakkını tanınması ve eğitim hakkının kullanımı açısından pozitif yükümlülüklerle sahip oluşu AY 5. maddedeki devletin temel görev ve amaçları arasında sayılan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi için gerekli olan şartları hazırlamaya çalışması görevini yerine getirmesini ifade eder. Devlet, bireylerin kişiliğinin gelişmesi için onlara eğitim hakkını tanıırken; bireyler de eğitim hakkı ile hem maddi hem de manevi varlıklarını geliştirme imkânına sahip olacaklardır.

G. Çalışma Hakkı ile İlişkisi

İşsiz insanların maddi varlıklarını sürdürebilmek için gerekli olan temel ihtiyaçlarını karşılaması mümkün değildir. Bu nedenle insan onuruyla bağdaşır asgari bir hayat düzeyi sağlayabilmek için herkese çalışma imkânının tanınması gerekmektedir.⁴¹⁰ Bireye tanınan çalışma hakkının, gerçek anlamda kullanılabilir, uygulanabilir bir hak olması için devletin çalışma olanağını yaratması gerekir. Bireylerin kendisinin ve ailesinin yaşamını sürdürebilmesi için, faydalı ve üretken olabileceği bir işte çalışması gerekir.⁴¹¹

Çalışma hakkı AY'nın 49. maddesinde, “*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.*” şeklinde belirtilmiştir. Çalışma özgürlüğü, herkesin dilediği mesleği seçmede özgür olmasını ve zorla çalıştırılmamayı ifade eder. Birey bu özgürlüğünü kullanarak dilediği alanı ve işi seçebilir. Çalışma hakkı ise bireyin özgür iradesiyle seçtiği mesleği veya işi icra etmesi, devletin de çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alması olarak ifade edilebilir.⁴¹² Çalışma hakkı, kişiye dilediği işi

⁴⁰⁹ Ulaş Karan, “Eğitim Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (Ed. Sibel İnceoğlu), Kısım II, Bölüm XV, Beta Basım, İstanbul, Tıpkı 3. Baskı, 2013, (Eğitim), ss.534,535.

⁴¹⁰ Atar, s.121; Cahit Talas, “Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Yıl:1991, Cilt:46, Sayı:1 s.23.

⁴¹¹ Seçkin Nazlı, **Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri**, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2015, s.34.

⁴¹² AYM K.T. 28.02.2018, 2016/141 Es. 2018/27 K. sayılı kararı, (30.05.2018)

ve mesleği seçebilme imkânı tanıdığı için bu yönde kişinin maddi ve manevi varlığının korunup geliştirilmesine yardımcı olur.

AYM yakın tarihli bir kararında,⁴¹³ kişinin çalışma hayatında mevcut risklerden korunmak istemesi, maddi ve manevi varlığının koruması hakkı ile açıklanmıştır. O halde, devlet kişinin çalışma hakkını kullanabilmesi için iş alanında gerekli önlemleri alacak ve sınırlamaları kaldırarak görevini yerine getirecek ve kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunmasını ve geliştirilmesini sağlayacaktır. Aynı şekilde devlet, kişinin mesleğini icrasında ilerlemesini de sağlayacak tedbirler ve önlemler almak suretiyle kişinin maddi ve manevi gelişimini sürdürmesini sağlamalıdır.

Avukatlık mesleği ile ilgili olmayan bir sebepten dolayı ceza alan kişinin, Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının a bendi gereği, baro levhasından silinmesi üzerine açılan iptal davasında⁴¹⁴, AYM Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının a bendi kapsamına giren bir hüküm giyme nedeniyle uygulanan levhadan silme işleminin, yaşama, kişinin maddî ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla bağlantısının bulunmadığını, avukatlık mesleğinin gereklerine aykırı durumlar nedeniyle bu mesleği yapmaktan yasal olarak alıkonulmanın, AY'nın 17. maddesinde öngörülen hakların ortadan kaldırılması anlamına gelemeyeceği gibi bütün eylemlerden dolayı meslekle ilişkinin kesilmesi, temel anayasal haklarla ilişkinin kesilmesi anlamına gelmediği ve başka alanlarda çalışıp uğraş verilerek kişinin yaşamını sürdürebileceği ve maddî ve manevî varlığını koruyup geliştirebileceğini belirtmiştir. Aynı kararda AYM Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının a bendindeki ibareyi, kişinin dilediği işte çalışma özgürlüğünü ve çalışma hakkını demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı biçimde sınırlama niteliğinde görmemiş ve önceden neden olacağı bilinen durumdan kaçınmayan ilgilinin, kendi iradesiyle izlediği yolda karşılaşacağı yoksunluklardan yakınamayacağından bahisle çalışma hakkının ihlali olarak da görmemiştir.

Bir başka AYM kararında,⁴¹⁵ meslek icrası esnasında sonucunu öngörerek veya görevinin gereklerine aykırı hareket ederek ya da görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek kişilerin engelliliğine veya ölümüne

⁴¹³ AYM K.T. 26.07.2017, 2015/46 Es. 2017/130 K. sayılı kararı, para.55, (30.05.2018)

⁴¹⁴ AYM K.T. 23.06.1989, 1988/50 Es. 1989/27 K. sayılı kararı, (30.05.2018)

⁴¹⁵ AYM K.T. 04.12.2014, 2013/114 Es. 2014/184 K. sayılı kararı, (30.05.2018)

sebebiyet verenlerin meslekten geçici ve sürekli olarak men edilmelerini düzenleyen kuralın kişilerin yaşam ve vücut bütünlüğü haklarını korumaya yönelik olduğu, her ne kadar çalışma hakkını düzenleyen maddede sınırlama sebebine yer verilmemiş olsa da itiraz konusu kuralın çalışma hakkını kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunması ve geliştirilmesi amacı ile sınırladığından; kural ile çalışma hakkı ve kişinin maddi manevi varlığının korunması hakkı arasında makul denge de kurulduğundan AY'ya aykırılık oluşturmadığına karar verilmiştir.

Çalışma hakkı ve kişinin maddi manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı; somut uyuşmazlıklarda birlikte ihlal edilebileceği gibi, çalışma hakkına getirilen sınırlamalar maddi manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal edebilir veya bir olayda bir kişinin çalışma hakkı ile bir başka kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı karşı karşıya gelebilir. Hakların karşı karşıya gelip çatışması durumunda haklar arasında makul denge kurulmak suretiyle AY'da yer alan sınırlama güvencelerine uygun olup olmadığı da kontrol edilmelidir.

H. Sosyal Güvenlik Hakkı ile İlişkisi

AY'nın "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Sosyal devlet, vatandaşlarının sosyal durumlarıyla, refahlarıyla ilgilenir ve onlara insan haysiyetine yakışır, asgari bir yaşama düzeyi sağlayabilmek için sosyal yardım tedbirlerini alır ve geliştirir. Sosyal devlet, milli gelirin bireyler arasında adaletli ve dengeli bir şekilde dağılmasını sağlayacak tedbirleri de alır. Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Sosyal devletin en önemli unsuru, kişilere sosyal hakların tanınması ve bunların gerçekleştirilmesidir.⁴¹⁶ Sosyal devletin amacının, toplum içerisindeki kişilere maddi ve manevi varlıklarının korunup serbestçe gelişebildiği bir refah düzeyi sağlamak olduğu söylenebilir.

Sosyal bir devlet olan Türkiye Cumhuriyeti devletinin kişilere tanıdığı sosyal haklardan biri de sosyal güvenlik hakkıdır. AY'nın "Sosyal Güvenlik Hakkı" başlıklı

⁴¹⁶ Atar, ss.117,118.

60. maddesi, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliğini sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” şeklindedir. AY’nın 61. maddesinde ise sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler sayılmıştır.⁴¹⁷ Sosyal güvenlik hakkı, fiziksel ve ekonomik anlamda diğer kişilere nazaran güçsüz sayılan kişilerle, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimlerini, malulleri, gazileri, yaşlıları korumayı amaçlar. AYM kararında,⁴¹⁸ AY’nın 60. maddesi ile ilgili olarak, bu hüküm bireylere yaşlılık, hastalık, kaza, ölüm ve malullük gibi sosyal riskler karşısında asgari ölçüde bir yaşam düzeyi sağlamayı amaçlamaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da bu görevin, devlet tarafından oluşturulacak kuruluşlar yoluyla yerine getirileceğini belirtilmiştir.

Sosyal güvenlik, bireyin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürmesini sağlamaya yönelik amaç doğrultusunda gerekli olarak görülen yardımları sağlamak üzere devlet eliyle örgütlenen sistem ve kurallar bütünü olarak tanımlanır ve bireyin maddi ve manevi varlığının korunması amacına hizmet eder. Sosyal güvenlik hakkı, sosyal güvenlik sisteminin bir parçası olarak sosyal sigortalar aracılığıyla çalışma hakkına bağlı biçimde zorunlu olarak kurulmak suretiyle bireyin yarınlara güvenle bakmasını sağlamaya çalışmaktadır.⁴¹⁹ AYM’nin bir kararında, sosyal güvenlik, irade dışı oluşan sosyal risklerin gelir azaltıcı etkilerini en aza indirebilmek olarak tanımlanmıştır.⁴²⁰

AYM’nin sosyal güvenlik hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına ilişkin olarak, bu iki hak bir arada olduğunda AY’nın 65. maddesinde yer alan sosyal hakların gerçekleştirilmesinde devletin mali kaynakların yeterliliği ölçüsü ile sınırlı olmaksızın her türlü tedbiri alacağına ilişkin vermiş olduğu karar önem arz etmektedir. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun "Sağlık Yardımlarının Süresi" başlıklı 34. maddesinin üçüncü fıkrasındaki "... 18 aya kadar ..." sözcüklerinin, AY’nın 10., 17. ve 56. maddelerine aykırılığı savıyla iptali

⁴¹⁷ Anayasa 61. madde metni: “Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar. Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır. Yaşlılar, Devletçe korunur, Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir. Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır. Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur.” şeklindedir.

⁴¹⁸ AYM K.T. 12.07.2017, 2017/44 Es. 2017/118 K. sayılı kararı para.13, (30.05.2018)

⁴¹⁹ Nazlı, s.41.

⁴²⁰ AYM K.T. 29.03.2017, 2017/47 Es. 2017/84 K. sayılı kararı, para.21, (30.05.2018)

istemli davada,⁴²¹ AY'nın 17. maddesinin "Sosyal Haklar ve Ödevler" bölümünde yer alması sebebiyle devlete yüklenen sağlık hizmetinin 65. maddede yazılı sınırlamaya tabi tutulmayacağı belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki, anılan kararda belirtilen 13. maddede öngörülen “Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amaçları” 2001 yılı AY değişikliği öncesinde 13. maddede yer alan genel sınırlandırma sebepleridir. Bu kararın pratikte taşıdığı önem, sosyal güvenlik hakkı çerçevesinde yapılacak sağlık yardımlarının, AY'nın 65. maddesindeki sınırlamalara tabi olmamasıdır. Diğer bir deyimle devlet, bu görevi yerine getirmemenin gerekçesi olarak mali kaynakların yetersizliğini ileri süremeyecektir.⁴²²

Bir başka AYM kararında⁴²³ ise, sosyal güvenlik kuruluşlarına ilişkin düzenlemeler kişinin maddî ve manevî varlığını korunması ve geliştirilmesi hakkını zedeleyecek veya ortadan kaldıracak şekilde olmamalıdır denilerek sosyal güvenlik hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı arasındaki ilişki ifade edilmiştir.

I. Sağlık Hakkı⁴²⁴ ile İlişkisi

Sağlık, kişinin bedensel, duygusal, zihinsel ve toplumsal bakımdan çevresiyle uyum içerisinde işlev görebilme yeteneğine sahip olması, bedensel veya ruhsal yapıda herhangi bir sakatlığın, işlev bozukluğunun olmaması anlamına gelmektedir.⁴²⁵ Sağlıklı olmak, yaşam hakkına sahip olan birinin maddi ve manevi varlığını yaşamı boyunca sürdürebilmesi için gereken ilk koşuldur. Sağlıklı olmayan, sağlığı korunmayan, ekonomik ve sağlık sorunları çözülemeyen insanın diğer hakları ile ilgili güvencelerinin anlamı olamaz.⁴²⁶

⁴²¹ AYM K.T. 17.01.1991, 1990/27 Es. 1991/2 K. sayılı kararı, (30.05.2018)

⁴²² Özbudun, s.145; Atar, s.123.

⁴²³ AYM K.T. 17.11.1998, 1998/35 Es. 1998/70 K. sayılı kararı, (30.05.2018)

⁴²⁴ Sağlık hakkı hakkında daha fazla bilgi için, Bkz. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, Legal Yayıncılık, (Sağlık Hakkı), İstanbul, 2012.

⁴²⁵ Selvi Özçetin ve Murat Balaban, **Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı, 2014, s.13.

⁴²⁶ İbrahim Şahbaz, “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:2009, Sayı:86, s.408.

Sağlık hakkı, olası her türlü hastalık ya da sakatlıklara karşı tıbbi bakım görme anlamına gelebilecek sınırsız nitelikte bir hak olmasından ziyade, devletlerin sağlanmasında sorumlu olduğu, sağlığın kazanılması ve devamı için zorunlu olan olanaklar ve koşullardan yararlanma hakkıdır.⁴²⁷ Sağlık hakkı, AY'da "Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması" başlıklı 56. maddede düzenlenmiştir. Maddede çevre hakkı ve sağlık hakkının bir arada düzenlendiğini görmekteyiz. Anılan maddenin birinci fıkrasında "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*" denilmektedir. Madde ile, kişilerin korunmuş çevre şartlarında beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamak devlete ödev olarak yüklenmiştir. İnsanların maddi varlıklarını sürdürebilmeleri sağlıklı olmalarına bağlıdır. Bu nedenle her bireye hastalandığında tedavi görme imkânı sağlanmalıdır.⁴²⁸ Devlet, kişilerin sağlık hakkından tam anlamıyla yararlanabilmeleri ve sağlıklı bir yaşam sürdürebilmeleri amacıyla yasal ve diğer önlemleri almak zorundadır. Bu nedenle kişiler için bir hak olan sağlık hizmetinden yararlanmayı kolaylaştırıcı düzenlemeler yapılması ve bu hizmetin daha iyi bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirlerin alınması devletin AY'dan kaynaklanan bir ödevidir.⁴²⁹

AY'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*" denilmek suretiyle sağlık hakkı güvence altına alınmıştır. AY'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileştirilmeleri, tıbbi bakım görmeleri ve tedavi edilebilmeleri için devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanabilme hakkıdır. Sağlık hakkı, devlete, kişilerin sağlık hakkından tam anlamıyla yararlanabilmesi amacıyla uygun yasal, idari, mali, yargısal ve diğer önlemleri alması zorunluluğunu ifade eden "gereğini yerine getirme yükümlülüğü" yüklemektedir.⁴³⁰

AYM kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile sağlık hakkını ilişkilendirdiği bir kararında, sağlık hakkının kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını devam ettirici niteliğini vurgulamıştır. Bir başka kararda⁴³¹ AYM kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin mutlu ve

⁴²⁷ Türker Ertaş, **Anayasa Hukukunda Sağlık Hakkı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2012, s.7.

⁴²⁸ Atar, 122.

⁴²⁹ AYM K.T. 28.02.2018, 2017/117 Es.2018/28 K. sayılı karar, para.44, (18.05.2018)

⁴³⁰ AYM K.T. 14.05.2015, 2014/177 Es. 2015/49 K. sayılı kararı, (16.05.2018)

⁴³¹ AYM K.T. 16.07.2010, 2010/29 Es. 2010/90 K. sayılı (30.05.2018)

huzurlu olabilmelerini, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşip bu hizmetlerden yararlanabilmelerine bağlamıştır.

Kişi, yaşamı boyunca, onurlu bir yaşam sürebilmesi ve maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirebilmesi için sağlık hakkına sahip olmalıdır. Kişinin sağlık hakkından tamamen veya kısmen yoksun bırakılması ihtimalinde; insan onuruna dayalı bir yaşam sürdürülmesi imkânsız hale gelecektir.

J. Çevre Hakkı ile İlişkisi

2872 sayılı Çevre Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde “çevre, canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde bulundukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam” olarak tanımlanmıştır. Çevrenin konusu; canlıların çevre ile ilişkileri, çevre sağlığı ve doğanın korunması ile ilgili üç alt sistem içermektedir.⁴³² Çevre hakkı, diğer temel insan haklarının da içinde kullanılabileceği mekânı sağlaması açısından önem arz etmektedir.⁴³³ İçinde bulunduğumuz çevre ile bizler, yaşamımız boyunca temas içerisindeyiz. Nefes alıp verdiğimiz, içtiğimiz su, doğada yetiştirilen yediğimiz meyve ve sebzeler de çevre ile bulunduğumuz etkileşimin göstergeleridir. Ekonomik ve teknolojik ilerlemeler ile insanların değişen yaşam tarzı, çevrenin ve toplumun zarara uğramasına, tehlikeye maruz kalmasına yol açmaktadır. İlerleyen teknoloji ve endüstri, çevre değerlerini zarar ve tehlikeye sokmakta, bireyin özgürlüğü ve kişiliğini geliştirmesi için gerekli koşulları, dolayısıyla insan yaşamını ve tüm insanlığın geleceğini olumsuz etkilemektedir.⁴³⁴ Doktrinde çevre hakkının, insanın yaşamını sürdürebilmesini ve geliştirilmesini hedefleyen bir hak olduğu belirtilmiştir.⁴³⁵

Uluslararası ölçekte ilk kez çevre hakkını tanıyarak insan hakları alanına yeni bir toplumsal değer katan Stockholm Bildirgesi’ne göre, “İnsan kendisine onurlu ve

⁴³² Akıllıoğlu, İnsan Hakları, s.161.

⁴³³ Özdek, s.2.

⁴³⁴ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku ve Çevre Hukuku**, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını, Ankara, 1982, s.9,10; Handan Yokuş Sevik, **Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması**, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2017, s.3

⁴³⁵ Özdek, s.2.

iyi bir yaşam sürmeye olanak veren nitelikli bir çevrede, özgürlük, eşitlik ve tatmin edici yaşam koşulları temel hakkına sahiptir.”⁴³⁶

Çevre hakkı, bugün olduğu gibi gelecekte de yaşanılır bir çevreye sahip olabilme arzusunu gerçekleştirmeyi amaçlayan ve çevrenin herkesin ortak varlığı olduğu düşüncesine dayalı eşitlik ilkesi temelinde yükselen bir haktır.⁴³⁷ AY’nın 56. maddesinin birinci fıkrasında sağlık hakkı ile birlikte *“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.”* denilmek suretiyle çevre hakkı da düzenlenmiştir. Sağlıklı, dengeli ve bozulmamış bir yaşam çevresinde insanın yaşamını sürdürebilmesi çevre hakkının konusunu oluşturmaktadır.⁴³⁸

AY’nın 56. maddesinde sağlık hakkı ve çevre hakkının bir arada düzenlenmiş olması aslında sağlık hakkına sağlıklı ve zarar verilmiş bir çevrede sahip olunamayacağı anlamına gelmektedir. Çevre hakkına uygulanabilir bir nitelik kazandırmak için, bu hakkın kalkınma, yaşam, sağlık, çalışma hakları gibi maddi kısımlarının uygulanmasına yönelik kalkınma stratejilerine ihtiyaç vardır.⁴³⁹ “Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” nitelemesiyle; üçüncü kuşaktaki dayanışma haklarının ortak temelini oluşturan birinci kuşaktaki yaşama hakkı ile insan hakkı olarak çevre hakkı arasındaki bağ kurulmuş olmaktadır.⁴⁴⁰ Yaşamın sürdürülebilmesi için çevrenin elverişli olması halinde, yaşam hakkı anlam kazanır.⁴⁴¹ İnsanın yaşamını sağlıklı bir şekilde sürdürebilmesine olanak tanımayan bir çevrede yaşam hakkı anlamsızlaşacak ve sağlıklı bir yaşamdan da bahsedilemeyecektir. AY’nın 56. maddesinin devamında 57. maddede de, *“Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.”* hükmü yer almaktadır. Anayasadaki bu hükümler sadece çevrenin korunması bağlamındaki ödevleri düzenlemekle yetinmemekte aynı zamanda bireylere “sağlıklı

⁴³⁶ İbrahim Ö Kaboğlu, “İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:1992, Cilt:9, (İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği), s.130; Muhlis Ögütçü, “Dayanışma Hakkı Olarak Yurttaşların Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı”, **İnsan Hakları Yıllığı Dergisi**, Yıl:2009, Cilt:27, s.38; Sevik Yokuş, ss.27,29.

⁴³⁷ Ahmet M. Güneş, “Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği Üzerine”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:2014, Sayı:16, s.83.

⁴³⁸ Özdek, s.85.

⁴³⁹ Sevik Yokuş, s.43.

⁴⁴⁰ Ögütçü, s.38.

⁴⁴¹ Özdek, s.94.

çevrede yaşama hakkı” tanımaktadır. Böylece AY, çevre hakkını sağlık ve çevre kavramları ile birlikte ele almaktadır.⁴⁴² Öğretide mevcut düzenlemenin, yaşam ve kişinin maddi ve manevi varlığı ile doğrudan bağlantı kurması ve 17. madde ile anayasal güvence sağlanan yaşam ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının kapsamını genişletmesi sebebiyle isabetli olduğu belirtilmektedir.⁴⁴³

AİHS’de çevre hakkına veya çevrenin korunmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte AİHM geliştirdiği içtihatlarla AİHS’de yer alan birtakım hak ve hürriyetleri bireye sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı sağlayacak şekilde yorumlamıştır. AİHM, verdiği çeşitli kararlarda çevre kirliliği, çevresel zarar veya çevresel bozulmanın birey üzerinde ortaya çıkardığı olumsuz etkilerin de AİHS 8. madde kapsamında kişinin özel yaşamı ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde ele alınabileceğine hükmetmiştir.⁴⁴⁴

AİHM’in çevre hakkı ile özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı arasında kurduğu bağlantıyı, iç hukukumuzda AY 56. maddede düzenlenen çevre hakkı ile AY 17. maddede düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı arasında görmekteyiz. Sağlıklı bir çevrede yaşayabilmek için çevrenin korunması gerekmektedir. Çevrenin korunması, havanın, suyun ve toprağın insan ve diğer canlıların yaşamasını sağlayan yapısının kalitesinin bozulmasının önlenmesi demektir.⁴⁴⁵ Sağlıklı bir çevrede yaşama imkânının bireye tanınmamış olması, onun maddi ve manevi varlığını koruyamamasına ve hatta geliştirememesine neden olur. Sağlıklı, dengeli ve temiz bir çevrede yaşama hakkı olmayan birey, zamanla sağlığını ve yaşam hakkını dahi kaybetme tehlikesi altındadır.

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile çevre hakkı arasındaki bağlantı somut uyuşmazlıklarda genellikle, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, AY’nın fiziksel ve ruhsal bütünlüğün korunması ile ilgili hukuksal çıkarlar açısından ele alınmaktadır.

Herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını düzenleyen AY’nın 17. maddesi, çevre hakkı ile bağlantılı ve çevreyi korumayı

⁴⁴² Akıllıoğlu, İnsan Hakları, s.162.

⁴⁴³ Zengin, s.40.

⁴⁴⁴ Güneş, ss.88,89.

⁴⁴⁵ Şeref Ertaş, **Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku**, İleri Kültür Merkezi, İkinci Baskı, İzmir, s.87.

destekleyici niteliktedir.⁴⁴⁶ Zira AY'nın 17. maddesinde öngörülen hakkın gerçekleşmesi, çevre hakkının uygulamaya yeterince somut olarak yansması ile mümkün olacaktır.⁴⁴⁷



⁴⁴⁶ 1978 İspanyol Anayasası 45. maddesine göre, “Herkesin, kişiliğın gelişmesine uyarlđ bir çevreye sahip olma hakkđ ve onu koruma ödevi bulunmaktadır.” denilmekle herkese tanđnan çevre hakkđ açıkça kişiliğın gelişmesine bağlanmđştır. (İbrahim Ö. Kaboğlu, “Çevre Hakkđ Üzerine (Bir Danıştay Kararının Düşündürdükleri)”, **İnsan Hakları Yıllığı Dergisi**, Yıl:1989, Sayı:10-11, (Çevre Hakkđ Üzerine Danıştay Kararı), s.116.)

⁴⁴⁷ Zengin, s.41.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA KİŞİNİN MADDİ VE MANEVİ VARLIĞININ KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKI

I. ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNİN YOLLARI

Normların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi AYM’ye başvurma usulüne göre “iptal davası” ve “itiraz yolu” olmak üzere iki türdür. Anılan denetim türlerine ek olarak 2010 yılında “Anayasa şikâyeti” ya da diğer adı ile “bireysel başvuru” yolu da getirilmiştir.⁴⁴⁸

A. İptal Davası

İptal davası, AY’da yer alan organların ya da belirli sayıdaki milletvekilinin, bir kanunun AY’ya aykırılığı iddiası ile AYM’ne iptal davası açması ile gerçekleştirilen bir denetimdir.⁴⁴⁹ Bu halde, iptali istenen kanunun uygulandığı somut bir dava olmadığından; AY’ya aykırılık iddiası denetimi soyut olarak gerçekleştirildiği için iptal davası yoluna, “soyut norm denetimi” adı da verilmektedir.⁴⁵⁰ Doktrinde iptal davası “*doğrudan doğruya kişilerin menfaatlerinin korunmasını değil, anayasaya aykırı normların iptaline imkân hazırlayarak hukuk düzenini bu kurallardan arındırmayı ve anayasanın üstünlüğünü gerçekleştirmeyi amaçlayan bir dava türü*” olarak tanımlamaktadır.⁴⁵¹ İptal davasının amacı, AY’ya aykırı olan bir normun iptal edilmesini sağlamaktır.⁴⁵²

AY’nın 150. maddesi, “*Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı,*

⁴⁴⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.546; Atar, s.341; Fevzi Demir, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 7. Baskı, İzmir, 2009, s.394; Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, Beta Basım Yayım, 12. Bası, İstanbul, 2007, s.201; Gözler, **Anayasa Hukuku**, s.362.

⁴⁴⁹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.546; Atar, s.341;

⁴⁵⁰ Gözler, **Anayasa Hukuku**, s.362; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss.546,547;

⁴⁵¹ Atar, s.341.

⁴⁵² 1982 AY 153. madde Danışma Meclisi gerekçesi, c bendi, www.corpus.com.tr (27.07.2018)

Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.” şeklindedir. Maddede belirtildiği üzere, AYM’ye iptal davası açabilme yetkisi herkese değil, belirli kişi veya gruplara tanınmıştır.⁴⁵³ Madde ile, AYM’ye iptal davası açabilmeye yetkili olanlar, Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde en fazla üyeye sahip olan iki siyasi parti grubu ve üye tamsayısının en az beşte biri sayısında milletvekillerdir.

İptal davası açma yetkisi bakımından kanunlar ve anayasa değişikliklerinde şekil ve esas denetimi ayrımı da yapılmıştır.⁴⁵⁴ AY’nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında, *“Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir.”* şeklindedir. Dolayısıyla kanunlar ve anayasa değişikliklerinin⁴⁵⁵ şekil bakımından denetlenmesi sadece Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) üyelerinin beşte biri tarafından istenebilecektir. Kanunların esas bakımından; Cumhurbaşkanlığı kararnameleri⁴⁵⁶ ve TBMM içtüzüğünün hem esas hem de şekil bakımından denetlenmesi ise Cumhurbaşkanı, TBMM’de en fazla üyeye sahip olan iki siyasi parti grubu ve üye tamsayısının en az beşte biri sayısında milletvekilleri tarafından isteyebilecektir.

AYM’ye iptal davası açma süresi sınırsız değildir ve AY tarafından sınırlandırılmıştır. AY’nın 151. maddesine göre, *“Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya içtüzüğün Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer.”* Yine, AY 148. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde, *“Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna*

⁴⁵³ Atar, s.341; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.547.

⁴⁵⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.548.

⁴⁵⁵ AY 148. maddenin birinci fıkrasına göre AY değişiklikleri esas bakımından denetlenemez; sadece şekil bakımından denetlenebilir. AY md. 148/1 2. cümle: *“Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler.”*

⁴⁵⁶ AY 148. maddenin birinci fıkrasının 3. cümlesine göre, *“Ancak, olağanüstü hallerde (...) ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”* Maddeye göre, olağan dönemde hem şekil hem de esas denetimi yapılabilen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında olağanüstü dönemlerde şekil ve esas bakımından AYM denetimi yapılamayacaktır.

dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez.” denilmektedir. Kanunların ve anayasa değişikliklerinin şekil denetimine ilişkin iptal davası açma süresi, resmi gazetede yayınlanmasından itibaren 10 gün; kanunların esas denetimine ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile TBMM içtüzüğünün şekil ve esas denetimine ilişkin iptal davası açma süresi ise resmi gazetede yayınlanmalarından itibaren 60 gündür.⁴⁵⁷ Anılan dava açma süreleri hak düşürücü nitelikte sürelerdir.⁴⁵⁸ Sürenin bitiminden sonra iptal davası açılmaz ve AYM hak düşürücü dava süresinin geçip geçmediğini re'sen kontrol eder.⁴⁵⁹

Doktrinde bir yazara göre, AYM'nin iptal davası açılmaksızın kendiliğinden harekete geçip geçemeyeceği ve iddia edilen aykırılık gerekçeleri haricinde başkaca gerekçelere dayanılıp dayanılamayacağı hususu; *“İptal davası açılmaksızın AYM'nin, kendiliğinden(ex-officio) harekete geçerek denetleme yapması söz konusu değildir. AYM'ne dava açıldıktan, sonra ileri sürülen aykırılık gerekçeleri dışında kendisi de başkaca gerekçelere dayanmakta serbesttir.”*⁴⁶⁰ şeklinde ifade edilmiştir.

İptal davası sonunda, AYM “iptal kararı” ya da “ret kararı” vermektedir.⁴⁶¹ İptal kararı, herkes için geçerli olup, iptal edilen kanun da iptal kararının resmî gazetede yayınlandığı gün,⁴⁶² yürürlükten kaldırılır.⁴⁶³ Ancak AYM bazı durumlarda, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi, kararın resmî gazetede yayınlandığı günden itibaren 1 yıla kadar erteleyebilir. AYM'nin yürürlüğe girme tarihini ertelemesi kararın resmî gazetede yayınlandığı günden başlayarak 1 yılı geçemez.⁴⁶⁴ AYM tarafından verilen iptal kararları, geriye yürümektedir.⁴⁶⁵ İptal kararlarının geriye yürümeyeceği hususu, AY 153. maddesinin beşinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir: *“İptal kararları geriye yürümez.”* Geriye yürümezlik ilkesi ile, daha önceden iptal edilen hükme dayalı olarak yapılan işlemlerin ve bu işlemler dolayısıyla kazanılan hukuki statülerin korunması ve kazanılmış hakları korumak amaçlanmıştır.⁴⁶⁶

⁴⁵⁷ Atar, s.343; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss.548,549; Gözler, Anayasa Hukuku, s.363; Teziç, ss.209,210; Demir, s.394.

⁴⁵⁸ Gözler, Anayasa Hukuku, s.363; Atar, s.344; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.549.

⁴⁵⁹ Atar, s.344.

⁴⁶⁰ Teziç, s.210.

⁴⁶¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.571; Teziç, s.211.

⁴⁶² Teziç, s.213.

⁴⁶³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.550.

⁴⁶⁴ Teziç, s.213.

⁴⁶⁵ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.588.

⁴⁶⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.588.

B. İtiraz Yolu

İtiraz yolu, diğer bir deyişle somut norm denetimi, doktrinde bir yazara göre, *“Bir mahkemede görülmekte olan bir davanın karara bağlanmasının, o davada kullanılacak hukuk normunun anayasaya uygun olup olmamasına bağlı olması halinde yapılan denetimdir.”*⁴⁶⁷ Anılan denetim, kanun yürürlüğe girdikten sonra ve belli bir süre ile bağlı olmaksızın yapılmaktadır.⁴⁶⁸ İtiraz yoluna, sadece görülmekte olan bir davanın taraflarının itiraz etmesi ile değil; davayı gören mahkemenin, davada uygulanacak normu anayasaya aykırı bulması ihtimalinde de gidilebilmektedir.⁴⁶⁹

Doktrinde, davaya bakmakta olan mahkemenin önüne gelen dava konusu uyuşmazlığın çözümü asıl sorun, davada uygulanacak normun AY’ya aykırı olup olmadığı ise talî sorun olarak nitelendirilmektedir. Mahkeme, AY’ya aykırılık talî sorununu çözmeye yetkili ise, önce AY’ya aykırılık ön sorununu çözer; daha sonra talî sorunun çözümüne binaen asıl sorun olan dava konusu uyuşmazlığı karara bağlar. Eğer mahkeme AY’ya aykırılık talî sorununu çözmeye yetkili değil ise; bu halde sorunun çözümü için AYM niteliğinde uzman bir mahkeme öngörülmüşse, mahkeme davayı durdurur, AY’ya aykırılık talî sorununun çözümü için dava dosyasını AYM’ye gönderir; AYM’nin vereceği karara kadar dava bekletilir, karar neticesinde de asıl sorun sonuçlandırılır.⁴⁷⁰ Doktrinde ifade edilen asıl-talî sorun ayrımı neticesinde, talî sorunu çözmek için ülkemizde AYM yetkili olduğu için, davaya bakan mahkeme, AYM talî sorun olan davaya uygulanacak normun anayasaya aykırı olup olmadığı hakkında bir karara varana kadar davayı durduracak ve AYM’nin kararı sonrasında da AYM kararına göre önündeki uyuşmazlığı sonuçlandıracaktır.

AY 152. maddesinde, itiraz yolu şöyle açıklanmaktadır: *“(1)Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin*

⁴⁶⁷ Metin Kıratlı, **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966, s.35; Atar, s.347; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.549; Gözler, Anayasa Hukuku, s.363.

⁴⁶⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.549.

⁴⁶⁹ Atar, s.347.

⁴⁷⁰ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.550.

bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. (2)Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. (3)Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. (4)Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.”

İtiraz yolu ile denetlenebilecek normlar, kanunlar veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Ancak, 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değiştirilen, 27.04.2017 tarihinden sonra birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarih olan 09.07.2018 tarihinden itibaren AY 152. maddesindeki “kanun hükmünde kararname” ibaresi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olarak değiştirilmişse de, halen yürürlükte olan kanun hükmünde kararnamelerin AY 152. madde kapsamında anayasaya uygunluk denetimi devam edecektir.⁴⁷¹

AYM’ye itiraz yoluna başvurabilmek için bazı şartlar bulunmaktadır. Bunlar, i)Görölmekte olan bir davanın varlığı, ii) Görölmekte olan davaya uygulanacak kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin olması, iii) Davanın taraflarından birinin ya da mahkemenin, davaya uygulanacak kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasaya aykırı olduğunu iddia etmesi, iv) AY’ya aykırılık iddiasında bulunan davanın taraflarından biri ise mahkemenin bu aykırılık iddiasını da ciddi olduğu kanısına varması gereklidir.⁴⁷²

Tarafların yargılama esnasında ileri sürdüğü anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olmadığı kanısında olan mahkeme, bu halde mevcut yürürlükte olan hüküm gereği davayı sonuçlandırır. AY’ya aykırılık iddiasında bulunan taraflar, AY’ya aykırılık iddiasının ciddi bulunmamasına dair karar bir “ara karar” niteliğinde olduğundan; mahkemenin davayı sonuçlandırması akabinde anayasaya aykırılık

⁴⁷¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.550.

