

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**YÜKSEK
LİSANS
TEZİ**

**ANAYASA MAHKEMESİ VE AVRUPA
İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI
IŞIĞINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ
VE KORUNMASI**

RAMAZAN ONUR KARADENİZ

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI**

ŞUBAT 2016



ANAYASA MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
KARARLARI IŞIĞINDA
ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

Ramazan Onur KARADENİZ

YÜKSEK LİSANS TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

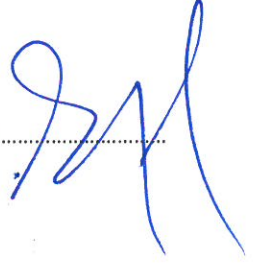
ŞUBAT 2016

Ramazan Onur KARADENİZ tarafından hazırlanan “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / ~~OY ÇOKLUĞU~~ ile Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalında Anayasa Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Doç. Dr. Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI

Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Başkan : Doç. Dr. Bülent YAVUZ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN

Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Tez Savunma Tarihi: 04/02/2016

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum



Prof. Dr. Suna BAŞAK

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Ramazan Onur KARADENİZ

04/02/2016

ANAYASA MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA
ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

Yüksek Lisans Tezi

Ramazan Onur KARADENİZ

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Şubat 2016

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), özel hayatın gizliliği ve korunmasını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 8. maddesinin kapsamını içtihatlarla belirlemiştir. AİHM dinamik ve gelişen yorum yöntemiyle, birçok hukuksal menfaat ve kavramı özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında değerlendirmektedir. Benzer şekilde Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) de AİHM kararlarına atıf yapmak suretiyle yeni bir müessese olan bireysel başvuru yolunda özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında içtihatlarını şekillendirmeye çalışmaktadır. Oluşturulmaya çalışılan içtihatları sistemli bir şekilde ifade etmeye çalışan bu tez beş başlıktan oluşmaktadır. Özel hayatın gizliliği ve korunmasına yönelik genel değerlendirmelerin yer aldığı birinci başlıktan sonra kişinin özel hayatı, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti dört farklı başlık halinde AİHM ve AYM kararlarıyla izah edilmeye çalışılmıştır. Bu doğrultuda AYM'nin vermiş olduğu iptal/itiraz ve bireysel başvuru kararlarıyla özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin ülkemiz mevzuat hükümlerinin uygulamadaki görünüşlerine, varsa eksikliklerine ve bunlara ilişkin çözüm yollarına yer verilmiştir.

Bilim Kodu : 501.2.003
Anahtar Kelimeler : Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Sayfa Adedi : 204
Tez Danışmanı : Doç. Dr. Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI

THE PRIVACY AND PROTECTION OF PRIVATE LIFE IN THE LIGHT OF DECISIONS OF
CONSTITUTIONAL COURT AND EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

M. S. Thesis

Ramazan Onur KARADENİZ

GAZİ UNIVERSITY

GRADUTE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES

February 2016

ABSTRACT

European Court of Human Rights (ECHR) has determined the scope of Article 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR), which regulates the privacy and protection of private life by the case law. By the dynamic and evolving interpretation method, ECHR evaluates many legal benefit and concept in the scope of the privacy and protection of private. Similarly, Turkish Constitutional Court (TCC) also works to shape its case laws in the way of individual application which is a new institution under the scope of the privacy and protection of private life by making reference to the ECHR decisions. This thesis, which is studied to express the constituted case laws in a systematic way, consists of five titles. After the first title that includes the general evaluations about the privacy and protection of private life, person's private life, family life, immunity of residence and freedom of communication has tried to be explained in four different title by ECHR and TCC decisions. Accordingly, it has included the decision of cancellation/objection and individual application, and the practical aspect of the legislative provisions about the privacy and protection of private life in our country, their deficiencies if there are and solutions relating to those.

Science : 501.2.003
Key Words : Privacy and Protection Of Private Life, Individual Application,
Constitutional Court, European Court of Human Rights
Page : 204
Supervisor : Assoc. Prof. Dr. Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI

TEŞEKKÜR

Tez konusunun belirlenmesinden tezin nihayete erdirildiği zamana kadar bilgi ve tecrübesiyle desteğini hep hissettiren, hoşgörü ve anlayışıyla beni sürekli motive eden değerli hocam ve tez danışmanım sayın Doç. Dr. Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI'na teşekkür ediyorum.

Herşeyden evvel iyi bir insan olmanın hayattaki en önemli kazanım olduğunu bana öğreten ve bu noktada bana rol model olan anne ve babama, aile olmanın verdiği mutluluğunu beraber yaşadığım ablalarım, verdikleri karşılıksız sevgi için teşekkür ediyorum.

Mesleğimin gerektirdiği bir takım yükümlülükleri yerine getirirken tez çalışmasına zaman ayırmama anlayış gösteren amirim A.Ender TOYDEMİR'e, bu yükümlülüklerin bir kısmını üzerimden alarak yardımcı olan meslektaşım sayın Ramazan ATIM'a, gerçek dostluğu bana hissettiren ve her daim yanımda olan meslektaşlarım sayın Veysel ATALAY ve İzzettin ARTOKÇA'ya teşekkürlerimi sunuyorum.

Tez çalışmam süresince kendisinden fedakarlıkların en büyüğünü istediğim, yaşadığım sıkıntıları aşmamda destekçim olan hayat arkadaşım Elif'e, sadece tez çalışmasına değil, hayatıma yaptığı tüm olumlu katkıları için teşekkür ediyorum

İÇİNDEKİLER**Sayfa**

ÖZET	v
ABSTRACT	vi
TEŞEKKÜR	vii
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1
1. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI	10
1.1. GENEL OLARAK ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ KAVRAMI	10
1.2. TARİHSEL SÜREÇ	15
1.2.1. Genel bakış	15
1.2.2. Özel hayatın gizliliği ve korunmasının düzenlendiği uluslararası belgeler	17
1.2.3. Özel hayatın gizliliği hakkının 1982 Anayasası öncesi görünümü	23
1.3. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE KORUDUĞU HUKUKİ DEĞER	25
1.4. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASININ KAPSAMI	28
1.4.1. AİHS ve Anayasada özel hayatın gizliliği ve korunması	29
1.4.2. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yönelik AİHM ve AYM değerlendirmeleri	34
2. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI KAPSAMINDA KİŞİNİN ÖZEL HAYATI	38
2.1. KİŞİNİN KİMLİĞİ	38
2.1.1. Kişinin adı, soyadı	38
2.1.2. Kişinin cinsel kimliği	51
2.1.3. Kişinin etnik kimliği	55
2.2. KİŞİSEL VERİLER	57
2.2.1. Tıbbi veriler	59
2.2.2. Resmi makamlar eliyle yapılan bilgi toplama, istihbarat faaliyetleri	64
2.2.3. Kişinin elde edilen bilgilere ulaşamaması	77
2.3. KİŞİNİN CİNSEL HAYATI	79
2.4. KİŞİNİN FİZİKSEL VE ZİHİNSEL (PSİKOLOJİK) BÜTÜNLÜĞÜ	86
2.4.1. Kişinin şan ve şöhreti, şeref haysiyeti	87
2.4.2. Kişinin temiz ve sağlıklı çevrede yaşama hakkı	91
2.4.3. Kürtaj hakkı	92
2.4.4. İstem dışı tıbbi müdahale ve tedaviyi reddetme hakkı	96
2.4.5. Mobbing uygulamaları	97
3. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI KAPSAMINDA KİŞİNİN AİLE HAYATI	100
3.1. AİLE KAVRAMI VE KAPSAMI	100
3.2. AİLE HAYATININ KORUNMASI KAPSAMINDA ÇOCUK-EBEVEYN İLİŞKİLERİ	102
3.2.1. Velayet yetkisi-çocuğun gözetimi	103
3.2.2. Nesep davaları-soy bağının reddi	108
3.2.3. Çocuğun bakım kurumlarına verilmesi-evlatlık edinme-evlatlık verilme	113
3.2.4. Ailelerin cenazeye ulaşamaması	116
3.3. AİLE HAYATININ KORUNMASI KAPSAMINDA TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN DURUMU	118
3.4. AİLE HAYATININ KORUNMASI KAPSAMINDA SINIR DIŞI EDİLME-SEYAHAT YASAĞI-TAYİN	122

4. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI KAPSAMINDA KONUT DOKUNULMAZLIĞI	129
4.1. KONUT KAVRAMI VE KAPSAMI	129
4.2. KONUTTA ARAMA.....	131
4.2.1. Anayasa ve 5271 sayılı CMK'nın ilgili hükümleri	135
4.2.2. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu-Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği	140
4.3. SAĞLIKLI ÇEVREDE YAŞAMA HAKKI	147
4.4. KAMU MÜDAHALELERİ SEBEBİYLE KONUTUN KULLANILAMAMASI	152
5. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI KAPSAMINDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ	154
5.1. HABERLEŞME KAVRAMI VE KAPSAMI	154
5.2. HABERLEŞMENİN ENGELLENMESİ	155
5.2.1. Anayasa ve 1412 sayılı CMUK hükümleri	161
5.2.2. 5271 sayılı CMK ve 5397 sayılı bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair kanun hükümleri.....	162
5.3. TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN HABERLEŞMESİ	167
SONUÇ VE ÖNERİLER	178
KAYNAKÇA	184
ÖZGEÇMİŞ	204

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AHM	Asliye Hukuk Mahkemesi
AİHK	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
CMK	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇASÖMK	Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
ÇED	Çevresel Etki Değerlendirmeleri
Çev	Çeviren
E	Esas
GBT	Genel Bilgi Toplama
İHD	İnsan Hakları Derneği
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
K	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KKTC	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti

mad	Madde
MİT	Milli İstihbarat Teşkilatı
MSHS	Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme
OECD	Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü
parag	Paragraf
s	Sayfa
sa	Sayı
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TCK	Türk Ceza Kanunu
TİB	Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
TİK	Türkiye İstatistik Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TÜBİTAK	Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu
UYAP	Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
vd	ve diğerleri

GİRİŞ

İnsan hakları ve bu hakların korunması, her geçen gün daha da önemli hale gelmekte ve tüm sınıflandırma çabalarına rağmen bir takım tanımlamalar ile yeniden şekillenmektedir.¹ İnsan haklarının hızlı bir biçimde dönüştüğü küreselleşen dünyada hukuk ve insan hakları; tüm ulusları etrafında toplayan ve ülkeleri ortak bir paydada buluşturan önemli bir değer olarak dikkat çekmektedir.² Hükümetler ve uygulamaları insan haklarını korudukları ölçüde meşru görülmektedirler.³ Bütün halklar ve uluslar için başarının ölçütü sayılan insan hakları⁴ düşüncesinin geçmişi tartışmalı olsa da insan haklarının ilk kez İkinci Dünya Savaşı sonrasında Birleşmiş Milletler (BM) Şartı ve 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile bir uluslararası (diğer bir ifadeyle uluslarüstü) hukuk haline gelmesi ortak kanaat olarak ifade edilmektedir.⁵ İnsan haklarının geçmişten günümüze gelişen yapısı, bu yapının dinamizminin ve gelişmeci özelliklerin devam edeceğinin bir göstergesidir.

İnsan hakkı olarak birçok uluslararası belge, sözleşme, ve beyannamenin yanı sıra ulusal arenada anayasa ve kanunlarla korunma altına alınmış özel hayatın gizliliği ve korunması da insan haklarının yaşadığı dinamizmden nasibini almaktadır. Özel hayatın gizliliği ve korunması, kapsamı günden güne değişen, gelişen ve genişleyen bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Birçok ulusal ve uluslararası belgede özel hayatın gizliliğinin tanınmasına rağmen, sınırlarının çizilmemesi bunun başlıca göstergesidir.⁶ Bu belirsizlikleri giderecek, özel hayat kavramının içeriğini doldurmaya yönelik pek çok düşünce ifade

¹ 1990 sonrasında üç kuşak şeklinde sınıflandırılmaya çalışılan insan hakları için bir dördüncü kuşağın oluştuğundan bahsedilmektedir. 90'lar sonrası oluşan yenedünya düzeni ile birlikte ortaya çıkan bu yapıda daha çok, etnik haklar, alt kimlikler, etnik kimlikler, dinsel kimlikler, başta olmak üzere yeni hak taleplerinin ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Bkz. Çeçen, A. (2003). Günümüz Koşullarında İnsan Haklarının Genel Görünümü. Türkiye'de İnsan Hakları. Ankara: TODAİE, 3. İnsan haklarının içeriğinin önemli ölçüde değiştiği ve genişlediğine dair bkz. Erdoğan, M. (2007). İnsan Hakları Teorisi Ve Hukuku. Ankara: Orion Yayınevi, 50.

² Akıllıoğlu, T. (2003). İnsan Hakları Uygulamasında İki Farklı Dil: Biz ve Onlar. Türkiye'de İnsan Hakları. Ankara: TODAİE, 8.

³ Tepe, H. (2010). İnsan Hakları: Kavram, Kapsam ve Ölçüt, S. Çağlar (Editör) Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları. Birinci Baskı. İstanbul: Beta Basım, s.1-32.

⁴ Donnelly, J. (1995). Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları (çev. M.Erdoğan, L.Korkut). Yetkin Yayınları. (Eserin orijinali 1989'da yayımlandı), 25.

⁵ Tepe, 2010, 7.

⁶ Üzeltürk, S. (2004). 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, (Birinci Bası), İstanbul: Beta Basım, 5. naklen Clayton, R, Tomlison, H. (2000). The Law of Human Rights, Newyork: Oxford, 776.

edilmiş, teoriler oluşturulmaya çalışılmıştır. Bunların sonucunda oluşan ve kabul gören kanaat kavramın tanımlanamayacak kadar geniş olduğudur.⁷ Ancak yakın zamana kadar konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı gibi kavramlarla korunmaya çalışılan özel hayata⁸, teknoloji ve iletişim ağlarının gelişmesine paralel olarak müdahalelerin artması, korunma fikrini daha çok gündeme getirmiş ve devletleri normatif düzenlemelere sevk etmiştir. Bu durumun oluşmasında birçok devletin ulusalüstü sistemlere ve kurumlara bağlılığı ve bu kurumların yaptırımlar öngörmesinin de payı büyüktür.⁹ Bireylere -uluslararası bir süje olarak- müdahalede bulunan devleti şikayet etme olanağı veren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM); bu kurumların başını çekmekte, özel hayatın gizliliğine ilişkin verdiği kararlar ile devletlerin, ulusal mevzuatlarında bulunan hükümlerini değerlendirmesine, gözden geçirmesine dolaylı olarak etki etmektedir.¹⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS) diğer uluslararası insan hakları sözleşmelerinden ayıran en önemli özellik ise şu an AİHM olarak adlandırılan uluslararası yargısal denetim mekanizmasını kurması ve bireye sağlanan güvenceyi yaptırıma bağlamasıdır.¹¹ 1987 yılında o zamanki adıyla Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna (AİHK) bireysel başvuruyu kabul eden ülkemiz 1990 yılında ise mahkemenin zorunlu yargılama yetkisini kabul etmiştir.¹²

⁷ Akyürek, G. (2014). Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu. (İkinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 23.

⁸ Akyürek, 2014, 19.

⁹ Akyürek, 2014, 23. naklen Clapham, A. (1993). Human Rights in Private Sphere. Oxford, 137-138.

¹⁰ Ülkemiz AİHS'ye 1954 yılında taraf olmuş, AİHM'ye bireysel başvuru yolunu 1987'de, AİHM'in zorunlu yargılama yetkisini ise 1990'da kabul etmiştir. Bkz. Ekinci, H., Sağlam, M. (2014). Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 3.

¹¹ Gözübüyük, A. Ş., Gölcüklü, F. (2011). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi (Dokuzuncu Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 11. 1998'de yürürlüğe giren 11 No'lu protokol öncesi Sözleşmenin denetim mekanizması; Bakanlar Komitesi, 1954 yılında kurulan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve 1959 yılında kurulan Avrupa İnsan Hakları Divanından (Divan)oluşan üçlü bir denetim mekanizması şeklindeydi. 11. ek protokol ile Komisyon ve Divan birleştirilmiş, Strasbourg denetim mekanizması tek organlı hale getirilmiş AİHM olarak belirtilmiştir. Çalışma içerisinde komisyon tarafından verilen kararlarda AİHM kararları olarak belirtilecektir. Bkz. Salihpasaoğlu, Y (2009) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sa:13 (1-2), 253-281.

¹² Tezcan, D., Erdem, M.R., Sancakdar, O. (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu (İkinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 48.