⁴⁷² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss.551-557; Gözler, Anayasa Hukuku, ss.363,364; Atar, ss.347-351.

iddiası temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.⁴⁷³ Mahkeme, tarafların anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısında ise; tarafların iddiasını ve kendi kanısını açıklayan bir karar ile dosyayı AYM'ye gönderir ve AYM'nin vereceği karara kadar da davayı geri bırakır.⁴⁷⁴ AY'nın 152. maddenin üçüncü fıkrasına göre, *“Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.”*⁴⁷⁵ Madde hükmüne göre, taraflardan birinin itiraz iddiasını ciddi bulan veya kendisi anayasaya aykırılık iddiasında bulunan mahkeme, dosyayı AYM'ye gönderdikten sonra, AYM işin kendisine gelişinden itibaren 5 ay içerisinde anayasaya aykırılık iddiasını karara bağlayacaktır. 5 ay içerisinde AY'ya aykırılık iddiası karara bağlanmazsa, 5. ayın sonunda davaya bakan mahkeme, davayı yürürlükte bulunan hükme göre çözümlendirir.⁴⁷⁶

AYM itiraz yolu üzerine verdiği kararda, davayı esastan incelemek suretiyle ret kararı vermişse; ret kararının gerekçeli olarak resmî gazetede yayınlanmasından başlayarak 10 yıl geçmedikçe “aynı kanun hükmünün” anayasaya aykırılığı iddiası ile AYM'ye başvurulamaz.⁴⁷⁷

C. Bireysel Başvuru

1. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yapılması

Bireysel başvuru⁴⁷⁸ veya AY şikâyeti, AYM'nin temel işlevini oluşturan, temel hak ve özgürlükleri koruma konusundaki eksikliği gidermenin bir yolu olarak

⁴⁷³ Atar, s.351; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.557.

⁴⁷⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss.556,557; Atar, s.351; Gözler, Anayasa Hukuku, s.364; Demir, s.394;

⁴⁷⁵ AY 152. madde, üçüncü fıkrası, Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, www.corpus.com.tr (27.07.2018).

⁴⁷⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.557; Atar, s.352; Gözler, Anayasa Hukuku, s.365; Demir, s.395.

⁴⁷⁷ AY 152. md, beşinci fıkrası: *“Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.”*, Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, www.corpus.com.tr (27.07.2018); Teziç, s.211; Gözler, Anayasa Hukuku, s.365; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.585.

⁴⁷⁸ Bireysel başvuru ifadesi yerine Alman anayasa öğretisinde geçen adı olan “anayasa şikâyeti (Verfassungsbeschwerde)” terimi de kullanılmaktadır. Ancak çalışmamızda 1982 T.C. Anayasasında

geliştirilmiştir. Bireysel başvurunun temel amacı, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğine inandıkları her türlü kamu müdahalesine karşı, AYM'den hukuksal koruma talebine olanak sağlamaktır.⁴⁷⁹ Bireysel başvuru, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un⁴⁸⁰ 18. maddesiyle, AY'nın 148. maddesine eklenen üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları ile hukukumuzda girmiştir. AY 148. maddenin anılan ilgili fıkraları “...Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”, “Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.”, “Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.” şeklindedir. Değişiklik ile birlikte 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un dördüncü kısmının dördüncü bölümünde “Bireysel Başvuru” detaylı olarak düzenlenmiştir.

Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücünün işlemleri nedeniyle ihlal edilen bireylerin olağan kanun yolları yollarını tükettikten sonra başvurdukları istisnai ve ikincil nitelikte bir hak arama yolu olarak tanımlanabilir.⁴⁸¹ Bir kişi, AY'da ve AİHS'de yer alan temel hak ve özgürlüklerinden birinin ya da birkaçının, devlet tarafından ihlal edilmesi halinde, olağan kanun yollarını tüketmesinden sonra AYM'ye başvurarak bireysel başvuruda bulunabilir.⁴⁸² Bireysel

ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da “Bireysel Başvuru” terimi yer aldığından işbu terimin kullanılması tercih edilmiştir. Federal Alman Anayasa Hukukunda yer alan “Anayasa Şikâyeti” hakkında daha fazla bilgi için Bkz. M. Yavuz Sabuncu, “Federal Almanya'da Anayasa Şikâyeti”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl:1982, Cilt:37, Sayı:3, ss.139-152; Latin ülkelerinde ve İspanya'da anayasal hak ve özgürlükleri korumak için doğrudan yetkili mahkemeye bireysel başvuru hakkının genel anlamda “amparo” ismi verilen usul ile korunduğu ve bu dava türünün bizim ülkemizde “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru” olarak yer aldığı hakkında, Daha fazla bilgi için Bkz. Sibel İncoğlu, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2017, s.3 ve devamı.

⁴⁷⁹ Sevtap Yokuş, **Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)**, (Ed. Sevtap Yokuş), Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2015, ss.32,33.

⁴⁸⁰ R.G. tarih 13.05.2010, 27580 R.G. sayı, Kabul Tarihi: 07.05.2010. www.corpus.com.tr (01.06.2018)

⁴⁸¹ Hüseyin Ekinci ve Musa Sağlam, **66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, T.C. Anayasa Mahkemesi, s.9, <http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/66-Soruda-Anayasa-Mahkemesine-Bireysel-Basvuru.pdf> (01.06.2018)

⁴⁸² Selami Turabi, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2017, s.29

başvurunun amacı, temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden her bireyin doğrudan AYM'ye başvurabilmesine olanak tanımaktır.⁴⁸³

Konu bakımından bireysel başvurunun kapsamını belirlemek gerekirse; bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için, ihlal edildiği iddia edilen temel hak ve özgürlük hem 1982 Anayasasında hem de ülkemiz tarafından imzalanıp iç hukukumuzda dâhil edilen AİHS'de ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamındaki⁴⁸⁴ bir hakka ilişkin olmalıdır.⁴⁸⁵ AİHS büyük ölçüde yaşam hakkı, işkence yasağı, kişi özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi kişi haklarını kapsamaktayken 1982 Anayasası, sosyal ekonomik, kültürel hatta siyasal hakları da içermektedir. Bu halde, AİHS metninde açıkça yer almayan ancak AİHM içtihatlarıyla kişi haklarıyla bağlantılı görülerek AİHS kapsamı içinde görülen hak ve özgürlükler açısından bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi mümkündür.⁴⁸⁶

Kimlerin bireysel başvuruda bulunabileceğine ilişkin, AY 148. maddenin üçüncü fıkrasında herkesin bireysel başvuruda bulunabileceği ifade edilmiş; 6216 sayılı Kanun'un "Bireysel Başvuru Hakkına Sahip Olanlar" başlıklı 46. maddesinde; *"(1) Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.(2) Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.(3) Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz."* denilmektedir. Maddeye göre, kamu tüzel kişileri bireysel başvuruda bulunamaz; özel hukuk tüzel kişileri ise sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilirler. Yabancılar da yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklar hariç olmak üzere bireysel başvuruda bulunabilirler. Diğer bir deyişle anayasada "herkes" ya da "hiç kimse" ibareleri ile düzenlenmiş haklar dışında sadece "vatandaş" temel alınarak düzenlenmiş haklar

⁴⁸³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss.557,558.

⁴⁸⁴ Ekinci ve Sağlam, s.12, <http://www.ankarabarosu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/66-Soruda-Anayasa-Mahkemesine-Bireysel-Basvuru.pdf> (01.06.2018); İnceoğlu, s.238.

⁴⁸⁵ Turabi, s.55; Mustafa Kuş, **Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)**, (Ed. Sevtap Yokuş), Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2015, s.80

⁴⁸⁶ Sibel İnceoğlu, "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (Ed. Sibel İnceoğlu), Kısım I, Bölüm I, Beta Basım, İstanbul, Tıpkı 3. Baskı, 2013, (Anayasa ve AİHS), s.11; Kuş, s.81.

bakımından yabancılar AYM'ye bireysel başvuru yapamayacaklardır.⁴⁸⁷ Hak ihlaline sebep olan bir işlem, eylem veya ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenen gerçek kişiler de bireysel başvuruda bulunabilirler. Anılan maddeye göre, bireysel başvuruda bulunabilecek kimseler, gerçek kişiler ve tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiğini ileri süren özel hukuk tüzel kişileri olan dernek ve vakıflardır.⁴⁸⁸

6216 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin sekizinci fıkrası gereği AYM'nin 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla 23.09.2012 tarihinden önce verilen ve yine bu tarihten önce kesinleşmiş kararlara karşı bireysel başvuru yoluna gidilemeyecek; bu kararlar neticesinde temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasında olan başvurucular, böylelikle iç hukuk yollarını tüketmiş olacaklarından direkt olarak AİHM'e başvurabileceklerdir.

AY'da ve AİHS'de yer alan bir temel hak ve özgürlüğünün kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasında olan başvurucu, 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, başvuru yollarını tükettiği tarihten; hak ihlali iddiası için herhangi bir başvuru yolu öngörülmemişse ihlali öğrendiği tarihten itibaren otuz gün içinde AYM'ye bireysel başvuruda bulunmakla yükümlüdür.⁴⁸⁹ Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvurucunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder.⁴⁹⁰

AYM bir kararında⁴⁹¹, 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin üç ölçüt getirdiğini belirtmiştir. Bir kişinin AYM'ye bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç temel ön koşulun birlikte bulunması gerekmektedir. Bu ön koşullar, başvuruya konu

⁴⁸⁷ İnceoğlu, s.150.

⁴⁸⁸ Bireysel başvuruda bulunabilecekler hakkında daha fazla bilgi için Bkz. Melek Karali Saunders, "Bireysel Başvuruda Kişi Bakımından Yetki Kriteri", **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, (Ed. Muharrem İlhan Koç ve Recep Kaplan), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, ss.123-175.

⁴⁸⁹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.559.

⁴⁹⁰ 6216 sayılı Kanun, madde 47/5, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6216.pdf> (01.06.2018)

⁴⁹¹ AYM K.T. 25.06.2014, Başvuru No:2014/256, **Tuğba Arslan başvurusu**, para.27, (01.06.2018); AYM daha önce verdiği bir kararda ise bireysel başvuruda bulunulabilmesi için iki temel ön koşul olduğunu belirtmiş, kişisellik ve doğrudan etkilenme ölçütlerini tek bir ölçüt olarak kabul etmiştir. Bkz. AYM K.T. 09.01.2014, Başvuru No:2013/1977, **Onur Doğanay başvurusu**, para.42, (01.06.2018).

edilen ve ihlale yol açtığı öne sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı, başvurucunun “*güncel bir hakkının ihlal edilmesi*”, bu ihlalden dolayı kişinin “*kişisel olarak*” ve “*doğrudan*” etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvurucunun kendisinin “*mağdur*” olduğunu ileri sürmesi gerekir.⁴⁹² Gerçek kişiler ve yabancılar, bireysel başvuru yoluna bizzat ya da kanuni temsilcileri; özel hukuk tüzel kişileri de vekilleri ya da yetkili temsilcileri vasıtasıyla başvurabilmektedirler. Hak ihlalinin doğrudan olması için devlet müdahalesinin hedefinin başvuru olması ve müdahalenin ek bir icrai işlem ve eylem gerektirmeden doğrudan etki doğurması gerekmektedir.⁴⁹³ Bireysel başvuruda bulunacak kişinin hak ya da özgürlüğünün belirgin bir olasılıkla müdahale altında olması ya da ihlal edilmiş veya ediliyor olması ve bu ihlalin henüz giderilmemiş olması; diğer bir deyişle mağduriyetin devam ediyor olması gerekmektedir.⁴⁹⁴

Bireysel başvuru yoluna başvurulmadan önce, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.⁴⁹⁵ Anılan şartın aranması, bireysel başvurunun olağanüstü bir kanun yolu olduğunu ifade etmektedir.⁴⁹⁶ Başvurucunun AYM önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir. AYM’nin başvuru yolları tüketilmeden bir başvuruyu kabul edip incelemesi kural olarak mümkün değildir.⁴⁹⁷ AYM bireysel başvuruda bulunmadan önce olağan kanun yollarının tüketilmesi hususunu, “*Temel hak ihlallerini öncelikle derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılar.*” şeklinde ifade etmiştir. Dolayısıyla, başvuru, bireysel başvuruda bulunmadan önce, şikâyetleri açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili

⁴⁹² Inceoğlu, s.152.

⁴⁹³ Inceoğlu, s.160.

⁴⁹⁴ Inceoğlu, ss.164,165.

⁴⁹⁵ AY. 148. maddenin üçüncü fıkrası son cümle, “*Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*” , 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin ikinci fıkrası, “*İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.*”, Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, www.corpus.com.tr (01.06.2018)

⁴⁹⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.559.

⁴⁹⁷ Turabi, s.131.

başvuru yollarını⁴⁹⁸ tüketmiş olmalıdır. Başvurucu, iddia ettiği hak ihlali ile ilgili olan iç hukukumuzda yer alan hukuki, cezai ya da idari dava yollarını denemelidir. Şayet etkin ve kullanılabilir ise, ihlali gerçekleştirdiğini iddia ettiği idareye de başvurmaldır. Başvurucu anılan etkin, kullanılabilir ve çözüme yönelik olan başvuru yollarına başvurduktan ve bu başvuru neticesinde hukuk/ceza mahkemelerince verilen hüküm, ya da idare tarafından verilen karar, kendisine tebliğ edilip kesinleştikten sonra AYM'ye bireysel başvuru yoluna başvurabilecektir.⁴⁹⁹ Özellikle bu noktada bireysel başvuru öncesi tüketilecek olağan kanun yollarının etkili olması⁵⁰⁰ önem arz etmektedir. Tüketilmesi gereken olağan kanun yollarının etkili olması, başvuru mercii hak ihlalini giderebilecek nitelikte olması ve bu yönde karar alabilmesidir.⁵⁰¹

Özetlenecek olursa, yukarıda açıklanan bireysel başvuru şartları şunlardır;

1. İhlal edildiği iddia edilen temel hak ve özgürlük hem 1982 Anayasasında, hem de Türkiye tarafından imzalanıp iç hukukumuzda dâhil edilen AİHS'de ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamındaki bir hakka ilişkin olmalı,
2. Etkili olağan kanun yollarının tamamı bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olmalı,
3. Güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenen gerçek kişiler, sadece tüzel kişiliğe ait hakları açısından özel hukuk tüzel kişileri ve Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olmak koşuluyla yabancılar tarafından başvuru yapılmalı,

⁴⁹⁸ AYM K.T. 07.11.2013, Başvuru No:2013/2355, **S.S.A. Başvurusu**, para.28, (01.06.2018); Başvurunun mevcut, kullanılabilir ve etkili olması gerektiği hakkında daha fazla bilgi için, Bkz. Elif Çelikdemir Anıtkı, "Bireysel Başvuruda Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kriteri", **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, (Ed. Muharrem İlhan Koç ve Recep Kaplan), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, ss.193,194.

⁴⁹⁹ AYM'ye bireysel başvuruda bulunulmadan önce olağan kanun yollarının tüketilmesi gerektiği şartı, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan başvurularda aranmamaktadır. Başvuru yollarının tüketilmesi ilkesinin mutlak şekilde uygulanması temel hak ve özgürlüklerin etkin kullanımını ve korunmasını engelleyeceğinden bahisle olağan kanun yollarının tüketilmesi kuralına bir istisna getirilmiştir. Bu hususta Bkz. AYM K.T. 02.07.2013, Başvuru No: 2012/13, **Güher Ergun ve Diğerleri başvurusu**, para.27, (01.06.2018)

⁵⁰⁰ Hüseyin Ekinci'ye göre, "*Anayasa Mahkemesinin başvuru yollarından önce tüketilmesini beklediği hukuk yolları, "mevcut" ve "etkili" olanlardır. Eğer bir başvuru yolu gerçekte yoksa ya da etkili değilse başvuru yollarının bu yolları tüketme zorunluluğu bulunmamaktadır.*" (Hüseyin Ekinci, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak "Başvuru Yollarının Tüketilmesi" Sorunu", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:2012, Sayı:11, ss.6,7.)

⁵⁰¹ Kuş, s.88.

4. Başvuru, 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinde⁵⁰² yer alan usule uygun olarak ve başvuru yollarının tüketildiği tarihten ya da hak ihlali iddiası için herhangi bir başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılmalıdır.

Bireysel başvuru incelemesi, kabul edilebilirlik incelemesi ve esas incelemesi olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır.⁵⁰³ Bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için, anılan 4 şartı taşınması gerekmektedir. Ayrıca AYM, 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin ikinci fıkrası gereği, *"Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvuru sahibinin önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."*⁵⁰⁴

Bu şartları taşımayan bireysel başvurular "kabul edilmezlik kararı" ile sonuçlanır.⁵⁰⁵ Açıkça dayanaktan yoksun olan, diğer bir deyişle açık veya görünür bir hak ihlalinin olmadığı, ilk derece mahkemelerinde gözetilmesi gereken hususlara ilişkin başvurular,⁵⁰⁶ kanıtlanmamış şikâyetler ile karmaşık ve zorlama şikâyetlere

⁵⁰² 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesi: "(1) Bireysel başvurular, bu Kanunda ve İçtüzükte belirtilen şartlara uygun olarak doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılabilir. Başvurunun diğer yollarla kabulüne ilişkin usul ve esaslar İçtüzükle düzenlenir. (2) Bireysel başvurular harca tabidir. (3) Başvuru dilekçesinde başvuru sahibinin ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgilerinin, işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayananın Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih ile varsa uğranılan zararın belirtilmesi gerekir. Başvuru dilekçesine, dayanan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin ve harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi şarttır. (4) Başvuru sahibi bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekaletnamenin sunulması gerekir. (5) Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvuru sahibinin mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder. (6) Başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunması halinde, Mahkeme yazı işleri tarafından eksikliğin giderilmesi için başvuru sahibi veya varsa vekiline onbeş günü geçmemek üzere bir süre verilir ve geçerli bir mazereti olmaksızın bu sürede eksikliğin tamamlanmaması durumunda başvurunun reddine karar verileceği bildirilir." <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6216.pdf> (01.06.2018)

⁵⁰³ Gözler, İnsan Hakları, ss.288,289.

⁵⁰⁴ Gözler, İnsan Hakları, s.289.

⁵⁰⁵ Kabul edilebilirlik kriterleri ve kabul edilmezlik kararı hakkında daha fazla bilgi için, Bkz. Turabi, ss.98-220.

⁵⁰⁶ İlk derece mahkemesi tarafından gözetilmesi gereken hususlara örnek olarak, kişisel bir uyuşmazlığa ilk derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, ilk derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar, bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması ve hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması örnek olarak verilebilir. (AYM K.T. 12.02.2013, Başvuru No:2012/695, **Erdinç Engin başvurusu**, para.22, (01.06.2018))

ilişkin başvurular⁵⁰⁷ da kabul edilmezlik kararı ile sonuçlanır. Kabul edilmezlik kararları kesindir, bu kararlar ilgililere tebliğ edilir.⁵⁰⁸

Başvuru hakkında, kabul edilebilirlik kararı verildiyse, esas incelemesine geçilir.⁵⁰⁹ Esas incelemesi AYM'nin bölümleri tarafından yapılır. Esas incelemesi aşamasında bölümler, başvurucunun yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde, temel hakların korunması için zorunlu buldukları tedbirlere karar verebilir.⁵¹⁰ Esas incelemesinde, başvurucunun temel hak ve özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği incelenir ve ihlal var ise ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına ilişkin hüküm kurulur. Hak ihlali bir mahkeme kararından kaynaklanıyorsa, bu halde AYM yeniden yargılama yapılmak üzere dosyayı kararı veren mahkemeye geri gönderir. Yeniden yargılama yapılması hususunda hukuki yarar bulunmuyorsa, bu halde AYM başvurucu lehine tazminata hükmedebilir.⁵¹¹ Bu hususta 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası; *“(1)Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”* şeklindedir.

⁵⁰⁷ Turabi, s.165.

⁵⁰⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.560.

⁵⁰⁹ Kuş, s.90; Gözler, İnsan Hakları, s.289.

⁵¹⁰ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.560.

⁵¹¹ Gözler, İnsan Hakları, s.289; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.560.

2. Anayasa Mahkemesi'nin Maddi Ve Manevi Varlığın Korunması Ve Geliştirilmesi Hakkına İlişkin Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadına Yer Verişi

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, AY'da 17. maddenin birinci fıkrasında açıkça yer alan ancak AİHS'de ayrıca ve açıkça bulunmamasına rağmen bu hakkın AİHS'de özel yaşama saygı gösterilmesi hakkının düzenlendiği madde kapsamında ele alınması sebebiyle bireysel başvuru yoluna konu edilebiliyor oluşu yukarıdaki başlıklarda açıklanmıştı. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile AİHS'in 8. maddesi arasında kurulan bu bağlantı, AYM'nin bireysel başvuru kararlarında AİHM kararlarına atıf yapılmak suretiyle sık sık vurgulanmaktadır. Ayrıca kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına yapılan müdahalelerin meşruluğu da AİHM içtihatlarıyla ortaya konulan haklılık kriterleri ile belirlenmektedir.

AYM, AY'da var olan hakların içeriğini, AİHS ve AİHM pratiği ile genişletmekte, bazı ilkeler ile de hakkın korunmasını sağlamaktadır. AYM, bireysel başvurunun koruma alanını tespit ederken, sözleşmenin AİHM tarafından geliştirilen yorumlarına göre hareket etmektedir.⁵¹² Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı da özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı ile ilgili görülerek onun içerisinde incelenmektedir.

AİHM, AİHS'in ifade özgürlüğü ile ilgili olan Chauvy/Fransa davasında, yayımlanan bir kitap nedeniyle kişinin etkilenen itibarının özel hayata saygı hakkı çerçevesinde korunduğunu ve ifade özgürlüğü ile dengelenmesi gerektiğini söylemiştir.⁵¹³ AİHM Büyük Dairesi, ifade özgürlüğünün ve özel yaşama saygı hakkının dengelenmesi esnasında dikkate aldığı faktörleri Axel Springer/Almanya kararında⁵¹⁴ özetlemiştir: i) ifadenin genel yararlar ile ilgili tartışmaya katkısı, ii) ilgili kişinin ne kadar meşhur olduğu ve haberin konusunun ne olduğu, iii) ilgili kişinin yayından önceki davranışı, iv) bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu, v) yayının

⁵¹² İsmail Köküarı, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:2016, Cilt:33, ss.304-306.

⁵¹³ Doğru ve Nalbant, Cilt:II, s.41.

⁵¹⁴ AİHM K.T.07.02.2012, 39954/08, **Axel Springer AG. – Almanya kararı**, para.90-95, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018)

içeriği, biçimi ve sonuçları, vi) ifadeye uygulanan yaptırımın ağırlığı.⁵¹⁵ AİHM Büyük Daire'si tarafından özetlenen dengeleme faktörlerine AYM kararlarında⁵¹⁶ atıf yapılarak başkalarının ifade özgürlüğü kapsamındaki yazı ya da sözlerinin kişinin şeref ve itibarının korunması hakkı ile maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirmesi hakkına müdahale oluşturup oluşturmadığı belirlenmiştir. AYM şeref ve itibarın korunması hakkına bir başkasının ifade özgürlüğünün müdahale oluşturup oluşturmadığına karar verirken AİHM'in dengeleme faktörlerini uygulamıştır.

AİHM'in Pfeifer/Avusturya kararında⁵¹⁷ da, bir kimsenin kendi itibarının korunmasını isteme hakkı, AİHS 8. madde kapsamında o kişinin manevi bütünlüğünün ve özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak görülmüştür.⁵¹⁸ Kişilerin şeref ve itibarlarının korunması talepli bireysel başvuru kararlarında AYM, AİHM'in Pfeifer/Avusturya kararına atıf yapmak suretiyle şeref ve itibarın kişinin manevi varlığı içinde yer aldığını ve kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturması sebebiyle özel yaşam kapsamına girdiğini belirtmektedir.

AİHM bir başka kararında,⁵¹⁹ üçüncü kişiler tarafından kişinin şeref ve itibarına yönelik saldırının, belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olmasını ve kişinin şeref ve itibarının korunması hakkından kişisel olarak yararlanmasına zarar verici nitelikte olmasını da gözetmektedir. Saldırının belirli bir ağırlık düzeyine ulaşmış olması ve şeref ve itibarın korunması hakkı sahibinin haktan kişisel yararlanma durumunun zarar görmesini AYM de kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ihlalinin bulunup bulunmadığı incelemeleri esnasında irdelemektedir.

AİHM'e göre, kişinin taşıdığı ad, kişinin kimliğini saptamada hayati bir role sahip olduğundan ve bir aile ile bağını kurmanın bir aracı olduğundan kişinin özel ve aile yaşamını ilgilendirmektedir.⁵²⁰ AİHM soyadı hususunda, mesleki bağlamın yanı

⁵¹⁵ Doğru ve Nalbant, Cilt:II, s.43.

⁵¹⁶ AYM K.T. 08.05.2014, Başvuru No: 2013/5356, **Sinem Hun başvurusu**, para.56, (06.06.2018)

⁵¹⁷ AİHM K.T. 15.11.2007, 12556/03, **Pfeifer – Avusturya kararı**, para.35, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018); Aynı yönde AİHM K.T.26.03.1985, 8978/80, **X ve Y – Hollanda kararı**, para.22, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018).

⁵¹⁸ Doğru ve Nalbant, Cilt:II, s.4.

⁵¹⁹ AİHM K.T.16.07.2013, 54997/08, **Mater – Türkiye başvurusu**, para.52, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018).

⁵²⁰ Doğru ve Nalbant, Cilt:II, s.25; AİHM K.T. 22.02.1994, 16213/90, **Burghartz – İsviçre kararı**, para.24, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018); AİHM K.T. 25.11.1994, 18131/91, **Stjerna – Finlandiya kararı**, para.37, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018); AİHM K.T. 16.12.1992, 13710/88, **Niemietz – Almanya kararı**, para.29, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018).

sıra, bireylerin özel ve aile yaşamında diğer insanlarla sosyal, kültürel ya da diğer türden ilişkiler kurabilmesi için önemli olduğunu, bireyleri dış dünyaya tanıtmada fonksiyonunu üstlendiğini belirtmiştir.⁵²¹ Hukukumuzda, kadının evlendikten sonra yalnızca kendi soyadını kullanabilmesine açıkça izin veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda AİHM önüne gelen davalarda,⁵²² soyadı kullanımı ile ilgili başvurular, AİHS'in 8. maddesinde yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelenmiştir. AİHM, kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesini, AİHS'in 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine de aykırı bulmuştur.

Kadının evlendikten sonra sadece kendi soyadını kullanması, kocanın soyadını kullanmak istememesi üzerine AYM önüne gelen bireysel başvuru kararında, AYM isim hakkını AİHM'in Burghartz/İsviçre⁵²³, Stjerna/Finlandiya⁵²⁴, Niemietz/Almanya kararlarına atıf yapmak suretiyle, kadının evlendikten sonra sadece kendi soyadını kullanabilmesini özel yaşama saygı hakkı bağlantısını kullanarak kişinin isim hakkını manevi varlığının bir parçası olarak yorumlamış ve başvuruyu kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı bağlamında değerlendirmiştir. AYM'nin kadının evlendikten sonra yalnızca kendi soyadını kullanabilmesine ilişkin vermiş olduğu bireysel başvuru kararlarına büyük

⁵²¹ **Burghartz – İsviçre kararı**, para.24; **Stjerna – Finlandiya kararı**, para.37; **Niemietz – Almanya kararı**, para.29.

⁵²² AİHM K.T. 16.11.2004, 29865/96, **Ünal Tekeli – Türkiye kararı**, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018); AİHM K.T.28.05.2013, 7971/07, **Leventoğlu Abdulkadiroğlu - Türkiye kararı**, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018); AİHM K.T. 03.10.2013, 26268/08, **Tuncer Güneş – Türkiye kararı**, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018); AİHM K.T. 10.12.2013, 38249/09, **Tanbay Tüten – Türkiye kararı**, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018).

⁵²³ Bu davaya konu olan olayda kadın yasa gereği aile soyadı olarak erkeğin soyadını aldıktan sonra kendi soyadını kullanmaya devam edebildiği halde, erkek yasa gereği aile soyadının ardından kadının soyadını (tercih ettikleri aile soyadını) kullanamıyordu. Mahkeme, Avrupa'da cinsiyet eşitliği yönündeki eğilimi kaydederek, olaydaki bu farklı muamelenin objektif ve makul haklı bir sebebinin bulunmadığı sonucuna varmıştır. (Doğru ve Nalbant, Cilt:II, s.27)

⁵²⁴ AİHM bu davada başvurunun mevcut soyadının heceleme ve telaffuz güçlüğü yarattığı gerekçesiyle değiştirme talebinin reddedilmesini, AİHS. 8. maddenin ihlali olarak görmemiştir. Mahkemeye göre, ülkeler ve dil bölgeleri arasında insanların hareketliliğinin giderek arttığı günümüzde, başvurunun yaşadığını iddia ettiği güçlüğü Avrupa'daki çok sayıda insanın yaşadığı güçlükten daha ağır bir güçlük olduğu söylenemez. Aynı davada Mahkeme, başvurunun mevcut soyadını, son olarak yaklaşık 200 yıl kadar önce ölmüş atası tarafından kullanılmış soyadıyla değiştirilmesi talebinin reddedilmesini de, AİHS. 8. maddenin ihlali olarak görmemiştir. Öte yandan başvuru, kendisine yeni bir soyadı almak veya kullanılmayan bir soyadıyla kendini ifade etmek gibi çok çeşitli imkâna sahiptir. Bu çerçevede Finlandiya makamlarının başvurunun soyadını değiştirme talebini reddetmeleri nedeniyle özel yaşama saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmak gerekir. (Doğru ve Nalbant, Cilt:II, s.27)

ölçüde etki eden AİHM kararı olarak Ünal Tekeli/Türkiye⁵²⁵ kararında, aile birliği adına, evli kadına kocasının soyadını taşıma yükümlülüğü getirmenin, kadın önceki soyadını kocasının soyadı önüne koyabilse dahi, objektif, makul ve haklı bir sebebi olmadığı, bireylerin kendi seçtiği hak ile değerli ve onurlu bir şekilde yaşamalarının sağlanması gerektiğini belirtmiştir.⁵²⁶

AİHM Dadouch/Malta, Daroczy/Macaristan, Güzel Erdagöz/Türkiye kararlarında⁵²⁷, isim hakkı gibi kişisel durum sicilinde yer alan bilgilerde düzenleme ve değişiklik yapılması talebini içeren başvuruları da AİHS'in 8. maddesi kapsamında değerlendirmiştir.⁵²⁸ AYM de, AİHM'in işbu değerlendirmesi ışığında cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkını kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Cinsiyet değişikliğine ilişkin olarak AİHM'in Türkiye aleyhine ihlal kararı vermiş olduğu Y.Y./Türkiye kararında,⁵²⁹ biyolojik cinsiyeti kadın olan başvurunun, cinsiyet değişikliği talebinin mahkemece TMK'nun 40. maddesinde yer alan şartlardan üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olmak şartını taşınamaması sebebiyle reddedilmesini başvurunun cinsel kimliği ve maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı üzerindeki olumsuz sonuçları nedeniyle AİHS'in 8. maddesinde korunan özel hayatına saygı hakkına müdahale olarak değerlendirmiştir.⁵³⁰ AİHM kısırlaştırmanın insanların başlıca bedensel fonksiyonlarından birine dayanması nedeniyle fiziksel ve zihinsel varlığının yanı sıra duygusal, ruhsal ve ailevi yaşamı da dâhil olmak üzere kişinin bütünlüğünün birçok yönü üzerine etki ettiğini ifade etmiştir.⁵³¹ AİHM'in Y.Y./Türkiye kararı sonrasında AYM'nin cinsiyet değişikliği konusunda itiraz yolu üzerine verdiği iki karardan

⁵²⁵ AİHM K.T.16.11.2004, 29865/96, **Ünal Tekeli/Türkiye kararı**, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018).

⁵²⁶ Doğru ve Nalbant, Cilt:II, s.28.

⁵²⁷ AİHM K.T. 20.07.2010, 38816/07, **Dadouch/Malta kararı**; AİHM K.T. 01.07.2008, 44378/05, **Daroczy/Macaristan kararı**; AİHM K.T. 21.10.2008, 37483/02, **Güzel Erdagöz/Türkiye kararı**, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018).

⁵²⁸ Ümit Kılınç, "İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Korunması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:2010, Sayı:89, ss.249,250.

⁵²⁹ AİHM K.T.10.03.2015, 14793/08, **Y.Y. – Türkiye kararı**, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018).

⁵³⁰ Yeşim M. Atamer ve Z. Damla Taşkın, "Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri", **Yargıtay Dergisi**, Yıl:2016, Cilt:42, Sayı:4, s.733.

⁵³¹ AYM K.T. 12.06.2018, Başvuru No:2015/13077, **M.K. Başvurusu**, para.35, (26.07.2018)

ikincisinde anılan AİHM kararının olumlu etki ettiğini ve AİHM kararı yönünde karar verildiği görülmüştür.⁵³²

Bireyin vücut bütünlüğüne ilişkin yapılan tıbbi müdahalelerle ilgili olarak AİHM'in vermiş olduğu Trocellier/Fransa, Şerif Gecekuşu/Türkiye, Besen/Türkiye, V.C./Slovakya kararlarında⁵³³ bireylerin kendilerine uygulanacak tıbbi tedavinin seçimine katılmaları, tedavi sonucunda oluşacak veya oluşabilme ihtimali olan riskler konusunda bilgilendirilme ve tedaviye başlanması için rızalarının alınması hususları AİHS 8. madde kapsamında değerlendirilmiştir. Bunun yanında bireylere uygulanacak tıbbi müdahaleler için yapılacak bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında, hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığının da tanınması gerektiği vurgulanmıştır. AYM, incelediği bireysel başvurularda, AİHM kararlarında tıbbi müdahalelere ilişkin sayılan gerekliliklerin yerine getirilmemesi halinde kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermektedir.⁵³⁴

Bazen de kişi, kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleyi reddeder. Kişinin tıbbi müdahaleyi ret hakkı kapsamında müdahaleler AİHM içtihatlarına da yansımıştır. Bu kapsamda *“kişinin alkollü olup olmadığına yönelik kan ve nefes testleri, babalığın tespitine yönelik tahliller, suç faillerinin tespitine yönelik kan ve tükürük örneği temini, bulaşıcı hastalık riskine karşı yapılan kan testleri ve alınan röntgenler, jinekolojik muayene, psikiyatrik muayene ve tedavi, fiziksel tedavi ve ilaç tedavisi gibi kişiye rızası olmaksızın uygulanan tıbbi muameleler, fiziksel ve ruhsal özerkliğe bir müdahale olarak”* değerlendirilmiştir.⁵³⁵ AİHM, benzer kararlarında, fiziksel ve ruhsal bütünlüğün özel yaşamın en mahrem ve sıkı koruma gerektiren yönünü

⁵³² Cinsiyet değişikliğine ilişkin AYM'nin itiraz yolu üzerine verdiği kararlar ikinci bölümde iptal davası-itiraz yolu üzerine verilen kararlar başlığı altında incelenecektir.

⁵³³ AİHM K.T. 05.10.2006, 75725/01, **Trocellier – Fransa kararı**; AİHM K.T. 25.05.2010, 28870/05, **Şerif Gecekuşu- Türkiye kararı**; AİHM K.T. 19.06.2012, 48915/09, **Besen – Türkiye kararı**, para.43,44; AİHM K.T. 08.11.2011, 18968/07, **V.C. – Slovakya kararı**, para.105 ve 112, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018).

⁵³⁴ Uygulanan tıbbi müdahale sonuçları ve muhtemel riskleri konusunda tamamen bilgilendirilmeme sebebiyle kişinin maddi manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine ilişkin, Bkz. AYM K.T. 15.10.2015, Başvuru No: 2013/2084, **Ahmet Acartürk başvurusu**, (06.06.2018).

⁵³⁵ AİHM K.T. 05.01.2006, 32352/02, **Schmidt - Almanya kararı**; AİHM K.T. 13.12.1979, 8278/78, **X. – Avusturya kararı**, para.4; AİHM K.T. 09.03.2004, 61827/00, **Glass - Birleşik Krallık kararı**, para.70; AİHM K.T. 22.07.2003, 24209/94 **Y.F. - Türkiye kararı**, para.34, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018)

oluşturduğunu ve zorunlu tıbbi müdahalelerin -söz konusu müdahalenin boyutu ne kadar küçük olursa olsun- belirtilen hakka müdahale teşkil edeceğini belirtmiştir.⁵³⁶

AIHM çevresel meseleleri de, çevresel rahatsızlığın devletin veya özel kişilerin faaliyetleri sonucunda oluşması arasında bir ayırım gözetilmeksizin AIHS 8. madde kapsamında güvence altına alınan hukuksal çıkarlarla bağlantı kurulmak suretiyle incelemektedir. AIHM kararlarında,⁵³⁷ çevresel kirlilik, özel yaşamın nitelik ve kalitesini veya kişinin konutunu keyif alarak kullanma şeklindeki hukuksal çıkarını olumsuz etkiliyorsa; özel yaşam kavramı ile sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı arasında bir bağ kurularak uyumsuzlukları çözümlenmeye çalışmaktadır. Çevresel sorunlarla ilgili genel meseleler, AIHM'in Ivan Atanasov/Bulgaristan kararında⁵³⁸ AIHS ve ek protokoller tarafından güvence altına alınan haklar arasında doğanın korunması gibi bir hak yer almasa da devletin AIHS'in 8. maddesinden kaynaklanan yükümlülüklerinin başvuru konutu veya özel veya aile yaşamı arasında doğrudan ve yakın bir bağ bulunması halinde doğacağına ve şikâyet edilen çevresel kirliliğin, başvuru konutundaki huzurunun ve özel yaşam kalitesinin yeterli ölçüde olumsuz etkilenip etkilenmediğinin tespit edilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir.⁵³⁹

AIHM'in Lopez Ostra/İspanya kararında, *"Ağır çevresel kirlilik, bireylerin sağlığını tehlikeye atmaksızın esenliklerini etkileyebilir ve özel ve aile yaşamlarını olumsuz etkileyecek şekilde konutlarından yararlanmalarını engelleyebilir."* denilmiştir.⁵⁴⁰ Fadeyeva/Rusya kararında⁵⁴¹ ise, mahkeme çevresel kirliliğin AIHS 8. madde bakımından bir sorun doğurması için, başvuru konutunu, özel veya aile yaşamını doğrudan etkilemesi ve olumsuz etkilerin asgari bir düzeye ulaşması gerektiğini belirtmiştir. Bahsedilen asgari düzeyin belirlenmesinin, göreceli olduğunu ve rahatsızlığın yoğunluğu ve süresi ile fiziksel veya zihinsel etkileri gibi olayın

⁵³⁶ AIHM K.T. 22.07.2003, 24209/94 **Y.F. - Türkiye kararı**, para.33; AIHM K.T. 15.03.2012, 24429/03, **Solomakhin/Ukrayna kararı**, para.33, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018)

⁵³⁷ AIHM K.T. 21.02.1990, 9310/81, **Powell ve Rayner - Birleşik Krallık kararı**; AIHM K.T. 02.07.2003, 36022/97, **Hatton ve diğerleri - Birleşik Krallık kararı**; AIHM K.T. 09.12.1994, 16798/90, **Lopez Ostra - İspanya kararı**, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018)

⁵³⁸ AIHM K.T. 02.12.2010, 12853/03, **Ivan Atanasov - Bulgaristan kararı**, para.66-75, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018)

⁵³⁹ Doğru ve Nalbant, Cilt:II, ss.55,56.

⁵⁴⁰ **Lopez Ostra - İspanya kararı**, para.51.

⁵⁴¹ AIHM K.T. 09.06.2005, 55723/00, **Fadeyeva - Rusya kararı**, para.68-70, <https://hudoc.echr.coe.int> (06.06.2018).

içinde bulunduğu bütün koşullara bağlı bulunduğu dile getirilmiştir.⁵⁴² AİHM , bir çevresel kirliliğin ya da çevredeki bozukluğun, AİHS 8. maddesi olan bireyin özel hayatına saygı hakkı kapsamında incelenebilmesi için, kirliliğin ya da bozukluğun kişinin yaşadığı yeri, fiziksel ve bedensel bütünlüğünü belirli bir asgari düzeyde etkiliyor olması ve bu etkinin de doğrudan olmasını aramaktadır. AİHM, AİHS'in 8. maddesinin uygulanabilmesi için mutlaka başvuruların yaşamları bakımından ağır bir tehlike halinin varlığını gerekli görmemekte; ilgililerin sağlığını ve özel ve aile yaşamlarını etkileyecek biçimde meskenlerinden yararlanmalarını ciddi tehlikeye atabilecek ağır çevre ihlallerinin varlığını madde uygulaması bakımından yeterli saymaktadır.⁵⁴³ AİHM'in çevre kirliliği ile bireyin özel yaşamı arasında kurduğu bu ilişki, AYM'nin bireysel başvuru kararlarında çevre kirliliği ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı arasındaki ilişkiyi de açıklamaktadır. AYM, kararlarında çevrede meydana gelen değişiklikler, bozukluklar ya da kirlilik sebebiyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilip edilmediğini incelerken; AİHM'in irdelediği asgari düzeyde ve doğrudan etki kriterleri üzerinden inceleme yapılmaktadır. Asgari düzeyde kişinin yaşadığı yeri, fiziksel ve bedensel bütünlüğünü etkilemeyen, kişinin maddi ve manevi varlığına doğrudan etkide bulunmayan çevresel olumsuzluklar, genel olarak çevrenin bozulmasına sebebiyet verse dahi, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal etmemektedir.

Çevresel meselelerin AİHM nezdindeki diğer boyutu ise, usul boyutu bağlamında çevresel bilgi edinme hakkı, çevresel karar alma süreçlerine katılım hakkı ve çevresel konularda yargısal yollara başvurma hakkı şeklindeki usule ilişkin güvencelerdir. AİHM, ulusal makamlarca tesis edilen işlemlerde uygulanan karar alma sürecinde, bireylerin menfaatlerinin usule uygun olarak dikkate alınıp alınmadığını inceleyebilir.⁵⁴⁴ Taşkın ve Diğerleri/Türkiye davasında, AİHM başvurucuların çevresel karar alma süreçlerine katılım haklarını içerir usuli güvencelerinin Bakanlar Kurulu tarafından verilen ve kamuya açıklanmayan bir karar neticesinde ortadan kaldırıldığından bahisle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁵⁴² Doğru ve Nalbant, Cilt:II, ss.56,57.

⁵⁴³ **Lopez Ostra – İspanya kararı**, para.51.

⁵⁴⁴ AİHM K.T. 10.11.2004, 46117/99, **Taşkın ve Diğerleri – Türkiye kararı**, para.115 ve devamı, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-67401> (06.06.2018)

Adil yargılanma, yaşam hakkı, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü gibi haklara ilişkin bireysel başvuru kararlarında AYM'nin inceleme tarzına, yorum metotlarını kullanmasına bakıldığında, genellikle hakların AİHM kararlarında tespit edilen unsurları ve içerikleri üzerinden, bazen ise sadece AY'daki maddelerin içerikleri üzerinden, detaylı bir inceleme yaptığı görülmektedir. AYM hakkın ihlali halinde neden ihlal edildiğini detaylı bir şekilde ortaya koyarak, hakların pratikte korunması veya gerçekleştirilmesi için etkili bir koruma yöntemi kullanmaya çalışmaktadır.⁵⁴⁵

II. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKI İLE İLGİLİ ÖRNEK KARARLARI

A. Bireysel Başvuru Kararları

1. Zorunlu Aşı Uygulamalarına İlişkin Kararlar

Ülkemizde yeni doğan her bebeğe aşı ile korunması mümkün olan hastalıkların oluşmasını engellemek, dolayısıyla bu hastalıklardan kaynaklanan ölümlerin ve sakatlıkların önüne geçmek amacıyla T.C. Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 2008/14 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı (GBP).⁵⁴⁶ konulu genelgesinde belirtilen çocukluk dönemi aşı takvimi gereği doğumdan itibaren ilk 72 saat içerisinde, akabinde ikişer haftalık aralıklarla ve altı aylık aralıklarla olmak üzere belirli hastalıklara yönelik aşı uygulaması yapılması öngörülmüştür. Anılan genelgede, aşı uygulamaları için genel kurallar çerçevesinde sağlık kurumuna herhangi bir nedenle başvuran başta bebek, çocuk ve gebeler olmak üzere tüm bireylerin aşılama durumunun kontrol edileceği, aşı takvimine göre aşılama gerekenlerin ve eksik aşıların tespit edilerek aşılama için her fırsatın

⁵⁴⁵ Köküsarı, ss.317,318.

⁵⁴⁶ Genişletilmiş Bağışıklama Programı, T.C. Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık hizmetleri genel Müdürlüğü'nün 2008/14 sayılı genelgesinde, *“Boğmaca, Difteri, Tetanoz, Kızamık, Kızamıkçık, Kabakulak, Tüberküloz, Poliomyelit, Hepatit B ve Hemofilus influenza tip b'ye bağlı hastalıkların morbidite ve mortalitesini azaltarak, bu hastalıkları kontrol altına almak ve hatta tamamen ortadan kaldırmak amacı ile hassas yaş gruplarına enfeksiyona yakalanmalarından önce ulaşım bağışıklanmalarını sağlamak için yapılan aşılama hizmetlerini içerir.”* şeklinde ifade edilmiştir. <https://dosyasb.saglik.gov.tr/Eklenti/1117,gbpge2008pdf.pdf> (07.06.2018)

değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Sağlık Bakanlığı'nın GBP ile zorunlu aşı uygulamalarını desteklediği ve uygulanmasını takip ettiği görülmektedir.

Aşı, birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için vücuda verilen, o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik⁵⁴⁷ olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla zorunlu aşı uygulaması ile aslında bireyin rızası alınmaksızın vücuduna dışarıdan müdahalede bulunmaktadır. Zorunlu aşı uygulamaları haricinde T.C. Sağlık Bakanlığı, Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü'nün Yenidoğan Tarama Programı kapsamında, yeni doğan her bebeğe, ileride bebeğin bedensel ve zihinsel gelişimini bozarak, yaşam kalitesini etkileyebilecek olan rahatsızlıkların erken teşhisini sağlayarak tedavi etmek amacıyla topuktan kan almak suretiyle yenidoğan tarama testleri uygulanmaktadır. Bakıldığında yeni doğan bebekten topuk kanı alınması uygulaması da esasen bebeğin vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturmaktadır.

Zorunlu aşı uygulamaları ve yenidoğan tarama testi kapsamında topuk kanı uygulamaları, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına müdahale oluşturduğu iddiası ile AYM'nin önüne gelmiştir. İlk olarak velayet altında bulunan başvurucuya bebeklik dönemi aşılarının uygulanması ebeveyn tarafından kabul edilmediği hâlde bu hususta yerel mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesinin maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiği iddiası ile AYM'ye başvurulmuştur.

Halime Sare Aysal⁵⁴⁸ başvurusunda, anne baba tarafından yeni doğan bebeklerine zorunlu aşı uygulamasının yaptırılması hususunda rıza gösterilmemesi üzerine, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK.) 5. maddesinin birinci fıkrasının d bendi⁵⁴⁹ uyarınca, yerel mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmiştir. Sağlık tedbiri uygulanmasına ilişkin karara karşı itirazlarının da reddedilmesi üzerine bireysel başvuruda bulunulmuştur.

⁵⁴⁷ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (07.06.2018)

⁵⁴⁸ AYM K.T. 11.11.2015, Başvuru No:2013/1789, **Halime Sare Aysal başvurusu**, (07.06.2018)

⁵⁴⁹ 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi: "Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına yönelik tedbirdir." şeklinde tanımlanmıştır.

Bakanlık görüş yazısında, zorunlu aşı uygulamasının çocukları ve toplum sağlığını korumak meşru amacıyla yapıldığı ve karşılaşılması muhtemel hastalıklara karşı bir önlem niteliğinde gerekli bir şekilde yapıldığını belirtmiştir.⁵⁵⁰

AY'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*” denilmektedir. AYM somut uyuşmazlıkta başvurucuya bebeklik aşısının uygulanması, bu konuda uygulamaya yönelik sağlık tedbiri kararı verilmesinin kişinin vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir.⁵⁵¹ Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının düzenlendiği 17. maddede özel sınırlandırma sebebi yer almadığından hakka yapılan müdahalelerin AY 13. maddesindeki güvence ölçütlerine uygun olması gerektiği belirtilip; müdahalenin haklılık kriterlerinin somut uyuşmazlıkta uygulanıp uygulanmadığını incelenmiştir. AYM kararında müdahalenin her ne kadar AY 13. maddesinde yer alan güvence ölçütlerine uygun olması gerektiği belirtilmiş ise de kararda, hakkın özü, ölçülülük ilkesi, demokratik toplum düzeninde gereklilik ölçütlerinin denetimi açıkça yapılmamış; AİHM'in kararlarında uyguladığı müdahalede haklılık kriterleri irdelenmekle yetinilmiştir. AYM tarafından kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına yapılan müdahale “ÇKK.’nın 5. maddesinin birinci fıkrasının d bendi uyarınca verilen sağlık tedbiri kararı”dır. AYM öncelikle müdahalenin kanuni bir temelinin bulunup bulunmadığını incelemiştir.

Kanunilik kriteri konusunda AYM müdahalenin kanuni dayanağının bulunması gerektiğini belirtmiştir. AYM’ye göre müdahalenin kanunilik şartını sağlıyor olması için; kanuni bir dayanağı bulunmalı, bu kanuni dayanak, herkes tarafından erişilebilen, öngörülebilir kesin bir dayanak olmalıdır.

Zorunlu aşı uygulamasının kanuni dayanağı ÇKK.’nın 5. maddesinin birinci fıkrasının d bendine dayanılarak verilen sağlık tedbiri kararıdır. AYM; tıbbi

⁵⁵⁰ **Halime Sare Aysal başvurusu**, para.40.

⁵⁵¹ Vücut bütünlüğüne müdahale teşkil eden zorunlu aşı uygulamaları ile ilgili olarak AİHM **Boffa ve diğerleri – San Marino ve Solomakhin - Ukrayna** (Boffa ve Diğerleri - San Marino, K.T. 15.01.1998, 26536/95, para.4; Solomakhin - Ukrayna, K.T. 15.03.2012, 24429/03, para. 33-38) davalarında, müdahale kanunilik şartını taşıyorsa, bireyin ve toplumun sağlığını korumaya ilişkin meşru amaç nazara alınarak yapılan dengelemede, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaat karşısında kamu sağlığının korunması şeklindeki menfaate üstünlük tanındığı ve söz konusu müdahalelerin özel hayata saygı hakkını ihlal etmediği şeklinde karar vermiştir.

müdahalenin türü ve kapsamı hakkında bir açıklamada bulunmaksızın genel olarak sağlık tedbirine hükmeden düzenlemenin doğan her çocuğa belirli bir yaş periyoduna bağlı olarak ve ebeveynin rızası hilafına, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının tatbiki yetkisi verdiği şeklinde yorumlanmaması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁵² Bu halde AYM tarafından ÇKK.'nın 5. maddesinin birinci fıkrasının d bendi kapsamında yer alan sağlık tedbirlerinin öngörülebilir olmaması sebebiyle kanunilik şartını taşımadığına ve müdahalenin başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁵⁵³

Zorunlu aşı uygulamalarına yönelik olarak AYM önüne gelen bir diğer başvuru, Esmâ Fatıma Kızılsu ve Rukiyye Erva Kızılsu başvurusudur.⁵⁵⁴ Bu başvuruda da, velayet altında bulunan başvurularda çocukluk dönemi aşılarının uygulanması ebeveyn tarafından kabul edilmediği halde bu hususta mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunulmuştur.⁵⁵⁵ AYM, kararında Halime Sare Aysal başvurusuna atıf yapılmak suretiyle fiziksel ve ruhsal bütünlüğün kişinin özel yaşamı kapsamında olduğu, zorunlu aşı uygulamasının kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına müdahale teşkil ettiği, anılan sağlık tedbirinin öngörülebilir olmaması sebebiyle kanunilik şartını taşımadığına ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵⁵⁶

⁵⁵² **Halime Sare Aysal başvurusu**, para.68.

⁵⁵³ Karşı oy gerekçesinde, önleyici mahiyetteki genel ve zorunlu aşı uygulamasının yasal dayanağının bulunmadığı, belirlilik ilkesinin yokluğu nedeniyle kanunilik şartının gerçekleşmediği yolundaki değerlendirmeye 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun (UHK) 57. maddesinde sayılan hastalıklar açısından bu hastalıklarla ilgili olarak yine anılan kanunun 72. maddesinde bulaşıcı ve salgın hastalıklardan birinin meydana gelmesinden şüphelenildiğinde veya hastalık meydana geldiğinde alınacak tedbirler arasında aşı tatbikinin sayılması sebebiyle; anılan kanunun 64. maddesinde de 57. maddede sayılmayan hastalıklar açısından da 72. maddede yer alan aşı uygulamasının gerçekleştirilebilmesinin zorunlu aşı uygulamasının kanuni dayanağını oluşturduğu ifade edilmiş ve açıklanan nedenlerle zorunlu aşı uygulamasının hukuka uygun olduğu belirtmiştir.

⁵⁵⁴ AYM K.T. 23.03.2016, Başvuru No: 2013/7246, **Esmâ Fatıma Kızılsu ve Rukiyye Erva Kızılsu başvurusu**, (07.06.2018)

⁵⁵⁵ **Esmâ Fatıma Kızılsu ve Rukiyye Erva Kızılsu başvurusu**, para.1.

⁵⁵⁶ AYM kararında, UHK'nun 57. maddesinde sayılan hastalıklar açısından 72. maddede aşı uygulanabilmesini, T.C. Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 2008/14 sayılı GBP. konulu genelge kapsamında verilen aşı türleri ile 57. maddede sayılan hastalıklar için 72. maddede uygulanması verilen aşı türlerinin örtüşmediği ve UHK'nun anılan maddelerinde bahsedilen aşı türlerinin de başvurucuya verilen aşı türünü kapsamadığından bahisle UHK'nun ilgili maddelerini müdahalenin kanuni dayanağı saymayarak, içeriksel ve maddi bir ayrıma gittiğini söyleyebiliriz.

AYM zorunlu aşı uygulamalarını AY'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan tıbbi zorunluluk hali kapsamında görmemiştir. AYM'ye göre tıbbi zorunluluk, hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı ancak müdahalede bulunulmaması durumunda telafisi güç zararların doğacağı ve çoğu zaman hastanın yaşamını yitirmesinin söz konusu olacağı durumlarda mümkündür.⁵⁵⁷

Son olarak AYM zorunlu aşı uygulamalarını Muhammet Ali Bayram başvurusunda⁵⁵⁸ değerlendirmiştir.⁵⁵⁹ Bu kararda Halime Sare Aysal ile Esmâ Fatıma Kızılsu ve Rukiyye Erva Kızılsu kararlarından farklı olarak zorunlu aşı uygulamasının yanında topuk kanı alınmasına ilişkin müdahale açısından da kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddia edilmiştir. Muhammet Ali Bayram başvurusunda da AYM, Halime Sare Aysal ve Esmâ Fatıma Kızılsu ile Rukiyye Erva Kızılsu başvurularında olduğu gibi zorunlu aşı uygulaması açısından aynı gerekçelerle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

Muhammet Ali Bayram başvurusu, AYM'nin topuk kanı alınmasının ihlal oluşturup oluşturmadığı konusunda yaptığı değerlendirme açısından önem arz etmektedir. AYM topuk kanı alınmasını da zorunlu aşı uygulamaları gibi kişinin vücut bütünlüğüne bir müdahale olarak görmüş, bu müdahalenin de ÇKK.'nın 5. maddesinin birinci fıkrasının d bendi kapsamında olduğu ve öngörülebilirlik niteliğini taşımadığını belirtmiştir. Topuk kanı alınmasının kanuni temeli olarak 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun (SHTK.) 3. maddesinin (I) bendinde yer alan, engelli çocuk doğumlarının önlenmesi için gebelik öncesi ve gebelik döneminde tıbbi ve eğitsel çalışmalar yapılması ve yeni doğan bebeklerin

⁵⁵⁷ **Muhammet Ali Bayram başvurusu**, para.57; **Halime Sare Aysal başvurusu**, para.56; **Esmâ Fatıma Kızılsu ve Rukiyye Erva Kızılsu başvurusu**, para.60.

⁵⁵⁸ AYM K.T. 29.06.2016, Başvuru No:2014/4077, **Muhammet Ali Bayram başvurusu**, (07.06.2018)

⁵⁵⁹ Muhammet Ali Bayram başvurusundan sonra AYM'nin zorunlu aşı uygulaması sonrasında hastalık geçirildiği ve maddi manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali iddiası ile Mehdiye Doğan ve Ömer Doğan başvurusu (AYM K.T. 04.10.2017, Başvuru No:2014/7264, <https://kararlarbilgibankasi.Anayasa.gov.tr/BB/2014/7264> (07.06.2018) yapılmış olup, bu başvuruda AYM başvurucular tarafından hukuk sisteminde mevcut idari ve yargısal yolları tüketmeksizin bireysel başvuruda bulunduklarından bahisle esasa girmeden usul incelemesi ile kabul edilmezlik kararı vermiştir. Şayet anılan başvuru usuli inceleme neticesinde kabul edilebilir bir başvuru olsa idi; dosyanın esasının incelenmesi sonucunda zorunlu aşı uygulamaları sebebiyle bireyin vücut bütünlüğü üzerinde meydana gelen zarar hakkında AYM'nin nasıl yol izlediğini açıklayan bir karar olabilirdi. Ancak bu güne değin zorunlu aşı uygulamaları sebebiyle vücut bütünlüğü üzerinde meydana gelen zarara ilişkin AYM'nin vermiş olduğu bireysel başvuru kararı bulunmamaktadır.

metabolizma hastalıkları için gerekli olan testlerden geçirilerek risk taşıyanların belirlenmesine ilişkin tedbirlerin alınması ibaresini yenidoğanlar üzerinde bazı tıbbi testlerin yapılması ve gerekli tedbirlerin alınması hususunda ilgili idareye yetki verildiği şeklinde yorumlamıştır. Zorunlu topuk kanı uygulamasına ilişkin esas ve usulleri ayrıntılı olarak düzenleyen 2006/130 sayılı ve Neonatal Tarama Programı konulu Genelge⁵⁶⁰ ile 2014/7 sayılı ve Yeni Doğan Tarama Programı konulu Genelge'nin⁵⁶¹ de belirtilen hükümler kapsamında tanzim edildiği belirtilmiştir.⁵⁶² Dolayısıyla AYM'ye göre, anılan genelgeler ve SHTK.'nın 3. maddesinin (1) bendinin müdahalenin kanunilik unsurunu oluşturduğu belirtilmiştir. Topuk kanı alınması uygulamasının aynı zamanda çocukların ve kamu sağlığının korunması meşru amacı ile yapıldığı ifade edilmiştir. Son olarak AYM topuk kanı alınması ile başvurunun vücut bütünlüğüne yapılan müdahalenin başvurunun bireysel yararı ile müdahaleden beklenen kamu yararı arasında adil bir denge gözetip gözetmediği yani demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığı konusunda; müdahalenin insan yaşamında bir kereye mahsus yapıldığı, müdahaleye ilişkin uygulama detaylarının ve uygulayıcı personelin görevlerinin detaylı olarak genelgeler ile açıklandığı ve müdahale sebebiyle başvuru tarafından bir sağlık sorunu yaşandığı da belirtilmediğinden müdahalenin ölçülü ve orantılı olduğu, bütünüyle hukuka uygun olup kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal etmediğine karar verilmiştir.

Zorunlu aşı uygulamaları ve topuk kanı alınması uygulamalarına ilişkin olarak, AYM'nin müdahalenin varlığı, müdahalenin haklı olup olmadığına ilişkin kanunilik kriterini taşıyıp taşımadığı, meşru bir amaca hizmet edip etmediği ve müdahalenin ölçülü ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirilmiştir. İhlalin varlığı konusunda yapılan kanuni düzenlemelerin detaylı ve müdahalenin içeriğini ve sonucunu tam olarak karşılar şekilde ve kişiler tarafından öngörülebilir ve ulaşılabilir olması gerekliliğinin altı çizilmiştir. Türkiye, zorunlu bağışıklık kazandırma programlarının uygulanmasına rağmen programların

⁵⁶⁰ Genelgenin tam metni için, Bkz. <https://www.saglik.gov.tr/TR,11079/neonatal-tarama-programi-genelgesi-2006--130.html> (07.06.2018)

⁵⁶¹ Genelgenin tam metni için, Bkz. http://www.asm.gov.tr/UploadGenelDosyalar/Dosyalar/143/MEVZUAT/05_05_2014_10_21_58.pdf (07.06.2018)

⁵⁶² **Muhammet Ali Bayram başvurusu**, para.90.

uygulanması ile ilgili ayrıntıları ve aşılamanın reddedilmesinin yasal sonuçlarını belirten özel bir aşı kanununa sahip değildir.⁵⁶³ Kanımızca, zorunlu aşı uygulamaları hakkında kanun koyucu tarafından ayrıca bir kanun kabulü ile daha açık, erişilebilir, anlaşılabilir ve somut durumları karşılar düzenlemeler yapıldığı takdirde bu uygulamalar kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal etmeyecektir.

2. Soyada İlişkin Kararlar

Kadının soyadına ilişkin bireysel başvuru kararları, “Eşitlik İlkesi ile İlişkisi” başlığında eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle bahsedilmiş idi. Bu başlık altında da kadının evlendikten sonra da sadece kendi soyadını kullanabilmesine ilişkin AYM’ye yapılan bireysel başvurular ve AYM’nin konu ile ilgili tutumu genel hatlarıyla açıklanacaktır.

Soyadı hususunda bu noktada bir parantez açmak gerekirse, boşanma halinde müşterek çocuğun velayetinin annede kalması halinde çocuğun babanın soyadını kullanmak zorunda oluşu;⁵⁶⁴ annenin velayetini aldığı çocuğa kendi soyadını verememesi AYM önüne taşınmış,⁵⁶⁵ AYM bu davada her ne kadar soyadı değiştirme talepleri ile çocuğun ve kadının soyadı bağlamında AİHM içtihadına konu edildiği görülen soyadının; AİHS’in 8. maddesinin koruma alanında olduğunun, AYM tarafından da benzer konuların maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bağlamında değerlendirilse de, velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının başvuruçunun kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebi, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili görerek başvuruçunun aile hayatına saygı hakkının (AY 20. madde) ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁵⁶³ Ercan Avcı, “Çocukluk Dönemi Aşılarına İlişkin Karşılaştırmalı Bir Analiz: Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye”, **Liberal Perspektif: Analiz**, Özgürlük Araştırmaları Derneği, Yıl:2017, Sayı:9, s.22, http://ozgurlukarastirmalari.com/pdf/rapor/OAD_km6cahy.pdf (07.06.2018)

⁵⁶⁴ Soyadı Kanunu’nun 14.02.2012 tarih ve 28204 sayılı R.G.de yayımlanan, 08.12.2011 Karar günlü, 2010/119 Esas, 2011/165 Karar Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ile iptal edilen mülga 4. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesine göre evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alıyordu. İptal edilen hüküm, AYM’ce kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkından bahsedilmeksizin aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğinden bahisle iptal edilmiştir.

⁵⁶⁵ AYM K.T. 25.06.2015, Başvuru No:2013/3434, **Hayriye Özdemir başvurusu**, para.33,41, (07.06.2018); Aynı yönde, Bkz. AYM K.T. 11.11.2015, Başvuru No:2013/7979, **Gülbu Özgüler başvurusu**, (07.06.2018)

Müşterek çocuğun alacağı soyadının belirlenmesi hususunda kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından ele alınmamış bireyselliğin ötesinde bir bakış açısıyla öncelikle aile bağlarıyla ilgi göz önünde tutularak aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde incelenmiştir. Anılan ayırık durum dışında soyadı, kişinin manevi bir değeri olduğundan, AYM tarafından kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında ele alınmıştır.

Var olan soyadının evlilik sonrasında da aynen kullanmasının sürdürülmesi hakkı kişinin manevi varlığına dâhildir.⁵⁶⁶ Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile ilgili verilen bireysel başvuru kararlarında soyadının ele alındığı davalar, kadının evlendikten sonra kendi soyadını kullanmaya devam edememesine ilişkindir. Bu sorunun temelindeki hüküm, hukukumuzda hala geçerliliğini koruyan ve bireysel başvuru kararlarında kadının manevi varlığının korunması lehinde kararlar elde edilse dahi, uygulamada evlenen kadınların önüne bir sorun olarak çıkmaya devam eden TMK.’nın 187. maddesinde yer alan kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır hükmüdür. Maddeye ilişkin itiraz yolu üzerine verilen karar, iptal davası-itiraz üzerine verilen kararlar başlığı altında ayrıca değerlendirilecektir.

Evlendikten sonra sadece kendi soyadını kullanmak sureti ile hayatını idame ettirmek isteyen kadınlar, AYM’ye bireysel başvuruda bulunmuşlar ve bu konuda yapılan Sevim Akat Ekşi, Gülsim Genç ve Neşe Aslanbay Akbıyık kararlarında⁵⁶⁷ AYM, TMK.’nın 187. maddesinin kadının maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Kararlarda dikkat geçen noktalardan bazıları şunlardır; AYM kadının soyadı meselesini AİHS 8. maddede korunan özel hayata saygı hakkı ve AY’nın 17. maddesinin birinci fıkrasında korunan kişinin manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında incelemiştir. Soyadının kişinin manevi varlığı içerisinde yer aldığı belirtilmiştir.

⁵⁶⁶ Odabaşı Erbek, Özge, “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2017, Cilt:19, Sayı:1, s.72.

⁵⁶⁷ AYM K.T. 19.12.2013, Başvuru No:2013/2187, **Sevim Akat Ekşi başvurusu**, (14.05.2018); AYM K.T. 06.03.2014, Başvuru No:2013/4439, **Gülsim Genç başvurusu**, (14.05.2018); AYM K.T. 16.04.2015, Başvuru No:2014/5836, **Neşe Aslanbay Akbıyık başvurusu**, (14.05.2018); Kadının soyadı kullanımı konusunda bu davalar dışında AYM’ye Ayşe Sena Sezgin Arslan (K.T.15.04.2015, Başvuru No:2014/13367, **Ayşe Sena Sezgin Arslan başvurusu**, (09.06.2018)) başvurusu yapılmış olup, bu başvuruda başvurucu sadece ilgili idareye başvurmuş olup, ihlal iddiasına ilişkin olarak hukuk sisteminde yer alan başvuru yollarının başarı şansı bulunmayan yollar olduğu iddiası ile yerel mahkemelerde dava açmaksızın AYM’ye bireysel başvuru yoluna başvurduğundan, AYM bu hususta olağan kanun yollarının tüketilmediğinden bahisle kabul edilmezlik kararı vermiştir.

Kadının evlendikten sonra kendi soyadını kullanmasına devlet makamları tarafından müsaade edilmemesini kişinin manevi varlığının korunmasına bir müdahale olarak görmüştür. Kişinin manevi varlığının korunması hakkının sınırsız olmadığı, hakka müdahalenin de AY'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması maddesinde yer alan güvence ölçütlerine göre sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir.⁵⁶⁸ AYM, yaptığı değerlendirmede, her ne kadar hukukumuzda evli kadının evlendikten sonra da sadece kendi soyadını kullanmaya devam etmesi hususunda ayrıca ve açıkça bir hüküm bulunmasa da AİHM kararlarında kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini düzenleyen 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu kabul edildiğinden, kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan Sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, Sözleşme hükümlerinin esas alınması kuralı gereği (AY madde 90/5) soyadı kullanımına yönelik müdahalenin kanunilik kriterini taşımadığından bahisle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

3. Nüfus Kayıtlarına İlişkin Kararlar

Nüfus kayıtları şahsımıza münhasır kişisel veriler ve bilgileri içeren doğum tarihi, doğum yeri, anne ve baba adı, cinsiyet bilgisi, medeni durum bilgisi, kan grubu bilgisi, vatandaşlık kimlik numarası gibi bilgilerden oluşan ve devlet tarafından tutulan kayıtlar olup, kişinin maddi ve manevi varlığına dâhil olan bilgileri içermektedir.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun (NHK.) 1. maddesine göre, *“Kişinin doğumundan ölümüne kadar kişisel ve medeni durumuna, uyrukluğuna ve bunlarda meydana gelebilecek değişikliklere ait doğal ve hukuki olayların belirlenip*

⁵⁶⁸ AYM'nin temel hakka müdahale tespitinden sonra somut olaydaki müdahalenin yasal dayanağı, haklı sebebi ve demokratik bir toplumda gerekliliği üzerinde durması beklenirken; mahkemenin Anayasanın 13. maddesini hatırlatmasını ve evli kadının kendi soyadını taşıyamamasının yasal dayanağının sorgulanması üzerine yasal dayanak olan Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi ile AİHS. hükümlerine AY 90/5. maddesinden kaynaklanan geçerliliği tanıyarak kanunilik unsuru yönünden hukuka aykırı bulduğu ve dolayısıyla meşru amaç ve demokratik toplumdaki gereklilik kriterlerinin yanıtı bırakıldığı; ancak AYM'nin bu yoldan ilerlemek yerine yanıtı bırakılan sorulara yanıt bulması gerektiği hususunda Bkz. Erkan Duymaz, “Anayasa Mahkemesi'nin Soyadına İlişkin Kararları Üzerine Düşünceler”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Yıl:2014, Cilt:3, Sayı:5, s.49.

saptanması, bu amaçla düzenlenmiş kütüklere yazılması, elektronik ortamda ulusal adres veri tabanının oluşturulması, nüfus kayıtları ile adres bilgilerinin ilişkilendirilmesini sağlamaktır.” Anılan amaçla kabul edilen NHK ile nüfus hizmetleri yürütülmektedir. NHK’da nüfus kütüklerinin tutulması, nüfus kayıtlarının özellikleri, nüfus kayıtlarının değiştirilmesi, düzeltilmesi ve iptaline ilişkin esaslar düzenlenmiştir. NHK.’nın “Kayıt Düzeltilmesi” başlıklı 35. maddesine göre, nüfus kütüklerinin kayıtlarının düzeltilebilmesi için kesinleşmiş mahkeme kararı bulunmak zorundadır. Nüfus kayıtlarında düzeltme ve değişiklik yapılabilmesi için düzeltme isteyen kişi tarafından yahut ilgili nüfus müdürlüğünün göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından nüfus kaydı düzeltimi isteyen kişinin yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde nüfus kaydı düzeltme davası açılmak zorundadır. (NHK. md. 36) Nüfus kayıtlarına hatalı veya eksik olarak işlenen ya da yazılması gerekli iken hiç yazılmayan bilgiler veya mükerrer kayıtlar maddi hata kapsamında değerlendirilir ve maddi hatalar Nüfus Genel Müdürlüklerince düzeltilir veya tamamlanır. (NHK. md. 38)

Konu ile ilgili bireysel başvuru kararlarında, başvuruçular nüfus kayıtlarında yer alan bilgilerin değiştirilmesi ve düzeltilmesi taleplerinin mahkemelerce reddedilmesi üzerine maddi ve manevi varlıklarının korunması ve geliştirilmesi haklarının ihlal edildiğinden bahisle AYM’ye başvurmuşlardır.