AİHM'ye 1959-2014 tarihleri arasında yapılan başvurulara ilişkin ihlal kararları sıralamasında Türkiye birinci sırada bulunmaktadır.¹³ 2006 yılından 2012 yılına kadar sürekli artış gösteren derdest dava sayısı 2012 yılından itibaren azalmaya başlamış, bu düşüş 2013 ve 2014 yıllarında da devam etmiştir.¹⁴ 12 Eylül 2010 tarihli Anayasa değişikliğine ilişkin referandum ile iç hukukumuzda giren, bireylerin Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) başvurarak temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını talep edebilmelerini ifade eden bireysel başvuru kurumu bu düşüşte etkili olmuştur.¹⁵ 23 Eylül 2012'den sonra kesinleşen işlemler ve kararlar hakkında uygulanabilecek olan bireysel başvuru kurumuyla¹⁶ özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında anayasada düzenlenen hak ve özgürlüklerin korunması talep edilebilecektir.¹⁷

AİHM'nin özel hayata ilişkin tüketici bir tanım yapmaması ve her davada somut olaylara ilişkin kararlar vermesi özel hayat kavramının içeriğinin genişlemesine ve gelişmesine olumlu katkıda bulunmuştur. AYM'nin verdiği kararlarda AİHM kararlarına mutlak surette atıf yapıldığı, AİHM'nin yerleşik içtihatlarıyla uyumlu değerlendirmelerde bulunduğu göz önüne alındığında, bundan sonra çıkabilecek uyuşmazlıklarda da AİHM kararlarının yine en önemli referans olacağını söylemek yanlış olmayacaktır. AİHM kararlarının devletlerinin ulusal mevzuatlarına yönelik eleştirileri ve AYM'nin AİHM içtihatlarına yer vermesi, çalışmada AİHM kararlarına mutlak surette değinilmesi gerekliliğini de beraberinde getirmiştir. Çalışma sırasında özel hayatın gizliliğini ve

¹³ Bkz. http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2014_ist/1.pdf 13.04.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

¹⁴ Bkz. http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2014_ist/6.pdf Türkiye'nin AİHM Önünde Bekleyen Derdest Dava Sayılarının Yıllara Göre Değişimi 13.04.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

¹⁵ Bkz. http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2014_ist/7.pdf 13.04.2015 tarihinde ulaşılmıştır. Bireysel başvuru müessesinin getirilmesinin gerekçesinde de bu durum belirtilmiş "Bu nedenle, bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir." ifadesine yer verilmiştir.bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> 13.05.2015 tarihinde erişilmiştir.

¹⁶ Ekinci, H., Sağlam, M. (2014). Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını.3 "...Anayasa Mahkemesi, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları incelemektedir. Dolayısıyla 23/9/2012 tarihinden önce kesinleşen kararların Anayasa Mahkemesi tarafından incelenebilmesi mümkün değildir..."

¹⁷ 23 Eylül 2012-10 Nisan 2015 tarihleri arasındaki bireysel başvuru istatistiklerine göre özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamında 1928 başvuru yapılmıştır. Bkz. http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselBasvuru/23_eylul_2012_10_nisan_2015.pdf 13.05.2015 tarihinde erişilmiştir.

korunmasını ifade eden birden fazla kavram ile karşılaşılsa da¹⁸ 1982 Anayasasında ifade edilen “özel hayatın gizliliği ve korunması” ifadesi tercih edilmiştir. Anayasada üst başlık şeklinde ifade edilen kavramın altında kişinin özel hayatını, aile hayatını, konutunu ve haberleşmesini koruyacak hükümler belirtilmiştir. Belirtilen bu sebeplerle çalışmanın başlığının “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” olarak belirlenmesinin uygun olacağı değerlendirilmiştir. Hayat kelimesinin yerine yaşam kelimesinin kullanılması sorun teşkil etmese de, çalışmada 1982 Anayasasında ve kanunlarda belirtildiği şekliyle “özel hayat” ifadesi kullanılmıştır.¹⁹

Özel hayatın gizliliği ve korunmasının “*farklı hukuk disiplinleri ve farklı özgürlük kategorileri ile de ilişkilendirilebilecek bir hak olması*”²⁰ çalışmanın kapsamını oldukça genişletmektedir. Bu geniş alan, şüphesiz ki çalışmanın sınırlandırılma ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Özel hayatın gizliliğine yönelik müdahaleler, devletin yanı sıra bireyler tarafından da gerçekleştirilmektedir. Devlet ve birey arasında gerçekleşen ilişkiler “dikey”, birey-birey arasındaki ilişkiler “yatay” olarak nitelendirilmektedir.²¹ Bu çalışmanın konusu devlet ve birey ilişkileriyle sınırlandırmış, buna ilişkin AYM ve AİHM kararları ele alınmıştır. Devletlerin, insan haklarını ihlal etmeme yükümlülüğünü yerine getirmiş olsa dahi özel hukuk anlamında kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda da pozitif yükümlülüğü söz konusu olabilecektir. AİHM ve AYM kararlarında ifade edilen bu hususa da çalışma kapsamında yer verilecektir.²²

AYM’nin verdiği kararlar (iptal/itiraz davaları ve bireysel başvuru) ile mevcut hakka ilişkin anayasal düzenlemelerinin yanı sıra konu ile ilgili var olan ya da çıkması planlanan (kanun tasarıları, teklifleri) düzenlemelerin yeterli güvence oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi bu çalışmanın amacını oluşturmaktadır. Bu konuda özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin ülkemiz mevzuat hükümlerinin uygulamadaki görünüşlerine, varsa

¹⁸ “Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” “Özel Hayatın Gizliliği Hakkı ” “Özel Hayatın Gizliliğine Saygı İlkesi” “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı” “Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı” “Özel Yaşama Saygı Hakkı” gibi birçok farklı kavramlara yer verilmektedir. Bkz. Zafer, H. (2010). Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması. (TCK m.132-134). İstanbul: Beta Yayınları, 4-5.

¹⁹ 1982 Anayasası mad.20, TCK mad.134, İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun mad.9/A.

²⁰ Üzeltürk, 2004, 1.

²¹ Üzeltürk, 2004, 5.

²² Mehmet Arif Kılınç, 2013/1656, 16/07/2014, parag. 27, X ve Y/Hollanda, 8978/80, 26/03/1985, parag. 23.

eksikliklerine ve bunlara ilişkin çözüm yollarına çalışma boyunca yer verilecektir. Bu amaca matuf en önemli kaynak ise şüphesiz AİHM'nin verdiği kararlar ve yerleşik içtihatları olacaktır. AYM'de AİHM kararlarına atıf yapmak suretiyle yeni bir müessese olan bireysel başvuru yolunda özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında içtihatlarını şekillendirmeye çalışmaktadır. Şekillendirilmeye çalışılan bu içtihatları anlamlı bir bütün şeklinde akademik camiaya kazandırma yolunda bu çalışmanın faydalı olması umut edilmektedir.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının AİHS'de ve 1982 Anayasasında düzenleniş şekliyle yola çıkarak birtakım farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. AİHS 8. maddede ifade edilen şekliyle *“kişinin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi esastır”*. AİHS 8. madde *“özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı”* şeklinde dört hakkı güvence altına almaktadır.²³ AİHS'de ifade edilen aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı haklarının, aslında özel hayatın korunması hakkının birer görünümü olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır.²⁴ AİHS'de düzenlenen *“özel hayata saygı hakkı”* alt kategorisinin, aileye, konuta ve haberleşmeye saygı haklarından bağımsız bir alanı olduğu da savunulmaktadır.²⁵ AİHS'nin 8. maddesinde belirtilen özel hayata saygı hakkının adil yargılanma hakkına benzediğinden bahisle kendisini oluşturan unsurlardan bağımsız bir yapısının olması gerektiği şeklinde de değerlendirmeler mevcuttur.²⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü'ye göre ise AİHS'nin 8. maddesinde belirtilen deyimler özel hayatın farklı unsurlarıdır ancak bir bütün teşkil etmektedir.²⁷ Öğretide AİHS'nin 8. maddesinde belirtilen hakları birlikte okumanın gerekli

²³ Öncü, G. (2011). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı. (Birinci Baskı). İstanbul: Beta Basım, 5.

²⁴ Gemalmaz, H.B. (2005). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması. İstanbul: Legal Yayıncılık, 116-119.

²⁵ Öncü, 2011, 5. naklen Doswald, L. The Meaning of the Right to Respect for Private Life under the European Convention on Human Rights, Human Rights Law Journal, 283.

²⁶ Zafer, 2010, 10. *“buna göre sözleşmesinin 6/1. Maddesinde belirtilen unsurlar nasıl adil yargılanma hakkının unsurları olarak görülmekle beraber, kendisini oluşturan unsurlardan ayrı ve bağımsız bir yapıya sahip olduğu kabul ediliyorsa özel hayata saygı hakkının da kendisini oluşturan unsurlardan bağımsız bir yapısı olmalıdır.”*

²⁷ Gözübüyük, Gölcüklü, 2011, 331. *“AİHM'nin 8. maddesine ilişkin bir şikayet geldiğinde alt unsurlara bakmadan “özel hayata müdahale” başlığı altında ele almaları da bu yüzdendir.”*

olduğu, hangi hakka yönelik salt bir müdahale olduğunun belirlenmesinin çok da önem arz etmediği de ifade edilmektedir.²⁸

Benzer şekilde 1982 Anayasasında özel hayatın gizliliği ve korunması başlığı altında özel hayatın gizliliği²⁹, konut dokunulmazlığı³⁰, ve haberleşme hürriyeti³¹ ayrı ayrı düzenlenmiştir. Her biri ayrı ayrı bir hak görünümünde olsa da söz konusu hakların (özel hayatın gizliliği, aile hayatının gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti) birbirleriyle bağlantılı olduğu unutulmamalıdır. Kanaatimizce AİHS ve Anayasanın ilgili hükümlerini sadece “özel hayat” kavramıyla özdeşleştirmeye çalışmak “aile hayatı” “konut dokunulmazlığı” “haberleşme hürriyeti” haklarını açıklamada zorluğa sebep olacaktır.³² Dolayısıyla AİHS’nin ve Anayasanın ilgili hükümlerini sadece “özel hayata saygı hakkı” olarak nitelendirmek yerine, alt kategorileriyle beraber daha geniş bir hak olarak görülmesi daha doğru olacaktır. Bu sebeple belirtilmelidir ki çalışmamız da “özel hayatın gizliliği ve korunması” üst başlığı altında Anayasada ifade edildiği şekliyle “özel hayatın gizliliği” “aile hayatının gizliliği” “konut dokunulmazlığı” ve “haberleşme hürriyeti” hakları her biri ayrı başlık altında incelenecek, bu hakların norm alanı AİHM kararları ve AYM kararları ışığında ortaya konulmaya çalışılacaktır. Hemen ifade edilmelidir ki AİHS’de düzenlenen hakların karşılığı Anayasanın sadece 20-22. maddelerle sınırlı değildir. AİHS’nin 8. maddesinin koruması kapsamında yer alan haklar Anayasanın diğer maddelerinde de karşılık bulmaktadır.³³ Bu maddelere de ilgili konu başlığı altında değinilecektir. Bu düşüncelerle hazırlanan çalışma 5 bölümden oluşmaktadır.

²⁸ Öncü, 2011, 5. naklen Ovey, C., White, R. (2002). European Convention on Human Rights. (Third Edition). Oxford University Press, 218.

²⁹ “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

³⁰ “Kimsenin konutuna dokunulamaz.”

³¹ “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.”

³² AİHS’de ve Anayasa belirtilen hakların keskin sınırlarla ayrılmasının mümkün olmadığına dair Bkz. Sağlam, M., Güleener, S., Kaplan, R. (Editörler). (2014). Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 727.

³³ Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı (mad. 17.), Ailenin Korunması ve çocuk hakları (mad.41), Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması (mad. 56.) Bkz. Öncü, G. (2013). Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı. S.İnceoğlu (Editör). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme. Birinci Baskı. İstanbul. Beta Basım, s. 301-332.

Çalışmanın birinci bölümünde kuşatıcı olan “özel hayat” kavramı ile ilgili yapılan tanımlama çalışmalarından bahsedilecek, hakkı açıklamaya yönelik teoriler belirtilecektir. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının tarihsel sürecine ilişkin değerlendirmelerle hakkın zamanla gelişen ve genişleyen bir kavram olduğu yansıtılmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda özel hayatın gizliliğine yer veren tüm uluslararası belgelere yer verilemeyeceğinden, öne çıkan ve bilinen belgelere yer verilmiştir. Tarihsel süreç içinde özel hayatın gizliliği ve korunmasının ulusal düzenlemelerdeki seyrine de kısaca değinilecektir. Daha sonra ise özel hayatın gizliliğinin niçin korunması gerektiği ve neyi koruduğu ifade edilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda özel hayatın gizliliğinin çok yönlü bir koruma gerektirdiği, hakkın niteliği ortaya koyularak belirtilecektir. Hakkı açıklamaya yönelik teoriler ve tarihsel süreç gösterecektir ki özel hayatın kapsamına yönelik kuşatıcı bir tanım yapmak mümkün gözükmemektedir. Bu durumun göstergesi olarak AİHS ve Anayasada özel hayatın gizliliği ve korunmasına yönelik düzenlemelere değinilecektir. Daha sonra ise özel hayatın gizliliği ve korunmasına dair verdiği kararlarla hakkın dinamik yapısına olumlu katkılar sunan AİHM kararları göz önüne alınarak hakkın kapsamı belirlenmeye çalışılacaktır. Hakkın kapsamına nelerin girdiğine yönelik AYM’nin iptal ve itiraz ve bireysel başvuru kararları da göz önüne alınacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında kişinin özel hayatının ne anlam ifade ettiği ve nelerden ibaret olduğu açıklanmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda kişinin kimliği, kişinin verileri, kişinin cinsel hayatı ve kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü başlıkları altında AİHM ve AYM kararları ele alınacaktır. Mümkün olduğunca çok karara değinilerek, AİHM içtihatları sistematik olarak belirlenecek ve böylelikle ulusal mevzuat hükümlerin uygunluğu değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında aile hayatı kavramı ele alınacaktır. Aile hayatının koruma kapsamında yer alan hususlar AİHM kararlarıyla ifade edilmeye çalışılacak ve her konu başlığı altında varsa AYM kararlarına değinilecektir. Aile hayatı kapsamında değinilecek ilk husus çocuk ebeveyn ilişkileri olacaktır. Bu kapsamda velayet davalarının ve nesebin reddi davalarının aile hayatına yansımalarına değinilecektir. Çocuğun evlatlık verilmesi veya alınması ile aile fertlerinin

yakınlarının cenazelerine ulaşamamasına ilişkin somut örneklerle problemlı durumlar belirlenmeye çalışılacaktır. Aile hayatı kapsamında tutuklu ve hükümlülerin aileleriyle grşebilmeleri de önem arz etmektedir. Konu ile ilgili AİHM kararlarında belirtilen hususların ulusal mevzuat tarafından karşılanabilirliği değerlendirilmeye çalışılacaktır. Aile hayatı kapsamında değinilecek son husus ise idarenin tasarrufu ile sınır dışı edilen, seyahat yasağı getirilen veyahut tayin olan kişilere karşı yapılan işlemlerde idarenin takdir yetkisinin sınırlarını belirlemek olacaktır.

Çalışmanın dördüncü bölümünde özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında kişinin konut dokunulmazlığı ele alınacaktır. Öncelikle AİHM ve AYM kararları ile konut kavramı açıklanmaya çalışılacaktır. Konut dokunulmazlığının ihlaline sebebiyet veren en tipik örnek olan arama ve devamında el koymaya ilişkin AİHM ve AYM kararlarından yola çıkarak mevzuat hükümlerinin nasıl olması gerektiği ortaya konulacaktır. Akabinde ise yapılan genel değerlendirme kapsamında arama öngören ulusal mevzuat hükümleri değerlendirilecektir. Konuya ilişkin ulusal mevzuat hükümleri hakkında faydalı bir değerlendirme yapabilmek adına konu alt başlıklar halinde incelenmiştir. Öncelikli olarak Anayasa ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) yer alan güvencelere ve bunların uygunluğuna değinilecektir. Yakın zamanda değişikliğe uğrayan Polis Vazife ve Salahiyet Kanunundaki (PVSK) hükümler ile Adli ve nleme Aramaları Yönetmeliği'nde düzenlenen hükümlerde yer alan güvenceler ve uygulamadaki görünüşleri de ilgili başlık altında ele alınacaktır. Söz konusu mevzuat hükümlerinin konutta aramanın yanında st aramasını da öngörmesi sebebiyle, başlıklar altında st aramasına ilişkin kararlara da yer verilecektir. Konut dokunulmazlığı kapsamında kişinin sağlıklı bir vrede yaşama hakkı da bulunmaktadır. AİHM'nin oluşturduğu kriterler ile bu hakkın içeriği de somut örneklerle ele alınacaktır. Konut dokunulmazlığı kapsamında son değinilecek husus ise kamu müdahaleleriyle konutun kullanılamamasına sebebiyet oluşturan durumların AİHM tarafından nasıl değerlendirileceği olacaktır.

Çalışmanın beşinci ve son bölümünde ise özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında kişinin sahip olduğu haberleşme özgürlüğüne ve bu kapsamda yapılan müdahalelere değinilecektir. Yapılan müdahalelerin doğası gereği gizli yapılması, idarenin

keyfililiğinin çok fazla öne çıkabilecek olması hakkın birtakım ek güvencelere sahip olması gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. AİHM içtihatlarıyla ortaya konulan bu güvence ve gerekliliklerin ulusal mevzuatta yeterince yer alıp almadığı söz konusu düzenlemelerle ve AYM kararlarıyla ele alınacaktır. Bu kapsamda Anayasadaki güvenceler ile 5271 sayılı CMK'dan önceki durum AİHM nezdinde Türkiye aleyhine sonuçlanan davalar ile ayrı bir başlık altında sunulacaktır. Yürürlükte olan mevzuat hükümleriyle yapılan haberleşmeye yönelik müdahalelerde göz önüne alınması gereken hususlar bir diğer başlık altında ele alınacaktır. AİHM ve AYM'nin belirlediği kriterlere göre yürürlükte olan mevzuat hükümlerinin uygunluğu ve somut yansımalarına ilgili başlık altında değinilecektir. Haberleşme kapsamında son değinilecek husus ise tutuklu ve hükümlülerin durumu olacaktır. AİHM'nin oluşan yerleşik içtihatları ve bu içtihatlarla sıklıkla atıf yaparak değerlendirmeler de bulunan AYM'nin kararları doğrultusunda tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine yönelik müdahalelerin hangi koşullarda ihlale sebebiyet vereceği ifade edilecektir. Bu kapsamda ulusal mevzuat hükümlerinin tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine yönelik nasıl bir sınırlandırma rejimi öngördüğü, AYM'nin bireysel başvuru kararları ışığında ele alınacaktır.

1. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI

1.1. Genel Olarak Özel Hayatın Gizliliği Kavramı

Özel hayatın tanımının zor olması ve kapsamının tam olarak belirlenememesi kavram ile ilgili ifade edilen en yaygın eleştirilerden birini oluşturmaktadır.³⁴ Özel hayatın bu niteliğinden dolayı tüm teorilerin yetersiz olacağı bile ileri sürülmüştür.³⁵ Ancak yine de pek çok teori ve düşünce ile bu kavram açıklanmaya çalışılmıştır.³⁶

Özel hayat kavramını açıklamaya yönelik en çok bilinen teorilerden ilki Hubbmänn'a ait olan "üç alan teorisi"dir. Alanlardan birincisini, kişinin güven duyduğu kişilerle paylaştığı ve bunun dışında kapalı olduğu "giz alanı", ikincisini kişinin gizli hayatına dahil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi yakın çevresindeki sınırlı sayıdaki kişiyle paylaşmak istediği "özel alanı" ve son olarak üçüncüsünü, kimsenin bilmesinden rahatsız olmadığı "ortak alanı" oluşturmaktadır.³⁷ Söz konusu bu alan teorisinin benzeri "çemberler teorisi" olarak sosyologlar tarafından ortaya atılmıştır.³⁸ Bireyin başkalarıyla olan ilişkileri, gizlilik veya açıklık dereceleri bakımından, iç içe geçmiş birtakım bölgelere, ya da çemberlere benzetilmektedir. İç benlik ya da çekirdek benlik olarak (core self) ifade edilebilecek olan iç çember gizli duygularını, düşüncelerini, ümitlerini, korkularını, dileklerini içine almakta, onun kişiliğinin nihaî sığınağı olarak ifade edilmektedir.³⁹ Daha sonra kişinin kural olarak arkadaş ve dostlar çevresiyle paylaşılan sırları, duygu ve düşünceler çemberi gelmektedir. En dışta ise, kişinin herhangi bir kimseye açıklamaktan veya kamunun bilgisine sunmaktan çekinmediği konular bulunmaktadır.⁴⁰

³⁴ Salihpaşaoğlu, Y. (2013). Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Kapsamında Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(3), 234.

³⁵ Solove, D. J. (2008). Understanding Privacy. Harvard University Press, 3.

³⁶ Akyürek, 2014, 23.

³⁷ Helvacı, S. (2001). Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar. İstanbul: Beta Yayınları, 61-62. Üç alan teorisi için bkz. Öztan, B. (2001). Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar. (Onuncu Baskı). Ankara :Turhan Kitabevi, 133-135.

³⁸ Bkz. Özbudun, E. (1977). Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği. Ankara Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 406 (1), 265-296

bkz.<http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/armaganlar/50-yil-armagani-cilt-1/> 15.05.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

³⁹ Özbudun, 1977, 266-267.

⁴⁰ Özbudun, 1977, 266-267.

Özel hayat kavramının içini başka hak ve kavramlarla doldurarak veya başka kavramlara indirgeyerek açıklamaya çalışan teoriler de mevcuttur. Anglo-Sakson hukukunda özel hayat ve bu hayata ilişkin değerler mülkiyet hakkı gibi özel hayatı ilgilendiren fakat tam manada koruma sağlamayan haklar ile korunmaya çalışılmıştır. Bu sebeple özel hayatın gizliliği hakkının salt olarak tanınıp korunmaması tartışmalara sebebiyet vermiştir.⁴¹ Bunun yanı sıra özel hayat “yalnız bırakılma hakkı” olarak tanımlama yoluna da gidilmiş, kişinin kendi çizdiği alanda müdahalelerden korunmasını sağlamıştır.⁴² Özel hayat kavramını belirlemeye çalışırken “mahremiyet” kavramını temel alan yaklaşımlar da söz konusu olmuş, özel hayatın gizliliğinin bilgi mahremiyeti, vücut mahremiyeti, iletişim mahremiyeti, yaşama alanı mahremiyeti şeklinde dört farklı alanı kapsamı altına aldığı da ifade edilmiştir.⁴³ “Bağımsızlık” ve “gizlilik” kavramlarından yola çıkarak özel hayatın kalbinde kişisel özerklik bulunduğunu söyleyen görüşlerde mevcuttur.⁴⁴ Buna göre bağımsızlık kişinin eylemlerini ve ilişkilerini tercih etme hakkı, gizlilik ise bireyin bu kurduğu ilişkilere dışarıdan müdahalelere karşı mahremiyettir.⁴⁵

Bir diğer değerlendirme ise insan hayatın, genel ve özel olmak üzere iki yönünün bulunduğudır. Bu değerlendirmeye göre özel yön, özel hayat ve hayatın gizli alanı olmak üzere iki ayrı bölüme ayrılmaktadır.⁴⁶ Hayatın gizli alanı “kişinin inançları”, “cinsel yaşamı”, “vicdani kanaati” gibi kişinin kendine özgü durumlarından oluşmakta ve müdahalelere karşı korunması gerekmektedir. Özel hayatı ise, aile bireyleri ve akrabaları ile yakın

⁴¹ Samuel D. Warren-Louis D. Brandeis adındaki Amerikalı iki hukukçunun yazmış olduğu “The Right to Privacy” adlı makalede Anglo-Sakson hukukunun özel hayatı sadece mülkiyete yönelik müdahalelerden koruduğu ifade edilmiş ve eleştirilmiştir. Makalenin Türkçe çevirisi için Bkz. Öncü, G. (2007). Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku Karşılaştırılmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 19-42.

⁴² Solove, D.J. (2008). Understanding Privacy. Harvard University Press, 3.

⁴³ Okur, N. (2010). Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 11.

⁴⁴ Kaboğlu, İ. (2002). Özgürlükler Hukuku. Ankara: İmge Kitabevi, 292-293.

⁴⁵ Kaboğlu, 2002, 292-293.

⁴⁶ Mahmutoglu, F.S. (2008, 18 Ekim). Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 101. Bkz. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ozel-yasamin-gizliliği.pdf> 09.05.2015 tarihinde ulaşılmıştır. Söz konusu panel 18 Ekim 2008 tarihinde gerçekleştirilmiş 2009 Ocak ayında TBB tarafından kitap haline getirilmiştir.

arkadaş çevresiyle olan ilişkilerini ifade etmekle birlikte gizli alanına nazaran daha gevşek bir korumaya sahip olacaktır.⁴⁷

“Özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi”⁴⁸ veya “makul özel hayat beklentisi”⁴⁹ şeklinde ifade edilen kavram ise kişilerinin kamusal alanda da özel hayatlarını yaşayabilmesi, en azından bunu bekleyebilmesi sorununa bir çözüm olarak getirilen, özel hayat kavramının dinamizmine gösterilebilecek örneklerdendir.⁵⁰ Özel hayatı açıklamaya çalışan teorilerin çokluğu, bu teorilerin gruplandırılmasına bile sebebiyet vermiştir.⁵¹

Özel hayatı tanımlama yoluna gidenler olduğu gibi özel hayatın ne olmadığını söylemeyi tercih edenlerde mevcuttur.⁵² Bazı teorisyenler ise özel hayatın karışık ve karmaşık anlamlarla tıkalı olduğunu belirterek, tam bir tanım yapmanın faydalı olabileceğinden dahi şüphe duyduklarını ifade etmektedirler.⁵³

Belirtilen düşünceler veya teorilerin çokluğu bile; özel hayata yönelik tam bir tanım yapmanın, tam manasıyla kuşatıcı, tatmin edici bir kavram belirlemenin zor olduğunun en güzel ispatı olmuştur. Üç alan teorisinin ortaya koyduğu değerlendirmelerin doğruluk payı muhakkak ki vardır. “Tam manasıyla kuşatıcı mıdır?” sorusu sorulduğunda gelişen teknoloji karşısında alan teorisinin gizlice depolanan kişisel veri ve benzeri veriler

⁴⁷ Mahmutoglu, 2008, 101.

⁴⁸ Akyurek, 2014, 34.

⁴⁹ Salihpasaoğlu, 2013, 231.

⁵⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarında da yer yer ifade edilen kavram ilk olarak 1967 tarihli Amerikan Yüksek Mahkemesi kararında ifade edilmiştir. Bkz. Salihpasaoğlu, 2013, 231.

⁵¹ Ken Gormley ise özel hayatın gizliliğine ilişkin yaklaşımları genel olarak dört grupta toplamıştır Özel hayatın gizliliğini

a) kişiliği esas alarak tek başına olabilmek ve kişinin kendi seçimlerini ve gelişimini kendisinin belirleyebilmesi olarak gören,
b) kişisel bağımsızlık altında kişinin davranışlarını ve düşüncelerini özgürce oluşturması olarak gören,
c) kişinin kendine ait bilgiyi ve ilişkilerini kontrol etme imkanı şeklinde gören,
d) kişinin başkalarının kendisine ne kadar ulaşmasını ve kendisinin başkasının ilkesine ne kadar konu olmayı belirleyebilmesi olarak gören 4 farklı görüş bulunmaktadır. Bkz Yüksel, S. (2012). Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale. İstanbul: Beta Yayınları, 29.

⁵² Akyurek, 2014, 38. “Kimi yazarlara göre özel hayat “saygınlık ve onur değildir” kimilerine göre ise özel hayat saklanma hakkı değil gizlenmeme hakkıdır.”

⁵³ Solove, 2008, 3. Legal Theorist Robert Post “Privacy is a value so complex, so entangled in competing and contradictory dimensions, so engorged with various and distinct meanings that I sometimes despair whether it can be usefully addressed at all” ifadesini kullanmaktadır.

açısından yeterli korumadan uzak olduğu eleştirisi yöneltilmektedir.⁵⁴ Kamuya açık alandaki tüm yaşam olaylarının yayınlanabilir olmadığı durumlarda ilgilinin rızasının alınması gerektiği düşünüldüğünde üç alan teorisinin bunu karşılamayacağı da ifade edilmektedir.⁵⁵ Aynı şekilde özel hayatı mahremiyet temelli ifade eden görüşler ile kamusal-özel alan ayrımını benimseyen görüşlerin eksik yanları somut olaylarla ortaya çıkmış ve AİHM tarafından dile getirilmiştir. AİHM, Niemietz davasında “*özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını dilediği gibi yaşayacağı bir giz alanı olarak tanımlamanın ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan bütünüyle ayırmanın onu sınırlayan bir yaklaşım olduğunu*” ifade etmiştir.⁵⁶ AİHM’ye göre özel hayat “*diğer insanlarla ilişki kurmayı, bu ilişkileri geliştirmeyi ve nihayet bunların korunmasını da*” kapsamalıdır.⁵⁷ O halde özel hayatı kamusal hayat dışında olan korunan bir olgu olarak görmek ne kadar yanlış ise salt mahremiyetle sınırlamak da bir o kadar yanlış olacaktır. Özel hayatın gizliliğini mülkiyet hakkı gibi haklara bağlı olarak nitelemek ve bu kapsamda korumakta etkin bir koruma sağlamayacaktır.

Belirtilmelidir ki özel hayatı tanımlamadaki tatminsizliğin devam etmesi, bu hakkın gizliliği ve korunmasının öneminden bir şey kaybettirmemektedir.⁵⁸ Tam aksine teknolojinin, toplumun, sosyal ağların hızla değişim ve gelişim gösterdiği bu dönemde özel hayatın gizliliği ve korunması daha da önem arz etmektedir. Bu süreçte özel hayat kavramını kesin sözcüklerle tanımlamak, sınırlarını çizmek yerine özel hayata ilişkin somut olaylara yönelik çözümler ve yorumlamalar ile yol almak daha faydalı gözükmektedir. Yorumlamalar konusunda görüşlerine başvurulabilecek makamlardan birisi AİHM diğeri ise ülkemiz açısından kanuni düzenlemeleri de değerlendiren AYM’dir.

AİHM ve AYM, bundan sonraki bölümlerde sıkça ifade edeceğimiz kararlarında, bahsedilen teorilerin hemen hemen hepsine söz konusu somut olayın özelliklerine göre yer vermiştir. Özel hayat kavramı ve buna bağlı olarak gizliliğinin korunması hakkı ne

⁵⁴ Helvacı, 2001, 61.

⁵⁵ Danışman, A (1991). Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması. Konya: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 8.

⁵⁶ Niemietz/Almanya, 13710/88, 16/12/1992, bkz. Salihpaşaoğlu, 2013, 235.

⁵⁷ Niemietz/Almanya, 13710/88, 16/12/1992, parag. 29.

⁵⁸ Solove, 2008, 3.

sadece giz alanı ne de mahremiyet alanıdır.⁵⁹ Alan teorisinin karşılamadığı durumlarda makul beklenti testi devreye sokulabilmektedir.⁶⁰ Salt olarak kişisel özerklik olarak tanımlayamayacağımız özel hayatı, söz konusu somut olaya göre kendini belirleme hakkı olarak nitelendiren AİHM ve AYM kararları da mevcuttur.⁶¹ Görüldüğü üzere özel hayat kavramı şudur demek, tüketici bir tanım yapmak faydalı gözükmemektedir. Özel hayatın gizliliğinin, birçok uluslararası ve ulusal belgede korunması gereken bir hak olarak ifade edilmesine rağmen tanımının yapılmamış olması da bu düşüncüyü destekler niteliktedir.⁶² AİHM ve AYM kararları ışığında özel hayatın gizliliği kavramının ortaya konulması ve kapsamının belirlenmesinin daha faydalı olacağı değerlendirilmektedir. Son derece dinamik olan özel hayatın gizliliği hakkında verilen kararların üzerine daha önce hiç koruma kapsamına alınmayan, tartışılmayan konular teknoloji ve toplumsal değişimlerle mahkemelerin karşısına gelebilecektir. Hem AİHM hem de AYM ilgili kararlarında bu duruma sıklıkla değinmektedir. Birleşik Krallığa karşı açılan Peck⁶³ ve Pretty⁶⁴ kararlarında AİHM özel hayat kavramının geniş bir kavram olduğundan tek bir tanımlı yapılamayacağını belirtmiş, AYM de verdiği bir kararda⁶⁵ bahsedilen iki karara gönderme yapmak suretiyle tanımın zorluğundan bahsetmiştir. AİHM *“özel hayat kavramının, bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu, kişinin ismi ve kimliği, bireysel gelişimi, aile yaşamı yanında, dış dünya ile bağlantısını, başkaları ile ilişkisini, ticari ve mesleki faaliyetlerini de kapsadığını”* belirtmektedir.⁶⁶

⁵⁹ Costello-Roberts/Birleşik Krallık, 13134/87, 25/03/1993, parag. 36.

⁶⁰ Halford/Birleşik Krallık, 20605/92, 25/06/1997, parag. 44-50.

⁶¹ Van Kück/Almanya, 35968/97, 12/06/2003, parag. 69, Schlumpf/İsviçre, 29002/06, 08/01/2009, parag. 100, Chapman/Birleşik Krallık, 27238/95, 18/01/2001, parag. 73, Jane Smith/Birleşik Krallık, 25154/94, 18/01/2001, parag. 80, Beard/Birleşik Krallık, 24882/94, 18/01/2001, parag. 84, Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19/12/2013, parag. 30.

⁶² Salihpaşaoğlu, 2013, 234.

⁶³ Peck/Birleşik Krallık, 4647/98, 28/01/2003, parag. 57.

⁶⁴ Pretty /Birleşik Krallık, 2346/02, 29/04/2002, parag. 61.

⁶⁵ Ercan Kanar, 2013/533, 09/01/2014, parag. 47.

⁶⁶ Niemietz/Almanya, 13710/88, 16/12/1992, parag. 29-33.

1.2. Tarihsel Süreç

1.2.1. Genel bakış

Özel hayatın gizliliği hakkının içtihatlar yoluyla 20.yüzyılda⁶⁷ oluşması göz önüne alındığında, muhakkak ki o zamana kadarki süreçte hakkın tanınmasından söz etmek mümkün olmayacaktır. Her ne kadar hakkın tanınması zaman alsa da yapılan araştırmalar, çeşitli zamanlarda ortaya konan belgeler, mimari yapılar, hukuki belgeler, dinsel hükümler özel hayata ilişkin bazı olguların değişik yer ve zamanlarda var olduğunu göstermektedir.⁶⁸

Eski Roma ve Yunan uygarlıklarında özel hayatın gizliliğini doğrudan korumaya yönelik hukuksal yollar bulunmamakla birlikte kişiye yönelik kasti saygısızlıklara ve maddi-manevi her türlü saldırıya karşı açılan “injuria” ve “contumelia” adlı davaların özel hayattan kaynaklanan çıkarları koruyabildiği söylenmektedir.⁶⁹ Bu uygarlıkların mimari yapısında konutun en mahrem kesimlerine konumlandırılan yatak odalarının diğerlerine kıyasla hafifçe yükseltildiği belirtilmektedir.⁷⁰ Diğerlerine göre sınırlı bir koruma öngörse de Hint hukukunda hekimlerden öğrendikleri sırları saklamasını isteyen, Yunan Hukukunda günümüzde de uygulama alanı bulan Hippocrate yemini ile sır saklamayı öngören belgeler mevcuttur.⁷¹ Yine başka bir coğrafyada, İslamiyet’in yaşandığı topraklarda, Kuran’da belirtilen ayetler ile Hz. Peygamberin söylediği hadislerle özel hayata ilişkin, konuta ilişkin emir ve yasaklar belirtilmiştir.⁷² Özelin kapsamını özel

⁶⁷ Akyürek, 2014, 23, Üzeltürk, 2004, 6, Öncü, 2011,1.

⁶⁸ Salihpaşaoğlu, 2013, 228. naklen Moore, B. (1984). Privacy: Studies in Social and Cultural History. New York, 276.