İlk bireysel başvuru kararı olan B.U. kararında,⁵⁶⁹ vefat eden ağabeyinin nüfus kaydı üzerinden hayatını sürdüren başvuruçunun yerel mahkemede isim ve cinsiyet değişikliği yapılmıştır. Başvuruçunun bilahare doğum tarihi ve doğum yeri bilgilerinin gerçeğe aykırı olarak nüfus kayıtlarında yer alması sebebiyle değişiklik yapılması talebiyle yetkili devlet makamlarına başvurduğunda bu başvurusunun aynı konuya ilişkin olarak nüfus düzeltim davasının bir kere açılabilmesi ve başvuruçunun nüfus kaydının daha önceden işlem görmüş olması sebebiyle reddedilmiştir. Ret kararı üzerine, AYM önüne gelen başvuruda ad, soyadı, cinsiyet, doğum kaydı gibi kişilere ait kimlik bilgileri ve aile bağları ile ilgili bilgiler ve bunlarda değişiklik yapılmasını isteme hakkının vazgeçilmez, devredilmez, feragat edilmez ve kişiye sıkı surette bağlı kişilik hakları ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile ilgili olduğu belirtilmiştir.

⁵⁶⁹ AYM K.T. 06.01.2016, Başvuru No:2013/2414, **B.U. başvurusu**, (08.06.2018)

Kişinin kendi nüfus kaydında değişiklik yapılmasını isteme talebi NHK.'nın 36. maddesi uyarınca ilgili kişi tarafından nüfus düzelim davası açmak suretiyle mümkün olacaktır. Fakat bir başkasına ait nüfus kaydını kullanan kişi söz konusu ise bu halde Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin “Ölen Kardeşin Nüfus Kaydının Kullanıldığı İddiası” başlıklı 73. maddesi uyarınca böyle bir iddia halinde yetkili makamlarca yapılacak değerlendirme sonrasında gerekli işlemlerin yapılacağı belirtilmiştir. Yaş tashihi talepleri de dâhil olmak üzere nüfus kaydındaki unsurlarda değişiklik yapılmasına ilişkin talepler için yargısal başvuru yolu öngörülmekle birlikte kişinin kendisinden önce doğup ölen kardeşine ait nüfus kaydını kullandığı yolundaki iddiaya dayalı yaş tashihi talepleri için özel bir idari başvuru yolu öngörüldüğü anlaşılmaktadır.⁵⁷⁰

B.U. başvurusunda, AYM başvuru tarafından açılan yaş tashihi davasının, ölen ağabeyinin nüfus kaydının kullanılmasından mütevellit bir talep olduğu, mahkemece bu konuda bir değerlendirme yapılmaksızın davanın normal bir yaş tashihi davası olarak ele alınarak sonuçlandırıldığı ve başvuru talebinin sonucunu etkileyen temel iddiasının derece mahkemelerince değerlendirilmediği dikkate alındığında, karar gerekçelerinin maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı sebebiyle⁵⁷¹, başvuru maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesini sağlayan değerlerden olan doğum tarihi bilgisinin değiştirilmesini engelleyen yerel mahkeme kararının hakkı ihlal ettiğine karar vermiştir.

Nüfus kayıtlarına ilişkin olarak AYM önüne gelen Aslan Faruk Toprak başvurusu,⁵⁷² başvuru ismi düzeltim talebinin nüfus kaydının kapalı olduğu gerekçesiyle reddedilmesine ilişkindir. Bu davada, Almanya’da doğup orada yaşayan ve Alman nüfus kütüğünde “Aslan Toprak” ismi ile kayıtlı olan başvuru, aynı zamanda Türk nüfus kütüğüne de kaydolmuş; başvuru isminin Türk nüfus kütüğüne “Aslan Faruk Toprak” olarak kaydedilmiştir. Başvuru Türk eşinden olan müşterek çocuklarının Türk nüfus kütüğüne kayıt ettirmeleri esnasında baba adının Türk ve Alman kütüklerinde farklı olması sebebiyle, Türk nüfus kütüğüne kaydedilememesi sonunda başvuru, isim düzeltimi sebebi ile yerel mahkemede

⁵⁷⁰ B.U. başvurusu, para.42.

⁵⁷¹ B.U. başvurusu, para.49.

⁵⁷² AYM K.T. 24.03.2016, Başvuru No:2013/2957, **Aslan Faruk Toprak başvurusu**, (08.06.2018)

dava açmış ve yerel mahkeme tarafından işbu düzeltim talebi başvurusunun Türk vatandaşlığından çıktığı ve Türk nüfus kütüğünün kapatıldığı gerekçesi ile reddedilmiştir. Nüfus kütüğünün kapatılması işlemi sonucunda artık o kütük üzerinde değişiklik yapılamayacağı kanun ile düzenlenmiştir. Ancak somut olayda kapalı nüfus kütüğünde hatalı ismin yer alması başvurusunun çocuklarının Türk nüfus kütüğüne kaydedilememesi sonucunu doğurmakta ve başvurusunun kişiliğini manevi olarak geliştirememesine sebebiyet vermektedir. Bu hususta AYM, kişinin sahip olduğu isim hakkının, kamu düzeninin işleyişine engel olmayan isim değişikliği taleplerinin kamusal makamlarca karşılanmasını da içermekte olduğunu belirtmiştir. Kişi halleri ile ilgili olan ulusal düzenlemeler hayata geçirilirken, yalnızca düzenlemeyi yapan ülke vatandaşlarının hukukunu değil, yabancıların, ülkenin resmi makamlarıyla gerçekleştirdikleri işlemlerde tanınmalarının sağlanması, uluslararası sözleşmelerle asgari bir koruma alanı ve ortak uygulama oluşturulması amacının güdülmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda bu tür düzenlemelerin uluslararası boyutta sorumlulukları da beraberinde getirdiği hususunun da devletler tarafından dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁷³ AYM Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin kapatılan nüfus kayıtları üzerinde hiçbir şekilde değişikliğe imkân verilmemesi şeklindeki kanuni düzenlemeler yerine başka bir ülkenin vatandaşlığına geçen kişi için vatandaşlığını taşıdığı ülkenin nüfus kütüğü ile kapatılan nüfus kütüğü arasında farklılık oluşabilme ihtimali dikkate alınmak suretiyle, başvurusunun vatandaşı olduğu diğer ülkedeki nüfus kütüğünü etkilemeyecek şekilde, Türkiye’deki kapalı nüfus kütüğü üzerinde düzeltme veya değişiklik yapılabilme imkânının sınırlı olarak tanınması gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁷⁴ Bu vurgu ve belirlemeleri yapan AYM sonrasında kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına müdahale olup olmadığı ve müdahalenin haklılık kriterlerine uyup uymadığını denetlemiştir.

Türk yetkili makamlarının başvurusunun isim düzeltilmesi taleplerinin Türk nüfus kütüğünün kapalı olması sebebiyle hiçbir şekilde değiştirilemeyecek şeklinde reddetmeleri kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına bir müdahale olarak görmüştür. Bu müdahalenin kanuni dayanağı olan NHK.’nın “Kaydın Kapatılması ve Yeniden Açılması” başlıklı 14. maddesinin müdahalenin

⁵⁷³ Aslan Faruk Toprak başvurusu, para.39

⁵⁷⁴ Aslan Faruk Toprak başvurusu, para.42.

kanunilik şartını taşıdığı, aynı zamanda nüfus kütüklerinin düzenli tutulmasının kamu düzeninin sağlanmasını amaçladığı ve bu bağlamda NHK.'nın 14. maddesinin kamu düzeni meşru amacını gerçekleştirmeye hizmet ettiğini belirtmiştir. Son haklılık kriteri bakımından ise AYM müdahalenin demokratik bir toplumda başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile kamu düzeninin sağlanması amacı arasında makul dengenin olup olmadığı değerlendirilmiştir. Makul denge, Milletlerarası Ahvali Şahsiye Komisyonu'nun⁵⁷⁵ 13 Eylül 1973'te Bern'de imzalanan Nüfus Kütüklerinde İsim ve Soyisimlerin Kaydedilmesine İlişkin 14 Numaralı Sözleşme'nin⁵⁷⁶ 6. maddesi, aynı kişi hakkında açılmış birden fazla nüfus kütüğünde ad veya soyadın birbirinden farklı gösterildiği durumlarda sözleşmecî devletlerin yetkili makamlarının tutarsızlıkları ortadan kaldırmak amacıyla gerekli adımları atacakları şeklindedir. Ülkemizce kabul edilen ve usulüne göre onaylanan 14 numaralı sözleşme gereği somut uyuşmazlığın çözümüne dair yol ve yöntem gösterildiği halde 14 No.lu Sözleşme'nin dikkate alınmadığı ve ilgili mevzuatın başvurucunun şikâyetini giderebilecek şekilde yorumlanabilmesi imkânı bulunmasına rağmen bu hususta bir değerlendirme dahi yapılmadığından⁵⁷⁷ kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Anılan işbu karar, Milletlerarası Ahvali Şahsiye Komisyonu'nun 14 numaralı sözleşmesini iç hukukumuzda uygulamada da uygulanabilir hale getirmek ve kişilerin manevi varlığına dâhil olan isim haklarına koruma sağlamak suretiyle kapalı nüfus kayıtlarında sınırlı olarak yapılabilecek düzeltmelerin önünü açması dolayısıyla önem arz eden bir karardır.

Nüfus kayıtları ile ilgili AYM'nin incelediği son bireysel başvuru kararı da A.Z.Ö. karardır.⁵⁷⁸ Kararın içeriği ile ilgili bilgi vermeden önce kanaatimizce kısaca 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da yer alan ve nüfus kayıtlarının değiştirilmesi sonucunu doğuran madde

⁵⁷⁵ Fransızca ismi "La Commission Internationale de l'État Civil (CIEC.)" olan komisyon, uluslararası alandaki gelişmeler, kişilerin vatandaşlık ve nüfus kayıtlarında meydana gelecek değişikliklerin izlenmesi, bununla ilgili sorunların çözümü konusunda işbirliği amacıyla kurulmuş olup; Türkiye, komisyona 1953 yılında dâhil olmuştur.

⁵⁷⁶ Sözleşmenin İngilizce tam adı: "Convention (No. 14) on the Recording of Surnames and Forenames in Civil Status Registers", Sözleşmenin İngilizce tam metni için Bkz. http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/PBAAAJY15ZdKYIldTUhmZ2JWDwA (08.06.2018)

⁵⁷⁷ **Aslan Faruk Toprak başvurusu**, para.67.

⁵⁷⁸ AYM K.T.19.12.2017, Başvuru No:2014/546, **A.Z.Ö. başvurusu**, (08.06.2018)

hükmünden bahsetmek yerinde olacaktır. 6284 sayılı Kanun, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlerin düzenlendiği bir kanundur.⁵⁷⁹ Kanunun konumuzu ilgilendiren maddesi ise “Hâkim Tarafından Verilecek Koruyucu Tedbir Kararları” başlıklı 4. maddesinin 4. bendidir. Bu bentte, şiddet mağduru kişi bakımından hayati tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için kanunda yer alan diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması halinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu (TKK.) hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi düzenlenmiştir. Kanun hükmü gereği, şiddet mağduru kişinin özgür iradesi ile ve diğer önleyici ve koruyucu tedbirlerin yetersiz kaldığı hayati tehlike durumunun varlığı halinde kimlik bilgilerinin hâkim kararı ile değiştirilmesi mümkün olabilmektedir. A.Z.Ö. kararı, esasında 6284 sayılı Kanun’un 4. maddesinin 4. bendi uyarınca başvurunun kimlik bilgilerinin değiştirilmesi talebinin zamanında uygulanmaması sebebiyle maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

AYM, başvuru ile oğlunun kimlik bilgilerinin değiştirilmesi yönünde verilen kararın yaklaşık on ay sonra uygulandığı, bu gecikmeye ilgili yönetmeliğin henüz yürürlüğe girmemesi ile adli ve idari makamların arasındaki koordinasyon noksanlığının etkili olduğu ve anılan aksaklıklar sebebiyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerinin gereği gibi yerine getirilmediğinden kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁵⁸⁰

Kanaatimizce, 6284 sayılı Kanun’da yer alan tüm tedbirlerin mümkün olduğu ölçüde gecikilmeksizin yerine getirilmesi gereken tedbir kararlarından olması ve büyük oranda şiddet mağduru kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlıklarını koruma ve yaşamları esnasında geliştirme haklarıyla yakından ilişkili olması, tedbir kararlarının verilmesinde bürokratik sebeplerle gecikmelerin yaşanması ihtimalinde şiddet mağdurlarının bu gecikmenin bedelini yaşamlarıyla ödeyebileceği ve daha

⁵⁷⁹ 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un 1. maddesi hükmü, www.corpus.com.tr (08.06.2018)

⁵⁸⁰ A.Z.Ö. başvurusu, para.81-85.

büyük hak ihlallerinin önlenmesi için gecikme yaşanmaması gerektiğinden verilen kararı doğru bulmaktayız. Aksi takdirde, 6284 sayılı Kanun uyarınca verilen tedbir kararlarında çeşitli sebeplerle meydana gelen gecikmelerden dolayı kişiler yaşamlarını kaybedebilirler. AYM'nin önleyici bir tavır takınmak suretiyle verdiği bu karar tedbir kararlarını veren makamların daha hızlı ve özenli kararlar vermelerini tetikleyecek bir karar niteliğindedir.

4. Çevreye İlişkin Kararlar

Yaşadığımız çevrede meydana gelen bozulmalar, doğrudan sağlığını ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını etkilediğinden, aynı zamanda maddi ve manevi varlığımıza da doğrudan bir etki etmektedir. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı olarak da bilinen çevre hakkı arasındaki ilişki yukarıdaki başlıklarda ortaya konulmuştu. Bu başlık altında da, AYM'nin kişilerin sağlıklı bir çevrede yaşama, maddi ve manevi varlıklarını koruyup geliştirebilmelerini sağlayacak çevrenin nasıl bir çevre olması gerektiği, hangi hal ve durumlarda çevrenin bozulduğu ve kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunması ve geliştirilmesi hakkının etkilendiği AYM kararları gözünden ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Beden ve ruh sağlığı içinde kişiler yaşamını korunmuş çevre şartlarında sürdürebilir. Çevrede meydana gelen her bozulma veya kirlilik kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal etmez. Çevrede meydana gelen bozulmanın kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal edebilmesi için kişide zararlı bir etki meydana getirmesi gerekir. Bazen de çevrede meydana geldiği iddia edilen bozulma ya da kirlilik kişilere sağlıklı bir çevrede yaşama veya maddi ve manevi varlıklarının korunması geliştirilmesi haklarının ihlal edildiği yetkisini vermez.⁵⁸¹ Örneğin, gürültü kirliliği konusunda AYM önüne gelen başvurulardan biri,⁵⁸² evinin çevresinde bulunan cami ve

⁵⁸¹ AYM Ayşe Sevtap Uzun (K.T.13.04.2016, Başvuru No: 2013/6260, (09.06.2018)) ve Tezcan Karakuş ve diğerleri (K.T. 10.12.2014, Başvuru No. 2014/5809, (09.06.2018)) başvurucuların ihlale neden olduğunu ileri sürdükleri kamu gücü işleminin başvurucuların ihlal edildiğini iddia ettikleri haklarını güncel ve kişisel olarak doğrudan etkilemediği, mağdur statülerinin bulunmadığından bahisle kabul edilmezlik kararı vermiştir.

⁵⁸² AYM K.T. 30.06.2016, Başvuru No:2014/3977, **D.Ö. başvurusu**, (09.06.2018); Gürültü kirliliğine ilişkin diğer bir başvuru ise Orhan Afacan başvurusu olup, başvurunun konutu yakınında bulunan iş

mescitlerden sabahın erken saatlerinde hoparlörlerle yüksek sesli ezan okunması sebebiyle sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ve başkaca temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. AYM temelde gürültü kirliliği ile ilgili olan şikâyetleri AY 17. madde çerçevesinde kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak somut uyuşmazlıkta gürültü kirliliğinin başvurucunun maddi ve manevi varlığına asgari şiddet derecesinde ve ciddi bir boyutta zararlı bir etkisinin bulunmadığından; sabah saatlerinde yüksek sesle ezan okunmasından rahatsız olan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile çoğunluğun inancının bir gereği olan, inananları namaza çağırma niteliği taşıyan ezanın sesinin kamusal alana verilmesi konusunda toplumun menfaatinin dengelenmesi söz konusu olacağından ve demokratik hoşgörü ve çoğulculuk altında kişilerin bir arada yaşamanın getirdiği bu tür kültürel ve dini uygulamalara belli ölçüde tahammül etme yükümlülüğü bulunduğundan bahisle ihlal iddiası hakkında açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilmezlik kararı verilmiştir. AYM'nin anılan başvuruda bireyin sessiz bir çevrede maddi ve manevi varlığını sürdürebilme hakkı ile toplumda yaşayan diğer bireylerin ibadet ihtiyaçlarının karşılanması ihtiyacı arasındaki çatışmadaki olumlu oyunu toplumdan yana kullandığı görülmektedir.

Gürültü kirliliğinin önlenmesi adına Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği'nde⁵⁸³ çevresel gürültü kirliliğine sebep olabilecek gürültü kaynakları ve gürültüye sebep olabilecek işletmelerin uyacakları kural ve esasların detaylıca belirlenmiş olması, devletin bu konuda sahip olduğu pozitif yükümlülükleri yerine getirmek konusunda özenli davrandığını göstermektedir. Gürültü kirliliği sebebiyle kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunması ve geliştirilmesi haklarının ihlal edilebilmesi için, hakkı ihlal ettiği iddia edilen gürültü kaynağının kişilerin maddi ve manevi varlığı üzerinde ciddi boyutta ağır zararlara sebebiyet

yerinde bulunan temizlik makinalarının çıkardığı sesteki kaynaklanan gürültünün sağlığını olumsuz etkilediği iddiasına ilişkin olarak, AYM başvurucunun sadece cezai yollara başvurduğunu, olağan kanun yolunun tüketilmesi kuralına hukuk davalarının da dâhil olduğu belirtilerek başvurunun olağan kanun yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul edilmezlik kararı verilmiştir. Başvuruda usuli eksiklik bulunduğundan AYM tarafından esasa ilişkin inceleme yapılamamıştır. Kararla ilgili detaylı bilgi için Bkz. AYM K.T. 16.06.2016, Başvuru No:2014/2266, **Orhan Afacan başvurusu**, (09.06.2018)

⁵⁸³ Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği, R.G. tarih 04.06.2010, 27601 R.G. sayı, Yönetmelik tam metni için: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/06/20100604-5.htm> (09.06.2018)

vermeli ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması karşısında toplumsal boyutta bir meşruluk sebebinin bulunmaması gerekmektedir.

AYM'nin kişilerin maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının ihlal edildiğine ilişkin vermiş olduğu ilk karar, Mehmet Kurt kararıdır.⁵⁸⁴ Dava, başvurucunun yaşadığı köyde inşa edilen şalt sahası hakkında tesisin çalışması esnasında gürültü kirliliğine sebep olduğu ve tesisin iletim hatlarında meydana gelen radyasyonun kanser hastalığının yayılmasına sebep olduğu ve ayrıca çevresel etki değerlendirmesi(ÇED)⁵⁸⁵ olumlu kararı alınmaması ve bu hususta açılan davanın reddedilmesi nedenleriyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Özel teşebbüslerin faaliyetlerinden kaynaklanan çevresel kirlilik iddialarında, AYM tarafından devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında kişilerin temel hak ve özgürlüklerini özel kişilerden kaynaklanan müdahalelere karşı da koruyacağı belirtilmiştir. Başvuruya konu çevresel etkinin AY'nın 17. maddesi kapsamındaki güvenceleri harekete geçirecek asgari ağırlıkta olup olmadığı da önemlidir. Bu kapsamda ilgili tesis, işletme veya sair faaliyet sonucu ortaya çıkan çevresel etkiler ile başvurucunun özel hayat ve aile hayatı veya konutunu kullanım hakkı arasında yeterince sıkı bir bağın varlığı AYM tarafından araştırılmıştır. Somut uyuşmazlıkta AYM, faaliyet gösteren tesisin hat kopması, direk devrilmesi, ses vb. hususların can ve mal güvenliği açısından insanlar üzerinde tehlike duygusu ve tedirginlik oluşturacağının açık olduğu, başvurucunun taşınmazına oldukça yakın mesafede olduğu,⁵⁸⁶ tesisin başvurucunun konutunun hemen yanında bulunması ve sürekli olarak çalışması gereken şalt sahasının oluşturması muhtemel gürültü seviyesinin

⁵⁸⁴ AYM K.T.25.02.2016, Başvuru No: 2013/2552, **Mehmet Kurt başvurusu**, (09.06.2018)

⁵⁸⁵ 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasında; "ÇED: gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmalar" olarak ifade edilmiştir. Yine Çevre Kanunu'nun 10. maddesinin birinci fıkrasında, "Gerçekleştirmeyi plânladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler, Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlüdürler. Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı veya Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir Kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatı verilemez; proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez. Çevresel Etki Değerlendirmesine tâbi projeler ve Stratejik Çevresel Değerlendirmeye tâbi plân ve programlar ve konuya ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir." denilmektedir. www.corpus.com.tr (09.06.2018)

⁵⁸⁶ **Mehmet Kurt başvurusu**, para.70.

kişinin maddi ve manevi varlığı üzerindeki etkisinin AY 17. maddesi bağlamında inceleme yapılmasını gerektirecek ağırlıkta olduğunu belirtmiştir.⁵⁸⁷

ÇED prosedürünün, çevresel varlıkları korumayı amaçlayan, proje şeklindeki faaliyetler için uygulanan, muhtemel olumsuz etkileri değerlendiren ve bunların yanında faaliyet sahibi, kamu otoritesi ve halkın karşı karşıya geldiği bir süreci ifade ettiği ve bu karar alma sürecinde somut uyuşmazlıkta başvurunun ÇED raporuna karşı itiraz ettiği ve itirazına yönelik olarak ÇED'in yetersiz olduğunu belirtmesine rağmen başvurunun iddialarının yargı mercileri önünde gerektiği gibi değerlendirilmemesi sebebiyle başvurunun maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının korunması ve etkin kullanımının sağlanması bağlamında kamusal makamların usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğine, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Anılan kararda AYM'nin ihlal kararı vermesindeki temel sebep; ÇED raporlarının özel teşebbüsler ile kamu makamları ve o çevrede yaşayan kişiler arasında tartışılması ve tüm yönleriyle değerlendirilmesi gereken bir niteliğe sahip olmasıdır. Gerektiği takdirde, o çevrede yaşayan kişiler ve çevre halkının sağlık ve yaşam kalitesi üzerindeki etkilerin değerlendirme dışı bırakıldığı bir durum oluşmuş ise bu hususun da raporda tartışılması gerekmektedir.⁵⁸⁸ Çünkü, çevre, kamu makamlarının ve özel teşebbüslerin olduğu kadar, orada yaşayan herkesin de üzerinde hak sahibi olduğu bir kavramdır. ÇED raporlarında çevrede yapılan bir değişiklikten etkilenen herkesin, açılan ÇED raporuna itiraz davasında ileri sürdükleri itirazlar detaylı bir şekilde irdelenip değerlendirilmelidir.

⁵⁸⁷ **Mehmet Kurt başvurusu**, para.71.

⁵⁸⁸ AYM önüne gelen bir başka davada, sokaktan geçen elektrik hattının yer altına döşenmesi işlemine karşı ilk projede ÇED gerekli değildir, daha sonra güzergâh değişikliği sonrasında çevreden gelen tepkiler üzerine de ÇED olumlu kararı alınması üzerine, sokak sakinlerinden birinin can ve mal güvenliklerinin tehlikeye düştüğünü, huzur ve esenliklerinin kaybolduğunu, bu süreçte stres ve sıkıntılar yaşayarak sağlığını kaybettiğine ilişkin başvurusunda, AYM yer altı iletim hattının başvurunun maddi ve manevi varlığı üzerinde doğrudan zararlı bir etkisi olduğunun ortaya konulmadığı, iletim hattının planlanması ve uygulanması süreçlerinde gerçekleştirilen idari eylem ve işlemlerin hukukiliğinin Derece Mahkemeleri tarafından iddiaları karşılayacak yeterlilikte değerlendirildiğinden bahisle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. (AYM K.T. 21.04.2016, Başvuru No:2013/6714, **Ahmet İsmail Onat başvurusu**, (09.06.2018)); Aynı yönde, AYM K.T. 06.12.2017, Başvuru No:2014/1767, **Arif Ali Cangı ve diğerleri başvurusu**, (09.06.2018) ; AYM K.T. 24.01.2018, Başvuru No:2014/2818, **Ertuğrul Barka ve diğerleri başvurusu**, (09.06.2018).

Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile yakından ilgili olması sebebiyle çevreye ilişkin kararlar arasında AYM'nin baz istasyonları ile ilgili Hüseyin Tunç Karlık Zahide Şadan Karlık kararına⁵⁸⁹ da bu başlık altında yer vermek kanımızca uygun olacaktır. Evlerinin yakınına baz istasyonunun kurulması ve baz istasyonlarının yaymakta olduğu elektromanyetik dalgalar sebebi ile sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının ve maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine ilişkin olan bu davada, başvuruçular yerel mahkemeden baz istasyonunun kaldırılmasını talep etmiş ancak yerel mahkeme tarafından baz istasyonunun kaldırılması talepleri reddedilmiştir. AYM başvurusunun kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı açısından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. AYM kararda, baz istasyonunun başvuruçunun özel yaşamı üzerindeki etkisi dikkate alınmak suretiyle kişinin AY 17. ve 20. maddede sayılan haklardan yararlanmasını engellediğini ve incelemenin bu nedenle 17. ve 20. maddeler açısından yapılması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁹⁰ Baz istasyonları, cep telefonları ile sinyal alışverişi yapmak suretiyle haberleşebilmemizi sağlamaktadır. Bu anlamda baz istasyonlarının kamu yararına hizmet ettiği söylenebilir. Ancak kamu yararını gözetken baz istasyonları ile bireylerin sağlıklı çevrede yaşama hakkının çatıştığı noktada bu çatışmanın hangi taraf lehine çözümleneceği ve çatışan hakların nasıl dengeleneceği AYM kararında tartışılmıştır.

Elektromanyetik kirlilik ve bunun sağlık üzerindeki etkilerine ilişkin iddialar AİHM'in de önüne uyuşmazlık olarak gelmiş ve AİHM bu iddialara ilişkin bilimsel olarak baz istasyonlarının yaydığı elektromanyetik dalgaların insan sağlığına zarar verdiği ispatlanamadığından devletin bu gibi çevresel meselelerdeki takdir hakkını geniş yorumlamıştır. Ülkemizde, baz istasyonlarının kuruluşu için belirli şartlar öngörülmüş, baz istasyonlarının kurulabilmesi için güvenlik sertifikası alınması zorunluluğu getirilmiş ve baz istasyonlarının yaydığı elektromanyetik dalgalar hakkında limit değerler belirlenmiştir.⁵⁹¹

⁵⁸⁹ AYM K.T. 24.03.2016, Başvuru No:2013/6587, **Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık başvurusu**, (09.06.2018)

⁵⁹⁰ **Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık başvurusu**, para.69.

⁵⁹¹ Güvenlik sertifikası alma şartları ve limit değerler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Elektronik Haberleşme Cihazlarına Güvenlik Sertifikası Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik, R.G. tarih 16.05.2009, 27230 R.G. sayı, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/05/20090516-19.htm> (09.06.2018)

AYM kararında, başvuruçular tarafından söz konusu elektromanyetik kirliliğin kendileri ve yakınlarında görülen kanser rahatsızlığı ile doğrudan ilgisi olduğu iddia edilmekle birlikte bu hususta kesin veriler içeren bir delil ibraz edilmediği, bu bağlantının muhtemel görüldüğü bilimsel araştırma ve değerlendirmelerden söz edildiği; yerel mahkemenin yaptığı yargılamada tanzim edilen bilirkişi raporunda da baz istasyonlarının kanser yapıcı etkisini gösteren herhangi bir çalışma olmamasına karşın bu olasılığın tümüyle dışlanabilmesinin de bilimsel yaklaşım açısından olası olmadığı, başvuruçuların baz istasyonunun kaldırılması istemlerinin temelinde, psikolojik olarak kendilerinin ve yakınlarının sağlığını ve hayatını, sosyal ve aile zeminlerini kaybetme korkusunun yer aldığı, elektromanyetik dalga ölçümünde alınan elektrik alan şiddeti değerlerinin kanseri de dahil herhangi bir kansere sebep olabileceği ile ilgili kesin bir bilimsel kanıta rastlanmadığı hususlarına yer verilmiştir.⁵⁹² Bu bilgiler ışığında, AYM başvuruçuların hak ihlali iddiaları hakkında, baz istasyonunun yaydığı elektromanyetik dalgaların anılan yönetmelikteki elektromanyetik dalga limit değerlerinin altında olduğu, başvuruçuların sağlığı üzerinde doğrudan zararlı bir etkisinin olduğunu ortaya koyan kesin bilimsel verilerin de olmaması dikkate alındığında, kamusal makamların başvuruçuların ve kamunun somut başvuru özelinde karşı karşıya gelen menfaatleri arasında adil bir denge tesis ettiği, takdir hakkının sınırlarını aşmamış olduğu ve bu nedenlerle başvuruçuların maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

AYM'nin baz istasyonları konusunda vermiş olduğu işbu kararının, henüz bilimsel olarak sağlığa doğrudan zararlı bir etkisinin bulunduğu ispatlanmamış, bilim insanları tarafından hala tartışılır halde bulunan bu olgu karşısında, hak ihlaline sebep olup olmadığı noktasında başvuruçulara adeta ispat yükü yüklemeye çalıştığı söylenebilir. Ayrıca baz istasyonlarının insanların sağlığına zararlı olduğunun henüz bilim tarafından ispatlanmamış olması zarar vermediği anlamına da gelmemektedir. Ancak AYM baz istasyonlarının zararlı etkisinin bilimsel ispatının olmayışını, bir nevi zarar vermeme şeklinde yorumlamış ve kararında bireyden yana değil, kamu makamlarından yana bir tutum sergilemiştir.

⁵⁹² Hüseyn Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık başvurusu, para.81.

5. Şeref ve İtibarın Korunmasına İlişkin Kararlar

AYM önüne gelen maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların çoğunluğu, şeref ve itibarın zedelenmesi hakkındadır. Şeref ve itibarın zedelenmesi iddiası ile ilgili olarak bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinden bu yana ellinin üzerinde başvuru yapılmış, ancak bu başvurulardan çok azı esasa girilmek suretiyle incelenmiş ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği ya da ihlal edilmediği şeklinde karar verilmiştir.

AYM'nin usuli incelemesi neticesinde kabul edilmezlik kararı verdiği başvurularda dikkat çeken husus; nefret ve cinsel ayrımcılık içermeyen hakaret suçları yönünden devletin mutlaka ceza soruşturması açmak yükümlülüğünün olmadığını bu durumda kişilerin manevi varlıklarının tazminat yoluyla da gideriminin sağlanabileceği, bu sebeple de manevi tazminat davası açılmadan yapılan bireysel başvuruların başvuru yollarının tüketilmemesi sebebiyle reddedileceğidir.⁵⁹³ Şeref ve itibarı zedeleyen hakaretlere ilişkin olarak hem hukuki sorumluluk hem de cezai sorumluluk yolunun bulunmaktadır. Hakaret, ceza hukuku anlamında bir suç, borçlar hukuku anlamında da bir haksız fiildir. Ancak hakaret sonucu hak ihlaline ilişkin olarak AYM, hukuki sorumluluk alanındaki tazmin yükümlülüğünün asıl gayesinin zarar görenin zararının telafi edilmesi olduğunu belirtmiş, özellikle somut başvuruya konu ihlal iddiasına yönelik uyuşmazlıklar açısından, hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğunu ve bir ihlal iddiasına ilişkin olarak başvurulabilecek birden fazla etkili başvuru yolunun bulunması durumunda, kural olarak başvurucunun aynı amacı taşıyan başvuru yollarının tamamını tüketmesi beklenmemesini ifade etmiştir.⁵⁹⁴ Dolayısıyla hakaret sebebiyle şeref ve itibarının korunması hakkının zedelendiğini iddia eden kişiler, sadece cezai yola başvurmakla, hukuk (tazminat) davası açmadan bireysel başvuru yapmakla olağan kanun yollarını tüketmiş sayılmayacaklar; haksız fiil sebebiyle hukuk davası yolunu tüketip cezai yola başvurmayanlar ise olağan kanun yollarını tüketmiş olduklarından tazminat

⁵⁹³ Turabi, s.150.

⁵⁹⁴ AYM K.T. 07.11.2013, Başvuru No:2013/2355, **S.S.A. başvurusu**, para. 30,31 (10.06.2018)

davasında haklarının yeterince korunmadığı düşüncesinde iseler bireysel başvuru yoluna başvurabileceklerdir. Bu kişilerin bireysel başvuruları, başkaca bir usuli eksiklik olmamak kaydıyla esastan incelenebilecektir.

AYM şeref ve itibarın zedelenmesi ile ilgili genel çerçeveyi ifade ederken; şeref ve itibarın AY 17. maddede yer alan manevi varlık kapsamında olduğu ve devletin bireyin manevi varlığına müdahale etmemekle birlikte üçüncü kişiler tarafından manevi varlığa yapılacak saldırıların da önlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Şeref ve itibara üçüncü kişiler tarafından yapılabilecek saldırılar görsel ve işitsel yayınlar yoluyla olabilir.⁵⁹⁵ Şeref ve itibarın zedelenmesi konulu başvurular başlıca; kişiliği ilgilendiren, haber arşivlerinde yer alan haber içeriklerinin ve habere ilişkin yapılan herkese açık yorumların aradan zaman geçmesine rağmen kaldırılmamış ve silinmemiş olması, basında yer alan kişilik haklarının zedelenmesine sebebiyet veren gerçeğe aykırı beyanlar veya haber içeriğinde gerçeğe aykırı bilgi verilmesi sebebiyle, gerçeği yansıtmayan ya da yalan haberlere karşı kişilere cevap, tekzip veya düzeltme hakkı tanınmaması veya yargı makamları önünde kişiliğe yönelik küçük düşürücü ifadeler ileri sürülmesi şeklinde yapılan başvurulardan oluşmaktadır.

Şeref ve itibarın zedelendiği iddiası ile AYM önüne gelen davalarda kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünün karşı karşıya geldiği görülmektedir. Bir yanda şeref ve itibarın korunması hakkı diğer yanda üçüncü kişilerin haber alma özgürlüğü ve haber içeriklerini oluşturan gazetecilerin veya habercilerin ifade özgürlüğü bulunmaktadır.

⁵⁹⁵ AYM R.G. tarih 15.11.2013, 28822 R.G. sayı, K.T. 02.10.2013, Başvuru No:2013/514, **Adnan Oktar(2) başvurusu**, <https://kararlarbilgibankasi.Anayasa.gov.tr/BB/2013/514> (10.06.2018), para.30; Burada belirtmek gerekir ki, AYM'nin kişinin şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkı ihlallerini kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı bağlamında incelemesine yakın zamanda verilen bir bireysel başvuru kararında (AYM K.T. 23.05.2018, Başvuru No:2014/18891, **Kaos Gl Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği Başvurusu**, (10.06.2018)) karşıoy gerekçesinde, Kaos Gl Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği başvurusunda verilen "*Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkının ihlal edilmediğine*" şeklindeki karara şeref ve itibar hakkının dayanağı olarak Anayasanın 17/1. maddesinin gösterilmesine; AİHS.'in 8. maddesinde özel hayata saygı hakkının korunduğu, Kişinin iyi bir itibara sahip olma hakkı, nam, şeref, şöhret, isim, resim vb. manevi varlıkları ile fiziksel ve zihinsel/ruhsal bütünlüğü üzerindeki haklarının da AİHM tarafından özel hayata saygı kapsamı içerisinde değerlendirildiği, kişinin diğer insanlar ve toplumla ilişkisinin ve dolayısıyla özel yaşamının bir parçası olan şeref ve itibarı üzerindeki hakkı da özel hayat kapsamında olacağını, dolayısıyla kişinin itibar, nam, şöhret ve şerefi üzerindeki haklarının da anılan 20/1. madde içerisinde ve özel hayat kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının diğer temel haklarla düzenlenmemiş olan tüm hakları kapsayan "genel bir fiil özgürlüğü" niteliğinde olduğu ve heyetimiz çoğunluğunun, özel hayat alanına ilişkin olan konunun 17/1. madde kapsamında incelenmesi gerektiğine ilişkin yaklaşımının, Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının kapsamını daraltıcı bir yaklaşım olduğu ifade edilmiştir.