⁶⁹ Araslı, O. (1979). Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C Anayasasında Düzenlenişi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 60.

⁷⁰ Ariés,P., Duby,G. (2006) Özel Hayatın Tarihi 1 Roma İmparatorluğundan 1000 Yılına. (çev. T.İlgaz). İstanbul: Yapı Kredi Yayınları. (Eserin orijinali 1985 yılında yayımlandı), 386.

⁷¹ Donay, S. (1978). Meslek Sırrının Açıklanması Suçu. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2378, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 535, 26.

⁷²“Birbirinizin kusurlarını ve mahremiyetlerini araştırmayın” (Hucurat Suresi, 12. Ayet) Ey iman edenler! Kendi evlerinizden başka evlere, geldiğinizi hissettirip (izin alıp) ev sahiplerine selam vermeden girmeyin. Bu davranış sizin için daha hayırlıdır. Düşünüp anlayasınız diye size böyle öğüt veriliyor. (Nur Suresi 27. Ayet) Ey iman edenler! Ellerinizin altında bulunanlar (köleleriniz) ve sizden henüz bülüğ çağına ermemiş olanlar, günde üç defa; sabah namazından önce, öğleyin elbiselerinizi çıkardığınız vakit ve yatsı namazından sonra (yanınıza girecekleri zaman) sizden izin istesinler. Bu üç vakit sizin soyunup dökündüğünüz vakitlerdir. Bu vakitlerin dışında (izinsiz girme konusunda) ne size, ne onlara bir günah vardır. Birbirinizin yanına girip çıkabilirsiniz. Allah, âyetlerini size işte böylece açıklar. Allah hakkıyla bilendir, hüküm ve hikmet sahibidir. (Nur Suresi 58. Ayet) Bkz. <http://mushaf.diyaret.gov.tr/#> 20.05.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

mülkiyete tabi olması şeklinde anlayan Orta Çağ Avrupası'nda özeli belirten en önemli şeyler engeller, duvarlar, çitler olarak ifade edilmiştir.⁷³ Hukuki değeri çok yüksek olan bu işaretlere toplum hayatını düzenleyen kanunlarda sık sık değinilmiş, kişinin özel alanı olarak görülen bu alanlara müdahale yaptırım altına alınmıştır.⁷⁴ Sankt Gallen Manastırı'na ait 771 tarihli bir belgede hanenin, *“avluyla çevrili evleri binaları içine alan özel hukuka tabi aileyi barındıran yuva”* olarak tanımlandığı görülmektedir.⁷⁵ Öte yandan bahsedilen feodal dönemde özel hayatı, onu çevreleyen ve ona direnen şeylerden ayıklamanın mümkün olmadığını da altı çizilmektedir.⁷⁶ İngiltere'de ise sulh hakimine 1361 yılında çıkarılan bir hüküm ile, başkalarına yönelik gizli dinleme ve izleme yapan insanları tutuklayabilme yetkisi verilmiştir.⁷⁷ 14. yüzyıl Avrupası'nda yaşayışın üç bölümden olduğu ifade edilmiş bunların krallık, kişinin çevresi ve ev olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bu dönemde, büyük yaştaki bekâr çocuklara ayrı bir oda verilmesi de kişiye sağlanan bir özel alan olarak yorumlanmıştır.⁷⁸ 16. yüzyıldan itibaren şehirleşmenin artması, sanayi toplumundaki gelişmeler ve basının da önem kazanması ile özel hayata yönelik müdahaleler daha ciddi ve yoğun gerçekleşmeye başlamıştır.⁷⁹ 1710 tarihli bir kanun ile İngiltere'de gönderilerin karar olmaksızın açılması yasaklanmıştır.⁸⁰ 19. yüzyıla gelindiğinde ise artık oluşan sanayi toplumu ile bu toplumda etkinlikleri giderek artan kitle haberleşme araçları insanları tehdit eden tehlikeleri de beraberinde getirmiştir.⁸¹ Bu

Konu ile ilgili hadisler “Üç defa kapıyı çalınız. İzin verilirse girin; aksi hâlde dönün.” “Kendisine izin verilmeden evin içine bakan kimseye izin yoktur”. “Kim bir kavmin (veya ailenin) evine müsaadelerini almaksızın bakıp (onların) gizli hâllerini öğrenmek isterse o aileye onun gözünü çıkarmaları helâl olur”. Aynı konuda bir başka hadis de şudur: “Su-i zandan sakının; çünkü su-i zan (yersiz töhmet) sözlerin en yalanıdır. Müslümanlar'ın ayıplarını, kusurlarını araştırmayın”. Bkz. Demir, H. (2013).İslam'da Özel Hayat ve Özel Hayatın Gizliliği. Türk Akademisi Siyasi Sosyal Stratejik Araştırmalar Vakfı, 4-6. Bkz. <http://tasav.org/htmldocs/index/yazar/26/index.html> 25.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁷³ Ariés, P., Duby, G. (2006). Özel Hayatın Tarihi 2 Feodal Avrupa'dan Rönesans'a (çev.R. Hakmen),İstanbul: Yapı Kredi Yayınları. (Eserin orijinali 1985 yılında yayımlandı), 25.

⁷⁴ Ariés, Duby, 2006 (2), 25. Örneğin Sal yasalarında “Duvarları kıranlar” ifadesi geçmekte Burgonya yasalarında ise “bir sınır işareti çalınır veya kırılırsa, fail özgür kişiye eli kesilir, köleyse idam edilir şeklinde hüküm bulunmaktadır.

⁷⁵ Ariés, Duby, 2006 (2), 25-26.

⁷⁶ Ariés, Duby, 2006 (2), 47.

⁷⁷ Salihpaşaoğlu, 2013, 229. naklen Michael, J.(1994). Privacy And Human Rights: An International and Comparative Study, with Special Reference to Development in Information Technology, Paris, 1994, 15.

⁷⁸ Ariés,P., Duby, G. (2007) Özel Hayatın Tarihi 3 Rönesanstan Aydınlanma'ya (çev.D.Çetinkasap). İstanbul: Yapı Kredi Yayınları. (Eserin orijinali 1986 yılında yayımlandı), 561-570.

⁷⁹ Danışman, 1991, 1-3.

⁸⁰ Akyürek, 2014, 113.

⁸¹ Danışman, 1991, 7.

tehlikenin önlenmesi amacıyla 19. yüzyılda Fransa’da özel hayatın korunması hakkı ve Amerika Birleşik Devletle’nde “right of privacy” denilen hukuki kavramlar ortaya atılmıştır.⁸² Warren ve Brandeis’in 1890 yılında yaptıkları özel hayat kavramını tek başına kalabilmek olarak tanımlayan “The right to privacy” isimli çalışma, özel hayat kavramının hak olarak ele alınmasında önemli bir mihenk taşı olmuştur.⁸³ Mevcut düzenlemeler, kurallar ve yayınlar özel hayatı korumaya çalışsalar da bu konudaki gereksinimleri karşılayacak hukuk kurallarına ihtiyaç giderek artmıştır. Kişinin özel hayatını devletin müdahalelerine kapalı tutacak ve kişiye devletin müdahalelerine karşı sınır oluşturacak bir özerk alan bırakacak bir temel hak haline gelmesi ise, II. Dünya Savaşı sonrasına kadar gecikmiştir.⁸⁴ Bu konudaki en önemli gelişme özel hayatın gizliliği hakkının uluslararası düzeyde kabul görececek olan beyanname, belge ve sözleşmelerde yer alması olmuş, çok sayıda devlete ilham kaynağı olan düzenlemelerle bu hak tam manasıyla korunmaya başlanmıştır.

1.2.2. Özel hayatın gizliliği ve korunmasının düzenlendiği uluslararası belgeler

1.2.2.1 İnsan hakları evrensel beyanname

II. Dünya Savaşının doğurduğu acı sonuç, insanın insan olarak değerinin benimsenmesi ve insan haklarına saygılı bir düzenin kurulmasını zorunlu gören yaklaşımı ortaya çıkarmıştır. Bu yaklaşım yeni bir oluşumun doğumunda etkili olmuştur.⁸⁵ İmzalanan antlaşma ile ⁸⁶ Birleşmiş Milletler Örgütü kurulmuş, örgüt üç aşamalı bir faaliyet öngörerek etkin koruma yollarının oluşturulmasını amaçlamıştır.⁸⁷ Böylelikle insan haklarının evrensel boyutlarını saptayan ve tüm dünyaya ilan edecek olan “İnsan Hakları

⁸² Danışman, 1991, 7. “Fransa’da özel hayat kavramı ilk defa 1819 yılında Basın Kanunu’nun Meclis’te müzakeresi dolayısıyla kullanıldı.”

⁸³ Öncü, 2007, 19-42.

⁸⁴ Araslı, 1979, 2.

⁸⁵ Gözübüyük, Gölcüklü, 2011, 5. Benzer değerlendirmeler için bkz. Tezcan, Erdem, Sancakdar, 2004, 30.

⁸⁶ 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco’da imzalanmış ve 110. maddeye uygun olarak 24 Ekim 1945’de yürürlüğe girmiş olan Birleşmiş Milletler Antlaşması’nı Türkiye Milletlerarası Adalet Divanı Statüsüyle birlikte 15 Ağustos 1945’te onaylamıştır. 4801 Sayılı Onay Kanunu 24 Ağustos 1945 gün ve 6902 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Bkz. Gözübüyük, Gölcüklü, 2011, 5, Tezcan, Erdem, Sancakdar, 2004, 30.

⁸⁷ İlk olarak insan haklarının evrensel boyutlarını saptayan bir bildirge ilan edilecek, sonra taraf devletleri uluslararası düzeyde hukuken bağlayıcı sözleşmeler yapılacak, son olarak bu uluslararası belgelerde öngörülen hak ve özgürlüklerin uluslararası düzeyde de fiilen korunmasını sağlayacak mekanizmalar oluşturulup gerekli tedbirler alınacaktı. Bkz Gözübüyük, Gölcüklü, 2011, 5., Tezcan, Erdem, Sancakdar, 2004, 30.

Evrensel Beyannamesi" (İHEB) 10 Aralık 1948 tarihinde, Paris'te kırksekize karşı sekiz çekimser oyla kabul edilmiştir.⁸⁸ Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilmiş bir öneri, bir genel kurul kararı olan ve uluslararası hukuk bakımından bir andlaşma veyahut sözleşme niteliği taşımayan İHEB'in ulaşılmaya gereken bir ideali yansıttığı ifade edilmiştir.⁸⁹ Bu kapsamda devletlerinin büyük çoğunluğunun insan haklarına ve temel hürriyetlerine inançlarını belirterek İHEB'i yüksek ideal değerler olarak kabul etmelerinin manevi değerinin yüksek olduğu ifade edilmektedir.⁹⁰

İHEB'in "*Hiç kimsenin, özel hayatı, aile hayatı, konutu ya da haberleşmesi keyfi müdahaleye; onuru ve şöhreti saldırılara maruz bırakılamaz. Herkesin, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı hukukun korumasından yararlanma hakkı vardır.*" şeklinde düzenlenen "right of privacy" başlıklı 12. maddesi özel hayatın gizliliği hakkı açısından büyük önem arz etmektedir. Öyle ki 12. madde özel hayatın gizliliğinin korunması hakkında hüküm ihdas eden ilk uluslararası belge olmuş, bu hakkın anayasalarda ve diğer ulusal düzenlemelerde yer almasını sağlamıştır.⁹¹

1982 Anayasasının "Temel Hak ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının birinci bölümünde yer alan gerekçenin birinci paragrafında da, "*insan hakları ve temel hürriyetlerinin düzenlendiği bölüm hükümlerinde, özellikle 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi göz önünde tutulmuştur*" ifadelerine yer verilmiştir.⁹²

⁸⁸ Kapani, M. (1991). İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları. (İkinci Bası). Bilgi Yayınevi, 24. Sovyetler Birliği, Polonya, Beyaz Rusya, Yugoslavya, Ukrayna, Çekoslovakya, Suudi Arabistan ve Güney Afrika Cumhuriyeti çekimser oy kullanmıştır. Bkz. Bozlak, A. (2013). Avrupa İnsan Hakları Kararları Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması, Ankara: Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü. 60. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10/12/1918 tarihli ve 217 (111) sayılı kararıyla kabul edilen ilişik «İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin Resmî Gazete ile yayınlanması ve yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu beyanname hakkında radyo ve gazetelerde munasip neşriyatta bulunulması, Dışişleri Bakanlığının 28/3/1949 tarihli ve 36084/122 sayılı yazısı üzerine Bakanlar "Kurulunun 6/4/1949 tarihli toplantısında kararlaştırılmıştır. İlgili Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁸⁹ Aybay, R. (2006). Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi. (Birinci Baskı). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 6. Söz konusu beyannamenin dünya çapında insan hakları adına yapılan çalışmaların başarılı bir sonucu olduğuna dair Bkz. Aybay, R. (2003). Hukuka Giriş. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 73.

⁹⁰ Kapani, M. (1993). Kamu Hürriyetleri, Ankara: Yetkin Yayınları, 63.

⁹¹ Okur, 2010, 51.

⁹² Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli. 2011. Ankara https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf 13/04/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

1.2.2.2 Medeni ve siyasi haklara dair uluslararası sözleşme

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin⁹³(MSHS) 17. maddesinde özel hayatın gizliliği hakkı düzenlenmiştir.

Bu hükme göre, *“Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine⁹⁴, evine ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlerde bulunulamaz. Herkesin, bu gibi müdahalelere ya da tecavüzlere karşı yasalarca korunma hakkı vardır”*.⁹⁵

MSHS, düzenlenen hakların ihlal edilip edilmediğini kontrol etmek üzere denetim organı olarak 18 kişilik bir komite öngörmektedir.(mad. 28 vd.) “İnsan Hakları Komitesi” adıyla kurulan Komite, devlet başvurularını (mad. 41) ve “ek seçimlik protokol” uyarınca da kişisel başvuruları inceleme yetkisine sahiptir.⁹⁶ İnsan Hakları Komitesi'nin kişiler veya devletler tarafından yapılan başvuruları bir sonuca bağlama yetkisi bulunmadığından, istenilen sonuçlar alınamamaktadır. Sadece yapılan başvurular milletlerarası bir organda tartışılmış olmaktadır.⁹⁷ Türkiye açısından bakıldığında, daha önce başka uluslararası bir organ tarafından incelenmiş veya incelenmekte olan bir şikâyet komitenin görev alanına girmemektedir.⁹⁸

⁹³ Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilerek imzaya, onaya ve katılmaya açılmıştır. Sözleşme 23 Mart 1976'da yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin onaylanması 4 Haziran 2003 tarihinde 4868 sayılı kanunla uygun bulunmuştur. Sözleşmenin orijinal metni ve Türkçe resmi çevirisi, Türkiye'nin onaylama işlemine eklediği beyan ve çekinceler 21 Temmuz 2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Türkiye MSHS ile bağlanma işlemini imzaya açıldığı yıldan 37 onaylandığı tarihten yaklaşık 28 yıl sonra ancak gerçekleştirebilmiştir. Bkz. Gemalmaz, S. (2011) (2) Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri II. Uluslararası Sistemler. (İkinci Baskı). İstanbul: Legal Yayınevi, 95.

⁹⁴ MSHS (mad. 17/1)'de geçen “aile yaşamına müdahaleye” (“interfrence with his privacy, family,”) ibaresi, Türkçe resmi çeviride “ailesine müdahale edilemez” şeklinde ifade edilmiştir. Gemalmaz burada söz konusu ifadenin “aileye müdahale” değil “aile yaşamına müdahale” olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Gemalmaz, 2011 (2), 114.

⁹⁵ Bkz. 21 Temmuz 2003 tarihli Resmi Gazete 2003/5851 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin _Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair Karar.

⁹⁶ Akıllıoğlu, T (2010). İnsan Hakları. Ankara: İmaj Yayınevi, 216.

⁹⁷ Şen, E. (1996). Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 75.

⁹⁸ Akıllıoğlu, 2010, 216.

1.2.2.3 Kuzey hukukçuları kongresi

Uluslararası Adalet Komisyonunun katkılarıyla organize edilen ve 22-23 Mayıs 1967 tarihlerinde Stockholm’de kuzey ülkelerinin hukukçuları başta olmak üzere diğer dünya ülkelerinden de gelen hukukçuların katılımıyla bir kongre gerçekleştirilmiştir. Bu kongre, konuyu esaslı bir şekilde ve ilk defa inceleyen uluslararası bir kongre olması nedeniyle önem arz etmektedir.⁹⁹ Kongre modern toplumun gittikçe gelişen karmaşıklığı nedeniyle özel hayata saygı gösterilmesi hakkının korunmasının geçmişe göre daha ilmi çerçevede gerçekleştirilmesinin uygun olduğu düşünerek hazırlanmıştır. Bu kapsamda İHEB, MSHS ve AİHS’nin ilgili hükümleri de dikkate alınarak hakkın kapsamı aynı zamanda buna ilişkin sorunlar ve koruma amacıyla gerekli olan vasıtalar kongrede incelenmiştir. Üç kısımda gerçekleşen toplantının birinci kısmını özel hayata saygı gösterilmesi hakkının hukuki niteliği oluşturmuş, ikinci kısımda hakka yapılan sınırlamalar ele alınmış, üçüncü ve son kısım ise korumalar başlığıyla sunulmuştur.¹⁰⁰

Birinci kısımda özel hayata saygı gösterilmesi hakkı *“kişi için en ufak bir dış müdahale olmaksızın kendi öz varlığını serbestçe sürdürebilmesi hakkı”* olarak ifade edilmiş, insanın kişiliği için temel hak olarak tanınmasının gerekliliği belirtilmiştir.¹⁰¹

Sınırlamalar başlıklı ikinci kısımda diğer bazı insan hakları gibi özel hayata saygı hakkının da sınırlamalara tabi olacağı belirtilmiş ancak sınırlamaların *“insan kişiliğiyle,*

⁹⁹ Bkz. Donay, S. (1974). Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c.39, sa.1-4. 439-449. Bkz. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005043/1023004583> 30.04.2015 tarihinde ulaşılmıştır. Kongreye Danimarka, Finlandiya, Norveç, İsveç ve İzlanda temsilcilerinin yanı sıra Avusturya, Brezilya, ABD, Fransa, Ekvator, İngiltere, Hindistan, Japonya, Belçika, Hollanda temsilcileri de katılmış, Avrupa Konseyinin ve Birleşmiş Milletler Topluluklarının temsilcileri de hazır bulunmuşlardır.