İşte AYM'nin şeref ve itibarın zedelenmesi ile ilgili vermiş olduğu kararlar, anılan hakların birini diğerine üstün kılmaksızın dengelemelerinin yapıldığı kararlardır.

AYM'nin İlhan Cihaner (2) kararında,⁵⁹⁶ ilk kez bir gazetede yayınlanan haberdan dolayı kişisel itibarı, şeref ve haysiyeti zedelenen başvurucunun başvurduğu kanun yollarından fayda sağlayamaması ile yapılan başvuruda AYM somut uyuşmazlığa ve daha sonra AYM önüne gelecek bu gibi benzeri başvurularda uygulanacak ilkeleri belirlemiştir. Anılan kararda kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı ile ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğü arasındaki dengeleme yapılmıştır. AYM'ye göre, "Kişisel itibarın korunması hakkı AY'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının koruması altındadır ve şeref ve itibarı etkileyen sözel saldırılar veya basın ve yayın yolu ile yapılan yayınlara karşı bireyin korunmaması halinde AY'nın 17. maddesinin birinci fıkrası ihlal edilmiş olabilir. Kamusal bir tartışma bağlamında ve yayımlanan yazılar nedeniyle eleştirilmiş olsa bile bir kişinin itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur."⁵⁹⁷ Kararda, kişisel itibar ve kişinin şerefine yapıldığı iddia edilen saldırıların kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal edebilmesi için "belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması" ve "ve kişinin itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkından başvurucunun kişisel olarak yararlanmasına zarar verecek şekilde yapılmış olması" gerektiği belirtilmiştir. Kişinin şeref ve itibarına yapılan saldırı hem belirli bir ağırlık düzeyine ulaşmış olmalı hem de bu saldırı sebebiyle kişinin şeref ve itibarından yararlanma hakkı zarar görmüş olmalıdır. AYM kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal eden saldırı hakkında bir parantez açmak suretiyle, öngörülebilir şekilde, kişinin kendi eylemleri sonucu ortaya çıkabilecek itibarının zedelenmesi halinde AY 17. maddesinin ihlal edildiğinin de ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir.⁵⁹⁸ Belirli bir ağırlık düzeyinde olan ancak kişinin şeref ve itibar hakkından yararlanması açısından bir zararı bulunmayan saldırılar, kişinin maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirilmesi hakkını ihlal etmeyecektir. AYM'ne göre şeref ve itibara karşı yapılan saldırıların kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal edebilmesi açısından bu iki şart bir arada var olmalıdır. Somut uyuşmazlıkta, yerel mahkemelerin başvurucunun onur

⁵⁹⁶ AYM K.T. 30.06.2014, Başvuru No:2013/5574, **İlhan Cihaner (2) başvurusu**, (10.06.2018)

⁵⁹⁷ **İlhan Cihaner (2) başvurusu**, para. 43,44.

⁵⁹⁸ **İlhan Cihaner (2) başvurusu**, para. 45,46.

kırıcı ve şeref ve itibarını zedeleyici eleştirilerden yeterli ölçüde korunup korunmadığı hususunda; bireyin manevi varlığının korunması ve geliştirmesi karşısında kamunun haber alma hakkı ile haberi yapan kişilerin ifade özgürlüğü arasında nasıl bir denge kurulacağı ve bu dengenin kurulması esnasında hangi kriterlerin ele alınacağı belirtilmiştir.

İlhan Cihaner(2) kararında AYM'nin kişinin manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü arasındaki dengeyi kurmak için başvurduğu kriterler şunlardır:

- Kamu yararına katkı,
- Hedef alınan kişinin ünlülük derecesi ve haber veya makalenin konusu,
- İlgili kişinin önceki davranışı,
- Yayının içeriği, şekli ve sonuçları,
- Haber veya makalenin yayınlanma şartları.

Yayınlanan haber, köşe yazısı veya içerikler, kamu yararına yönelik tartışmalara katkı yapıyor olmalıdır. Bilgilendirme amacı taşımayan, sadece kamunun merakını gidermeye yönelik haberler karşısında bireyin manevi varlığının korunması hakkı üstün tutulmaktadır. Şeref ve itibarı zedelenen kişi, kamu tarafından tanınan bir kişi ise, örneğin bir siyasetçi yahut sanatçı, kişisel itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkının korumasından hiç tanınmayan normal vatandaş yahut bireylere nazaran daha az ve esnek bir korumadan yararlanacaktır. Yine aynı şekilde kamusal alanda hareket eden bir kişiye yöneltilen eleştiriler bakımından da esnek bir koruma sağlandığı söylenebilir. Daha önceden yapılan şeref ve itibarı zedeleyici haberlere karşı kişinin bir tepki gösterip göstermediği ve bu davranışlara karşı hak ihlalinde bulunup bulunmadığı da önem taşımaktadır. Haberin yayınlandığı gazete veya derginin ulaştığı kitlenin niceliksel boyutu, haberde veya yazıda manevi varlığına saldırıda bulunulan kişinin açıkça isminin yer alması ya da takma isim konularak üstü kapalı olarak kim olduğunun belirlenebilir olması veya isim ve soyada baş harfleri belirtilmek suretiyle sansür uygulanması da haklar arasındaki dengelemede önem arz eden bir kriterdir. Haberin veya yazıda yer alan olgu ve olayların, yayınlanma tarihinde meydana gelen kamusal durumun da değerlendirilmesi yani AYM'nin nitelemesi ile haberin yayınlandığı tarihte meydana gelen olaylarla haberin

içeriği arasındaki öz-biçim ilişkisinin bozulup bozulmadığının⁵⁹⁹ da değerlendirilmesi gerekmektedir.⁶⁰⁰

AYM İlhan Cihaner(2) kararında anılan kriterleri değerlendirmiş ve başvuruya konu yazının, o dönemde Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı olan başvuruçunun görevine ilişkin değil hakkında yürütülen ve şüphelisi olduğu bir soruşturma kapsamında tutuklanmasına neden olan olaylara ilişkin bir haber yazısı olduğunu ve ne başvuranın şahsına hakaret içermekte, ne ona karşı şiddeti teşvik etmekte ve ne de başvuruçunun yargı görevini engelleme amacı bulunmadığından, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶⁰¹

AYM'nin bir kararında,⁶⁰² şeref ve itibarı zedeleyici ifadelere yer verilen gazete haberi içeriğinin ve haberde fotoğrafının yayınlanmasının kendisini hedef gösterdiğini ve zarar tehlikesi altında bıraktığı iddiasına karşılık; haberin kamuya yönelik bir tartışma başlatma amacı taşıdığı ve kamuyu ilgilendirdiğini, haberin yayımlandığı dönemde bir siyasi partinin grup başkan vekilliği görevini yürütmekte olan başvuruçunun, partisiyle ilgili olarak yapılan bir haberde fotoğrafına yer verilmesinin, basın özgürlüğü karşısında siyasetçilerin katlanması gereken yükümlülükler kapsamında kaldığı ve gazetenin şikâyet edilen manşetle yaptığı eleştirinin kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşmamış olduğundan bahisle şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.⁶⁰³

⁵⁹⁹ İlhan Cihaner (2) başvurusu, para.85.

⁶⁰⁰ İlhan Cihaner (2) başvurusu, para.65-73.

⁶⁰¹ İlhan Cihaner (2) başvurusu, para.88; Aynı yönde Bkz. AYM Başvuru No:2013/6617, **Kemal Sağdıç başvurusu**, (10.06.2018), AYM K.T. 08.04.2015, Başvuru No:2013/1997, **Nihat Özdemir başvurusu**, (10.06.2018); AYM benzer bir başvuruda, ilk derece mahkemesinin kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü arasında denge kurma işlemi yaptığını, başvuruya konu edilen haber yazısının kamunun genel çıkarını ilgilendiren bir tartışmaya katkı sunup sunmadığı sorusuna özel bir önem vermiş oluşu ve ayrıca haberin yapıldığı şartlar üzerinde de değerlendirmelerde bulunduğunu, davaya konu yazıda geçen olayların gerçekliği meselesine eğilmiş ve yayınların yapıldığı tarihte meydana gelen olaylarla yayınların içeriği arasındaki öz-biçim ilişkisinin bozulmadığına ve başvuruya konu sözlerde geçen olayların “görünür gerçekliğe uygun” olduğundan bahisle ilk derece mahkemelerince tarafların haklarının değerlendirilmesinde açık bir dengesizlik saptanmadığı ve bu kapsamda bir ihlalin olmadığı açık olduğundan açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul edilmelik kararı vermiştir. (AYM K.T. 15.04.2015, Başvuru No:2013/1047, **Ali Suat Ertosun başvurusu**, (10.06.2018)

⁶⁰² AYM K.T. 08.11.2017, Başvuru No:2014/2420, **Hasip Kaplan(2) başvurusu**, (10.06.2018)

⁶⁰³ **Hasip Kaplan(2) başvurusu**, para.39,40.

AYM bir başka kararında,⁶⁰⁴ kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü çatışmasını ele alırken; toplumun en temel kurumlarından biri olan evlilik birliğini ilgilendirmesi ve bu birliğe atfedilen toplumsal önem de göz önünde bulundurulduğunda evli bir kişinin eşi haricinde iki ayrı kadınla ve kadınların birbirinden haberi olmaksızın birliktelik yaşaması gibi toplumda alışılmışın dışında bir durumun ve bu durumun ortaya çıkış şeklinin toplumun ilgisini çeken bir konu olduğunu ve bahsi geçen olayın başvurucunun yargılanmasına neden olan bir suç isnadına da konu olduğu gözetildiğinde ve kadın-erkek ilişkilerinin toplumda, tartışılmalı bir mesele olması bakımından bir ölçüde genel yarar nitelikli bir tartışmaya katkı sunduğu kabul edildiği belirtilmiştir. Genel bir probleme dikkat çekmek amacıyla bireysel bir örneğin kamuoyuna sunulmasının kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal etmeyeceğine karar verilmiştir.⁶⁰⁵ Aynı başvuruda, AYM başvurucunun kendi eylemlerinden kaynaklanan ve daha sonra çeşitli hukuk ve ceza davalarına da konu olmuş bir olay hakkında haber içeriğinde fotoğraf yayımlamanın ifade özgürlüğünün bir parçası olduğu ve ilgili haber ya da makalede geçen tartışmaya destekleyici ve güçlendirici katkı sağladığını, habere iliştilen fotoğrafların haberle doğrudan ilgisinin bulunduğunu belirtmiştir.⁶⁰⁶

AYM'nin kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verdiği ilk dava, N.B.B. başvurusudur.⁶⁰⁷ Başvurucu N.B.B. bir gazetenin internet haber arşivinde erişilebilir durumda olan uyuşturucu kullandığı iddiası ile yürütülen bir ceza kovuşturması neticesinde adli para cezasına hükmedilmesi ile ilgili 1998 ve 1999 yıllarında yayınlanan haber içeriğinin yayından kaldırılması yönündeki talebin reddedilmesinin şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal ettiği iddiası ile AYM'ye başvurmuştur. Başvurucu hakkında yayınlanan haberlerin tarihinin çok eski olması ve günümüzde internet arama motorlarında isim araması yapıldığında çok eski haberlerin dahi karşımıza çıkması karşısında başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına bir müdahalenin bulunduğu AYM tarafından ifade edilmiştir. Anılan başvuruda, daha önce AYM önüne gelen şeref ve itibarın zedelenmesi başvurularından farklı olan

⁶⁰⁴ AYM K.T.21.09.2016, Başvuru No:2014/6423, **Zafer Bozbey başvurusu**, (10.06.2018)

⁶⁰⁵ **Zafer Bozbey başvurusu**, para.62.

⁶⁰⁶ **Zafer Bozbey başvurusu**, para.65,66.

⁶⁰⁷ AYM K.T. 03.03.2016, Başvuru No:2013/5653, **N.B.B. başvurusu**, (10.06.2018)

nokta şudur: başvuru haberin yanlışlığını, asılsızlığını iddia etmemektedir, sadece haberin çok eski bir tarihe ilişkin olduğunu ve hala arama motorlarında ismi aratıldığında bu habere kolaylıkla ulaşılabilirliğini ve bu durumun da şu anki yaşantısına ve iş hayatına olumsuz etkilerinin olduğunu ve kişilik haklarına zarar verdiğini iddia etmektedir. Aslında başvuru bir nevi, unutulma hakkının kendisine tanınmadığını ve maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

AYM internet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşliğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haberlerin internet ortamında uzun süre erişebilir kalmasının kişilerin şeref ve itibarını zedeleyebileceğini ifade etmiştir.⁶⁰⁸ Normalde belirli bir ağırlık eşliğini aşmayan ve kişinin kendisinin sebebiyet verdiği olaylara dair yapılan haberler ve yayınlanan içerikler kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal etmez iken; bu haber veya yazıların çok uzun süre erişilebilir ve kolaylıkla ulaşılabilir halde bulunmasının hak ihlaline neden olabileceği ifade edilmiştir. İhlale sebebiyet veren durum, haberin veya yazının kamunun haber alma özgürlüğü kapsamında yayınlanmasından çok sonra bile ulaşılabilir oluşudur. Kararda AY'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kişisel verilerin korunması hakkına değinmiş ve herkesin kendisi ile ilgili olan kişisel verilerinin kaldırılmasını ve silinmesini isteyebilme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Yayınlanan haber sebebiyle başvuru kişinin kişisel verilerinin kamunun haber alma hakkı ile kişilerin ifade ve basın özgürlükleri kapsamında yapılan bir haberin konusu olmakla alenileştirilmiştir. AYM internet ortamındaki ilgili haber arşivlerindeki kişisel verilere veya habere erişimin engellenerek kişilerin yaptıklarının unutulmasının sağlanmasının gerektiğini vurgulamıştır.⁶⁰⁹

AY'da açıkça yer almayan unutulma hakkını, AYM şu ifadelerle ifade ve basın özgürlüğü ile kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı arasında kurulacak denge arasında bir köprü işlevi gördüğünü vurgulamıştır: AYM unutulma hakkını, AY 17. maddede yer alan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüğü

⁶⁰⁸ N.B.B. başvurusu, para.37.

⁶⁰⁹ N.B.B. başvurusu, para.43.

olarak kabul etmiştir.⁶¹⁰ Devlet, kişinin maddi ve manevi varlığının korunmasını ve geliştirilmesini sağlamak için kişilerin geçmişte yaptıkları davranışların unutulmasını sağlama yükümlülüğü altındadır. Devlet, bireylere hayatlarında yeni bir sayfa açmalarına imkân tanımazsa kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal etmiş olacaktır.

İnternet ortamında yer alan haberlerin unutulma hakkı kapsamında ortadan kaldırılabilmesi için gerekli şartlar AYM tarafından sayılmıştır. Bunlar; “*yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği) habere konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya makalenin konusu, bu bağlamda haberin olgusal gerçekler ya da değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususlardır.*”⁶¹¹ Bunlar dışında N.B.B. kararında AYM unutulma hakkının hayata geçirilmesi konusunda hangi yöntemlerin uygulanacağını da belirtmiştir. AYM başvuru hakkında yapılan haberlerin unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken haberlerden olduğu ve başvurunun şeref ve itibarının korunması için anılan habere erişimin engellenmesi gerektiğine ve haberin kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

AYM’nin yakın zamanda vermiş olduğu şeref ve itibarın zarar gördüğü iddiasına ilişkin Ali Abbas Yalman başvurusu,⁶¹² kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile AY’nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğü dengelemesinin yapıldığı bir karar olması sebebiyle önem taşımaktadır. Kararda, başvurunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkı ile üçüncü kişinin hak arama özgürlüğü çatışması mevzuubahistir. Başvurucu, üçüncü bir kişinin hak arama özgürlüğünü kullanması neticesinde haksız yere soruşturma geçirdiği ve maruz kaldığı şikâyetler sonucu şeref ve itibarının zedelendiğini iddia etmiştir. AYM Yargıtay’ın kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile hak arama hürriyeti ve şikâyet hakkı arasındaki dengenin nasıl kurulması

⁶¹⁰ “Unutulma hakkı kişilerin manevi varlıklarını geliştirmelerine bir fırsat vermek açısından devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucudur.” (N.B.B. başvurusu, para.49, son cümle.)

⁶¹¹ N.B.B. başvurusu, para.50.

⁶¹² AYM K.T.19.04.2018, Başvuru No: 2015/11456, Ali Abbas Yalman başvurusu, (10.06.2018)

gerektiğine ilişkin yerleşik içtihadına⁶¹³ atıf yapmak suretiyle çatışan haklar arasında dengeleme yapılabilmesi için mevcut olaya uygulanabilecek olan kriterleri⁶¹⁴ değerlendirmiş ve somut uyuşmazlıkta üçüncü kişinin başvurucuya yönelik şikâyet ve başvurularının üçüncü kişinin vekillik yaptığı dosyadaki bir talebinin başvuru tarafından reddedilmesi neticesinde olduğu ve bu halde başvuru aleyhine yapılan şikâyetlerin olgusal bir temeli olduğunu ve sırf başvurucuya zarar verme amacıyla yapılmadığını, başvurucuya yönelik şikâyetlerin kamu görevlisi olması dolayısıyla ve görevi ile ilgili işlemlerden dolayı yapıldığını ve başvurucunun da görev ile ilgili şikâyetlere belli ölçüde katlanması gerektiği, başvurucuya yapılan isnatların incitici olması ile birlikte kişilerin hak arama hürriyetinin kullanımı esnasında ileri sürdükleri iddiaları açıklarken iddiaların muhatabı olan kişilerle ilgili belli ölçüde olumsuz değerlendirmelerde bulunmasının da hoşgörüle karşılanması gerektiğini belirtmiştir.⁶¹⁵ Yapılan işbu değerlendirmeler neticesinde AYM ilk derece mahkemelerinin tarafların haklarının değerlendirilmesinde açık bir dengesizlik saptanmadığından açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul edilmezlik kararı vermiştir.

6. Tıbbi İhmal ve Hatalı Tedaviye İlişkin Kararlar

Tıbbi teşhiste ihmal ve hatalı/yanlış tedavilere ilişkin olarak AYM başvuru sahiplerinin maddi ve manevi varlıklarının korunması ve geliştirilmesi haklarına kasten ihlale sebebiyet verilmeyen durumlarda devletin “etkili bir yargısal sistem kurma” pozitif yükümlülüğünü yerine getirdiğinin söylenebilmesi için mutlaka bir ceza davası açılmak zorunda olmadığı; mağdur başvuru sahiplerine sağlanan hukuk davası veya idari dava ve hatta disiplin ile ilgili hukuk yollarının açık olmasının yeterli olabileceği belirtilmiştir. AYM’ye tıbbi teşhiste ihmal nedeniyle maddi veya manevi

⁶¹³ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, K.T. 21.12.2017, 2016/938 Es., 2017 /8564 K. sayılı kararı, (10.06.2018)

⁶¹⁴ Kararda yer alan kriterler şunlardır: i)Hak arama hürriyetinin kullanılmasını haklı gösterecek - oldukça zayıf veya dolaylı da olsa- emarelerin varlığı ii)Hak arama hürriyetinin sırf üçüncü kişilere zarar vermek amacıyla kullanılıp kullanılmadığı iii)Hak arama hürriyetinin kamu görevlilerine karşı görevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili konularda kullanılıp kullanılmadığı iv)Hak arama hürriyetinin kullanılması esnasında hedef alınan kişiye yönelik isnatların taraflar arasındaki uyuşmazlık konusuyla -oldukça zayıf veya dolaylı da olsa- ilgisinin bulunup bulunmadığı ve uyuşmazlığın çözümüne katkısının olup olmadığı v)Hak arama hürriyetinin kullanılması esnasında kullanılan ifadeler ve bunların hedef alınan kişinin yaşamına etkileri. (Ali Abbas Yalman başvurusu, para.33.)

⁶¹⁵ Ali Abbas Yalman başvurusu, para.35-39.

zarara uğramış olma yahut hatalı tedavi neticesinde zarara uğrama hallerinde sadece cezai yollara başvurulması neticesinde açılan ceza davalarında kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar verilmesi veya hiç ceza davası açılmaması sebebiyle yapılan bireysel başvurularda AYM kabul edilmezlik kararı vermiştir.⁶¹⁶ AYM'ye göre ilke olarak tıbbi ihmallere ilişkin şikâyetler konusunda temel başvuru yolu, hukuki sorumluluğu tespit adına takip edilecek olan hukuk ve idari tazminat davası yoludur.⁶¹⁷

Tıbbi ihmal veya hatalı tedavi neticesinde bireylerin maddi ve manevi varlıklarında meydana gelen zarara ilişkin bireysel başvurular, yerel mahkemelerde açılan idari tam yargı davaları ve hukuk davalarında ileri sürdükleri tazminat taleplerinin reddedilmesi sebebiyle yahut bireylere uygulanacak tıbbi tedavinin seçimine katılmasına imkân sağlanmaması, tedavi uygulaması ve riskleri konusunda yeterli bilgilendirmenin yapılmamış olması sebebiyle AYM önüne gelmiştir.

AYM yanlış tedavi sebebiyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verdiği Ahmet Acartürk başvurusunda,⁶¹⁸ başvuru, tüp bebek tedavisi esnasında sperm arama amaçlı yapılan bir operasyon sonrasında sağlık açısından rahatsızlıklarının ortaya çıktığını ve operasyon sonrasında bir daha çocuk sahibi olamayacak derecede vücudundaki testosteron hormonunun üretilemediğini, bu konuda açmış olduğu tazminat davasından sonuç alamadığını ve maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AYM kararında, somut uyumsuzlukta başvurucuya ve eşine tüp bebek tedavisine başlanmadan önce tüp bebek ve embriyo transferi işlemine izin verdiklerine dair bir belge imzalatıldığı, ancak anılan belgede başvurucuya uygulanan Mikro TESE operasyonu hakkında hiçbir bilgilendirme veya açıklama olmadığını, bu nedenle hastane ve hekimlerin hastanın tedavi riskleri hakkında aydınlatıldığını ispatlayamadıkları sebebiyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

⁶¹⁶ Başvuru yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul edilmezlik kararı verilen AYM kararlarından bazıları için Bkz. AYM K.T. 09.01.2018, Başvuru No:2014/2901, **Kürşat Çelebi başvurusu**, (10.06.2018), AYM K.T.25.10.2017, Başvuru No:2014/14189, **B.K. başvurusu**, (10.06.2018)

⁶¹⁷ AYM K.T.03.04.2014, Başvuru No:2013/2839, **Nail Artuç başvurusu**, (10.06.2018)

⁶¹⁸ AYM K.T. 15.10.2015, Başvuru No:2013/2084, **Ahmet Acartürk başvurusu**, (10.06.2018)

Tıbbi teşhis ve tedavide gecikme sebebiyle yapılan Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan başvurusunda⁶¹⁹ ise, başvuruçuların prematüre olarak doğan bebekleri doğum akabinde 4 hafta boyunca hastanede yenidoğan bakım ünitesinde tedavi edilmiş ve akabinde taburcu edildikten sonra, 5 aylık iken bir başka hastanede prematüre retinopatisi teşhisi konulmuş ve erken doğuma bağlı olarak bebeğin her iki gözünde de görme yetisinin olmadığına tespit edilmesi üzerine idarenin başvuruçuları bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucu bebeklerinin bir ömür boyu görme yetisini kaybetmiş olması sebebiyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddia edilmiştir. Başvuruçuların açmış olduğu tazminat davasının Danıştay incelemesinde, yapılan incelemede olayda hekimin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediği, bu suretle hizmet kusurunun bulunduğu tespit edilmiştir. Somut olayda, ilk derece mahkemeleri tarafından ihlal tespit edilmiş ve başvuruçulara söz konusu hizmet kusuru nedeniyle manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir. Başvuruçular ise bebeğin her iki gözünün görme yetisini tamamen kaybetmiş olması nedeniyle maddi zararların da söz konusu olduğunu, dolayısıyla maddi zararların da karşılanması gerektiğini belirtmişlerdir.⁶²⁰ AYM, ilk derece mahkemelerinin başvuruçuların bebeğinin görme yetisini kaybetmesi üzerine manevi tazminata hükmetmesi, ancak bunun yanında maddi zararlarını da karşılayacak şekilde maddi tazminata hükmedilmemesi ve maddi zarara neden hükmedilmediği hususunda da gerekçe sunulmamasını, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal eden haksız bir müdahale olarak nitelendirmiştir.

Tıbbi ihmal sebebiyle görme ve işitme kaybı yaşandığı iddiaları ile görülen Teyfik Özdemirşoğlu⁶²¹ ve Mehmet Çolakoğlu⁶²² başvurularında ise, AYM Teyfik Özdemirşoğlu başvurusunda, askeri birliğe katılmadan önce kulağında çınlama olduğu şeklinde şikâyetini bildirmesine rağmen başvuruçunun 5 günlük silahlı atış eğitimlerine tabi tutulması akabinde işitme kaybı oluştuğu, yapılan cezai soruşturmada alınan bilirkişi raporunda başvuruçunun silahlı atış eğitimine katılmaması ihtimalinde iç kulağındaki hasarın önlenilebileceğinin belirtildiği, bunun

⁶¹⁹ AYM K.T. 08.03.2018, Başvuru No:2014/13327, **Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan başvurusu**, (10.06.2018).

⁶²⁰ **Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan başvurusu**, para.47,48.

⁶²¹ AYM K.T. 08.11.2017, Başvuru No:2014/20406, **Teyfik Özdemirşoğlu başvurusu**, (10.06.2018)

⁶²² AYM K.T.21.02.2018, Başvuru No:2014/15355, **Mehmet Çolakoğlu başvurusu**, (10.06.2018)

yanında yerel mahkemece başvurusunun silahlı atış eğitimi sonrasında viziteden hastaneye 3 gün sonra çıkabildiğinin de dikkate alınmamış olması; yerel mahkemede görülen davada mahkemenin, başvurusunun tıbbi teşhis ve tedavi süreci öncesinde, kusur ve ihmal gösterildiğine ilişkin iddialarının yeterince incelenmemiş olması sebebiyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Mehmet Çolakoğlu başvurusunda, yaşadığı kalp rahatsızlığı sebebiyle gittiği hastanede başvurucuya kronik arter tanısı konulması üzerine, tedavisi için by-pass ameliyatı yapılması gerektiği önerilmiş, daha sonra başvuru açık kalp ameliyatı olmuştur. Ameliyat sonrasında görme kaybı yaşadığı sebebiyle gittiği poliklinikteki muayene sonrasında sağ gözünü kaybettiği sol gözünde de görme problemleri yaşayabileceği konusunda bilgilendirilmiştir. Görme kaybı sebebiyle açılan tazminat davasında, başvurucuya yapılan tüm işlemlerin rızası dâhilinde olduğu ve görme kaybının kalp ameliyatı ile ilgisi bulunmadığından tazminat taleplerinin reddine karar verilmiştir. Başvurucu, yapılan tıbbi müdahale neticesinde görme kaybı riskinin olabileceğinin sağlık görevlilerince öngörülebildiği halde kendisine ameliyat öncesinde bu konuda bilgi verilmediğini ve bu sebeple rızasının usulüne uygun olarak alınmadığını belirtmiştir.⁶²³ AYM somut uyuşmazlıkta yerel mahkemenin ameliyat sonucu oluşabilecek görme kaybı riski yönünden başvurusunun ameliyat öncesinde bilgilendirilmesinin gerekip gerekmediği hususunu irdedememesi ve bu husus üzerinden değerlendirme yapmadığından kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Anılan başvurularda, tıbbi ihmal veya hatalı tedaviye ilişkin açılan tazminat davalarında, kişilerin ihmale veya hataya ilişkin iddialarının mahkemelerce yeterince irdelenmemiş olması, kişilere iddialarını dile getirebilmelerinin mahkemelerce kısıtlanması gibi hallerde de AYM tarafından kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilebildiği görülmektedir.

Kişilerin gerek tıbbi uygulama veya tedavi öncesinde gerek de sonrasında uygulama yöntemi, oluşabilecek riskler konusunda bilgilendirilmeleri, bilgilendirme sonrasında rızalarının alınması ve mümkünse bilgilendirme sonrasında açık rıza

⁶²³ Mehmet Çolakoğlu başvurusu, para.50.

alınmadan önce işlemin risk ve sonuçlarının net olarak anlaşılabilmesi adına düşünebilme payı bırakılması, ihmal veya hataya ilişkin açılan tazminat veya tam yargı davalarında ihmal ve hata hakkında kişilerin dermeyeran ettiği iddiaların detaylı olarak irdelenmesi ve reddedilen iddialar hakkında mahkemelerin gerekçeli kararlarında yeterli açıklama bulunuyor olması, yine tazminat yargılamalarında hastayı aydınlatma yükümlülüğünün ve açık rızanın alınıp alınmadığının da tartışılmış olması gibi hususlar tıbbi ihmal veya hatalı tedavilere ilişkin olarak AYM'nin kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilmemesi için önem gösterdiği noktalaradır.

7. Kişinin Maddi ve Manevi Varlığının Korunması ve Geliştirilmesi Hakkında Diğer Kararlar

Kişinin maddi ve manevi varlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve itibarı gibi çok çeşitli değerlerin bir araya gelmesi ile oluşmaktadır. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının çok kapsamlı ve genel davranış özgürlüğünü içerir kapsayıcı bir hak olması sebebiyle bireysel başvuru kararlarını incelediğimiz bu bölümde mahkeme önüne gelen çeşitli konular hakkındaki kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı incelemeleri ele alınacaktır.

Diğer kararlar başlığı altında müşterek çocukla baba arasında kişisel ilişki tesis edilmesi, kişinin beslenme tarzı hakkında sağlık raporu alması zorunluluğu getirilmesi, kişinin taşıdığı hastalığa dair kişisel verilerinin çalışma yaşamına etkisi ve psikolojik taciz bir diğer adı ile mobbing iddiaları sebebiyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından AYM'nin vermiş olduğu bazı kararlardan bahsedilecektir.

a) **Mobbing İddiaları ve Fecir Ergün Turan Kararı**⁶²⁴

Mobbing konusunda AYM Fecir Ergün Turan kararında, mobbing teşkil eden eylem ve davranışlar AY'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi için gerekli olan asgari eşiği aşmadığından kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında incelenmektedir.

AYM mobbinge ilişkin bu davada ve benzeri konudaki davalarda, başvurunun ve işverenin iddia ve savunmaları ile sunulan delillerin değerlendirilip değerlendirilmediğini, işverenin tutum ve davranışlarının makul ve orantılı olup olmadığının irdelenip irdelenmediğini incelemiştir. Başvurunun ihlal iddiasıyla ilgili deliller sunarak olaya ilişkin iddiaları içerisinde maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının nasıl ihlal edildiğine yönelik ve ihlal iddiasına konu eylem, işlem ve ihmallerin içeriklerine dair başka bir delil sunmadığı; özel hukuk iş ilişkisinden doğan uyuşmazlığı karara bağlayan derece mahkemelerince de ilgili ve yeterli gerekçeler oluşturularak anayasal güvencelerin korunması açısından pozitif yükümlülüklerin yerine getirildiği anlaşıldığından kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.⁶²⁵ Şu ana kadar, AYM'nin mobbinge ilişkin kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilmiş olduğuna dair vermiş olduğu bireysel başvuru kararı bulunmamaktadır. Ancak ihlal kararı verilmemiş olsa dahi mobbing iddiaları AYM tarafından kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.

⁶²⁴ AYM K.T. 05.12.2017, Başvuru No:2014/10590, **Fecir Ergün Turan başvurusu**, para.39, (10.06.2018); Mobbing sebebiyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiası ile AYM önüne gelen ilk dava Necati Arslan başvurusudur. (AYM K.T: 07.06.2017, Başvuru No:2014/20535,(11.06.2018)) Necati Arslan başvurusunda, başvuru mobbing iddiası ile ilişkili olarak sadece cezai yola başvurmuş olup hukuk davası açmadığından, AYM başvuru yollarının tüketilmemiş olması sebebiyle kabul edilmezlik kararı vermiştir. Mobbing iddiası ile AYM önüne gelen ilk bireysel başvuru Necati Arslan kararı olsa da, Fecir Ergün Turan kararında mobbinge ilişkin daha detaylı açıklamalar yer aldığından bölüm başlığında ve açıklamalarımızda Fecir Ergün Turan kararı irdelenmiştir.

⁶²⁵ **Fecir Ergün Turan başvurusu**, para.54,55.

b) Aile İçi Şiddet Vakaları ve M.L. ve Diğerleri Kararı⁶²⁶

Aile içinde yaşanan fiziksel, psikolojik ve ekonomik şiddet olaylarında 6284 sayılı kanun gereği aile bireylerine şiddet uygulayan kişi hakkında hâkim veya kolluk amiri tarafından koruyucu ve önleyici tedbir kararları verilebildiğinden bahsedilmişti. Verilen tedbir kararları bir yana, evlilik birliğinin boşanma ile sonlandığı ailelerde müşterek çocukların velayet altına alınma durumu mevcutsa velayeti elinde bulundurmayan anne/baba lehine boşanma kararında şahsi ilişki tesisi kurulmaktadır. Bu halde, 6284 sayılı kanun uyarınca şiddet mağduru kişiye ve velayeti altındaki müşterek çocuklara yaklaşmama şeklinde bir tedbir kararı bulunan eş lehine boşanmaya hükmeden mahkemece şahsi ilişki tesisi kararı kurulduysa bu durumda nasıl bir yol izleneceği konusunda, mevcut durumun başvurusunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal edip etmediğini, AYM M.L. ve diğerleri kararında incelemiştir.

Başvurucular, aleyhine koruma kararı bulunan eşin müşterek çocuklarla şahsi ilişki tesisine karar verilmesi nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı ile aile hayatına saygı gösterilmesi haklarının ihlal edildiği iddiası ile AYM'ye başvurmuştur. AYM yaptığı incelemede, aleyhine koruma tedbir kararı bulunan eş ile diğer başvurucular olan çocuklar arasında ihtiyati tedbir kararı ile şahsi ilişki tesisine karar veren mahkemenin, temyiz aşamasında Yargıtay'da bulunan boşanma davası dosyasında yer alan tüm evrakları tam anlamıyla incelemeyen,-sadece duruşma tutanakları ve gerekçeli kararı incelemek suretiyle-, karar vermiş olduğu ve boşanma davası esnasında başvurucuların şahsi ilişki tesisi talep eden eş hakkında koruma tedbiri kararları aldığını dikkate almadan ve değerlendirmeden karar verdiğini tespit etmiştir. Kurulan şahsi ilişki tesisine karşı kanun yolları kapalı olduğundan başvurucuların itirazları kabul edilmemiştir. Bu nedenle, başvurusunun kararın sonucunu etkileyebilecek nitelikte bulunan iddialarının yargısal makamlar karşısında dinletmesine mahkeme tarafından imkân tanınmadığından maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

⁶²⁶ AYM K.T. 22.11.2017, Başvuru No:2014/7469, **M.L. ve diğerleri başvurusu**, (11.06.2018)

Anılan kararda kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı birlikte incelenmiş ve her iki hak açısından da ihlal kararı verilmiştir. Kanaatimce, kararda aile bağlarının yanında her bireyin kendi içinde özerk ve bağımsız kişilikler olduğu gözetilmek suretiyle somut uyuşmazlık kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi bağlamında da ele alınmıştır.

c) Kişinin Beslenme Tarzı Hakkında Sağlık Raporu Almaya Zorlanması ve Şehmus Özsubaşı Kararı⁶²⁷

Şehmus Özsubaşı kararında başvuru, vejetaryen olarak beslenmeyi tercih eden bir hükümlüdür. Başvuru, et ve et ürünleri yemeyi tercih etmediğinden, protein ihtiyacının cezaevinde dış kantin aracılığıyla karşılanmasını talep etmişse de bu talebi cezaevi müdürlüğü tarafından reddedilmiştir. Başvuru, cezaevi kantininde mantar ve yumurta gibi protein içeren besinlerin satışının yapılmaması sebebiyle protein ihtiyacını karşılayamamasının sağlık durumunu etkilediğini belirtmiştir. Cezaevinin ve infâz hâkimliğinin ret kararı üzerine ağır ceza mahkemesine itiraz eden başvurucudan, vejetaryen olup olmadığının tespiti için rapor aldırılması şartı ile talep edilen besinlerin verilmesine karar vermiştir. AYM başvurucunun vejetaryen olması sebebiyle cezaevinde bazı besinleri tüketememesi ve bu durumun da başvurucunun sağlığına etki etmesi sebebiyle uyuşmazlığı kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında incelemiştir. Başvuru tarafından, beslenme tercihinin ilişkin yiyeceklerin kendisine verilmemesi sebebiyle insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele yasağının da ihlal edildiği iddia edilmişse de, bu durumla ilgili sağlık durumunun kötüleştiğine ilişkin bir rapor bulunmaması ve yaşanan bir rahatsızlık veya tedavi görmesi de söz konusu olmadığından kötü muamele yasağına ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olduğu ve bu nedenle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

AYM somut olay açısından bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelen vejetaryenliğin bir yaşam tarzı olarak kişinin kendini tanımlamada ortaya koyduğu önem bir bütün olarak dikkate alındığında

⁶²⁷ AYM K.T. 03.03.2016, Başvuru No:2013/2582, Şehmus Özsubaşı başvurusu, (11.06.2018)

vejetaryenliğin kişinin manevi varlığı kapsamında olduğu belirtmiştir. AYM başvurusunun vejetaryen olmasına rağmen sağlık raporu almaya zorlanmasının başvurusunun maddi ve manevi varlığın korunması hakkına müdahale ettiğini belirtmiştir.⁶²⁸ Anılan müdahalenin AY 13. maddede belirtilen koşulları taşımadığı sürece hem AY 13. maddesine hem de AY 17. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edeceği ifade edilmiştir.⁶²⁹ Müdahalenin haklılık kriterlerinden kanunilik şartına uygun olup olmadığı belirlendikten sonra, AY 13. maddede yer alan öze dokunmama, kanun tarafından öngörülme, AY'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.⁶³⁰

Müdahalenin haklılığı noktasında; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİK.) "Hükümlünün Beslenmesi" başlıklı 72. maddesinde⁶³¹ hükümlülerin beslenmesinde dikkat edilecek hususları açıklayıcı nitelikte, açık, herkes tarafından öngörülebilir ve anlaşılabilir bir kanuni düzenlemenin mevcut olduğunu, bu anlamda kanunilik kriterinin sağlandığı ifade edilmiştir. Müdahalenin meşru amacı konusunda başvurusunun cezaevinde tutulan bir hükümlü olması sebebiyle AY'nın 19. maddesi gereğince hükümlü ve tutukluların hukuka uygun olarak cezaevinde tutulmanın kaçınılmaz ve doğal bir sonucu olarak cezaevinde düzenin ve disiplinin sağlanması da başvurusunun maddi ve manevi varlığını korunması hakkına yönelik müdahalenin meşru amacı olarak değerlendirilmiştir.⁶³²

AYM müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği açısından, başvurusunun itirazı üzerine ağır ceza mahkemesinin verdiği "talep edilen besinlerin başvurusunun bir sağlık kuruluşunda vejetaryen olup olmadığının sağlık raporu ile ispatlanması şartı ile verilmesi" kararının gerekçesinde, başvurusunun beyanlarına neden itibar

⁶²⁸ Şehmus Özsubaşı başvurusu, para.67.

⁶²⁹ Şehmus Özsubaşı başvurusu, para.68.

⁶³⁰ Şehmus Özsubaşı başvurusu, para.69.

⁶³¹ CGTİK. 72. maddesi, "(1) Hükümlüye Adalet ve Sağlık bakanlıklarınca birlikte belirlenecek kalori esasına göre, sağlıklı ve güçlü kalması için nitelik ve nicelik olarak besleyici, sağlık koşullarına uygun, makul çeşitlilikte, yaş, sağlık, çalıştığı işin özelliği, dini ve kültürel gerekleri göz önünde tutularak besin verilir ve içme suyu sağlanır.(2) Hükümlü, kendisine verilen günlük besin ve ihtiyaç maddeleri dışındaki ihtiyaçlarını kurum kantininden sağlayabilir. Kantini bulunmayan kurumlarda, bu maddeler, idarenin izin ve kontrolü altında dışardan sağlanabilir.(3) Hasta hükümlüye, kurum hekiminin belirleyeceği besinler verilir. (4) Kurumda annesiyle birlikte kalan çocuklara ve süt emziren annelere durumlarına uygun gıda verilir." şeklindedir. www.corpus.com.tr (11.06.2018)

⁶³² Şehmus Özsubaşı başvurusu, para.74.

edilmediği ve neden başvurunun vejetaryen olup olmadığına ilişkin sağlık kuruluşundan rapor aldırılmasının istendiğinin açıklanmadığına vurgu yapmıştır. AYM'ye göre, başvurunun vejetaryen olduğu beyanı karşısında vejetaryen olup olmadığının sağlık raporu ile tespitinin istenmesinin hangi amaçla yapıldığının belirtilmemesini, demokratik toplum düzeninde müdahalenin neden gerekli olup olmadığının açıklanmaması şeklinde yorumlamıştır.⁶³³ Bu nedenle AYM başvurunun vejetaryen olduğunu beyan etmesine karşılık mahkemenin başvurunun vejetaryen olup olmadığı yönünde sağlık raporu istenmesine karar vermesini demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olarak görmemiş ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Şehmus Özsubaşı kararı ile, kişilerin beslenme tercihlerinin manevi varlıkları kapsamında olduğu ve somut uyuşmazlıkta beslenme tercihinin beyan etmesine rağmen talep ettiği besin türlerinin sadece beslenme tercihi konusunda rapor aldırması şartıyla verileceği kararı ile ilgili olarak kararın kanuni dayanağının CGTİK. 72. madde olduğu, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına müdahale teşkil eden kararın kanuni olduğunu ve cezaevinde bulunan hükümlüler arasında düzen ve disiplinin sağlanması meşru amacı ile getirilmiş bir müdahale olduğu belirtilmiştir. Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği konusunda ise, başvurunun beslenme tercihinin uygun besinlerin aldıracağı bir rapor karşılığında verileceği kararının gerekçesinin olmaması ve demokratik bir toplumda neden gerekli olduğunun belirtilmemesi ve açıklanmaması nedeniyle, demokratik toplumda gerekli olmayan bir müdahale olarak değerlendirilmiş ve hakkı ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. İşbu kararda, müdahalenin haklılık kriterleri incelenmiş ve AY 13. maddede yer alan güvence ölçütlerinin de sağlanıp sağlanmadığının kontrol edilmesi gerektiği belirtilmesine rağmen ayrıca karar içerisinde AY 13. maddede yer alan koşullar irdelenmemiştir.

⁶³³ Şehmus Özsubaşı başvurusu, para.80.

d) Sağlık Verilerinin Gizliliğinin Korunmamasının Kişinin Çalışma Yaşantısına Etkisi ve T.A.A. kararı⁶³⁴

T.A.A. başvurusu, HIV⁶³⁵ virüsü taşıyıcısı olan başvurucunun sağlık durumuna ilişkin verilerinin işvereni tarafından öğrenilmesi üzerine çalışma hayatına devam etmesinde sağlığı açısından sakınca olmayan başvurucunun bir süreliğine işten uzaklaştırılması ve akabinde de iş akdinin feshedilmesi üzerine işçinin açmış olduğu işçilik alacağı davasının mahkeme tarafından reddedilmesi neticesinde yapmış olduğu bir başvurudur.

AYM, özel hayata dair hususların kişinin mesleği ile ilgili tasarruflara esas alınması halinin özel hayata saygı hakkını ilgilendirdiğini ve kişinin sağlık durumunun da maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile ilgili olduğunu belirtmiştir.⁶³⁶ Özellikle somut olay bazında başvurucunun HIV virüsü taşıyıcısı olmasının toplumda sadece bir sağlık problemi olarak görülmediği, başvurucunun sosyal yaşantısını ve insanların ona bakış açısını etkileyen ve başvurucunun toplumdan dışlanmasına dahi sebep olabilen bir durum olduğu AYM tarafından göz önüne alınmıştır. Toplum tarafından HIV virüsü taşıyıcısı olduğu öğrenilen başvurucunun çalışma hayatında da engellerle ve zorluklarla karşılaşacağı ve iş bulması zorlaşan başvurucunun kişisel ve ekonomik özerkliğini kaybedebileceği belirtilmiştir.

Anılan bireysel başvuru kararında, yerel mahkemelerce, başvurucunun iş akdinin işveren tarafından feshedilmesinin sebebi olarak başvurucunun HIV virüsü taşıyıcısı olduğu konusunda bir çekişme bulunmamaktadır. Somut olayda işverenin diğer çalışanlarını korumak ve belirlediği kurallar çerçevesinde iş yerinde huzur ve disiplinin devamından elde edeceği faydalar ile başvurucunun özel hayata saygı, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakları arasında bir çatışma hâsıl olmuştur.⁶³⁷ Bahsedilen hak çatışması ilk derece mahkemesince ve Yargıtay’ca, hastalığın “bulaşıcı” olması hususuna odaklanılarak bu riskin gerçekleşmemesi için

⁶³⁴ AYM K.T. 01.02.2017, Başvuru No:2014/19081, **T.A.A. başvurusu**, (11.06.2018)

⁶³⁵ Türkçe’ye bağışıklık yetmezliği virüsü olarak çevrilmiştir. (Human Immunodeficiency Virus), daha fazla bilgi için What Are HIV and AIDS? <https://www.hiv.gov/hiv-basics/overview/about-hiv-and-aids/what-are-hiv-and-aids> (11.06.2018)

⁶³⁶ **T.A.A. başvurusu**, para.60,61.

⁶³⁷ **T.A.A. başvurusu**, para.97.

tek çözümün başvuruçunun iş yerinden uzaklaştırılması şeklinde çözümlenmiş ve başvuruçunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı göz ardı edilmiştir. AYM somut uyuşmazlıkta başvuruçunun iş akdinin feshedilmesi düşüncesinin yanında işverenin başvuruçucu için işyerinde çalışan diğer işçiler açısından tehlike oluşturmayacak bir pozisyon tesis edilip edilemeyeceğini değerlendirmemiş olmasının yerel mahkeme ve Yargıtay'ın kararlarında da değerlendirilmediği bu diğer ihtimalin üzerinde de durulmadığından bahisle başvuruçucu ile işveren arasında çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulmadığı sebebiyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Somut olayda, hak ihlali doğmaması için birinci ihtimalde ya işveren başvuruçuyu işten çıkarmadan önce başvuruçunun sağlık durumunun diğer işçilere zarar vermeyecek şekilde pozisyon değişikliğine gidebilirdi ya da ikinci bir ihtimal olarak işveren birinci ihtimali hiç değerlendirmemişse yerel mahkeme veya Yargıtay işyerinde başvuruçunun çalışabileceği alternatif iş imkânı sunacak şekilde karar kurabilirdi. Anılan iki ihtimalin de işveren ve yargı makamlarınca gözetilmemesini AYM kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğine ve hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir.

e) Cinsiyet Değişikliği ve M.K. Kararı⁶³⁸

Birey doğduktan sonra biyolojik cinsiyetiyle, erkek veya kadın olarak kaydedilir. Bireyin cinsiyetiyle kaydedilmesi, hukuk alanında sonuçlar doğurur.⁶³⁹ Bazı bireyler, yaşam içerisinde doğuştan gelen cinsel kimliğinden farklı bir cinsel eğilime sahip olabilmektedirler. AYM'nin tanımına göre, cinsiyet; *“bireyin sahip olduğu fizyolojik, biyolojik ve genetik özelliklerini ifade eden bir kavram olup biyolojik cinsiyet, bireyin doğuştan sahip olduğu üreme organları ve sistemleri dikkate alınarak “kadın” veya “erkek” olarak yapılan tanımlamadır.”*⁶⁴⁰ AİHM ve

⁶³⁸ AYM K.T. 12.06.2018, Başvuru No:2015/13077, **M.K. Başvurusu**, (26.07.2018)

⁶³⁹ Doğru ve Nalbant, Cilt:II, s.34.

⁶⁴⁰ AYM K.T. 29.11.2017, 2015/79 Es. 2017/164 K. sayılı kararı, para.15, (12.06.2018); Cinsiyet kavramı konusunda günümüzde cinsiyetin kadın veya erkek olarak belirlenemediği ya da hem kadını hem de erkeksi cinsiyet özelliklerine sahip bireylerin “interseksüel” veya “üçüncü cinsiyet” sahibi

AYM'nin yerleşik içtihatlarına göre, cinsiyet ve cinsel yönelim gibi kavramlar kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında korunmaktadır.

Dilimizde cinsiyet değiştiren kişi manasına gelen “transseksüel”⁶⁴¹ kelimesi var olan cinsiyetlerinden farklı cinsel eğilimleri olan kişileri ifade etmektedir. Kendilerini transseksüel olarak adlandıran bireyler, cinsiyet değiştirme ameliyatı ile ait olduklarını hissettikleri cinsel kimliğe kavuşabilmektedirler.

Trans birey olan başvurucunun cinsiyet değişikliği için mahkemece izin verilmesine ilişkin talebinin, başvurucunun üreme yeteneğinin bulunması ve cinsiyet değişikliği için gereken üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunma şartının gerçekleşmemiş olması sebebiyle reddedilmesi üzerine maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiası ile AYM'ye başvurmuştur. AYM cinsiyet değiştirme sürecinde, başvurucunun ameliyattan önce üreme yeteneğinden vazgeçmesini zorunlu kılan kısırlaştırma operasyonuna yönlendirilmesi nedeniyle başvuruya konu ret kararının başvurucunun maddi bütünlüğüne müdahale oluşturduğunu belirtmiştir.⁶⁴² Müdahalenin AY 13. maddede yer alan koşullara uygun olmadığı takdirde AY 17. maddenin birinci fıkrasını ihlal edeceği, sınırlamanın AY'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, meşru amaç taşıma, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁴³

Başvurucunun cinsel kimliğini belirleme özgürlüğüne yapılan müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı, müdahalenin haklılık kriterlerine ve ölçülülük ilkesine uygunluğu AYM tarafından incelenmiştir.

olduğu ve üçüncü cinsiyete sahip olan bu bireylerin Tayland, Almanya gibi ülkelerde hukuksal anlamda nüfus kayıtlarında tanındığı görülmektedir. İnterseksüel bireyler ve üçüncü cinsiyet hakkında daha fazla bilgi için Bkz. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41923916> (12.06.2018), http://www.isna.org/faq/what_is_intersex (12.06.2018)

<https://www.gazeteduvar.com.tr/dunya/2017/11/13/ne-kadin-ne-erkek-ucuncu-cins/> (12.06.2018)

⁶⁴¹ İngilizce karşılığı “transsexual” veya “transgender” olan transseksüel kelimesinin sözlük anlamı; Hormon tedavisi görüp ameliyat olarak cinsiyet değiştiren, (www.tdk.gov.tr (12.06.2018)) doğduğu fiziksel bedeni ile aynı cinsiyette olmadığını hisseden kişi (<https://dictionary.cambridge.org/tr/s/%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce/transsexual> (12.06.2018) olarak tanımlanmıştır.

⁶⁴² **M.K. Başvurusu**, para.50.

⁶⁴³ **M.K. Başvurusu**, para.52.

Başvurucunun cinsiyet değiştirme ameliyatına izin verilmesi talebinin reddedilmesinin sebebi, TMK’nun 40. maddesinin 20.03.2018 tarihinden önce yürürlükte bulunan halinde cinsiyet değiştirmeye izin verilmesinin şartlarından olan “üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak” olduğundan AYM, müdahalenin kanuni olduğunu tespit etmiştir. Cinsiyet değiştirme ameliyatına izin verilmesi için üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak koşulunun, kamu düzeninin sağlanması yanında ameliyatın geri dönüşünün olmaması ve sağlık açısından taşıdığı riskler gözetilerek genel sağlığın korunmasının amaçlandığı ve müdahalenin kamu düzeni ile genel sağlık meşru amaçlarına yönelik yapıldığı ifade edilmiştir.⁶⁴⁴ Cinsiyet değiştirme ameliyatının geri dönüşünün olmaması ve ameliyat sonrasında kişinin zaten üreme yeteneğinden yoksun kalacağı; ameliyat öncesinde de sırf üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak şartını sağlamak amacıyla bireylerin fazladan bir tıbbi müdahaleye maruz bırakılmamaları gerektiği ifade edilmiştir. Anılan bireysel başvurudan sonra TMK’nun 40. maddesinde yer alan “üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak” şartının kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı üzerindeki müdahalesi ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir denge bulunmadığından bahisle AY’nın 13. 17. ve 20. maddelerine aykırı olması sebebiyle iptal edildięinden⁶⁴⁵, demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığına ve başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

AYM işbu M.K. başvurusunda, başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına müdahale niteliğinde olan cinsiyet değişikliği ameliyatı olmak için gerekli “üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak” şartının kanuni bir müdahale olduğunu, kamu düzeni ve genel sağlık gibi meşru amaçları gerçekleştirmek amacıyla getirildiğini, ancak hem anılan şartın AYM iptal kararı ile iptal edildiğinden hem de cinsiyet değişikliği ameliyatı sonrasında varılacak nihai netice olan üreme yeteneğinden tamamen yoksun kalma halini aynı zamanda ameliyattan önce bulunmasını istemenin kişilerin maddi varlıklarına ameliyat öncesi de müdahalede bulunulmasına sebebiyet verdiğinden bahisle

⁶⁴⁴ M.K. Başvurusu, para.55.

⁶⁴⁵ TMK’nun 40. maddesinde yer alan “üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak” şartının iptal edildiği iptal kararı, iptal davası-itiraz üzerine verilen kararlar başlığı altında cinsiyet değişikliğine ilişkin kararlar içerisinde inceleneceğinden, M.K. başvurusu içerisinde kısaca değinilmiştir.

demokratik toplum düzeninde gerekli olmayan bir müdahale olarak gördüğünden hukuka aykırı bulmuştur. Kaldı ki, TMK'nun 40. maddesinde yer alan şartın iptal edilmesi ile, konu ile ilgili hakka müdahale durumu da tamamen ortadan kalkmıştır.

B. İptal Davası-İtiraz Üzerine Verilen Kararlar

1. Tütün Ürünlerinin Yasaklanmasına İlişkin Karar

Sigara dünyada en yaygın kullanım alanına sahip olan tütün ürünlerinden biridir. Sigara dışında, pipo, puro, nargilelik tütün mamulü gibi tütün ürünleri⁶⁴⁶ insanlar tarafından tüketilmektedir. Tütün ürünlerinin tüketilmesi şeklindeki insan davranışı, aslında isimsiz özgürlükler kapsamında çoğunlukla “sigara içme özgürlüğü” olarak adlandırılmaktadır. Sigara içme özgürlüğü, sigara içme konusunda insanların “serbest hareket etme gücü”ne, daha basit bir ifadeyle “sigara içip içmeme erki”ne sahip olmaları şeklinde tanımlanabilir.⁶⁴⁷ Hiçbir özgürlük sınırsız olmadığı gibi sigara içme özgürlüğü de sınırsız değildir. Bunun yanında sigara içme özgürlüğünün yanında sigara içmeme özgürlüğünün de kabul edilmesi gerekir. Sigara içme özgürlüğü, kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile yakından ilgilidir. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı tütün ürünleri tüketme özgürlüğünün hukuki dayanağını oluşturmaktadır. Aynı şekilde AİHS 8. maddesinde düzenlenen kişiliğin korunması hakkı da tütün ürünleri tüketme özgürlüğünün uluslararası hukuki dayanağını oluşturmaktadır.⁶⁴⁸ Sigara içmek isteyen bir insanı, bu yöndeki hareket serbestisinden mahrum bıraktığımız halde, o insanın kişiliğini serbestçe geliştirebilmesinden de bahsedemeyiz. Fakat, sigara içmek isteyen insana bu

⁶⁴⁶ Tütün Mamullerinin Üretim ve Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin birinci fıkrasının (n) bendinde tütün mamulü şöyle tanımlanmıştır: “*Tütün yaprağının ve/veya tütün bitkisi parçalarının tamamen veya kısmen hammadde olarak kullanılması ile üretilen, tütürme, burna çekme, emme ya da çiğneme amaçlı tüm ürünler.*” <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/12/20151224-5.htm> (12.06.2018); Türkiye adına 28.4.2004 tarihinde New York'ta imzalanan ve 25.11.2004 tarih ve 5261 sayılı Yasayla onaylanması uygun bulunan Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'nin 1. maddesinde, “*tütün ürünü: tütürme, emme, çiğneme ya da buruna çekerek kullanılmak üzere üretilmiş, ham madde olarak tamamen veya kısmen tütün yaprağından imal edilmiş madde*” olarak tanımlanmıştır. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/12/20041225.htm> (12.06.2018)

⁶⁴⁷ Gözler, Sigara, ss.35,36.

⁶⁴⁸ Yavuzdoğan, s.25.

serbestiyi sağlamışsak; aynı şekilde sigara içmek istemeyen bir insanı da sigara içilen bir ortama maruz bırakamayız. Çünkü sigara içmek istemeyen bir insanı sigara içilen bir ortama (pasif sigara içiciliğine) maruz bırakmak, onun sigara içmeme hakkını tanımamak olur.

Tütün ürünlerinin insan sağlığına zararlı olduğu bilimsel çalışmalar tarafından kanıtlanmasına rağmen halen birçok kişi tarafından tüketilmektedir. Tütün ürünlerinin insan sağlığına zararı sebebiyle, ülkeler iç hukuklarında tütün ürünlerinin kullanımını sınırlayan veya yasaklayan yasal düzenlemeler yapmaya başlamışlardır. Tütün tüketimine ilişkin sınırlamaların, yasama politikalarında yaygın biçimde tercih edilmesi küresel ölçüde karşılaşılan bir olguya dönüşmüştür. Bu tercihi somutlaştıran ve çoğunlukla reklam ve mekân yasakları olarak ortaya çıkan hukuksal düzenlemeler giderek artmaktadır.⁶⁴⁹ Ülkemizde de bu konu ile ilgili olarak 1996 yılında 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun (TÜZÖK) kabul edilmiştir. Kanunda belirtilen mekânların bazılarında tütün tüketimi mutlak olarak yasaklanmakta iken, mutlak yasak kapsamı dışında kalan diğer kanunda yazılı yerlerde ise sigara içimine tahsis edilecek mahsus alanlar düzenlenmek suretiyle nisbi bir yasaklama olduğu söylenebilir.

TÜZÖK'ün 2. maddesinin birinci fıkrasının⁶⁵⁰ (d) bendinde yer alan “kahvehane” ibaresinin AY'nın 13. , 17. ve 48. maddelerine aykırı olduğu iddiası açılan davada,⁶⁵¹ AYM tütün tüketenlerin ve tüketmeyenlerin anayasal haklarını kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı temelinde yorumlamıştır. Kararda iptal başvurusunda bulunan İzmir Kahveciler Odası, iptal gerekçelerinde TÜZÖK ile tütün tüketimine ilişkin kahvehanelere getirilen mutlak yasağın, kahvehanelerin varlığını sürdürebilmesini imkânsız hale getirmesinin kahvehaneleri işleten kişilerin de çalışma özgürlüğünün ortadan kalkmasına sebep

⁶⁴⁹ Bertil Emrah Oder, “Dumansız Kamusal Yarar ve Dumanaltı Bireysellik Çatışması -Anayasa Mahkemesi'nin 2011 Tütün Yasağı İçtihadı Hakkında Karşılaştırmalı Gözlemler-”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Yıl:2014, Cilt:3, Sayı:5, (Tütün Yasağı), s.107.

⁶⁵⁰ TÜZÖK 2. madde birinci fıkra metni:” (1) Tütün ürünleri; a) Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında, b) Koridorları dâhil olmak üzere her türlü eğitim, sağlık, üretim, ticaret, sosyal, kültürel, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait olan ve birden çok kişinin girebileceği (ikamete mahsus konutlar hariç) binaların kapalı alanlarında, c) Hususi araçların sürücü koltukları ile taksi hizmeti verenler dâhil olmak üzere karayolu, demiryolu, denizyolu ve havayolu toplu taşıma araçlarında, ç) Okul öncesi eğitim kurumlarının, dershaneler, özel eğitim ve öğretim kurumları dâhil olmak üzere ilk ve orta öğrenim kurumlarının, kültür ve sosyal hizmet binalarının kapalı ve açık alanlarında, d) Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile **kahvehane**, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde, tüketilemez.” (Vurgu yazara ait.)

⁶⁵¹ AYM K.T.06.01.2011, 2010/58 Es. 2011/8 K. sayılı kararı, (12.06.2018)

olduğu ve bu nedenle de AY 13. maddede yer alan ölçülülük ilkesi ile birlikte kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile çalışma hakkının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

AYM esas incelemesinde; kapalı ortamlarda tütün ve tütün ürünlerini tüketen kişilerin, aynı ortamda bulunan diğer kişilerin sağlıklı yaşam hakkına karşı ödev ve sorumluluklarının bulunduğunu, kişilerin toplu olarak bulundukları kapalı alanlarda kullanımının yasaklanmasının AY'nın 17. ve 56. maddeleriyle devlete yüklenen pozitif yükümlülüğünü gerçekleştirme amacı ile yapıldığını ve iptali istenen kuralın devletin anılan pozitif yükümlülüklerinin bir sonucu olup kişilerin çalışma haklarını zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır denilmek suretiyle iptali istenen düzenlemeyi kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunması ve geliştirilmesi hakkına, çalışma hakkına ve ölçülülük ilkesine aykırı bulmamıştır.⁶⁵²

Doktrinde bir görüşe göre; AYM işbu kararıyla bireysel özerkliğin sınırını belirsiz, yüzeysel ve tahmini bir temel hak yaklaşımıyla ve sadece vardığı sonucu bildiren “salt ödevci” anlayışla çizmiş, tütün tüketimi konusunda yasa koyucunun takdir ve değerlendirme yetkisinin sınırlarını tartışmamış, çalışma özgürlüğünün zedelenmediğine ilişkin kabulün varlığı problemli olup ölçülülük ilkesi de mahkemece uygulanmadığı için kafe, lokanta veya kahvehane gibi alanlarda istisna uygulamaları sorununa da değinmemiştir.⁶⁵³

Diğer bir görüşe göre ise, tütün ürünlerini kullanmayanların korunması uğruna tütün ürünü kullanma özgürlüğü orantısız olarak sınırlandırılmaktadır.⁶⁵⁴

⁶⁵² Karara ilişkin karşı oy gerekçelerinde; sigara kullanımının genel özgürlükler alanı içinde yer aldığını, kişinin, başkalarına ve topluma zarar vermemek şartıyla kendisi için zararlı olsa bile bazı şeyleri yapmak, tasarruflarda bulunmak hakkı olarak tanımlanabilecek bu genel özgürlük alanına devletin müdahalesinin demokratik toplumlarda olmaması gerektiği, Özerk ve özgür bireyin başkalarının, özellikle de kamu otoritelerinin, koruyup kollamasına ihtiyacı olduğunu varsaymak onun iradesini ve tercih özgürlüğünü hiçe sayan paternalist bir değerlendirme olduğunu, devletin, kişiyi kendisi için zararlı olacak şeylerden koruma amacıyla da olsa, yediği ve içtiğiyle uğraşması, bunlara müdahale etmesi, temel hak ve özgürlükler anlayışıyla bağdaşmadığı belirtilmiştir. Bu alanda alınacak önlemlerin Anayasa'nın 13. maddesinde de ifadesini bulan ölçütlere göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmiş ve karşı oy gerekçesinde iptali istenen düzenleme hakkında demokratik toplumda gereklilik, ölçülülük ve amaca elverişlilik açısından incelemelerde bulunulmuştur.

⁶⁵³ Oder, Tütün Yasağı, ss.119,120.

⁶⁵⁴ Yavuzdoğan, s.31.

2. Nüfus Kaydının Düzeltilmesine İlişkin Karar

NHK.'nın nüfus kayıtlarının düzeltilmesi hakkındaki 36. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin *“Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir.”* şeklindeki ilk cümlesinin AY'nın 17. , 36. ve 41. maddelerine aykırı olduğundan bahisle itiraz edilmiştir.⁶⁵⁵ İtiraz yoluna başvurma kararında yerel mahkeme gerekçe olarak, babanın açtığı aile soyadı değişikliğini içeren dava ile ergin olmayan çocuğun da soyadı değişmiş bulunduğundan o çocuğun ergin olduktan sonra aynı konuda dava açamamasına sebebiyet veren iptali istenen kuralın kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile hak arama özgürlüğünü ihlal ettiği iddia edilmiştir.

Kararda, nüfus kayıtlarında değişiklik yapılmasını isteme hakkının kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında olduğu, dava yoluyla bir defadan fazla talep edilememesini öngören kural AY'nın 17. maddesi ile bağdaşmadığı bu nedenle iptali istenen kuralın kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine karar verilerek iptal edilmiştir. Kanımızca da verilen iptal kararı yerindedir, Zira nüfus kayıtlarında aynı konuya dayanarak sadece bir kez düzeltim davası açılabileceği hususu, hem karara konu olduğu haliyle üstsoyun nüfus kayıtlarında düzeltim yapması sonrasında alt soyunun aynı konuda düzeltim davası açamamasına sebep olmaktadır; hem de kişi birden fazla kez adını, soyadını veya diğer nüfus bilgilerini değiştirmek isteyebilir.

İptal kararına katılmayan ve karşı oy gerekçesi sunan AYM üyeleri, gerek soyadının kişilik hakkından olmasının yanında soyları ayırt edici özelliği itibarıyla de nesilden nesile geçme özelliğinin olması gerekse AİHM içtihatlarında da sözleşmecî devletlere soyadı hususunda geniş takdir yetkisi tanındığından bahisle iptali istenen kanun metninin getirdiği hukuki sınırlamaların kamu yararı ve kamu düzeni gereğince kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına aykırılık oluşturmadığını belirtmişlerdir. Ayrıca iptali istenen aynı konuya ilişkin bir kez nüfus düzeltim davası açılabileceğine ilişkin olarak aynı konuya ilişkin nüfus kaydının dava yoluyla düzeltilmesinin, aynı şahıs tarafından ancak bir kere dava

⁶⁵⁵ AYM K.T. 30.03.2012, 2011/34 Es. 2012/48 K. sayılı kararı, (12.06.2018)

konusu edebileceği şeklinde anlaşılması gerektiğini ve hal böyle iken “aynı konuya ilişkin olarak” sözcüklerine dar anlam yüklenerek, davacının bu hakkının bulunmadığını ve kuralın hak arama hürriyetine aykırı olduğunu ileri sürmenin yanlış bir değerlendirme olduğu da karşı oy gerekçesinde belirtilmiştir.

2. Sezaryen Doğuma İlişkin Karar

AYM’nin maddi manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile ilgili verdiği iptal kararlarından bir diğeri de, hamile kadının doğumunun tıbbi zorunluluk bulunması halinde sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilmesine ilişkin UHK’nın 153. maddesine⁶⁵⁶ eklenen ikinci fıkrasına ilişkindir.⁶⁵⁷ Tıbbi zorunluluk halinin olmadığı ihtimalde, iptali istenen düzenleme ile sezaryen doğumu seçme hakkı hamile kadına tanınmamaktadır. Maddede, doğumun sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilmesi tıbbi zorunluluk şartına bağlanmış, tıbbi zorunluluk olmaksızın annenin özgür iradesi ile sezaryen doğum yapma tercihi tanınmamıştır. İptali istenen düzenleme gereği, hamile bir kadının sezaryen ameliyat ile doğum yapabilmesi için yalnızca anne adayının isteği yeterli olmayacak, tıbbi zorunluluk bulunması gerekecek, gerekliliğin olup olmadığına ise hekim karar verecektir. Bu anlamda iptal istemini içerir dava dilekçesinde hamile kadının elinden normal doğum-sezaryen doğum tercihinin alınması, yurt dışında doğum yapan diğer hamile kadınların ise bu tercih hakkına sahip olması bakımından ve iptali istenen düzenlemenin eşitlik ilkesini ayrıca de ihlal ettiği iddia edilmiştir. AYM tarafından esasa ilişkin yapılan incelemede kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından, “*Sezaryen ameliyatını sağlık hizmetlerinden yararlanmaya engel olmayacak biçimde, tıp bilimine göre belirlenecek nedenlerle sınırlayan, bilimin gerekleri dışında herhangi bir yöntem dayatmayan dava konusu kuralın, kadının maddi ve manevi varlığını geliştirmeye engel olduğu söylenemez.*” şeklinde; eşitlik ilkesi açısından, “*diğer ülkelerin kuralları ile dava konusu kural eşitlik yönünden kıyaslanamaz. Kural, gelir*

⁶⁵⁶ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 153. madde metni: “Devletin resmi müesseselerinde doğum yardımı meccanidir. Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması halinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir. Gerekli tedbirlerin alınmasına rağmen, doğumu takiben anne veya bebekte meydana gelebilecek istenmeyen sonuçlardan dolayı hekim sorumlu tutulamaz.” şeklindedir.

⁶⁵⁷ AYM K.T. 03.10.2013, 2012/103 Es. 2013/105 K. (12.06.2018).

durumuna bakılmaksızın herkese uygulanacak objektif, soyut ve genel bir düzenleme niteliğinde olduğundan eşitlik ilkesine aykırı değildir.” tespitlerinde bulunarak iptal istemlerinin reddine karar vermiştir.⁶⁵⁸

AYM’nin iptal istemini reddetmesindeki temel gerekçe, annenin normal doğum yahut sezaryen doğumu tercih hakkının elinden alınmasını göz ardı ederek; düzenlemedeki sınırı AY’nın 17. maddesinin 2. fıkrasındaki kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının istisnası olan tıbbi zorunluluk hali olarak algılayışdır. İptali istenen düzenleme, AYM tarafından 17. maddenin ikinci fıkrasında yer alan istisnalar kapsamında görülerek müdahalenin hukuka uygun bulunması söz konusudur. Eşitlik ilkesine aykırılık konusunda ise AYM, AY 10. maddede kanun önünde eşitliğin öngörüldüğü, Kuralın uygulanmasında yaşanacak fiili durumlar yasama faaliyetinin dışında olduğu ve diğer ülkelerin kuralları ile AY 10. maddenin kıyaslanamayacağından bahisle iptal istemi reddedilmiştir.