¹⁰⁰ Donay, 1974, 440.

¹⁰¹ Donay, 1974, 441. Devamında ise “ bu hak ferdin aşağıda belirtilen hususlara karşı korunarak dilediği gibi yaşamasıdır” ifadesine yer verilmiştir.

- a) Özel, ailevi ve ev hayatına karşı bütün müdahaleler;
- b) Fizik veya fikri bütünlüğüne manevi veya entelektüel özgürlüğüne karşı bütün tecavüzler;
- c) Şerefine veya şöhretine karşı bütün tecavüzler;
- d) Söz veya fiillerine zarar verecek bütün müdahaleler
- e) Özel Hayata ilişkin ve ferdi zor duruma sokabilecek fiillerin ifşası
- f) İsmnin, hüviyetinin veya resminin kullanılması
- g) Onu jurnellemek, gizli olarak takip etmek, gözlemek veya taciz etmek;
- h) Muhaberatına el koymak
- i) Sözlü veya yazılı özel muhaberati kötü amaçla kullanmak;
- j) Onun tarafından elde edilmiş veya haber alınmış meslekî sır kavramına giren bilgilerin açıklanması.

fizik, aklî, ve entelektüel durumlarıyla veya moral şerefi ile uyuşmaz bir kapsamda” olmaması gerektiği ifadesine yer verilmiştir.¹⁰² Müdahale yetkisinin tanınmış olduğu hallerde, bunun çok hassas ve kesin bir şekilde icra olunabileceği süre ve yeri de kapsayacak şekilde tanımlanması gerektiği belirtilmiştir.¹⁰³

Korumalar başlıklı son kısımda ise özel hayatın görünümelerini daha etkili bir biçimde korumak amacı ile ülkelerin yasal mevzuatlarını buna göre değiştirmesi veya kuvvetlendirilmesinin gerekli olduğuna yer verilmiştir. Daha sonra kamu otoritelerine, haksız müdahalelerine karşı etkili olabilecek olan “ombudsmanlık” kurumunu kurması tavsiyesinde bulunulmuştur.¹⁰⁴ Kongrede ayrıca, özel hayatın gizliliği ile ilgili yapılması gerekli olan mevzuat değişikliklerinin yanında bunların yeterli olmayacağından bahisle spesifik düzenlemelerinde varlığına işaret edilmektedir.¹⁰⁵ Kongrenin 1967 yılında yapıldığı göz önüne alındığında, özel hayatın gizliliğinin artık başka haklarla bağlantılı olarak korunmasının mümkün olamayacağını ifade etmesi kanaatimizce önemlidir.¹⁰⁶

1.2.2.4 Diğer düzenlemeler

Avrupa Birliği (AB) Temel Haklar şartının 7. maddesinde “Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir” hükmü yer almaktadır. Yine devam eden 8. maddesinde kişisel verilerin korunması hakkında hüküm ihdas edilmiştir.¹⁰⁷

¹⁰² Donay, 1974, 442.

¹⁰³ Donay, 1974, 443. “Özel hayata saygı gösterilme hakkına bir tecavüz vuku bulduğu takdirde, aşağıda belirtilen hususları göz önünde tutmak gerekir:

a) *Ulusal güvenlik, kamu düzeni ve istisnai hal*

b) *Ülkenin ekonomik refah durumu*

c) *Suçla yönelik hareketlerin ve kargaşalığın önlenmesi*

d) *Sağlığın korunması, salgın hastalığın ortaya çıkmasının engellenmesi*

¹⁰⁴ Donay, 1974, 446.

¹⁰⁵ Donay, 1974, 444-449.

¹⁰⁶ “Ancak bu haklara tecavüz teşkil eden bu durumlarda, ilke olarak başka alanlarda ve diğer problemleri çözümlmek için yapılmış olan hukuk kurallarıyla yeterli bir korunmanın sağlanması söz konusu olamaz. Bu şekil müdahaleler özel hayata saygı gösterilmesi konusunda yeni bir mevzuatın getirilmesini gerektirir ve böylece bu hak tecavüzlerden korunabilir.” ifadesine yer verilmiştir.

¹⁰⁷ Avrupa Birliği vatandaşlarının temel haklarını ve Avrupa Birliği’nin vatandaşlarına karşı sorumluluklarını düzenleyen belge 13-14 Ekim 2000’de gerçekleşen AB zirvesinde kabul görmüştür. Bkz. Zafer, 2010, 38.

1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisinde belirtilen “Şeref, bireysel şöhretin ve özel ve aile yaşamının korunması” başlıklı 5. maddesinde belirtilen hükümler¹⁰⁸ ile Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin “Mahremiyete saygı gösterilmesi hakkı” başlıklı 11/2 maddesinde belirtilen hükümler¹⁰⁹ özel hayatın gizliliği hakkıyla ilgili hükümlere yer veren önemli belgeler olarak belirtilmelidir. Aynı şekilde 26 Haziran 1981 tarihli Afrika İnsan Hakları Şartı’nda aile hayatı üzerinden dolaylı olarak özel hayat koruma altına alınmıştır.¹¹⁰

Özel hayatın kapsamı içinde değerlendirilen ancak uluslararası belgelerde ayrı düzenlemelere de konu olabilen kişisel veriler de önem arz etmektedir. “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme” 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹¹¹ Söz konusu sözleşme kendisinden sonra üretilen birçok insan hakları sözleşmesine esas oluşturanın yanı sıra, ülkelerin kişisel verilerle ilgili oluşturdıkları ulusal mevzuatlar açısından esaslı bir kaynak haline gelmiştir.¹¹² Birleşmiş Milletler, 15 Aralık 1989 ve 14 Aralık 1990 tarihlerinde, Genel Kurul, İnsan Hakları Komisyonu ve Ekonomik Sosyal Konsey gibi organlarında, bilgisayar ortamına aktarılmış kişisel verilerin korunmasına dair ilke kararlar almış böylelikle üye devletlerin asgari bir standartta buluşmasını amaçlamıştır.¹¹³ Ayrıca Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü olan OECD aldığı ilke kararlar ile, iş çevrelerinin ve hükümetlerin hem özel hayatın

¹⁰⁸ Gemalmaz, S. (2011) (1) Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri I Bölgesel Sistemler. (İkinci Baskı) İstanbul: Legal Yayınevi, 720. “Her kişinin şerefine, şöhretine, ve özel ve aile yaşamına yönelen hukuka aykırı saldırılara karşı yasa ile korunma hakkı vardır.”

¹⁰⁹ Gemalmaz, 2011 (1), 735. “Hiç kimse, özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ya da haberleşmesine yönelik keyfi ya da erkin kötüye kullanımı mahiyetindeki müdahalelere yahut şerefine ya da şöhretine yönelik hukuka aykırı saldırılara konu olamaz.”

¹¹⁰ Zafer, 2010, 39, Bkz. Gemalmaz, 2011 (1), 973. “Aile, toplumun doğal birimidir ve temelini teşkil eder. Aile onun maddi sağlığını ve ahlakını gözeterek olan Devlet tarafından korunacaktır. Toplum tarafından tanınan ahlaki ve geleneksel değerlerin muhafazası/(gözeticisi) olan aileye yardım etmek devletin ödevidir.

¹¹¹ Sözleşmenin gerekçesinde “Herkesin hakları ve temel özgürlükleri, ve özellikle de özel hayata saygı hakkı bakımından güvencelerin kapsamını genişletmenin arzuya şayan olduğu düşünüldükçe söz konusu hükümlerde anlaşmaya varılmıştır” ifadesine yer verilmiştir. Bkz Gemalmaz, 2011 (1), 582.

¹¹² Türkiye bu sözleşmeyi imzaya açıldığı 1981 tarihinde imzalamış ancak onaylamamış bunun yanı sıra kişisel veriler ile ilgili bir kanun düzenlemesi yapmamıştır. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi, kişisel veriler konusunda verilecektir.

¹¹³ Başalp, N. (2004). Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması. Ankara: Yetkin Basım, 24-25

gizliliği hem de kişisel verilerin korunması konularındaki faaliyetlerinde yol gösterici olmayı amaçlamaktadır.¹¹⁴

1.2.3. Özel hayatın gizliliği hakkının 1982 Anayasası öncesi görünümü

Rönesans ve Reform hareketlerinin etkileriyle birlikte Osmanlı Devletinde yaşanan gelişmelerin, zaman içerisinde hukukun üstünlüğüne dayalı bir devlet düzeni anlayışına yol açtığı ifade edilmektedir.¹¹⁵ Bu sebeple Osmanlı Devletinde hükümdarın mutlak iktidarını sınırlayan ve fertlere insan olarak bazı haklar tanıyan bir hürriyet anlayışının ancak 19. yüzyıl itibariyle gerçekleşmeye başladığı belirtilmektedir.¹¹⁶ Bu durumun doğal sonucu olarak özel hayata ilişkin düzenlemelere de daha önceki dönem belgelerinde rastlamak mümkün gözükmemektedir.

Devlet iktidarının sınırlandırılabilceği düşüncesiyle ortaya çıkan Sened-i İttifak hükümlerinde ise özel hayatın gizliliği ve korunmasına dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır.¹¹⁷

1839 yılında ilan edilen Gülhane Hattı Hümayunu, Tanzimat Döneminde çıkartılan fermanlardan ilkinin oluşturmuş, can güvenliği, mal güvenliği, ırz ve namus, verginin belirlenmesi, askerlik gibi birtakım temel haklara yer verilmiştir.¹¹⁸ Söz konusu ırz ve namus ifadelerinin yabancı dillere yapılmış çevirilerinde kullanılan (ehre, honour, honneur) şeref kelimesinden bahisle kavramın geniş manada şeref ve haysiyetin korunması olarak algılanması gerektiği ifade edilse¹¹⁹ de özel hayatın gizliliğine ilişkin açık bir hükmün olmadığı belirtilmelidir.

¹¹⁴ Er, C. (2007). Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı. Ankara: Yetkin Yayınları, 82.

¹¹⁵ Tunç, H., Bilir, F., Yavuz, B. (2012). Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Berikan Yayınevi, 16.

¹¹⁶ Kapani, 1993, 95.

¹¹⁷ Gözler, K. (2000). Türk Anayasa Hukuku. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 3-12.

¹¹⁸ Gözler, K. (2006). Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku. (Dokuzuncu Baskı). Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 163.

¹¹⁹ Kapani, 1993, 95-96.

Tanzimat Fermanı'na nazaran daha geniş olan Islahat Fermanı'nda da can, mal ve namusun korunması hususundaki temel prensibin yanı sıra birtakım haklar düzenlenmiş ancak özel hayata ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.¹²⁰

1876 tarihli Kanuni Esasi'nin 22. maddesi ise "konut dokunulmazlığını hakkını" düzenleyerek¹²¹ özel hayatın gizliliğine ilişkin kısmi bir koruma öngörmüştür.

1924 tarihli Türk Anayasası 71 ve 76. maddelerinde konut dokunulmazlığı, 81. maddesinde haberleşmenin gizliliği hükümlerine yer vermiş olsa da özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik ayrı bir hükme yer vermemiş¹²² bu ancak 1961 Anayasası ile olabilmıştır.

1961 Anayasasının kişinin hakları ve ödevleri başlıklı ikinci bölümünde özel hayatın korunması altında belirtilen 15, 16 ve 17. maddelerinde sırasıyla özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti koruma altına alınmıştır.¹²³

¹²⁰ Kapani, 1993, 100.

¹²¹ Tebaa-i Devlet-i Osmaniye'nin Hukuk-ı Umumiyesi 22. madde "Memalik-i Osmaniye'de herkesin mesken ve menzili taarruzdan masundur. Kanunun tayin eylediği ahvalden maada bir sebeple Hükümet tarafından cebren hiç kimsenin mesken ve menziline girilemez"

"Osmanlı ülkesinde, herkesin konutu ve yeri saldırılara karşı dokunulmazdır. Yasanın belirlediği durumlar dışında bir nedenle, Hükümet görevlileri tarafından hiç kimsenin konutuna ve yerine zorla girilemez". Sezer, A. (2004). 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Osmanlı Dönemi Anayasal Belgeleri. (Birinci Bası). İstanbul: Beta Basım, 652.

¹²² Araslı, 1979, 77.

1924 Anayasası 71. madde "Can, mal, ırz mesken her türlü taarruzdan masundur." 76.madde "Kanun ile muayyen olan usul ve ahval haricinde kimsenin meskenine girilemez ve üzeri taharri edilemez." Bkz. Sezer, 2004, 758-759.

¹²³ II- Özel hayatın korunması

a) Özel hayatın gizliliği madde 15: Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.

b) Konut Dokunulmazlığı Madde 16: Konuta dokunulamaz. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, konuta girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.

c) Haberleşme Hürriyeti Madde 17: Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Kanunun gösterdiği hallerde, hakim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz. Bkz. Sezer, 2004, 842.

1.3. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkının Hukuki Niteliği ve Koruduğu Hukuki Değer

Özel hayat kavramının sınırlarının ve kapsamının çizilmesinin güç olduğunu, şu ana kadar yapılan açıklamalar ve tartışmalar göstermektedir. Özel hayatın korunmasının niçin gerekli olduğuna dair de pek çok tartışma yapılagelmıştır. Öyle ki özel hayatın gizliliği hakkını; kavramın çeşitliliği, genişliği ve tanımlanamaz olduğundan hareketle insan hakkı olmadığını belirtenler olduğu gibi tüm insan haklarının özel hayatın gizliliği hakkının bir yansıması olduğunu belirtenler de mevcuttur.¹²⁴ Özel hayatın korunmasına ilişkin görüşlerden biri kişilerin aşağıda belirtilen dört farklı haksız fiil türüne karşı korunduğunu ifade eden görüştür. Buna göre özel hayatın korunmasıyla:

“Kişinin sükunetinin, yalnızlığının, gizlerinin ve özel yaşamının ihlali” şeklinde belirtilen haksız fiillere karşı kişinin manevi bütünlüğü,

“Kişinin özel yaşamına ilişkin utanç verici durumların kamuya açıklanması” olarak ifade edilen haksız fiillere karşı kişinin şeref ve haysiyeti,

“Kişinin topluma yanlış tanıtılması” şeklindeki haksız fiillere karşı şöhreti ve adı,

“Kişinin adının veya resminin çıkar sağlamak amacıyla kullanılması” haksız fiillerine karşı da bunlardan doğan maddi çıkarlar korunmaktadır.¹²⁵ Ancak dört farklı grupta toplanılan haksız fiillere karşı korunan tek ortak çıkarın “insan onuru” olduğundan bahisle bu görüş eleştirilmektedir.¹²⁶

Özel hayatın gizliliği hakkının hukuki korumaya değer olduğunu belirten diğer bir düşünce onu ifade özgürlüğüne benzer bir yaklaşımla ifade etmektedir. Buna göre doğru ve gerçeğe ulaşmak için ortak bir uzlaşının olması gerekmektedir. Bu uzlaşının ise özgür ve

¹²⁴ Akyürek, 2014, 39. naklen Claes, E. (2006). Restorative justice and the right to privacy. Oxford,181-196.

¹²⁵ Araslı, 1979, 45-46.

¹²⁶ Araslı, 1979, 46.

eşit tartışma ortamı ile mümkün olabileceği belirtmektedir. Bu ortamın oluşabilmesi için gerekli şartlardan biri de özel hayatın gizliliğidir.¹²⁷

“Neticeci ahlâk teorikleri ise özel hayatı koruma gerekliliğinin temelinde üç felsefi nedenden bahsetmektedir.¹²⁸ Bunlardan birincisi kişisel özerklidir. Özel hayatın gizliliği kişisel özerkliğe yani kendi hayatındaki olay ve olguların veya kendine ait değerlerin geleceğini belirleme hakkına hizmet etmektedir.¹²⁹ Özel hayatın korunmasının temelindeki ikinci neden, kişinin kendisini özel yaşamına devlet müdahale etmediği zaman daha mutlu hissedeceğini belirten faydacı yaklaşımdır. Üçüncüsü ise bireyin zihinsel ve duygusal güvenliği olarak ifade edilen kişinin onurudur.¹³⁰ Yazdıkları makaleyle özel hayata ilişkin ilk değerlendirmelerde bulunan olan Warren-Brandeis ikilisi ise özel hayatın gizliliği hakkını bireyin dokunulmazlığı temeline dayandırmaktadır.¹³¹

Özel hayatın koruduğu hukuki değere ilişkin öğretilerde farklı görüşler olsa da özel hayatın gizliliği, gerek ulusal gerekse de uluslararası belgelerde temel hak ve özgürlüklerden birisi olarak yerini almış bulunmaktadır. Zorunlu, devredilemez, vazgeçilemez ve evrensel nitelikteki haklar olarak nitelendiren “insan haklarından” birisi de özel hayatın gizliliğidir. Her ne kadar “kişi dokunulmazlığı”, “kişisel özerklik” “kişilik” gibi birbirinden farklı birçok temele dayandırılrsa da özel hayatın gizliliği hakkıyla korunan en önemli menfaatin insanın onuru olduğu söylenmektedir.¹³² Hukuki değeri insan onuru olarak nitelendirmenin ise, özel hayatın gizliliği hakkının sürekli gelişen çerçevesini korumak amacına hizmet edeceği belirtilmiştir.¹³³

Özel hayatın gizliliği ve korunmasının uluslararası arenada bu denli ifade edilmesi olumlu bir gelişmeyi beraberinde getirmiş birçok devletin iç hukukunda kişinin özel hayatı

¹²⁷ Üzeltürk, 2004, 9.naklen Ruiz, B.R. (1997). Privacy in Telecommunications, a European and an American Approach, Kluwer Law International, 23.