3. Cinsiyet Değişikliğine İlişkin Kararlar

Cinsiyet değiştirme işleminin nasıl yapılacağına dair TMK.’nun 40. maddesinde yer alan düzenlemede,⁶⁵⁹ cinsiyet değiştirme işlemi için hangi şartların sağlanması gerektiği ve değişikliğin nasıl yapılacağı yer almaktadır. Anılan maddeye göre cinsiyet değişikliği için, cinsiyetinin değiştirilmesini isteyen kişi, bizzat mahkemeye cinsiyet değişikliği talebinde bulunarak cinsiyet değişikliği konusunda

⁶⁵⁸ Anılan AYM kararında iptal isteminin reddine ilişkin karşıoy gerekçelerinde ise, AY’nın 17. maddesinin ikinci fıkrasındaki “tıbbi zorunluluk” kavramının ancak kişinin yaşamının tehlikeye girmesi halinde devreye gireceğini, iptali istenen düzenlemedeki tıbbi zorunluluk halini hekimin belirlemesine bırakılması ve doğum yöntemini bu anlamda da hekimin seçmesinin kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlaline sebep olacağı yönündedir. Kanımızca, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında, anne doğumun ne şekilde ve hangi yöntemle olacağına karar verebilme hakkına sahip olmalıdır. Bu tercihin bireye tanınmaması maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yapılan hukuka aykırı bir müdahale oluşturacaktır. AİHM’e göre çocuk sahibi olma, çocuk sahibi olmama kararlarına saygı hakkı ve hangi koşullarda çocuk sahibi olunacağını seçme hakkı özel yaşama saygı hakkı kapsamı içerisinde alınmıştır. Daha fazla bilgi için Bkz. AİHM, K.T. 14.12.2010, Başvuru No: 67545/09, Ternovszky/Macaristan kararı, para.20.

⁶⁵⁹ TMK. 40. madde metni: “(1)Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemeye cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. (2)Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemeye nüfus siciline gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.” şeklindedir. (12.06.2018)

mahkemeden izin istemeli, cinsiyet değişikliği talep eden birey 18 yaşından büyük olmalı ve evli olmamalı,⁶⁶⁰ transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından gerekli olduğunu ve üreme yeteneğinin bulunmadığını alacağı resmi sağlık kurulu raporu ile ispatlamalıdır. Şartları taşıyan cinsiyet değişikliği talep eden birey, başvurduğu mahkemenin vereceği cinsiyet değişikliği izni kararı ile cinsiyet değişikliği ameliyatı olabilmekte ve ameliyat sonrasında da resmi sağlık kurumunun bir rapor ile cinsiyet değişikliği ameliyatının gerçekleştirildiğini doğrulaması halinde nüfus sicilinde değişiklik yapılmasına karar verilmektedir. Görüldüğü üzere, kanun tarafından cinsiyet değişikliği süreci, sıkı şartlara tabi tutulmuş ve cinsiyet değiştirmek isteyen kişi bizzat bu taleple mahkemeye başvurmalı ve mahkeme önündeki dava çekişmesiz bir dava olmasına rağmen kişiden üreme yeteneğini kullanamadığına ve cinsiyet değişikliğinin sağlık açısından gerekli olduğuna dair sağlık raporu getirmesi, akabinde ameliyat olmasına izin verildiği takdirde de nüfus kayıtlarında değişiklik yapılabilmesi için de resmi sağlık kuruluşundan rapor alınması gerektiği şeklinde uzunca bir prosedür getirilmiştir. Türk hukukunda kişilerin doğuştan sahip oldukları cinsiyetten farklı bir cinsiyet ile resmen tanınmaları, ancak bir cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmeleri halinde mümkündür.⁶⁶¹

TMK.’nın cinsiyet değişikliği hakkındaki 40. maddesine ilişkin olarak AYM tarafından itiraz yolu üzerine verilen iki karar vardır. Ancak açıklanacağı üzere, verilen iki karar, cinsiyet değişikliği işleminin farklı aşamaları hakkında bir takım neticeler içermektedir. İptal talepleri ilk davada 40. maddenin 2. fıkrasına; ikinci davada 40. maddenin 1. fıkrasında yer alan “*üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu*” ibaresine ilişkin olsa da, iptal sebeplerinde ileri sürülen iddialar birbirine çok benzemesine rağmen ilk kararda AYM iptal talebinin reddine karar vermiş, ikinci kararda ise iptal talebinin kabulüne karar vermiştir.

Bu davalardan ilki, 40. maddenin ikinci fıkrasının⁶⁶² AY’nın 17. maddesine aykırılığı sebebiyle açılan 2015/79 Es. 2017/164 K. sayılı davadır.⁶⁶³ Davada,

⁶⁶⁰ Cinsiyet değişikliği için aranan evli olmama şartı ile kastedilen kişinin ya hiç evlenmemiş olması ya da daha önceden evlenmiş olsa bile bu evliliğinin hukuken sona ermiş olmasıdır.

⁶⁶¹ Atamer ve Taşkın, s.719.

⁶⁶² TMK.’nın 40. maddesinin ikinci fıkrası: “*Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.*” şeklindedir.

transseksüel yapıda olan kadınların sırf erkekliğe ilişkin cinsel organ ameliyatı olmamaları sebebiyle kadın kimliği taşımaya zorlanmalarının kişinin maddî ve manevî varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına aykırı olduğu iddiasıyla iptali istenmiştir. İptal isteminin itiraz noktası, cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmasını isteyen transseksüellerin cinsiyet değişikliği ameliyatı olmak zorunda bırakılması ve cinsiyet değişikliği ameliyatı olmak istememe tercihlerinin bulunmayışdır.

AYM kararında, kişilerin cinsel tercihlerinin, özel hayatları ve maddî ve manevî varlıklarının korunması kapsamında anayasal düzenle koruma altına alındığını bu nedenle de sorgulanamayacağını, ancak iptali istenen kuralda cinsiyet değişikliğinin nüfus kayıtlarına işlenebilmesi için belirtilen şartın kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına bir müdahale teşkil ettiği belirtilmiştir. Türk hukukunda nüfus kaydının kişinin doğumu itibarıyla sahip olduğu biyolojik cinsiyetine göre yapıldığı; bu biyolojik cinsiyetin çok istisnai hallerde değiştirilebildiği ve bu nedenle de iptali istenen kanun hükmünün düzenlendiği ve cinsiyet değişikliğinin devlet tarafından denetlendiği ifade edilmiştir. TMK. 40. maddede yer alan ve iptali istenen şartın, nüfus kayıtlarının hukuk düzeninde önem taşıması ve kamu düzeninin korunması sebebiyle yer aldığı, aksi halde cinsiyet değişikliği taleplerinin isteğe bağlı olarak değiştirilebilmesi sonucunun doğacağı belirtilmiştir. AYM iptali istenen kural ile getirilen sınırlamanın nüfus kayıtlarının kalıcı ve tereddütsüz olması ve kamu düzeninin korunması gibi demokratik toplum düzeni yönünden zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç üzerine var olduğunu ifade etmiştir. Sınırlamanın, kişinin nüfus kaydında cinsiyet değişikliği yapabilme hakkını ortadan kaldırmadığı, kullanılamaz hâle getirmediği ve bu nedenle de hakkın özüne dokunmadığı vurgulanmıştır. Ayrıca kişinin ameliyat olmadan kimliğinde yer alan cinsiyet hanesinde değişiklik yapılmamasının sebebi olarak, biyolojik cinsiyetine uygun olmayan bir durumun hukuken tanınmasına olanak olmadığı belirtilmiş ve iptali istenen hükmün AY'nın 13. , 17. ve 20. maddelerine uygun olduğuna karar vermiştir.⁶⁶⁴ Anılan karardan anlaşılan; TMK.'nın anılan maddesinin ikinci

⁶⁶³ AYM K.T. 29.11.2017, 2015/79 Es. 2017/164 K. sayılı kararı, (12.06.2018)

⁶⁶⁴ Karşı oy gerekçelerinde, uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk argümanlarında cinsel kimliğin hukuk tarafından tanınması için ameliyat olmanın gerekmesini insan haklarına saygı ilkesinin ihlali olarak görüldüğü, cinsel kimliğe müdahalelerin insan onuru ile bağdaşmadığının vurgulandığı; anayasal anlamda da iptali istenen kuralın cinsiyeti tamamen biyolojik bir temelden tanımladığını, cinsiyet değişikliği ameliyatının kişinin vücut bütünlüğünü kalıcı olarak bozabilecek riskler içerdiği, kişinin kendisini ait olduğunu düşündüğü cinsiyete hukuken kavuşup, bunu hukuk âlemine kabul

fikrasının öngördüğü cinsiyet değişikliği ameliyatı gerçekleştirilmeksizin, hukuken kişinin cinsiyet değişikliğinin tanınmayacağı; bunun da sebebinin kamu düzeninin korunması olduğu; kamu düzeninin korunmasının karşısında AYM'nin bireylerin vücut bütünlüğüne yapılacak müdahaleyi haklı bulduğu şeklindedir.

TMK.'nın 40. maddesi hakkında AYM'nin verdiği ikinci karar, 40. maddede yer alan “*üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu*” ibaresinin⁶⁶⁵ iptali istemiyle açılan 2017/130 Es. 2017/165 K. sayılı davadır.⁶⁶⁶ İşbu davada ise, iptali istenen şart sebebiyle, üreme yeteneğinden sürekli yoksun bulunmayan transseksüellerin cinsel kimliklerini değiştiremedikleri ve bundan dolayı sahip oldukları cinsel kimlikle yaşamaya zorlanmalarının kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi ve aile hayatına saygı hakkına; üreme yeteneğinden tamamen ve sürekli yoksun bulunmayan transseksüellere göre, üreme yeteneğinden sürekli yoksun bulunan transseksüeller arasında eşitsizliğe sebep olduğundan dolayı da eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddia edilmiştir. Anılan dava açılmadan önce Y.Y./Türkiye kararı ile AİHM'e başvuran transseksüel bir başvurucunun, üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmaması sebebiyle cinsiyet değişikliğine izin verilmemesi hakkında AİHM başvurucunun özel hayatın gizliliğine saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM pek çok farklı ülkenin ulusal hukukunda öngörülenin aksine Türk hukukunun üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunma şartını, nüfus sicilinin düzeltilmesi aşaması için değil, cinsiyet değişikliği ameliyatının gerçekleştirilmesine izin verilmesi için öngördüğünden, böylesi bir müdahalenin de demokratik toplumda gerekli olmadığını

ettirmesi için beden bütünlüğünü bozma riski taşıyan bir ameliyat olmaya zorlanması kamu düzeni ile bireysel menfaat arasında birey aleyhine ciddi bir yük getirdiği, transseksüel bireyler bedensel bütünlükleri ile ait olduklarını düşündükleri cinsiyetlerinin hukuken tanınmamasından birini seçmeye zorlandığı, kişilerin resmi belgelerdeki cinsiyetleri ile biyolojik cinsiyetleri arasında tutarlılık sağlamak amacı onların bedensel bütünlüklerine müdahale edilmesinden üstün görülmemesi gerektiği savunulmuştur. İptali istenen düzenleme ile kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunması ve geliştirilmesi haklarına getirilen müdahalenin demokratik bir toplumda zorlayıcı ihtiyaçları karşılamadığı ve ölçülü olmadığı ifade edilmiştir. Karşı oy gerekçesinde ayrıca TMK.'nın 40. maddesine ilişkin açılan ikinci dava olan 2017/130 Es. 2017/165 K. sayılı karara da atıflar yapılmıştır. (“Mahkememizin, Kanunun 40. maddesinin birinci fıkrasında geçen “... ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu...” ibaresinin iptaline ilişkin 29/11/2017 tarihli ve 2017/130 Es., 2017/165 K. sayılı kararında da, ikinci fıkra da öngörülen cinsiyet değiştirme ameliyatına göre daha az risk taşıyan tıbbi müdahalenin bile ölçülü olmadığı belirtilerek mezkûr ibarenin Anayasanın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı bulunduğu dikkate alındığında itiraz konusu kuralda öngörülen sınırlamanın da aynı gerekçelerle Anayasaya aykırı olduğu düşünülmektedir.”)

⁶⁶⁵ Anılan ibarenin Avrupa’da cinsiyet değişikliği ameliyatına izin için değil; cinsiyet değişikliğinin nüfus kaydına işlenmesi için aranıyor olması hakkında Bkz. Atamer ve Taşkın, s.731, Dipnot:18.

⁶⁶⁶ AYM K.T. 29.11.2017, 2017/130 Es. 2017/165 K. sayılı kararı, (12.06.2018)

belirtmiştir. AİHM'in Y.Y./Türkiye kararı akabinde, AYM'nin verdiği işbu iptal kararında, iptal edilmesi istenen kuralın kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturduğu; kendilerini transseksüel olarak tanımlayan kişilerin üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunabileceği gibi bulunmaya da bileceğini, TMK.'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin bunu yapabilmesi için zaten cinsiyet değişikliği ameliyatı adı altında bir tıbbi müdahaleye maruz kaldığı ve bu müdahale neticesinde de kişi üreme yeteneğinden sürekli yoksun kalacağından; kişinin üreme yeteneğinden yoksunluğunu kanıtlamak üzere cinsiyet değişikliği ameliyatı öncesinde ayrı bir tıbbî müdahaleye maruz bırakılması şeklindeki müdahaleyi kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı hakkını ihlal edeceğine karar vermiştir.⁶⁶⁷ AYM kararında, kişinin üreme yeteneğinden sürekli yoksun bulunması halini cinsiyet değiştirme ameliyatının bir sonucu olarak nitelendirmiştir. Verilen işbu karar, AİHM'in Y.Y./Türkiye davasında vermiş olduğu kararın iç hukukumuzda karşılık bulduğunu göstermesi açısından olumlu bir gelişme olmuştur. Zira, işbu karar öncesinde, uygulamada, cinsiyet değişikliği talep eden ve TMK.'nın 40. maddesinde yer alan şartları taşıyıp, üreme yeteneğine sahip olan transseksüel bireylerin cinsiyet değişikliği talepleri mahkemeler tarafından kabul edilmemekte ve birey, olmak istemediği bir bedende hayatını sürdürmek zorunda bırakılmaktaydı.

AYM cinsiyet değişikliği işleminin nüfus kayıtlarında hukuksal anlamda değişiklik yaratılması için kişilerin cinsiyet değişikliği ameliyatı ile bedenlerine yapılacak tıbbi müdahaleleri kamu düzenini korumak meşru amacı altında, hukuka uygun bulurken; cinsiyet değişikliği ameliyatı öncesinde üreme yeteneğine sahip olunup olunmadığı hususunda bir eğitim ve araştırma hastanesinden resmî sağlık kurulu raporu alınması esnasında bireyin vücut bütünlüğü açısından çeşitli hormon tedavileri ve cerrahi operasyonlara maruz bırakması sebebiyle ölçüsüz ve gerekli olmayan bir müdahale olarak nitelendirmiştir.

⁶⁶⁷ Karşı oy gerekçelerinde, iptali istenen kuralın sadece doğumdan itibaren üreme yeteneği bulunmayan veya yasal bir zorunluluğa bağlı olmaksızın herhangi bir nedenle sonradan üreme yeteneğini sürekli biçimde kaybetmiş olan transseksüel kişileri kapsadığını, üreme yeteneği bulunan transseksüelleri kapsamadığını, ancak kanunen üreme yeteneği bulunan transseksüellerin cinsiyet değiştirmelerine engel olunmak istenmediğinden, bu kişilerin üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunan transseksüel kişilere tanınan bir müesseseden yararlanabilmek için kendilerini tıbbi bir operasyona maruz bırakmak durumunda kaldıkları belirtilmiştir. Anılan karşı oy gerekçesi ile karşı oy kullanan AYM üyelerinin iptali istenen şartın, üreme yeteneğine sahip kişiler açısından Anayasada tanınan haklarına bir müdahale teşkil etmediği görüşünde oldukları söylenebilir.

Cinsiyet değişikliği hususunda TMK.'nın 40. maddesinde yer alan “üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak” şartı AYM tarafından iptal edilmeden önce doktrinde çokça eleştirilmekteydi. Doktrinde bir yazar, iç hukukumuzdaki cinsiyet değişikliğini düzenleyen maddeyi, yurt içinde mahkemeden izin alınmadan yurt dışında cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirmiş kişilerin durumlarının ne olacağı konusunda açık düzenleme içermemesi sebebiyle eleştirmekteydi. Bu halde izin olmaksızın yapılmış bir cinsiyet değişikliği ameliyatının varlığı halinde nüfus sicilinde bir düzeltme yapılması talebini reddedecek ve bu durum TMK.'nın 40. maddesinin AIHM önünde AIHS 8. maddeye aykırılık oluşturup oluşturmadığını gündeme getirebilecekti. Türk doktrininde, izin alınmadan yapılan ameliyatlar sonrasında ortaya çıkan (de facto) duruma hukuksal bir çözüm bulunması gerektiği belirtilmiştir. Üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının da üreme yeteneğine sahip olan transseksüellere doktorlar tarafından önceden bir tedavi uygulanmasını, hatta bazen ameliyatı zorunlu kılacağını, bu durumun da transseksüel için hiç kuşkusuz ek ve lüzumsuz bir yük oluşturacağı konusunda eleştiriler bulunmaktaydı. Ayrıca, cinsiyet değişikliği ameliyatı öncesinde alınan mahkeme izninin geçerlilik süresinin TMK.'da belirtilmiyor oluşu da eleştirilmiştir.⁶⁶⁸

Diğer bir yazara göre, cinsiyet değişikliği için üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma şartının cinsiyet değişikliği ameliyatı için hâkimden izin alma aşamasında aranıyor oluşu TMK.'nın 40. maddesinin uygulama alanını daraltmakta, hatta cinsiyet değişikliği ameliyatını geçirebilme olasılığını neredeyse tamamen ortadan kaldırmaktadır. Yazar tarafından, TMK.'nın 40. maddesindeki üreme yeteneğinden yoksunluk şartının sadece biyolojik üreme yeteneği olarak değil, ruhsal üreme yeteneği olarak da yorumlanması ile ruhsal üreme imkânsızlığını taşıyan transseksüellerin de cinsiyet değişikliğinin önünün açılması gerektiğini savunulmuştur.⁶⁶⁹

Doktrinde bir başka yazar ise, cinsiyet değişikliği ameliyatı ile zaten üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk sağlanacağı için bu şartın izin almak için aranmasının gereksiz olduğunu, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının izin aşamasında değil, mahkeme tarafından verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi

⁶⁶⁸ Yeşim M. Atamer, Transseksüellerin Türk Hukukundaki Durumu, 21.09.2006, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (08.07.2018)

⁶⁶⁹ İpek Sağlam, “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2004, Sayı:8, ss.464,465.

yöntemle uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin doğrulanması için alınacak resmî sağlık kurulu raporu için aranması gerektiği ifade etmiştir.⁶⁷⁰

Cinsiyet değişikliği için üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının aranıyor olması konusunda doktrindeki eleştiri ve görüşler AYM’nin bu şartın iptali için vermiş olduğu iptal kararında karşılık bulmuş ve anılan şart iptal edilmiştir. AYM’nin cinsiyet değişikliği konusunda üreme yeteneğinden sürekli yoksun bulunmak şartını iptal etmesi, transseksüel bireyler için getirdiği kolaylık yadsınamaz. Ancak iptal kararı, AİHM’in 2015 yılında verdiği Y.Y./Türkiye kararından 2 yıl sonra verilmiştir. 2 yıllık süreç içerisinde, iç hukukta transseksüel bireylerden cinsiyet değişikliği talebinde bulunanlar, ameliyat öncesinde kısırlaştırma müdahalesi ile karşı karşıya kalmaları sebebiyle maddi ve manevi varlıklarının korunması pek mümkün olmamıştır.

Doktrinde bir görüşe göre cinsiyet değişikliği konusunda getirilen eleştirilerden biri olan cinsiyet değişikliği ameliyatı öncesi cinsiyet değişikliğine ilişkin mahkemeden alınan iznin geçerlilik süresi hala kanunda açıkça belirtilmemiştir.⁶⁷¹

Cinsiyet değişikliğinin hukuk düzeninde tanınmasının amaca ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirilmesi neticesinde olabilmesi konusunda itiraz yolu üzerine verilen ret kararı sonucunda, AY’nın 152/4. maddesi gereği ret kararı AYM’ce işin esasına girilerek verildiğinden ret kararının Resmî Gazetede yayımlandığı 20.03.2018 tarihinden itibaren on yıl geçmedikçe (20.03.2028 tarihine kadar) TMK’nin 40/2 hükmünün AY’ya aykırılığı hususunda AYM’ye başvurulamayacaktır. Uluslararası ve karşılaştırmalı hukuka bakıldığında birçok ülkede cinsiyet değiştirmek için cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirilmesi gerekli olmamasına rağmen AYM’nin itiraz yolu üzerine vermiş olduğu ret kararı neticesinde, ülkemizde 20.03.2028 tarihine kadar TMK’nin 40/2 hükmünün AY’ya aykırılığı ile ilgili AYM’ye başvurulamayacaktır.

AYM’nin biyolojik cinsiyete öncelik veren bakış açısı sebebiyle transseksüel olup, cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak (maddi varlığına müdahalede bulunulmasını) istemeyen kişilerin nüfus kaydında cinsiyet değiştirme taleplerinin

⁶⁷⁰ Nurullah Tekin, “Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:2009, Cilt: 4, Sayı: 39, ss.109,110.

⁶⁷¹ Atamer ve Taşkın, s.747.

önüne aşılamayacak bir engel koymakta ve kişileri ameliyat olmaya zorlamaktadır. AYM tarafından verilen 2015/79 Es. 2017/164 K. sayılı ret kararı ile; cinsiyet değişikliği yapmak isteyen ancak ameliyat olmak istemeyen transseksüel kişiler, AY 152/4 gereği önümüzdeki 10 yıl boyunca daha ameliyat olmaya zorlanacaktır. Ameliyat zorunluluğu, transseksüel bireylerin sağlıklarını tehdit etmektedir.

Kişinin yaşamını onurlu bir şekilde sürdürebilmesi için yaşam boyunca mütemadiyen korunması gereken bir hak olduğu göz önüne alındığında, kanaatimce, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile doğrudan bağlantılı olan cinsiyet değişikliğinin de açıkça ve detaylı bir şekilde özel kanun içerisinde düzenlenmesi gerekmektedir.

4. Kadının Soyadına İlişkin Karar

Kadının evlendikten sonra tek başına kendi soyadını kullanamaması sonucunu doğuran 4721 sayılı TMK'nun 187. madde hükmünün maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına aykırı olduğu iddiası ile AYM'nin K.T. 10.03.2011, 2009/85 Es. 2011/49 K. sayılı itiraz yolu üzerine verdiği karar mevcuttur. Anılan karardan maddi manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının eşitlik ilkesi ilişkisi başlığı altında bahsedilmiştir. Bu başlık altında ise, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından anılan kararda yer alan AYM'nin tespitlerinden bahsedilecektir.

Üç farklı yerel mahkeme kadının evlendikten sonra alacağı soyadını düzenleyen TMK'nun 187. maddesinin iptali için AYM'ne başvurmuşlardır. Yerel mahkemelerin itiraz gerekçelerinde; AİHM'in Ünal Tekeli/Türkiye davasında kadının evlendikten sonra yalnızca kendi soyadını kullanabilmesinin TMK'nun 187. madde hükmü ile mümkün olmamasının AİHS 8. madde ile birlikte değerlendirildiğinde AİHS 14. maddeye aykırılık oluşturduğuna karar verildiği ve AY'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası gereği iç hukukumuzda usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası antlaşma hükümleri ile kanun hükümlerinin çatışması halinde uluslararası antlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği ve kişinin var olan soyadını, evlense dahi sürdürebilme hakkının manevi varlık kapsamında korunması gerektiği ifade

edilmiştir. AİHM kararı gereğince, başvuran da dâhil olmak üzere evli eşlerin kendi soyadlarını kullanabilme veya soyadı (aile adı) seçiminde eşit haklara sahip olmalarını sağlamaya yönelik yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve gerekli önlemlerin alınması Türkiye devletine bırakılmıştır.⁶⁷²

AYM üç farklı yerel mahkemenin itiraz taleplerini birleştirerek 2009/85 Es. 2011/49 K. sayılı dosyada incelemiştir. AYM'nin esasa ilişkin incelemesinde iptali istenen hükmün kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından; iptali istenen hükmün kabul ediliş amacının aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri olduğunu, soyadının kuşaktan kuşağa geçmesi ile Türk toplumunun temeli olan aile birliğinin devamının sağlandığını, soyadı her ne kadar kişilik haklarından olsa da kişilik haklarına karşı kamu yararı ve kamu düzeni gibi meşru amaçlarla AY'ya uygun müdahalede Devletin takdir hakkı bulunduğunu bu kapsamda erkeğin soyadının aile soyadı olarak belirlenmesi ve dolayısıyla kadının evlendikten sonra yalnız kendi soyadını kullanamaması halinin anılan meşru amaçlar gözetilerek yapılan ve eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde düzenlenen 187. madde hükmünün kadının maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir.

2004 yılında AİHM'in kadının evlendikten sonra yalnız kendi soyadını kullanamamasını ayrımcılık yasağına ve özel hayata saygı hakkına aykırı bulduğu Ünal Tekeli/Türkiye kararından çok sonra, 2011 yılında verilen işbu AYM kararı, Ünal Tekeli/Türkiye kararı ile taban tabana zıt sonuçlar içermektedir. AYM vermiş olduğu işbu kararda AY 90. maddenin beşinci fıkrasında yer alan usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hüküm içermesi nedeniyle yaşanan çatışmada kanun hükmü yerine uluslararası antlaşma hükmünün uygulanacağı kuralını ihlal eden bir karar vermiştir. AYM'nin işbu kararı, AYM kararlarının niteliği gereği olayla sınırlayıcı ve yalnız tarafları bağlayıcı niteliği olmadığı, AYM kararlarından herkes yararlandığı için halen günümüzde AİHM'in Ünal Tekeli/Türkiye kararına rağmen kadınlar evlendikten sonra sadece kendi soyadlarını kullanamamaktadırlar.

⁶⁷² Nazan Moroğlu, “Medeni Kanun’a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri”, www.tukd.org.tr/dosya/kadinin_soyadi.doc (09.07.2018)

Ki bu durum da kadının manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına aykırılık oluşturmaktadır.⁶⁷³

Doktrinde evli kadının soyadı konusunda şöyle bir öneri getirilmiştir: TMK.'nın 187. madde başlığının “Kadının Soyadı” yerine “Aile Adı” olarak değiştirilmesi ve maddenin eşlerin ortak bir soyadı seçme zorunda olmadıkları, ama dilerlerse seçme hakkının da verildiği aşağıdaki şekilde düzenlenebileceği, böyle bir değişikliğin Anayasanın 41. ve 10. maddesindeki eşitlik ilkesine uygun ve AİHM'in Türkiye'ye verdiği yükümlülüğü yerine getirecek, aynı zamanda günümüzde ortaya çıkan ihtiyaçları da karşılayacak nitelikte olacağı ifade edilmiştir.⁶⁷⁴

Doktrindeki bir görüşe göre, soyadı konusundaki ülkemizde yaşanan sorunlar henüz bitmemiştir. Türk Medeni Hukuku açısından son derece önemli bir kaynak olan İsviçre'de 1 Ocak 2013 tarihinden itibaren geçerli olan düzenlemeye göre eşlerden her biri evlendikten sonra kendi soyadını taşıyabilecek, isterlerse tek bir soyadını kullanabilecekler ve tercihlerini nikâhta beyan edeceklerdir. Bu durumda çocuğun soyadını da eşler birlikte belirleyebileceklerdir. Eşler evli değilse çocuk annenin soyadını taşıyacak, ancak anlaşma halinde babanın soyadını da alabilecektir. Ayrıca Türkiye'nin de yakın zamanda İsviçre benzeri yasal düzenlemeler yapmak durumunda kalacağı ifade edilmiştir.⁶⁷⁵ İsviçre'deki soyadı düzenlemesi Alman ve Avusturya Medenî Kanun'larındaki düzenlemelerle benzerlik göstermektedir.⁶⁷⁶

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise konu ile ilgili olarak, evlilikte eşlerin soyadı konusunda tek ve ideal bir örnek olamayacağını, karşılaştırmalı hukukta her bir ülkenin kendi tarihi geleneği ve hukuk çevresi çerçevesinde kendi modelini

⁶⁷³ AYM işbu kararı verdikten sonra iç hukukumuzda bireysel başvuru yolunun dâhil edilmesiyle, vermiş olduğu bireysel başvuru kararlarında kadının evlendikten sonra da sadece kendi soyadını kullanabilmesinin yolu açılmıştır. Ancak bireysel başvuru kararları tarafları bağladığı ve herkes için geçerli olmadığından bireysel başvuru ile evlendikten sonra sadece kendi soyadını kullanabileceğine karar verilen kadın sadece bu hakkından yararlanabilmektedir. Hali hazırda AYM'nin 2009/85 Es. 2011/49 K. sayılı kararı AYM'nin daha sonra kadının soyadı konusunda vermiş olduğu bireysel başvuru kararları ile de çelişmektedir. Bu hususta AYM'nin ivedilikle hem vermiş olduğu bireysel başvuru kararlarına hem de AİHM'in Ünal Tekeli/Türkiye kararına uygun olarak bir içtihat değişikliğine yahut anılan kararlara uygun bir şekilde kanuni düzenlemeye gitmesi gerekmektedir.

⁶⁷⁴ Moroğlu, www.tukd.org.tr/dosya/kadinin_soyadi.doc (09.07.2018)

⁶⁷⁵ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, “Ad ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Yıl:2014, Cilt:3, Sayı:5, (Ad ve Soyad), s.35; Konu ile ilgili olarak Almanya ve Hollanda'daki düzenleme benzeri düzenlemeler yapılması hakkında Bkz. Acabey, M. Beşir, “Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Yıl:2017, Cilt:19, Özel Sayı, s.510.

⁶⁷⁶ Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, “Kadının Bitmek Bilmeyen Soyadı Sorunu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:2014, Sayı:4, s.589.

geliştirdiğini, özgürlükçülük ilkesi temelinde kanun ile birden fazla alternatifin kişilere sunulması gerektiği ifade edilmiştir. Soyadı konusunda kanunun kişilerin özgür iradesini gerçekleştirmelerine olanak tanınmasının gerektiği, eşlerin diledikleri takdirde ortak bir aile soyadı seçebilecekleri ifade edilmiştir. Ancak ortak aile adı seçmenin zorunlu tutulmaması gerektiği, şu an yürürlükte olduğu gibi sadece kocanın soyadı ortak aile soyadı olarak seçilebileceği gibi kadının soyadının da ortak aile soyadı olarak seçilebilmesine de olanak tanınabileceği veya üçüncü bir seçenek olarak eşlerin ikisinin soyadından oluşan bir ortak soyadının seçilebilmesinin de kabul edilebileceği önerilerini getirmiştir.⁶⁷⁷

TMK.'nın 187. madde hükmünün kadın erkek eşitliğini kadınlar aleyhine bozan bir madde olmadığını savunan bir görüşe göre, evlilik öncesinde aile adı belirleme konusunda yapılacak serbest iradeye yönelik bir seçimin aile hukukunda geçerli olan düzenleme serbestisi yasağına aykırı olacaktır.⁶⁷⁸

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, soyadının kişiliği oluşturan bir unsur olmasının yanı sıra kamu yararına ilişkin bir işlevi de bulunduğundan, konu ile ilgili bir düzenleme ihtiyacı bulunuyorsa; kadının soyadının aile soyadı olarak seçilmesine imkân verilmeden, istenildiği takdirde kadının evlenmeden önceki soyadını evli iken de taşıyabilmesinin sağlanması gerektiği belirtilmiştir.⁶⁷⁹

Evli kadının soyadı ile ilgili olarak 2011 yılında verilen AYM kararı akabinde evli kadının soyadı ile ilgili verilen bireysel başvuru kararlarından Sevim Akat Ekşi, Gülsim Genç ve Neşe Aslanbay Akbıyık kararlarında, AYM iptal davası üzerine vermiş olduğu karardan farklı karar vermek suretiyle, evli kadının evlendikten sonra sadece kendi soyadını kullanmasına izin verilmemesine sebebiyet veren TMK'nun 187. maddesini maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına aykırı olduğuna karar vermiştir. Daha sonra 30.09.2015 tarihinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2014/2-889 Es, 2015/2011 K. sayılı kararında⁶⁸⁰, TMK 187. madde

⁶⁷⁷ Ece Göztepe, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl:1999, Cilt:54, Sayı:2, s.128,129; Benzer görüşte, Acabey, s.510.

⁶⁷⁸ Turgut Akıntürk, **Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku**, İkinci Cilt, 10. Bası, İstanbul, 2006, ss.98-100; Merve Yılmaz, "Evli Kadının Soyadı", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:2012, Sayı:10, s.147.

⁶⁷⁹ Hüseyin Hatemi, **Aile Hukuku I Evlilik Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s.80; Yılmaz, s.147.

⁶⁸⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun K.T. 30.09.2015, 2014/2-889 Es, 2015/2011 K. sayılı kararı, (26.07.2018)

hükümünü kararlarına esas almayan, AY 90. madde uyarınca uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alan ilk derece mahkemelerinin kararlarını yerinde bulmuş, somut uyuşmazlık açısından da, yerel mahkeme kararını usul ve yasaya uygun bulup oy çokluğuyla onamıştır.⁶⁸¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kararda; evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının -önüne kendi kızlık soyadlarını ekleyebilseler de- nesnel ve makul bir nedeninin bulunmadığını ve aile birliğini ortak bir aile ismi aracılığıyla yansıtmaya amacının, cinsiyete dayalı farklı muamele için yeterli bir gerekçe oluşturmadığını belirtmiştir. Anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ile AİHS'in 8. ve 14. maddeleri ile Anayasamızın 17. maddesi karşısında hala yürürlükte bulunan TMK'nun 187. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda da AY 90. maddesinin beşinci fıkrası gereği, TMK'nun 187. maddesinin göz ardı edilerek uluslararası antlaşma ve Anayasa hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁸² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı sonrasında meydana gelen fiili durum: evliyken sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmak isteyen kadınlar, artık yerel mahkemelerde evlilik soyadının iptali ile evlilik birliği içinde kızlık soyadının kullanılması istemiyle açacakları davada yerel mahkemeler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı gereği TMK'nun 187. hükmünü göz ardı ederek AİHS 8. ve 14 maddeleri ile AY 17. maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını gözeterek davacı kadınların taleplerini kabul edeceklerdir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, aynı zamanda evlendikten sonra da sadece kendi soyadlarını kullanmak isteyen kadınları, AYM'ye bireysel başvuru davası açmak külfetinden kurtarmıştır. Kadınlar, yerleşim yerlerinde bulunan ve davaya bakmakla görevli yerel mahkemeye başvurmakla, dava sonunda talepleri şeklinde karar elde etme imkânına kavuşmuşlardır. Anılan Yargıtay kararıyla evli kadınların yalnızca evlenmeden önceki soyadlarını evli iken de kullanabilmelerine olanak sağlanmıştır. Doktrindeki bir görüşe göre, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun anılan kararı vermesinde AYM'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği kararlar etkili olmuşsa da; karar içtihadı birleştirme kararı olmadığından, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu için bile bağlayıcılığının bulunmadığı belirtilmektedir.⁶⁸³

⁶⁸¹ Odabaşı Erbek, s.97.

⁶⁸² Acabey, s.497.

⁶⁸³ Odabaşı Erbek, s.98 vd.

Evli kadının evlilik birliği içerisinde yalnızca kendi soyadını kullanabilmesine ilişkin olarak öncelikle AİHM’in Ünal Tekeli kararı ile TMK.’nın 187. maddesi arasındaki çatışma her ne kadar AY 90. maddesinin beşinci fıkrası gereği uluslararası antlaşma hükmü lehine çözümlense de, pratikte hala kadınların evlendikten sonra yalnızca kendi soyadlarını kullanamıyor oluşu, yetkili ve görevli yerel mahkemelerde bu hususta dava açmak zorunda bırakılıyor oluşu sebebiyle kanımızca TMK’nun 187. maddesinde AİHM kararına ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına uygun bir şekilde değişiklik yapılması gerekmektedir.



SONUÇ

Her insan şahsına münhasır maddi ve manevi değerlere sahiptir ve bu değerlerin hepsi kişiliğimizi oluşturmaktadır. Uzun ya da kısa boylu, zayıf veya kilolu oluşumuz, saçlarımızın veya gözlerimizin rengi, ismimiz, soyadımız, itibarımız, inançlarımız, cinsel tercihlerimiz gibi değerler sahip olduğumuz maddi veya manevi değerlerdendir. Kişiliğimizi oluşturan bu değerler AY’da yer alan temel hak ve özgürlükler ile korunmaktadır.

Bedenen veya ruhen insanın kendisini iyi hissedecek şeyler yapması, örneğin kitap okuması, istediği bir yere gidip orada bulunabilmesi, dilediği kişi ile sohbet edebilmesi ve düşüncelerini ifade edebilmesi gibi en temel davranışları gerçekleştiren bir insan esasen maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını kullanmaktadır. Bu nedenle doktrinde söz konusu hak “genel eylem özgürlüğü”, “genel davranış özgürlüğü” gibi isimlerle adlandırılmaktadır. Anayasada yer alan temel ilkelerden olan insan onuru ilkesi ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi ilkesi anılan hakkın özünü oluşturur.

Uluslararası temel hak ve özgürlükler hakkındaki belgelerde, Anayasalarda çeşitli hak ve özgürlükler tanımlanmıştır. Tek tek tanımlanmış bütün haklar, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve gelişmesi amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla söz konusu hakkın tüm bu hakları kapsadığı söylenebilir. Bu belgelerde tanımlaması yapılmayan ancak insanlar tarafından gerçekleştirilen diğer davranış ve eylemler aslında bizim isimsiz hürriyetlerimizi oluşturur. Teoride isimsiz hürriyetler olarak adlandırılan davranışların bütünü, AY’da bu hakkın korumasından yararlanmaktadır. Eğer bir insan davranışı, AY’da tanımlanmış bir hak ve özgürlüğün geçerlilik alanı içerisine dâhil edilebiliyorsa bu halde bu hak uygulanmayacaktır.

AY’nın 17. maddesinde: “*Herkes, yaşama ve maddi ve manevi varlığının korunmasını ve geliştirilmesini isteme hakkına sahiptir.*” Anılan hak, AY’da düzenlendiğinden anayasal güvenceye sahip, temel bir insan hakkıdır. Kapsayıcı ve genel eylem özgürlüğünü sağlayan bu hak çoğu zaman negatif statü bazen de pozitif statü hakkı kimliğinden izler taşıyan çok kapsamlı bir haktır.

Pozitif statü hakları AY’da sosyal ve ekonomik haklar başlığı altında düzenlenmiştir ve devletin bu haklar sebebiyle olumlu edimde bulunma yükümlülüğü

AY'nın 65. maddesinde, “*mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği*” belirtilmiştir. Ancak AYM'nin vermiş olduğu karar uyarınca, sosyal ve ekonomik bir hak maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile ayrılmaz derecede iç içe geçmiş ise bu halde devlet o sosyal ve ekonomik haktan kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiği esnada AY 65. maddede yer alan mali kaynakların yeterliliği ölçüsü ile bağlı olmayacaktır. Anılan husus, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının karma nitelikte olduğunu destekleyen bir argümandır.

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı AY'da başlangıç metninde, devletin temel amaç ve görevlerinin düzenlendiği 5. maddede ve temel bir hak olarak 17. maddenin birinci fıkrasında yaşam hakkı ile birlikte düzenlenmiştir. Başlangıçta yer alan ilkelerden olması, devletin temel amaç ve görevleri arasında yer alması ve akabinde de ayrıca yaşam hakkı ile birlikte düzenlenmesi maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının taşıdığı önemi göstermektedir. AY'nın 17. madde metninde maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi için özel bir sınırlandırma sebebi öngörülmemiştir. Hakka ilişkin maddede özel sınırlandırma sebebinin olmaması, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının sınırsız olduğu veya sınırlandırılmayacağı anlamına gelmemektedir. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının, nesnel sınırı ve Anayasadan kaynaklanan anayasal sınırı vardır. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı Anayasada yer alan bir başka hak ve özgürlük ile çatışabilir. Böyle bir durumda “pratik uyum ilkesi” uygulanarak her iki hakkın sınırları temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmamak, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmak ve ulaşılmak istenen amacı aşmamak suretiyle belirlenir.

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı sınırsız olmadığından belirli durumlarda hakka müdahale edilebileceği kabul edilir. Hakka yapılan müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmeden önce “hakka müdahale var mı?” sorusu cevaplandırılmalıdır. Daha sonra müdahalenin hukuka uygun olması için taşıması gereken haklılık kriterleri tek tek incelenmektedir. Bunlar; kanunla öngörülmüş olma, meşru amaç ve demokratik toplumda gerekliliktir. Anılan haklılık kriterleri AİHM'in içtihatlarında irdedeği kriterler olup, AYM tarafından da uygulanmaktadır. Hakka yapılacak müdahalenin kanun maddesine

dayanıyor olması gerekmektedir. Aynı zamanda müdahale, meşru bir amacı gerçekleştirmek için yapılmış olmalıdır. Meşru amaçlar, kamu düzeni, kamu yararı, başkalarının temel hak ve özgürlüklerinin korunması şeklinde olabilir. Müdahalenin demokratik toplumda gerekli, müdahale ile amaçlanan meşru amacın toplumdaki sosyal bir ihtiyaca cevap veriyor olması hakka yapılan müdahale ile gerçekleştirilen amaç arasında bir orantının olması gerekmektedir. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına bir müdahale halinde, AYM öncelikle müdahalenin varlığını tespit eder, akabinde müdahalenin kanunla öngörölmüş olup olmadığı ve müdahale ile meşru bir amacın gözetilip gözetilmediği incelenir. Müdahalede meşru amacın gözetilmesi hususunda ise AYM, AY 13. maddede yer alan güvence ölçütlerini de bazı kararlarında kontrol etmektedir. Demokratik toplumda müdahalenin gerekliliği konusunda, demokratik toplumda gerekliliği sağlayan zorlayıcı toplumsal ihtiyacın bulunup bulunmadığı ve orantılılık yani menfaatlerde adil denge sağlanmış olması AYM tarafından incelenmektedir.

AIHS’de maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı adı altında bir hak bulunmamakta; AIHS 8. maddesinde özel hayata saygı hakkı kapsamında koruma alanı içerisinde yer almaktadır. AIHM, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını özel hayata saygı hakkı içerisinde ele almaktadır. Bu sebeple maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, AIHS 8. maddede ve AY 17. maddede yer aldığından iç hukukumuzda bireysel başvurulara konu edilebilmektedir. Ayrıca AIHM’in özel hayata saygı ve işkence yasağı ile ilgili vermiş olduğu ve maddi ve manevi varlığa vurgu yaptığı içtihatları bugün AYM’nin maddi manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını incelediği kararlara yön vermektedir. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı AIHM kararlarına atıf yapmak suretiyle AYM kararlarında işlenmiştir. Hakkın somut görünümü mahkeme içtihatlarıyla ortaya konulmuştur.

Her ne kadar AY 20. maddede özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı yer alsa da, özel hayat kapsamında olan kişiye ait maddi ve manevi değerler somut uyuşmazlıklarda AY 17. maddede yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bağlamında çözüme kavuşturulmuştur. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı AY 20. maddeden bağımsız bir temel haktır.

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, yaşama hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, eşitlik ilkesi, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı, unutulma hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı, ifade özgürlüğü, eğitim hakkı, çalışma hakkı, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ve sosyal güvenlik hakkı gibi haklarla doğrudan ilişkilidir. Yaşama hakkı en temel insan hakkı olmakla birlikte maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, yaşama hakkını tamamlayıcı ve yaşama hakkı kadar önemli bir haktır. Eğitim, çalışma, sağlıklı bir çevrede yaşama ve sosyal güvenlik hakkı sosyal ve ekonomik haklardan olup, esasen kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ile ilişkilidir. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı işbu hak ve özgürlüklerle anlam kazanmaktadır ve çerçevesi çizilmektedir. İfade özgürlüğü, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı ve unutulma hakkı da kişinin maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi için olmazsa olmaz haklardandır. İlişkilendirilen bu hak ve özgürlüklerle her geçen gün maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının çevrelediği koruma alanı daha da belirginleşmektedir.

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının incelendiği bireysel başvuru kararları genel hatlarıyla zorunlu aşı uygulamaları, soyadı, nüfus kayıtları, çevre, şeref ve itibar ve tıbbi ihmal veya hatalı tedavi hakkında verilen kararlardır. Zorunlu aşı uygulamaları konusunda devlet tarafından yeni doğan bebeklere uygulanması zorunlu tutulan aşılardan uygulanmasını istemeyen ebeveynlerin başvuruları incelenmiş ve bu konuda mevzuatımızda kanuni bir düzenleme bulunmadığından bahisle, müdahalenin kanuni olmaması sebebiyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Soyadı konusunda, AİHM kararlarında kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu kabul edildiğinden ve AİHM kararları da AY 90. maddesinin beşinci fıkrası gereği kanun hükmünde olduğundan kişinin manevi varlığını ihlal ettiğine karar vermiştir. Nüfus kayıtları konusunda nüfus kayıtlarının kişisel bilgiler içeriyor olması ve kişinin maddi ve manevi varlığına dâhil edilen bir değer olması sebebiyle, nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltim

davasının aynı konuya ilişkin sadece bir kere açılabilceğine dair hüküm karşısında maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Nüfus kayıtları ile ilgili olarak kapalı kayıta düzeltim talebinin reddedildiği bir başvuru hakkında da maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine, devletin kayıt düzeltimi konusunda kişilere sınırlı da olsa değişiklik imkânı tanınması gerektiğini belirtmiştir. AYM çevrede meydana gelen kirlilik ve bozulmaları, kişinin özel hayatını asgari düzeyde etkilemesi, kişide bir zarar meydana getirmesi şartı ile maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı çerçevesinde incelemiştir. Böylece, gürültü kirliliği ile ilgili bireysel başvurularda gürültü kirliliğinin kişide meydana getirdiği somut ve asgari ağırlıkta bir zarar oluşmaması sebebiyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir. Çevre kirliliği ile ilgili olarak maddi manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ihlali verdiği kararda AYM çevre kirliliğinin kişinin özel yaşamını önemli derecede etkileyen bir kirlilik sebebiyle yargı makamları önünde çevrede yer alan kişilere ilişkin yaşam kalitesinin ne denli etkilendiğinin yeterince tartışılmamasını hakkın ihlal sebebi olarak nitelendirmiştir. Kişinin şeref ve itibarı da manevi varlığına dâhil olduğundan, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında incelenmiştir. Şeref ve itibarı zedeleyen her söz ya da davranış da maddi manevi varlığın korunması hakkını ihlal etmemekte; ihlal için AYM birtakım kıstaslar uygulayarak ihlal olup olmadığına karar vermektedir. Tıbbi ihmal ve hatalı tedavi hallerinde kişilerin maddi varlıklarına, vücut bütünlüklerine verilen bir zarar var ise, yerel mahkemelerce zarara karşılık tazminat verilmedi ise neden verilmediğinin yeterince açıklanmamasını; tıbbi teşhis veya tedavi esnasında devlet tarafından ihmal söz konusu olmuş ise bu ihmalin dikkate alınmamasını; tedavi esnasında hastanın yeterince tedavinin sonuçları hakkında bilgilendirilmemesini de maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali olarak görmüştür. İptal davası ve itiraz üzerine verilen kararlarda maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, evli kadının soyadı, cinsiyet değişikliği, sezaryen doğum, tütün ürünlerinin yasaklanması ve nüfus kaydının düzeltilmesi konuları kapsamında irdelenmiştir. Kişinin vücut bütünlüğü, nüfus kayıtları, sigara içme özgürlüğü, medeni haline bakılmaksızın yaşamı boyunca kullanmak istediği soyadı, yaşamını sürdürmek istediği cinsiyeti,

maddi ve manevi varlığına dâhildir. Bunlara ilişkin olarak kanun koyucu, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ortadan kaldırıcı, hakkın özüne dokunacak kadar aşırı sınırlanması, demokratik bir toplumda zorlayıcı ihtiyaç bulunmamasına rağmen ya da bulunsu dahi bu zorlayıcı ihtiyacı karşılamada orantısız müdahalelerde bulunan yasal düzenlemeler yapmaktan kaçınmalıdır.

İptal davası-itiraz üzerine verilen kararlarda maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi ile ilgili olarak AYM, kahvehanelerde tütün ürünlerinin yasaklanması hakkında sigara içme özgürlüğüne, nüfus kaydı düzeltilmesine, hamile kadının doğumunun tıbbi zorunluluk bulunması halinde sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilmesine, evli kadının evlendikten sonra da mevcut soyadını tek başına kullanabilmesine ve cinsiyet değişikliği ameliyatı için üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunacağına ilişkin düzenlemeler hakkında kararlar vermiştir.

Maddi ve manevi varlığın maruz kaldığı her olumsuzluk AYM tarafından hak ihlali olarak görülmemiş, her olayın kendi içerisinde değerlendirme yapılmak suretiyle olumsuzluğun veya kişinin maruz kaldığı kötü durumun, kişinin maddi ve manevi varlığını ne derece etkilediği, kişiye zarar verip vermediği ve varsa zararın derecesinin tartışılması sonucunda AİHM kararları da gözetilmek suretiyle AYM tarafından maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile ilgili içtihatlar oluşturulmuştur. Teknolojinin gelişmesi ve insan hayatında maruz kalınan farklı durumların oluşması ile birlikte de ortaya çıkan çeşitli vakalarda maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bir kalkan misali insanın korunmasına hizmet eden en kapsamlı hak olarak varlığını sürdürecektir.

KAYNAKÇA

Acabey, M. Beşir. “Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a **Armağan**, Yıl:2017, Cilt:19, Özel Sayı, ss.493-512.

Akad, Mehmet, Bihterin Vural Dinçkol ve Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2016.

Akandji-Kombe, Jean-Francois. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, Avrupa Konseyi Yayınları, İnsan Hakları El Kitapları Serisi, No:7, Belçika, 1. Baskı, 2008.

Akbaba, Ahmet. **İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Kuşak Haklar**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Akgül, Aydın. “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” ve Ab Adalet Divanı’nın “Google Kararı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:2016, Sayı:116, Ankara, ss:11-38.

Akıllıoğlu, Tekin. “1982 Anayasasında Temel Hakların Genel Kuralları”, **Anayasa Mahkemesinin 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, ss:463-477.

Akıllıoğlu, Tekin. **İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1995.

Akıllıoğlu, Tekin. “İşkencenin İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, **İnsan Hakları Yıllığı Dergisi**, Yıl:1989, Sayı:10-11, ss:17-64.

Akıncı, Ayşe Nur. **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi Çalışma Raporu-6**, T.C. Kalkınma Bakanlığı, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2017.

Akıntürk Turgut. **Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku**, İkinci Cilt, 10. Bası, İstanbul, 2006.

Akkurt, Sinan Sami. “17.06.2015 Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde “Unutulma Hakkı””, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2016,Cilt:65, Sayı:4, ss.2605-2635.

Aldıkaçtı, Orhan. **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul, 1982.

Aliefendioğlu, Yılmaz. “Düşünsel Özgürlük”, **İnsan Hakları Yıllığı Dergisi**, Yıl:1996, Sayı:17/18, ss:11-31.

Altıparmak, Kerem. “Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:2015, Cilt:32, ss:145-184.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2009.

Aslan, Betül. Devletin Temel Amaç ve Ödevleri Işığında Öznel Gelişme Hakkı (1982 Anayasası M.5), **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İstanbul, 2007.

Ataman, Hakan. **Eğitim Hakkı ve İnsan Hakları Eğitimi**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, İzmir, 2008.

Atamer, Yeşim M. ve Z. Damla Taşkın, “Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl:2016, Cilt:42, Sayı:4, ss:719-782.

Atar, Yavuz. **Türk Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara, 2017.

Boyar, Oya. “Anayasa ve Şiddet”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:22, Sayı:1, ss:53-80.

Bozkurt, Tamer. “Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle Sözleşme Hürriyeti Açısından Durum”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, Sayı:1, Kış 2008, ss:134-142.

Bulut, Nihat. “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XII, Sayı:3-4, 2008, ss:1-12.

Çeçen, Anıl. **İnsan Hakları**, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2015.

Çırak, Ezgi. “Dijital Çağda Sonsuza Kadar Hatırlamaya Karşı: Unutulma Hakkı”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:2018, Cilt: 13, Sayı: 36, ss:161-189.

Demir, Fevzi. **Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 7. Baskı, İzmir, 2009

Doğru, Osman. **Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Doğru, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasası**, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, İstanbul, 2006.

Doğru, Osman ve Atilla Nalbant. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 2,3,4,5,6,7. Maddeler)**, T.C. Yargıtay Başkanlığı, (1. Baskı), Cilt:1, Ankara, 2012.

Doğru, Osman ve Atilla Nalbant. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 8,9,10,11,12,13,14 Ek Protokol 1-1,1-2,1-3 Maddeler)**, T.C. Yargıtay Başkanlığı, (1. Baskı), Cilt:2, Ankara, 2012.

Dönmez, Burcu. “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2007, Cilt:9, Sayı:2, ss.99-141.

Duymaz, Erkan. “Anayasa Mahkemesi’nin Soyadına İlişkin Kararları Üzerine Düşünceler”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Yıl:2014, Cilt:3, Sayı:5, ss:37-52.

Dündar, Tijen. “**Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Hakkı**” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1998.

Ekinci, Hüseyin. “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Sorunu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:2012, Sayı:11, ss:1-20.

Ekiz, Serkan. “AİHS 8-11. Maddelerindeki Sınırlanma Rejimine Hakim Olan Temel İlkeler”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:2008, Sayı:3, ss:254-290.

Erdoğan, Mustafa. **Anayasa Hukuku**, Orion Kitabevi, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, 2009.

Erdoğan, Mustafa. **Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji**, Liberte Yayınları, Ankara, 2000.

Ertay, Œeref. **Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku**, İleri Kùltür Merkezi, İkinci Baskı, İzmir.

Ertay, Türker. **Anayasa Hukukunda Sağlık Hakkı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2012.

Ertürk, Şükran. **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Fendoğlu, H. Tahsin. **İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Fischinger Philipp S. “Temel Haklardan Vazgeçme”, çev. Serkan Meraklı, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 17, Aralık 2011, ss: 191-203.

Gemalmaz, Mehmet Semih. **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002.

Giritli, İsmet. “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:2002, Cilt:19, ss:88-103.

Gökpınar, Mahmut. “Bir Kavram Olarak İnsan Hakları Ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:2015, Sayı:120, ss:11-72.

Gören, Zafer. **Anayasa Hukukuna Giriş T.C. Anayasası Eki İle**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, II. Baskı, İzmir, 1999.

Gören, Zafer. **Anayasa ve Sorumluluk**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:58, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara, 1995.

Gören, Zafer. **Anayasa ve Sorumluluk T.C. Anayasası Eki İle**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, II. Cilt, İzmir, 1999.

Gören, Zafer. “Status Activus”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:2016, Sayı:1, İzmir, ss:292-327.

Gören, Zafer. “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:6 ,Sayı:12, Güz 2007/2, ss:21-37.

Gören, Zafer. **Temel Hak Genel Teorisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 4. Bası, İzmir, 2000.

Gören, Zafer. “Temel Hakların Sınırlanması, Sınırlamanın Sınırları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:6, Sayı:12, Güz 2007/2 s.39-59.

Gören, Zafer. “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:1992, Cilt:9, ss:165-184.

Gözler, Kemal. **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Ekin Basım Yayın, Bursa, Cilt:I, 2011.

Gözler, Kemal. **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Ekin Basım Yayın, Bursa, Cilt:II, 2011.

Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Basım Yayın, 22. Baskı, Bursa, 2014.

Gözler, Kemal. **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2017.

Gözler, Kemal. **Kısa Anayasa Hukuku**, Ekin Basım Yayın, 15. Baskı, Bursa, 2017.

Gözler, Kemal. “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, Yıl:47, Ocak 1990, ss:31-67.

Gözlügöl, Said Vakkas. **Avrupa İnsan Hakları Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Göztepe Ece. “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl:1999, Cilt:54, Sayı:2, ss:101-131.

Gözübüyük, A. Şeref. **Anayasa Hukuku Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara, 2011.

Gözübüyük, A. Şeref. **Yönetmelik Yargı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

Gözübüyük, A. Şeref ve Feyyaz Gölcüklü. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994.

Gümüş, A. Tarık. **Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2004.

Gümüş, A. Tarık. “Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2005, Cilt:13, Sayı:2, ss:133-172.

Güneş, Ahmet M. “Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği Üzerine”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:2014, Sayı:16, ss:79-103.

Hatemi, Hüseyin. **Aile Hukuku I Evlilik Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

İnceoğlu, Sibel. **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2017.

İnceoğlu, Sibel (Ed.). **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Beta Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2013.

Kaboğlu, İbrahim Ö. “Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye)”, **İnsan Hakları Yıllığı Dergisi**, Yıl:1993, Sayı:15/1, ss:45-53.

Kaboğlu, İbrahim Ö. **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Kaboğlu, İbrahim Ö. “İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:1992, Cilt:9, ss:121-136.

Kaboğlu, İbrahim Ö. **Çevre Hakkı**, İmge Kitabevi, İstanbul, 3. Baskı, 1996.

Kaboğlu, İbrahim Ö. “Çevre Hakkı Üzerine (Bir Danıştay Kararının Düşündürdükleri)”, **İnsan Hakları Yıllığı Dergisi**, Yıl:1989, Sayı:10-11, ss:107-137.

Kaboğlu, İbrahim Ö. **Kolektif Özgürlükler**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989.

Kaboğlu, İbrahim Ö. **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2002.

Kaboğlu, İbrahim Ö. **Türkiye'nin Anayasa Gündemi 27 Uzman, 66 Soru-Yanıt**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

Kalabalık, Halil. **İnsan Hakları Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2017.

Kanadoğlu, O. Korkut. **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.

Kapani, Münci. **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Bilgi Yayınevi, 3. Basım, (İnsan Hakları), İstanbul, 1996.

Kapani, Münci. **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı(Tıpkı Basım), Ankara, 1993.

Karan, Ulaş. **İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018.

Karaosmanoğlu, Fatih. **İnsan Hakları**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2012.

Kılınç, Doğan. “Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2012, Cilt: 61 Sayı: 3 ss: 1173-1184.

Kılınç, Ümit. “İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Korunması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:2010, Sayı:89, ss.249,250. ss:242-276.

Kıratlı, Metin. **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966

Koca Mahmut ve İlhan Üzülmez. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınları, Ankara, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, 2016.

Koç, Muharrem Ali, Yılmaz Çınar, Recep Kaplan, Elif Çelikdemir Ankıtcı, Yunus Emre Yılmazoğlu, Melek Karali Saunders, Hasan Saraç, Mücahit Aydın, Mustafa Eyyub Demirbaş. **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, (Ed.

Muharrem İlhan Koç ve Recep Kaplan), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.

Korkmazer, Gülsüm. “Unutulma Hakkına Dair Avrupa Birliği Adalet Divanı Google Kararının Değerlendirilmesi”, **Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:1, Sayı:2, Temmuz 2016, Sayfa: 125-129.

Korkusuz, M. Refik. **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler**, Özrenk Matbaacılık, İstanbul,1998.

Köküsarı, İsmail. “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:2016, Cilt:33, ss:303-318.

Kuçuradi, İoanna. **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu, 2. Baskı, Ankara,2011.

Kuzu, Burhan. “Düşünceleri Açıklama Hürriyeti”, **İnsan Hakları Yıllığı Dergisi**, Yıl:1996, Sayı:17/18, ss:33-59.

Küzeci, Elif. **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Mumcu, Ahmet ve Elif Küzeci, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları)**, Turhan Kitabevi, Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara, 2011.

Nalbantoğlu, Seray. “Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:2018, Sayı:35, ss.583-605.

Nazlı, Seçkin. **Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri**, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2015.

Odabaşı Erbek, Özge. “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2017, Cilt:19, Sayı:1, ss.43-109.

Oder, Bertil Emrah. “Dumansız Kamusal Yarar ve Dumanaltı Bireysellik Çatışması -Anayasa Mahkemesi’nin 2011 Tütün Yasağı İçtihadı Hakkında Karşılaştırmalı Gözlemler-”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Yıl:2014, Cilt:3, Sayı:5, ss:107-137.

Oder, Bertil Emrah. **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Oder, Bertil Emrah. “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları: 2001 Anayasa Değişikliklerine İlişkin Gözlemler”, **Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması Kitabı**, (Haz. Ozan Ergül), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 29-30.09.2012, ss:121-213.

Öğütçü, Muhlis. “Dayanışma Hakkı Olarak Yurttaşların Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı”, **İnsan Hakları Yıllığı Dergisi**, Yıl:2009, Cilt:27, ss:35-48.

Önok, R. Murat. **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Ankara, 2014.

Özçetin Selvi ve Murat Balaban. **Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı, 2014.

Özdek, E. Yasemin. **İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1993.

Özgen, Bekir. **Düşünce Özgürlüğü ve Laiklik**, Çınar Yayınları, İstanbul, 1995.

Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırınt, Esra Alan Akcan, Özdem Özaydın ve Efser Erden Tütüncü, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Roagna, Ivana. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları** Avrupa Konseyi Yayınları, İnsan Hakları El Kitapları Serisi, Strazburg, 1. Baskı, 2012.

Sabuncu, M. Yavuz. “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl:1982, Cilt:37, Sayı:3, ss:139-152.

Sağlam, Fazıl. **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

Sağlam, İpek. “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2004, Sayı:8, ss:455-469.

Sağlam, Mehmet. “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Sebebine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:19, 2002, ss:233-266.

Savcı, Bahri. **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:449, İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:1, Ankara, 1980.

Savcı, Bahri. “Yaşam Hakkı” “Felsefesal Pratiğe Doğru” ”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl:1980, Cilt:35, Sayı:1, ss:19-27.

Sancakdar, Oğuz. “Kamu Hukukunda Kişiliğin Korunması”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 1, Ocak 2017, ss: 39-67

Seçkin, Mehmet Beyhan. “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları Işığında, Yaşam Hakkından Kaynaklanan Kamu Gücü İhlallerinin Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:2016, Sayı:2, ss:419-439.

Serozan, Rona. “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl:1977, Cilt:11, Sayı:14, ss:93-112.

Sevük Yokuş, Handan. **Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması**, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2017.

Sezer Dünder, Tijen. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Kurma Özgürlüğü**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2004.

Sezer Dünder, Tijen. “1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Yıl:2014, Cilt:3, Sayı:5, Bölüm:10 ss:375-411.

Sezer Dünder, Tijen. “Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi” **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:2009, Sayı:3, ss:120-192.

Siebert, Werner. “Şahsiyet Hakları İle İlgili Meseleler”, çev. Bilge Öztan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:1969, Cilt:26, Sayı:1, ss:217-230.

Soysal Mümtaz. **Eğitim Hakkı ve Öğretim Özgürlüğü, Türkiye’de İnsan Hakları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.

Soysal, Mümtaz. “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:1986, Cilt:3, ss:39-49.

Sunay, Reyhan. **(Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında) İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1999.

Şahbaz, İbrahim. “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:2009, Sayı:86, ss:405-424.

Şen, Ersan. **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996.

Şen Ersan ve Yasemin Yurttaş. “Bilgisayar Programları Karşısında Özel Hayatın Korunması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 42, Şubat 2010, ss: 29-44.

Şen, Murat. **Kişi Hak ve Hürriyetlerinde Devletin Pozitif Yükümlülüğü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.

Şimşek, Oğuz. **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2008.

Şimşek, Oğuz. **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999.

Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan. “Ad ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Yıl:2014, Cilt:3, Sayı:5, Bölüm:1 ss:11-36.

Talas, Cahit. “Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Yıl:1991, Cilt:46, Sayı:1 ss:407-421.

Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Basım Yayım, 17. Bası, İstanbul, 2018.

Tekin, Nurullah. “Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:2009, Cilt: 4, Sayı: 39, s:97-114.

Tezcan Durmuş, “Özel Hayat Açısından Kişisel Verilerin Korunması”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 1, Ocak 2017, ss: 17-25.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rıfat Murat Önok. **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

Teziç, Erdoğan. **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, Beta Basım Yayım, 12. Bası, İstanbul, 2007.

Toroslul, Nevzat. **Ceza Hukuku ve Çevre Hukuku**, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını, Ankara, 1982.

Turabi, Selami. **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2017.

Turhan, Mehmet. “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:1991, Cilt:8, ss:401-420.

Uygun, Oktay. **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1992.

Uran, Peri. “Anayasaların Başlangıç Kısımları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl:2015, Cilt:73, Sayı:1, ss:223-248.

Ülgen Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2018, Sayı:1 ss:3-39.

Üstün Çağatay ve Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, “Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açından Değerlendirilmesi”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 53, Nisan 2014, ss:29-37.

Üzeltürk Tahmazoğlu Sultan. “Ad ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Yıl:2014, Cilt:3, Sayı:5, ss:11-36.

Üzeltürk Tahmazoğlu, Sultan. **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Yavuz, Can. **İnternetteki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması Unutulma Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2016.

Yavuzdoğan, Seçkin. “Tütün Çiğneme, Emme, Tüttürme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve 4207 Sayılı Kanun Üzerine Birkaç Not”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, Aralık 2011, Sayfa: 21-34.

Yılmaz Kılıçoğlu, Kumru. “Kadının Bitmek Bilmeyen Soyadı Sorunu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:2014, Sayı:4, ss:580-592.

Yılmaz, Merve. “Evli Kadının Soyadı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:2012, Sayı:10, ss:129-151.

Yokuş, Sevtap(Ed.). **Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2015.

Yokuş, Sevtap. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi Pratiği Ve Anayasa Şikayetine Etkisi**, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2017.

Yokuş, Sevtap. **Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)**, (Ed. Sevtap Yokuş), Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2015.

Yüksel, Metin. “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2017, Cilt:7, Sayı:1, ss:1-74.

Yüzbaşıoğlu, Necmi. “2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerine Bir Değerlendirme, Anayasa ve Uyum Yasaları”, **Anayasa ve Uyum Yasaları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:50, Ankara, 13-14.12.2002, ss:28-49.

Zengin, Mehmet Ali. **Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

İnternet Kaynakları

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6216.pdf> (01.06.2018)

Avcı, Ercan. “Çocukluk Dönemi Aşılarına İlişkin Karşılaştırmalı Bir Analiz: Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye”, **Liberal Perspektif: Analiz**, Özgürlük Araştırmaları Derneği, Yıl:2017, Sayı:9,
http://ozgurlukarastirmalari.com/pdf/rapor/OAD_km6-cahy.pdf (07.06.2018)

Bbc News Türkçe, “Almanya Üçüncü Cinsiyeti Tanıdı”,
<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41923916> (12.06.2018)

Cambridge Dictionaries Online, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/turkish/-individuality> (14.04.2018)

Convention for the Protection of Individual with Regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28.I.1981, European Treaty Series-No.108, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/03/29/KisiselVerilerinOtomatikIslemeTabiTutulmasiKarsisindaBireylerinKorunmasiSozlesmesi.pdf> (28.05.2018)

Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, www.corpus.com.tr (25.04.2018)
Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/06/20100604-5.htm> (09.06.2018)

Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/12/20041225.htm> (12.06.2018)

Ekinci Hüseyin ve Musa Sağlam, **66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, T.C. Anayasa Mahkemesi, <http://www.ankarabarosusu.org.tr/Siteler/201-2yayin/2011sonrasikitap/66-Soruda-Anayasa-Mahkemesine-Bireysel-Basvuru.pdf> (01.06.2018)

Elektronik Haberleşme Cihazlarına Güvenlik Sertifikası Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/05/20090516-19.htm> (09.06.2018)

Eur-Lex, Access to European Union Law, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0131> (31.08.2018)

Gazete Duvar, “Ne Kadın Ne Erkek: Üçüncü Cins”, <https://www.gazeteduvar.com.tr/dunya/2017/11/13/ne-kadin-ne-erkek-ucuncu-cins/> (12.06.2018)

Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku, <http://www.Anayasa.gen.tr/temelhakvehurriyetler.htm> (01.05.2018)

Intersex Society of North America, “What is Intersex?” http://www.isna.org/faq/what_is_intersex(12.06.2018)

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103441.pdf (14.04.2018)

Kazancı İhtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com (29.04.2018)

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf> (28.05.2018)

Lambdaistanbul, Yeşim M. Atamer, “Transseksüellerin Türk Hukukundaki Durumu, 21.09.2006, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (08.07.2018)

Moroğlu, Nazan. “Medeni Kanun’a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri”, www.tukd.org.tr/dosya/kadinin_soyadi.doc (09.07.2018)

Nüfus Kütüklerinde İsim ve Soyisimlerin Kaydedilmesine İlişkin 14 Numaralı Sözleşme, http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/PBAAAJY15ZdKYI1DTUhmZ2JWDwA (08.06.2018)

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, <https://cocukhizmetleri.aile.gov.tr/data-/5422bc94369dc316585c0e01/1.5.2827.pdf> (01.07.2018)

Philadelphia Bildirgesi Metni, http://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412361/lang--tr/index.htm (20.04.2018)

Şen Ersan ve Nilüfer Yenice, “Cinsel Suçlarda Tıbbi Tedaviye Tabi Tutulma”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2074295-cinsel-suclarda-tibbi-tedaviye-tabi-tutulma> (01.07.2018)

Şirin, Tolga. “1982 Anayasası'na Göre Temel hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeni Yorumlar”, s.5, https://www.academia.edu/29493839/1982_Anayasas%C4%B1na_G%C3%B6re_Temel_hak_ve_%C3%96zg%C3%BCrl%C3%BCklerin_Ola%C4%9Fan%C3%BCst%C3%BC_Hal_Rejimi_Eski_Kavramlara_Yeni_Yorumlar (05.07.2018)

T.C. Dışişleri Bakanlığı, Uluslararası Andlaşmalar, <http://ua.mfa.gov.tr/> (16.04.2018)

T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/698b5--Gelisme-Hakkina-Dair-Bildiri.pdf> (20.04.2018)

T.C. Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 2008/14 sayılı genelgesi, <https://dosyasb.saglik.gov.tr/Eklenti/1117,gbpgenelge2008pdf.pdf> (07.06.2018)

T.C. Sağlık Bakanlığı 2006/130 sayılı ve Neonatal Tarama Programı konulu Genelge, <https://www.saglik.gov.tr/TR,11079/neonatal-tarama-programi-genelgesi-2006--130.html> (07.06.2018)

T.C. Sağlık Bakanlığı, 2014/7 sayılı ve Yeni Doğan Tarama Programı konulu Genelge,
http://www.asm.gov.tr/UploadGenelDosyalar/Dosyalar/143/MEVZUAT/05_05_2014_10_21_58.pdf (07.06.2018)

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (14.04.2018)

Tütün Mamullerinin Üretim ve Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/12/201512245.htm> (12.06.2018)

Vikipedi: Özgür Ansiklopedi, https://tr.wikipedia.org/wiki/Enstr%C3%BCmental_m%C3%BCzik (22.04.2018)

What Are HIV and AIDS? <https://www.hiv.gov/hiv-basics/overview/about-hiv-and-aids/what-are-hiv-and-aids> (11.06.2018)