¹²⁸ Zafer, 2010, 8,

¹²⁹ Zafer, 2010, 8-9.

¹³⁰ Üzeltürk, 2004, 8. naklen Feldman, D. (2002). Civil Liberties and Human Rights in England and Wales, Oxford, 512.

¹³¹ Öncü, 2007, 19-42.

¹³² Araslı, 1979, 48.

¹³³ Üzeltürk, 2004, 10.

koruma altına alınmıştır.¹³⁴ 1982 Anayasasında da “Kişinin Hak ve Ödevleri” başlıklı II. bölümün, IV. başlığında, “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” kavramına yer verilmiştir. Özel hayatın gizliliği ve korunması, insanın kendini gerçekleştirebilmesi adına vazgeçilmez bir hak olarak nitelendirilmektedir.¹³⁵ 1982 Anayasasında belirtilen bölümde yer alan özel hayatın gizliliği ve korunmasına yönelik hakların, kişinin kişiliğine bağlı haklardan olduğu ve bir özel alan çizdiği belirtilmiş, bu alana devlet tarafından dokunulamayacağı ifade edilmiştir.¹³⁶ Özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin güvencelerle, bireylerin kişiliğini tam ve özgürce geliştirmesine imkan tanınacağı belirtilmiştir.¹³⁷

Özel hayatın gizliliğinin temel bir insan hakkı olarak ifade edilmesi ve koruma altına alınması doğal olarak özel hukukta da kendine yer bulmuştur. Temel insan haklarının özel hukukta yansımalarının kişilik-şahsiyet hakları olarak gözüktüğü ifade edilmektedir.¹³⁸ Kişilik hakkının ne olduğuna dair öğretide birçok tanım yapılmış¹³⁹ bu hakların herkese karşı ileri sürülebilen devredilmesi ve vazgeçilmesi mümkün olmayan haklar olduğu ortak bir kanaat olarak ifade edilmiştir.¹⁴⁰ Bu sebeple özel hayatın gizliliği ve korunması da devredilmesi ve vazgeçilmesi mümkün olmayan bir kişilik hakkı olarak nitelendirilmektedir.¹⁴¹

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramının temel hak ve özgürlük olarak ifade edilmesi ve bunun kişilik hakkı olarak özel hukukta yansımalarının görülmesi her iki alanda

¹³⁴ Solove, 2008, 3-4. Brezilya Anayasası “gizlilik, özel hayat, onur ve insanların görüntüsünün ihlal edilemez” olduğunu Güney Afrika Anayasası “herkesin özel hayatın gizliliği hakkına sahip olduğunu” Güney Kore Anayasası “hiçbir vatandaşın özel hayatının gizliliğine dokunulamayacağını” ifade etmektedir. Özel hayatın gizliliğini direkt olarak anayasalarıyla güvence altına almayan Kanada, Fransa, Japonya, Hindistan gibi ülkelerde ise mahkemelerinin kararları ile dolaylı bir anayasal hak olarak özel hayatın gizliliği tanınmıştır.

¹³⁵ Gemalmaz, S. (2007). Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş. İstanbul: Legal Yayıncılık, 996-1000.

¹³⁶ Yüzbaşıoğlu, N. (2003). Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 20.

¹³⁷ Yüzbaşıoğlu, 2003, 25.

¹³⁸ Oğuzman, M.K , Seliçi, Ö, Oktay S. (2005). Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler). (Sekizinci Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 87.

¹³⁹ Tekinay, S.S. (1992). Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 249, “Kişilik hakkı, kişinin -korunmasını isteyebileceği- hukuki, manevi, ahlaki ve bedeni niteliklerine ilişkin menfaatleridir.” Akıntürk, T.(1996).Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Şahsın Hukuku Aile Hukuku Miras Hukuku Eşya Hukuku. Ankara: Savaş Yayınları, 80.“Kişilik hakları, kişilerin maddi, manevi ve iktisadi bütünlüğü ve varlıkları üzerinde sahip bulundukları mutlak haklardır”

¹⁴⁰ Dural,M., Ögüz,T. (2004). Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku. (İkinci Cilt). İstanbul: Filiz Kitabevi, 95, Danışman, 1999, 18, Zevkliler, A., Acabey, M.B., Gökyayla; K.E. (2000). Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku-Medeni Hukuk, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 445-447.

¹⁴¹ Şen, 1996, 9-10.

da korumayı zorunlu kılmaktadır. Bu sebeple kişinin özel hayatının gizliliği, sadece devletin müdahalelerine karşı korunmayı öngörmemekte, kişilerin hukuk dışı müdahalelerine karşı korunmayı da kapsamaktadır. Özbudun da özel hayatın gizliliğinin hem kişilere hem de devlete karşı korunması gerektiğini belirttikten sonra *“devletten gelebilecek tehlikelerin özel kişilerden gelecek tehlikelere nazaran daha tehlikeli olduğunun ve karmaşık sorunlar yarattığının”* şüphesiz olduğunu ifade etmiştir.¹⁴² Son olarak ifade edilmelidir ki özel hayatın gizliliği ve korunmasının anayasal güvencelere bağlanması; bu güvenceler haricinde yapılacak tüm müdahaleleri, kamu hukuku- özel hukuk ayrımı yapmadan hukuka aykırı hale getirecektir.¹⁴³ Çalışma kapsamında AİHM ve AYM kararları ile özel hayatın gizliliğine yönelik yapılan kamu müdahalelerine yer verilmiştir. Ancak AİHM ve AYM’nin sıklıkla dile getirdiği, devletin kişiler tarafından yapılan müdahaleleri önleme konusunda da pozitif yükümlülükleri bulunduğu da unutulmamalıdır.¹⁴⁴ AİHM ve AYM önüne gelen davalarda ilgili kamu ve özel hukukta yer alan güvencelerin tümü değerlendirildiğinden çalışmada mümkün olduğunca kamu ve özel hukuk düzenlemelerine, ilgili konu başlığı altında değinilecektir.

1.4. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunmasının Kapsamı

Şu ana kadar yapılan açıklamalar göstermektedir ki özel hayat, korunan ancak bu koruma kapsamı tanımlanamayan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Kavramı açıklamaya yönelik birçok teorinin (üç alan teorisi, başka hak ve kavramlarla ilişkilendiren teoriler, özel hayat- kamusal hayat ayrımına dayanan teoriler) kullanıldığı görülmektedir. Özel hayatı açıklamaya yönelik teorilerin doğruluğu yanında kuşatıcı olmaması ise dikkat çekmektedir. Hayatın gizli alanı, özel hayat ve kamuya açık hayat olaylarını birbirinden ayırt etmeye yarayacak tek ve genel geçer bir kriter veya tanım koymanın zorluğu da ifade edilmektedir.¹⁴⁵ Özel hayatın kapsamına teknolojik gelişmelere paralel olarak ortaya çıkan hukuki gereksinimlerle birçok konu dahil edilmiş ve edilmesi de muhtemel gözükmemektedir. Bu sebeple özel hayatın gizliliği ve korunmasının kapsamına yönelik açıklamalar AİHM ve AYM kararları ışığında incelenecektir. Öncelikle özel hayatın gizliliği ve korunmasına

¹⁴² Özbudun, 1977, 267.

¹⁴³ Şen, 1996, 1.

¹⁴⁴ Mehmet Arif Kılınc, 2013/1656, 16/07/2014, parag. 27, X ve Y/Hollanda, 8978/80, 26/03/1985, parag. 23.

¹⁴⁵ Zafer, 2010, 21.

yönelik AİHS ve Anayasa hükümleri değerlendirilecektir. AİHM ve AYM'nin özel hayata ilişkin bir şikayete yönelik yaptıkları değerlendirmeler ifade edilecek devamında ise şu ana kadar özel hayat kapsamında değerlendirilen hususlara yer verilecektir.

1.4.1. AİHS ve Anayasada özel hayatın gizliliği ve korunması

AİHS'nin 8. maddesi

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

2-Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”¹⁴⁶ şeklindedir.

AİHS'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında korumaya alınan hak ve özgürlükler belirtilmekte, 2. fıkrada ise söz konusu hakların mutlak olmayıp öngörülen koşullar çerçevesinde sınırlamalara tabi tutulabilecekleri ifade edilmektedir.¹⁴⁷

AİHS 8. madde “özel hayata saygı hakkı”, “aile hayatına saygı hakkı”, “konuta saygı hakkı” ve haberleşmeye saygı hakkı” şeklinde ifade edilen hakları güvence altına almakta, bu haklara ilişkin herhangi bir tanıma ise madde metninde yer vermemektedir.¹⁴⁸ Bu hakların kapsamı içtihatlarla belirlendiğinden, AİHS'nin 8. maddesi sözleşmenin en geniş yorumlanan maddelerinden biri olarak nitelendirilmiştir.¹⁴⁹ Birçok hukuksal menfaat ve kavram AİHM'nin dinamik ve gelişen yorum yöntemiyle AİHS 8. maddenin kapsamına yerleştirilmiştir.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Bkz. AİHS 8. madde http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS_Tr_A6format.pdf 15/04/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

¹⁴⁷ Gözübüyük, Gölcüklü, 2011, 330.

¹⁴⁸ Öncü, 2011, 5.

¹⁴⁹ Öncü, 2013, 301.

¹⁵⁰ Öncü, 2013, 301.

Özel hayatın gizliliği hakkının AİHS’de ifade ediliş tarzı hakkın kapsamı noktasındaki farklı değerlendirmeleri de beraberinde getirmiştir. AİHS’de ifade edilen aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı haklarının, aslında özel hayatın korunması hakkının birer görünümü olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır.¹⁵¹ AİHS’de belirtilen “özel hayata saygı hakkı” alt kategorisinin, aileye, konuta ve haberleşmeye saygı haklarından bağımsız bir alanı olduğu da savunulmaktadır.¹⁵² Özel hayata saygı hakkının adil yargılanma hakkına benzediğinden bahisle kendisini oluşturan unsurlardan bağımsız bir yapısının olması gerektiği şeklinde değerlendirmelerde mevcuttur.¹⁵³ Gözübüyük ve Gölcüklü’ye göre ise AİHS’nin 8. maddesinde belirtilen deyimler özel hayatın farklı unsurlarıdır ancak bir bütün teşkil etmektedirler.¹⁵⁴ Öğretide AİHS’nin 8. maddesinde belirtilen hakları birlikte okumanın gerekli olduğu, hangi hakka yönelik salt bir müdahale olduğunun belirlenmesinin çok da önem arz etmediği de ifade edilmektedir.¹⁵⁵

Kanaatimizce AİHS’nin 8. maddesini sadece “özel hayat” kavramıyla özdeşleştirmeye çalışmak “aile hayatı” “konuta saygı” “haberleşmeye saygı” haklarını açıklamada zorluğa sebep olacaktır. Dolayısıyla AİHS’nin 8. maddesini sadece “özel yaşama saygı hakkı” olarak nitelendirmek yerine alt kategorileriyle beraber daha geniş bir hak olarak görülmesi daha doğru olacaktır.¹⁵⁶

Anayasamızda ise özel hayatın gizliliği ve korunması başlığı altında AİHS ile uyumlu bir şekilde haklar 20-22. maddeler arasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere

¹⁵¹ Gemalmaz, H.B, 2005, 116-119.

¹⁵² Öncü, 2011, 5. naklen Doswald, L. The Meaning of the Right to Respect for Private Life under the European Convention on Human Rights, Human Rights Law Journal, 283.

¹⁵³ Zafer, 2010, 10. “buna göre sözleşmesinin 6/1. Maddesinde belirtilen unsurlar nasıl adil yargılanma hakkının unsurları olarak görülmekle beraber, kendisini oluşturan unsurlardan ayrı ve bağımsız bir yapıya sahip olduğu kabul ediliyorsa özel hayata saygı hakkının da kendisini oluşturan unsurlardan bağımsız bir yapısı olmalıdır”.

¹⁵⁴ Gözübüyük, Gölcüklü, 2011, 331. AİHM’nin 8. maddesine ilişkin bir şikayet geldiğinde alt unsurlara bakmadan “özel hayata müdahale” başlığı altında ele almaları da bu yüzdendir.

¹⁵⁵ Öncü, 2011, 5. naklen Ovey, C., White, R. (2002). European Convention on Human Rights. (Third Edition). Oxford University Press, 218.

¹⁵⁶ AİHS’de ve Anayasa belirtilen hakların keskin sınırlarla ayrılmasının mümkün olmadığına dair Bkz. Sağlam, M., Gülen, S., Kaplan, R. (Editörler). (2014). Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 727.

geçmeden önce temel hak ve özgürlüklere¹⁵⁷ ilişkin 1982 Anayasasının sistematığıne bakılması faydalı olacaktır. Anayasada temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerde AİHS hükümlerinin göz önünde tutulduğu temel hak ve ödevler başlığı altında genel gerekçede ifade edilmiştir.¹⁵⁸ “Temel hak ve hürriyetlerinin niteliği” başlığı taşıyan Anayasanın 12. maddesinde ise herkesin *“kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip”* olduğu belirtilmektedir. Belirtilen bu *“temel hak ve hürriyetlerin bir devlet “lütü” olmadığı; devletin kişiye ayrılmış bu alana ilke olarak, hiçbir müdahalede bulunmamak, bu özel alan sınırları içine girmemekle yükümlü”* olduğu da 12. maddenin gerekçesinde ifade edilmiştir.¹⁵⁹ “Özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında 20-22. maddelerde düzenlenen “Özel hayatın gizliliği” “Konut dokunulmazlığı” “Haberleşme hürriyeti” hakları da bu temel hak ve hürriyetlerdendir.

1982 Anayasası’nın ikinci kısmının kişinin hakları ve ödevleri bölümündeki IV. başlığında ise “özel hayatın gizliliği ve korunması” kavramı kullanılmıştır. Gerekçede ise özel hayatın korunmasının, her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması ve başkalarının gözleri önüne serilmemesi anlamına geldiği belirtilmektedir.¹⁶⁰

Anayasanın “özel hayatın gizliliği” kenar başlıklı 20. maddesinin ilk fıkrası *“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”* şeklinde düzenlenmiş kişinin özel hayatı ve aile hayatı aynı maddede belirtilmiştir. Söz konusu maddenin gerekçesinde ise *“kişinin özel hayatının ferdi manada ayrı bir kavram olsa bile aile hayatıyla bir “bütün” teşkil ettiği için her ikisinin birlikte ifade edildiği”* belirtilmiştir. Bu anlamda özel hayatın korunması *“her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilememesi”* demektir.¹⁶¹ Maddenin ikinci fıkrasında ise AİHS’ye benzer bir şekilde hakka yönelik kısıtlamaların ancak belli durumlarda ve belirli mercilerin izniyle yapılabileceği hüküm altına alınmaktadır. Bu kapsamda hakim kararı ya da kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı

¹⁵⁷ Çalışmada Anayasada ifade edilen temel hak ve hürriyetler ifadesini karşılayan temel hak ve özgürlükler ifadesi de kullanılmıştır.

¹⁵⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli. 2011. Ankara
https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf

¹⁵⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli. 2011, 12. madde gerekçesi.

¹⁶⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli. 2011, 20. madde gerekçesi.

¹⁶¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli. 2011, 20. madde gerekçesi.

emri bulunmadıkça “kimsenin üstünün, özel kâğıtları ve eşyasının aranamayacağı ve bunlara el konulamayacağı” güvence altına alınmıştır.¹⁶² “Mukayeseli hukukta ve tarafı olduğumuz uluslararası belgelerde de kişisel verilerin korunması önemle vurgulandığı” gerekçesiyle kişisel veriler ile ilgili hüküm 20. maddenin üçüncü fıkrasında yer almaktadır.¹⁶³

AİHS’de konuta saygı olarak belirtilen hak, Anayasanın 21. maddesinde konut dokunulmazlığı başlığı altında “Kimsenin konutuna dokunulamaz.” ifadesi ile belirtilmiştir. Devamında ise hakka yönelik kısıtlamaların ancak belli durumlarda ve belirli mercilerin izniyle yapılabileceği belirtilmiştir.¹⁶⁴ “Saygı” terimi ifadesinin devletin pozitif yükümlülüklerine kaynaklık yapması bakımından önemli olduğundan bahisle “dokunulmazlık” kavramı eleştirilse de uygulama farklılığına sebebiyet vermeyeceği de ifade edilmiştir.¹⁶⁵ Söz konusu hakkın gerekçesinde, konut teriminin ne anlama geldiği ya da nelerin konut olarak değerlendirilebileceğine dair herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

Özel hayatın gizliliği ve korunması başlığı altında düzenlenen son madde olan haberleşme hürriyeti de 22. maddede “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.” hükümleriyle koruma altına alınmıştır. Diğer iki maddeye benzer şekilde kısıtlamaların ancak belli durumlarda ve belirli mercilerin izniyle

¹⁶² Madde 20/2: Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

¹⁶³ Madde 20/3: 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 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.

¹⁶⁴ Madde 21: Kimsenin konutuna dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

¹⁶⁵ Öncü, 2013, 320.

yapılabileceği belirtilmiştir.¹⁶⁶ AİHS’de geçen saygı ifadesi yerine kanun koyucu hürriyeti ifadesine yer verilmiştir. Konut dokunulmazlığında olduğu bunun lafzi bir farklılık olduğu ve uygulama farklılığına yol açmayacağı belirtilmelidir.¹⁶⁷

Anayasanın ilgili hükümlerinde ve madde gerekçelerinde bu hakları ifade eden, kapsamını ve sınırlarını belirleyen herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.¹⁶⁸ Ayrıca AİHS’nin 8. maddesindeki koruma alanı sadece Anayasanın 20-22. maddeleriyle sınırlı kalmamaktadır. İlerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak ifade edileceği gibi Anayasanın “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17. maddesi, “ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. maddesi ve “sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56. maddesi AİHS’nin 8. maddesinin sağladığı koruma kapsamında yer almaktadır.¹⁶⁹

Anayasanın temel hak ve hürriyetlerine ilişkin düzenlemelerinde AİHS hükümleri dikkate alınmış, bu husus hem genel gerekçede hem de madde gerekçelerinde özellikle belirtilmiştir. Lafzı birtakım farklılıklar ve düzenleme biçimleri farklılık gösterse bile bu durumun uygulamaya yansımada bundan sonra incelenecek AYM kararlarında görülecektir. Keza hem bireysel başvuru hem de iptal/itiraz başvurularında özel hayata ilişkin davalara bakan AYM, çoklukla AİHM kararlarına atıfta bulunmuş ve yerleşik içtihatlarına uygun kararlar vermiştir. Her bir hak ayrı ayrı incelenecek olsa da şu ana kadar verilen AİHM ve AYM kararlarıyla şekillenen hakkın kapsamı, AİHM ve AYM değerlendirmeleri başlığı altında sunulacaktır.

¹⁶⁶ Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.

¹⁶⁷ Öncü, 2013, 321.

¹⁶⁸ Hafızoğulları, Z., Özen, M. (2009). Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sa.4, 9-10.

¹⁶⁹ Sağlam, Güleener, Kaplan, 2014, 727.

1.4.2. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yönelik AİHM ve AYM değerlendirmeleri

AİHM, AİHS'nin 8. maddesinde belirtilen haklara yönelik resmi makamlarca müdahale edildiğine dair bir şikayet başvurusu geldiği zaman üç aşamalı bir değerlendirme yapmaktadır.¹⁷⁰ Bunlardan ilki şikayete konu olan olay veya işlemin AİHS 8. maddede belirtilen (özel hayat, konut vd.) haklara dahil olup olmadığına bakarak hükmün uygulanabilirliğini saptamaktır. Şayet burada olumlu bir cevap bulunduğu takdirde yapılan işlem ya da eylemin müdahale olup olmadığını araştırılmaktadır. Eğer bir müdahale olduğuna kanaat getirildiği takdirde son olarak yapılan müdahalenin AİHS 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen durumlara göre meşruluk kazanıp kazanmadığına göre sonuca varmaktadır.¹⁷¹ Müdahalenin meşruluğu araştırılırken ise söz konusu müdahalenin kanuni dayanağının bulunması, meşru amaçlara sahip olması ve son olarak demokratik bir toplumda gerekli olup olmaması ölçütleri devreye sokulmaktadır. AİHM, ilk aşamada hükmün uygulanabilirliğini test ederken devletin bireyin haklarına saygı gösterme konusunda pozitif yükümlülüklerinin olup olmadığını ve varsa yerine getirip getirmediğini de incelemektedir. AİHM kararları göstermektedir ki; AİHS'nin hükümleri devletlere sadece müdahale etmeme yükümlülüğü getirmemekte, söz konusu hakların kullanılmasına yönelik imkanları veyahut tedbirleri sağlama yükümlülüğü de getirmektedir.¹⁷²

AYM'nin sonuçlandırdığı bireysel başvuru kararlarında da benzer değerlendirmeleri görmek mümkündür. AYM'nin Anayasanın 20. maddesine yönelik bir ihlal iddiasıyla yapılan başvuruda üç aşamalı bir değerlendirme yaptığını söylemek mümkündür. Buna göre öncelikli olarak AYM, korunan menfaatin hakkın kapsamına girip girmediğini belirlemektedir. Eğer menfaatin hakkın kapsamı içinde olduğu tespit edilirse ikinci olarak menfaate yönelik bir müdahale olup olmadığı tespit edilmektedir. Şayet müdahalede varsa son olarak bu müdahalenin Anayasada belirtilen şartlara uygun olup olmadığı tespit

¹⁷⁰ Gözübüyük, Gölcüklü, 2011, 331. Roagna ise AİHM tarafından yapılan değerlendirmeyi hükmün uygulanabilirliği ve müdahalenin varlığı şeklinde iki aşamalı olarak nitelemiş ikinci aşamanın ise iki kısımlı olduğu belirtmiştir. Sonuç olarak yapılan değerlendirmeler farklılık arz etmemektedir. Roagna, I. (2013). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması. Ankara: Şen Matbaa, 11-12.

¹⁷¹ Gözübüyük, Gölcüklü, 2011, 331.

¹⁷² Gözübüyük, Gölcüklü, 2011, 332.

edilmektedir. Bu çerçevede müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı, 20. maddede belirtilen sınırlama sebeplerine sahip olup olmadığı, Anayasanın 13. maddesinde yer alan öze dokunmama, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma ve ölçülülük ilkelerine uygunluğu AYM tarafından değerlendirilmektedir.¹⁷³ Burada her somut olayın özelliklerine ve AYM tarafından ilgili görülen maddeye göre değerlendirme yapıldığı belirtilmelidir. Şayet haberleşmenin gizliliğine yönelik bir müdahaleden şikayet ediliyorsa 22. maddede belirtilen sınırlandırma sebepleri AYM tarafından dikkate alınacaktır. AYM bir başka kararında ise pozitif yükümlülüklerle ilgili değerlendirmelerde bulunmuştur. AYM Anayasanın 20. maddesinin bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı koruduğunu, devletin bu alana müdahale etmeme yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir. Ancak bu negatif yükümlülüğün yanı sıra bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler dahi olsa devletin birtakım tedbirlerle özel hayatı koruması gerektiği ifade edilmiştir. AYM bu kapsamda Anayasanın 20. maddesi ile “Devletin temel amaç ve görevleri” kenar başlıklı 5. maddesinin birlikte ele alınması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁷⁴

AİHM ve AYM her somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmakta ve “*özel hayat kavramının, bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu*” her fırsatta ifade etmektedir.¹⁷⁵ Bundan sonraki bölümlerde ayrıntılı ifade etme imkanı bulacağımız özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamına giren hususlar şu ana kadarki AİHM ve AYM kararlarından yola çıkarak aşağıdaki gibi sıralanabilecektir.

- Kişinin kimliği¹⁷⁶:

Kişinin adı soyadı (bu kapsamda çocuğa ebeveynlerinin koymak istediği ön ad¹⁷⁷ cinsiyet değiştirenlerin isim hakkı¹⁷⁸ kadının soyadı¹⁷⁹), kişinin etnik kimliği,¹⁸⁰

¹⁷³ Ercan Kanar, 2013/533, 09/01/2014, parag. 53.

¹⁷⁴ Mehmet Arif Kılınç, 2013/1656, 16/07/2014, parag. 27.

¹⁷⁵ Niemietz/Almanya, 13710/88, 16/12/1992, parag. 29-33, Koch/Almanya, 497/09, 19/07/2012, parag. 51, Şengül Kayan, 2013/1614, 03/04/2014, Ercan Kanar, 2013/533, 09/01/2014, parag. 52.

¹⁷⁶ Salonen/Finlandiya, 27868/95, 02/06/1997.

¹⁷⁷ Guillot/Fransa, 22500/93, 24/01/1996, Salonen/Finlandiya, 27868/95, 02/07/1997, Johansson/Finlandiya, 10163/02, 06/09/2007.

¹⁷⁸ Hämäläinen/Finlandiya, 37359/09, 16/07/2014, B/Fransa, 13343/87, 25/03/1992.

¹⁷⁹ Ünal Tekeli/Türkiye, 29865/96, 16/11/2004, Sevim Akat Ekşi, 2013/2187, 19/12/2013.

¹⁸⁰ Ciubotaru/Moldovya, 27138/04, 27/04/2010.

- Kişisel verileri¹⁸¹:

Birçok kişisel bilginin toplandığı nüfus sayımları,¹⁸² gizlilikle saklansa dahi parmak izleri, hücre örnekleri, DNA profilleri¹⁸³ ve diğer kişisel veya kamusal bilginin polis tarafından kaydedilmesi,¹⁸⁴ kişinin kendisi hakkında tutulan kişisel bilgilerine ulaşmak istemesi,¹⁸⁵ tıbbî verilerin toplanması ve tıbbî kayıtların tutulması,¹⁸⁶ bu verilerin üçüncü kişilerle paylaşılması,¹⁸⁷ kişinin görüntüsü ve servis edilmesi,¹⁸⁸

- Kişinin cinsel hayatı:

Bu kapsamda kişinin cinsel kimliğini belirleme ve benimseme tercihi,¹⁸⁹ cinsel ilişkileri-faaliyetleri,¹⁹⁰

- Kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğü:

Kişinin nam şöhreti ve itibarı,¹⁹¹ kişinin iradesine aykırı olarak yapılan her türlü (bedeni, psikolojik ve psikiyatrik) müdahaleler ve deneyimler alkol, kan ve DNA testleri gibi,¹⁹²

- Kişinin aile hayatı:

Bu kapsamda çocuk ebeveyn ilişkileri,¹⁹³ velayet davaları,¹⁹⁴ babalık davaları,¹⁹⁵ çocuğun bakım kurumlarına verilmesi,¹⁹⁶ evlatlık edinme-verilme,¹⁹⁷ ailelerin yakınlarının cenazelerine ulaşamaması,¹⁹⁸ tutuklu ve hükümlülerin aile ilişkileri,¹⁹⁹

¹⁸¹ Gözübüyük, Gölcüklü, 2011, 335.

¹⁸² X/Birleşik Krallık, 9702/82, 06/10/1982.

¹⁸³ E.2014/180, K.2015/30, 19/03/2015.

¹⁸⁴ Murray/Birleşik Krallık, 14310/88 Ayrıntılı bilgi için Bkz. Kil Kelly, U.(2001).Özel Hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı. AİHS'nin 8. maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz. İnsan Hakları El Kitapları, No.1.Almanya: Avrupa Konseyi, 21.

¹⁸⁵ Roche/Birleşik Krallık, 32555/96, 19/10/2005.

¹⁸⁶ M.S/İsveç, 20837/92, 27/08/1997.

¹⁸⁷ Peck/Birleşik Krallık, 44647/98, 28/01/2003.

¹⁸⁸ Reklos And Davourlis/Yunanistan, 1234/05, 15/01/2009, Khmel/Rusya, 20383/04, 03/10/2013.

¹⁸⁹ Dudgeon/Birleşik Krallık, 7525/76, 12/10/1981.

¹⁹⁰ Laskey ve diğerleri/Birleşik Krallık, 21627/93, 19/02/1997, Şengül Kayan, 2013/1614, 03/04/2014, Serap Tortuk, 2013/9660, 21/01/2015.

¹⁹¹ Pfeifer/Avusturya, 12556/03, 15/02/2008.

¹⁹² Gözübüyük, Gölcüklü, 2011, 335.

¹⁹³ Elsholz/Almanya, 25375/94, 13/07/2000, Marsalek/Çek Cumhuriyeti, 8153/04, 04/04/2006.

¹⁹⁴ Mustafa ve Armağan Akın/Türkiye, 4694/03, 06/04/2010.

¹⁹⁵ Ebru ve Tayfun Engin Çolak/Türkiye, 60176/00, 30/05/2006.

¹⁹⁶ K.A/Finlandiya, 27751/95, 14/04/2003, T.P ve K.M/Birleşik Krallık, 28945/95, 10/05/2001.

¹⁹⁷ Keegan/İrlanda, 16969/90, 26/05/1994, Frette/Fransa, 46515/97, 26/02/2002.

¹⁹⁸ Sabanchiyeva ve diğerleri/Rusya, 38450/05, 06/09/2013.

¹⁹⁹ Gülmez/Türkiye, 16330/02, 20/05/2008, Öcalan/Türkiye(no.2), 24069/03, 197/04, 6101/06 et 10464/07, 18/03/2014.

aile ilişkileri değerlendirilmeden kişinin sınır dışı edilmesi, göçe zorlanması, evlerinden edilmesi, tayin edilmesi faaliyetleri,²⁰⁰

- Kişinin konut dokunulmazlığı:

Bu kapsamda kişinin evinde ve işyerinde arama yapılması, buradaki eşyalarına el konulması,²⁰¹ kişinin konutunda sağlıklı, temiz gürültüsüz bir hayat sürmesi,²⁰² kişinin konutunu kullanamaması,²⁰³

- Kişinin haberleşmesi:

Bu kapsamda iş ya da özel olsun yapılan telefon konuşmalarının gizli teknolojik aletlerin kullanılmasıyla dinlenmesi,²⁰⁴ tutuklu ve hükümlülerin dış dünya ile iletişimlerinin kesintiye uğraması veya ortadan kaldırılması²⁰⁵ şu ana kadar açıklanan kararlarla özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında değerlendirilen hususlar olarak belirtilmiştir.

AIHM ve AYM kararlarının ayrıntıları, ilgili konu başlığı altında ifade edilecektir.

²⁰⁰ Boulitif/İsviçre, 54273/00, 02/08/2001, Beldjoudi/Fransa, 12083/86, 26/03/1992, Salih Karakoç, 2013/2954, 19/12/2013, Demir Dinipak, 2013/7983, 26/06/2014.

²⁰¹ Funke/Fransa, 10828/84, 25/02/1993, Cremieux/Fransa, 11471/85, 25/02/1993, Mialhe/Fransa, 12661/87, 29/11/1993.

²⁰² Guerra ve diğerleri/İtalya, 14967/89, 19/02/1998, Lopez Ostra/İspanya, 16798/90, 09/12/1994.

²⁰³ Selçuk ve Asker/Türkiye, 12/1997/796/998-999, 24/04/1998, Menteş ve diğerleri/Türkiye, 58/1996/677/867, 28/11/1997.

²⁰⁴ Klass ve diğerleri/Almanya, 5029/71, 06/09/1978, Malone/Birleşik Krallık, 8691/79, 02/08/1984.

²⁰⁵ Ali Güzel/Türkiye, 43955/02, 21/10/2008, Mehmet Nuri Özen ve diğerleri/Türkiye, 15672/08, 11/01/2011, Fethullah Akpulat, 22077/03, 15/02/2011, Tan/Türkiye, 9460/03, 03/07/2007, Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16/04/2015, Akif İpek, 2013/9456, 24/06/2015, Musa Kaya, 2013/2351, 16/09/2015, Abdulvahap Kavak, 2013/7477, 06/10/2015.

2. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI KAPSAMINDA KİŞİNİN ÖZEL HAYATI

AİHM, her fırsatta özel hayatın tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu belirtmiş, AİHS 8. maddenin koruma alanı ise geçen yıllarla beraber sürekli genişlemiştir. AİHM'nin AİHS 8. maddesinde belirtilen kişinin özel hayatının korunmasına yönelik verdiği kararlara bakıldığında; kişinin kimliğine, kişisel verilerine, fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne, cinsel hayatına yönelik müdahalelerin koruma kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Her bir başlık altında kişinin özel hayatı kapsamına giren çeşitli durumlar ele alınacak, konuyla ilgili ulusal mevzuatlara ve varsa AYM kararlarına değinilecektir.

2.1. Kişinin Kimliği

AİHM geniş olan özel hayat kavramının özellikle “bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi” hakkını kapsadığını belirtmektedir.²⁰⁶ Bireyin kendini belirleyebilmesi adına sahip olduğu en önemli haklardan birisi ise kimliği hakkında karar verebilmesidir. Kişinin kimliği ise sadece nüfus bilgileri olarak değerlendirilmemiş, etnik ve cinsel kimliğinde koruma kapsamında olduğu ifade edilmiştir.²⁰⁷ AYM de Anayasanın 17. maddesinde belirtilen maddi ve manevi varlığın korunması hakkının, “*bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkını*” da içerdiğini belirtmiştir.²⁰⁸ Bu kapsamda kişinin kimlik bilgilerinde değişiklik ve düzeltme yapması, kişinin isim isteme hakkı Anayasanın 17. maddesinin koruması altındadır.²⁰⁹ Kişinin kimliğine ilişkin AYM'nin vermiş olduğu bireysel başvuru kararları ile iptal/itiraz davalarına, ilgili konu başlığı altında değinilecek, ulusal mevzuatta yer alan düzenlemeler ele alınacaktır.

2.1.1. Kişinin adı, soyadı

Bireyin dış dünyayla olan iletişimde önemli bir rol üstlenen kişinin adı ve soyadı kişinin kimliğinin en önemli parçasıdır. AİHM, AİHS'nin 8. maddesinde ad ve soyadı hakkında açıkça bir hüküm olmadığını belirtmesine rağmen, kişisel kimlik ve bir aileye

²⁰⁶ Pretty/Birleşik Krallık, 2346/02, 29/04/2002, parag. 61.

²⁰⁷ Salihpaşaoğlu, 2013, 237.

²⁰⁸ Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19/12/2013, parag. 30.

²⁰⁹ E.2011/34, K.2012/48, 30/03/2012, E.2009/85, K.2011/49, 10/03/2011.

bağlılık ögesi olarak ad ve soyadının özel hayatın ve aile hayatının içinde olduğunu kabul etmektedir.²¹⁰ Ailenin soyadı, çocuğun soyadı, kadının soyadı, anne ve babanın çocuklarına koyacakları isimler ve isim değişiklik talepleri AİHM tarafından özel hayat kapsamında değerlendirilmektedir.²¹¹

Ebeveynlerin çocuklarına koymak istedikleri isimlerin idare tarafından reddedilmesine ilişkin AİHM, *“bir çocuğun adının ebeveyni tarafından belirlenmesi kişisel ve duygusal bir meseledir ve bu yüzden özel alanın içine girer.”* değerlendirmesinde bulunmuştur.²¹² AİHM, ulusal makamlar tarafından isimlerin reddedilmesinin makul, açıklanabilir sebepleri olması gerekliliğini özellikle ifade etmektedir.²¹³ AİHM, çocuğu ilerleyen zamanlarda zorlayacak, gülünç durumlara düşürecek isimlerin konulmamasında genel fayda bulunduğunu ifade etmiştir.²¹⁴ Guillot/Fransa davasında “Fleur de Marie, Armine, Angèle” olarak kaydedilmesi istenen ismin, Fransız makamları tarafından “Armine, Angèle” olarak nüfusa kaydedilmesini AİHM ihlal olarak nitelendirmemiştir.²¹⁵ AİHM, gerekçe olarak çocuğun söz konusu ismi günlük hayatında herhangi bir engel olmadan kullanabiliyor olmasını göstermiştir.²¹⁶

Kişilerin adlarının veyahut soyadların değişik kaydedilmesi meselesi de AİHM önüne gelmiş hususlardan bir diğeridir. Mentzen alias Mencena/Letonya²¹⁷ davasında başvurucunun Mentzen olan soyadı, Letonya’nın dil ve yazım kurallarını öngören yönetmelik hükümlerince Mencena olarak kaydedilmiştir. Kuharec alias Kuhareca/Letonya²¹⁸ davasında da başvurucunun Kuharec olan ismi Leton gramer kurallarına göre pasaporta Kuhareca olarak yazılmıştır. Bu iki benzer davada da yetkililer bireylerin mağduriyet yaşamamaları için esas soyadlarını da belgelerin son kısmına ayrıca

²¹⁰ Burghartz/İsviçre, 16213/90, 22/02/1994, parag. 29, Stjerna/Finlandiya, 18131/91, 25/11/1994, parag. 37.

²¹¹ Burghartz/İsviçre, 16213/90, 22/02/1994, parag. 29, Stjerna/Finlandiya, 18131/91, 25/11/1994, parag. 37, Bulgakov/Ukrayna, 59894/00, 11/09/2007, Cusan ve Fazzo/İtalya 77/07, 7/1/2014.

²¹² Guillot/Fransa, 22500/93, 24/10/1996, parag. 21-22.

²¹³ Guillot/Fransa, parag. 21-22.

²¹⁴ Kılınç, Ü. (2010). İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (89), 253.

²¹⁵ Kılınç, 2010, 253.

²¹⁶ Dutertre, G. (2003). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler. Almanya: Avrupa Konseyi Yayınları, 206.

²¹⁷ Mentzen also known as Mencena/Letonya, 71074/01, 07/12/2004.

²¹⁸ Kuharec also known as Kuhareca/Letonya, 71557/01, 07/12/2004.

not düşmüşlerdir.²¹⁹ AİHM, isim konusunda devletlerin geniş takdir yetkilerinin olduğunun altını çizmektedir.²²⁰ Bu takdir yetkisinin gerekçesini de “...isim meselesinin dil, tarih, kültür gibi birçok konuyu içinde barındırdığını ve bu noktada ulusal makamların AİHM’ye göre daha iyi değerlendirme yapabileceklerine...” dayandırmaktadır.²²¹ Her iki davada da AİHM, yeni ve eski versiyonu arasındaki değişikliğin gramer farklılığından kaynaklandığını göz önüne almıştır. Ayrıca olası sıkıntıların önüne geçmek için pasaportun belirli bir yerine kendi soyadının not edilmesini de olumlu karşılayan AİHM, söz konusu durumları ihlal olarak nitelendirmemiştir.²²²

AİHM, devletlerin takdir yetkilerinin kullanırken birtakım şartları yerine getirmesini de beklemektedir. Bu kapsamda kişinin özel hayatına getirdikleri kısıtlamaların gerekliliğini inandırıcı kılacak gerekçelerin sunulması önem arz etmektedir.²²³ Güzel Erdagöz/Türkiye davasında başvuru, Güzel olarak kayıtlı isminin esasında Gözel olduğunu belirtmiş, bu şekilde düzeltilmesi için yaptığı başvuru reddedilmiştir. Ulusal mahkemeler, bu ismin Türkçe sözlükte bulunmaması sebebiyle başvurunun talebini reddetmiştir. Konuyla ilgili olarak AİHM, Türk mevzuatında Türkçe olmayan sözcüklerin kaydedilmemesine ilişkin bir hüküm bulunmadığını ifade etmiştir. AİHM, hükümet tarafından yasal dayanak olarak gösterilen 1587 sayılı Nüfus Kanununun 16. maddesinde²²⁴ “Türkçe sözlükte yer almayan adların kaydedilmemesine ilişkin genel bir yasa” bulunmadığını, söz konusu hükmün böyle yorumlanmasının da çok zor olduğunu belirtmiştir.²²⁵ AİHM söz konusu müdahaleyi “açıkça belirlenmiş bir mevzuata dayanmaması, yeterli ve uygun hiçbir gerekçesi olmaması sebebiyle” ihlal olarak nitelendirmiştir.

²¹⁹ Kılınç, 2010, 268.

²²⁰ Kılınç, 2010, 269.

²²¹ Bulgakov/Ukrayna, parag.43, Bkz. Salihpaşaoğlu, 2013, 239.

²²² Kılınç, 2010, 269-270.

²²³ Kemal Taşkın ve diğerleri/Türkiye, 30206/04, 02/02/2010 kararın özet çevirisi için bkz. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/28697-05.pdf> 10.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

²²⁴ Nüfus Kanunu 16.madde: “Çocuğun adını ana ve babası kor. Ancak ahlak kurallarına uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar konulmaz, doğan çocuk babasının, evlilik dışında doğmuş ise anasının soyadını alır.”

²²⁵ Güzel Erdagöz/Türkiye, 37483/02, 21/10/2008, kararın özet çevirisi için bkz.

<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/37483-02.pdf> 10.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Çocukların soyadına ilişkin konular da AİHM önüne gelebilmektedir. Cusan ve Fazzo /İtalya²²⁶ davasında başvuru baba, çocuğunun soyadının annesinin soyadı olan Cusan olarak kaydedilmesini talep etmiş, idare ise çocuğun soyadını babanın soyadı olan Fazzo olarak kaydetmiştir. AİHM, İtalyan mevzuatlarında evlilik içinde doğan çocuklara babanın soyadının verilmesini öngören yasa hükümlerinin hiçbir istisna tanımadığını, soyadının belirlenmesinde yalnızca ebeveynlerin cinsiyetlerine göre değerlendirme yapıldığını belirtmiş ve ihlal kararı vermiştir.²²⁷

AYM de 2011 yılında Soyadı Kanununun “*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.*” şeklindeki 4. maddesinin iptal istemini değerlendirmiştir.²²⁸ AYM eşitlik ilkesinin, “*aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını*” gerektirdiğini ifade etmiştir. AYM “*eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar.*” gerekçesiyle söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir.²²⁹ Söz konusu düzenlemenin iptalinden sonra yapılan bireysel başvuruda ise başvuru, velayet hakkının kendisine verildiği çocuğunun soyadını değiştirmek için açtığı davanın iptal kararına rağmen reddedilmesinden şikayet etmektedir.²³⁰ AYM, söz konusu düzenlemenin iptal edilmesinden sonra boşanma sonrasında çocuğun soyadının ne olacağı konusunda açık bir düzenlemenin bulunmadığından farklı kararların verildiği tespitinde bulunmuştur.²³¹ AYM, ilk derece mahkemesi tarafından yapılan bir değerlendirmeyi ise dikkate değer bulmuştur. İlk derece mahkemesi verdiği kararda Soyadı Kanununun 4. maddesinin iptali sebebiyle 4721 sayılı TMK’nın “*adın değiştirilmesi*” başlıklı 27. maddesinde belirtilen haklı sebeplerin olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur.²³² Ancak AYM başvuruda; bu değerlendirmenin doğruluğu veya yanlışlığı ile ilgili bir değerlendirmede bulunmamış, müdahalenin kanunilik şartını taşımadığını, bu sebeple ihlale sebebiyet verdiğini belirtmek ile yetinmiştir. Ayrıca

²²⁶ Cusan ve Fazzo/İtalya 77/07, 07/01/2014.

²²⁷ Cusan ve Fazzo/İtalya 77/07, 07/01/2014.kararın özet çevirisi için bkz.<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150855> 20.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

²²⁸ E.2010/119, K.2011/165, 08/12/2011.

²²⁹ E.2010/119, K.2011/165, 08/12/2011.

²³⁰ Hayriye Özdemir, 2013/3434, 25/06/2015, parag. 1.

²³¹ Hayriye Özdemir, parag. 65.

²³² Hayriye Özdemir, parag. 66.

ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir.²³³

Evli çiftlerin soyadı AİHM tarafından ele alınan bir diğer konudur. Burghartz/İsviçre²³⁴ davasında başvuru bay İsviçre vatandaşı, bayan ise hem İsviçre hem de Alman vatandaşıdır. Almanya’da evlenen çift Alman Medeni Kanununa uygun olarak aile soyadı olarak bayanın soyadı olan Burghartz soyadını seçmiş, bay başvuru ise soyadının Schnyder-Burghartz olarak İsviçre makamlarınca kaydedilmesini istemiştir. İlk talep reddedilmiş daha sonra İsviçre yasalarında aile soyadı ile ilgili hüküm tesis edildikten sonra başvuru tekrar talepte bulunmuşlardır. İkinci talep ise söz konusu hükmün sadece bayanların aile soyadı önünde kendi soyadlarını kullanabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir. AİHM önüne gelen bu başvuruda aile soyadının seçiminde kadın-erkek ayrımı yapmanın objektif ve makul hiçbir sebebi bulunmadığından bahisle AİHS mad. 14 temelinden (ayrımcılık yasağı) hareketle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.²³⁵

AİHM kocanın soyadına dayalı “...geleneksel aile ismi sistemi yerine evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilmelerine imkan veren ya da özgürce ortak bir aile ismi seçmelerine izin veren sistemlerin olması gerektiğini...” belirtmiştir.²³⁶ AİHM aile birliğinin kadının soyadının ya da çift tarafından seçilen ortak bir soyadın kabul edilmesiyle de yansıtılabileceğini ifade etmiştir.²³⁷ Taraf devletlerin mevzuatında bunların öngörülmeyp, bu hakkın sadece erkeklere tanınması AİHS’nin ayrımcılık yasağı başlıklı 14. maddesiyle birlikte özel hayata yönelik bir ihlal oluşturacaktır.

Ulusal mevzuatımıza bakıldığında kadının soyadı ile ilgili hükümler AİHM nezdindeki davalara,²³⁸ Anayasaya aykırılığı iddiasıyla hem iptal/itiraz başvurularına²³⁹ hem de

²³³ Hayriye Özdemir, parag. 67-70.

²³⁴ Burghartz/İsviçre, 16213/90, 22/02/1994.

²³⁵ Burghartz/İsviçre, 16213/90, 22/02/1994, kararın özet çevirisi için bkz.

<http://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=450> 19.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

²³⁶ Christine Goodwin/İngiltere, 28957/95, 11/07/2002, parag. 91, Ayşe Ünal Tekeli, 29865/96, 16/11/2004, parag. 67.

²³⁷ Burghartz/İsviçre, 16213/90, 22/02/1994, parag. 28.

²³⁸ Ayşe Ünal Tekeli, 29865/96, 16/11/2004.

²³⁹ E.1997/61, K.1998/59, 29/9/1998. Söz konusu karar o an yürürlükte olan 743 sayılı Türk Medeni Kanununun kadının soyadına ilişkin 153.maddesinin Anayasaya aykırılık iddiasına ilişkindir. Anayasaya aykırı

bireysel başvuruya²⁴⁰ konu olmuştur. Kadının soyadı Türk Medeni Kanununun (TMK) 187. maddesinde “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Mevcut düzenleme bir önceki Medeni Kanun ile aynı hükümler içermektedir.²⁴¹ 743 sayılı Medeni Kanunun 153.maddesinin (kadının soyadı) Anayasanın 12. ve 17. maddelerine aykırılık iddiasıyla başvurulmuş davada, AYM Anayasanın 10. maddesini ilgili görerek davaya bakmış ve Anayasaya aykırı olmadığını karara bağlamıştır.²⁴² AYM, “*bir aileyi tanıtan, onun bireylerini başka bireylerinden ayırt eden, aile bireylerinin kimliğinin ortak unsurunu*” aile adı olarak tanımlamaktadır.²⁴³ “Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” hükmünü bir kural olarak niteleyen AYM, bunun sosyal bir zorunluluk ve kökleşmiş bir gelenek olduğundan dolayı yasa koyucu tarafından kurumsallaştırılmış olduğunu ifade etmiştir.²⁴⁴ Soyadı veya aile isminin aile birliği ve bütünlüğünü devam ettirdiğini ifade eden AYM, bu birliğin sağlanması adına eşlerden birine öncelik tanındığını, bunda kamu düzeni kamu yararı ve kimi zorunluluklardan dolayı kocaya geçmesinin tercih nedeni olduğunu belirtmektedir.²⁴⁵ Bu değerlendirmelere ek olarak AYM kadının kocanın soyadını almasının cinsiyet ayrımına dayanan bir farklılaşma savını yerinde bulmamıştır. AYM kişilerin, haklı nedenlerin varlığı halinde değişik kurallara tabi olabileceğini ve bunun Anayasanın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmeyeceğini ifade etmiştir. AYM’ye göre yasa koyucu haklı nedenlerle aile soyadı olarak kocanın soyadını belirlediğinden bir aykırılık bulunmamaktadır. Ortak karşı oy gerekçelerinde ifade edilen hususlar ise dikkat

olmadığını ve itirazın reddine 3’e karşı 11 oyçokluğuyla karar verilmiştir. E.2009/85, K. 2011/49, 10/03/2011 Söz konusu karar ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun kadının soyadına ilişkin 187.maddesinin Anayasaya aykırılık iddiasına ilişkindir. Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın reddine 8’e karşı 9 oyçokluğuyla karar verilmiştir.

²⁴⁰ Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19/12/2013.

²⁴¹ 743 sayılı mülga Türk Medeni Kanununun 2001 değişikliğinden sonraki kadının soyadına ilişkin hükümleri mevcut TMK’nın 187. maddesiyle aynıdır.

²⁴² E.1997/61, K.1998/59, 29/09/1998. Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın reddine 3’e karşı 11 oyçokluğuyla karar verilmiştir.

²⁴³ E.1997/61, K.1998/59, 29/09/1998.

²⁴⁴ E.1997/61, K.1998/59, 29/09/1998.

²⁴⁵ E.1997/61, K.1998/59, 29/09/1998.

çekicidir.²⁴⁶ Kadın erkek arasındaki eşitsizliğin kamu yararı-kamu düzeni gibi soyut kavramlarla hukuka uygun hale getirilemeyeceğinden bahseden mahkeme üyeleri, kadının soyadı hakkı üzerindeki müdahalelerin onun maddî manevî varlığına da müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir.²⁴⁷

AYM'nin aykırılık iddialarını reddettiği davadan yaklaşık 6 yıl sonra AİHM tarafından Tekeli kararı açıklanmıştır. AİHM nezdindeki Ayşe Ünal Tekeli²⁴⁸ kararı yargılama sırasında yapılan tespitler açısından ayrı bir önem arz etmektedir. Başvurucu Türk yasalarında kızlık soyadının kullanılmasına izin verilmemesini cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğunu belirtmiş, AİHS'nin 14. maddesiyle birlikte 8. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Hükümet söz konusu iddialara farklı gerekçelerle karşılık vermiştir. Bunlardan ilkinde hükümet, cinsiyetler arasındaki farklı uygulamaların nesnel ve makul sebepleri olduğunu iddia etmektedir. Hükümet tarafından aile birliğinin kamu düzenine ilişkin olduğu belirtilmiş ve kamu düzeninin bu şekilde sağlandığı ifade edilmiştir. Ayrıca Türkiye'de kadınların büyük bir çoğunluğunun ekonomik özgürlüğe sahip olamadığını bu sebeple ortak soyadının kadının ailedeki yerini güçlendireceği belirtilmiştir. Hükümet kadınların evlendikten sonra kendi soyadlarını kullanabileceğini belirtmiş, ayrıca yapılacak bir sistem değişikliğinin birçok noktada (doğum, ölüm kütükleri, evlilik) zorluklara sebep olacağını ifade etmiştir.²⁴⁹

AİHM, soyadı hakkındaki durumun şüphesiz farklı bir muamele olduğunu belirtmiş, hükümetin ileri sürdüğü kadın ve erkek arasındaki toplumsal farkların haklı bir sonuca götürmediğini ifade etmiştir.²⁵⁰ Taraf devletlerin aile birliğini sağlamaya yönelik takdir haklarına sahip olduğunu kabul eden AİHM, söz konusu davada meşru amaç güden haklı bir neden olduğuna ikna olmamıştır.²⁵¹ AİHM'ye göre aile birliği, erkeğin soyadıyla nasıl sağlanıyorsa kadının soyadıyla veya ortak bir soyadıyla da sağlanabilecektir.²⁵² Kocanın soyadına dayalı aile sisteminden başka bir sisteme geçişin doğum, ölüm, evlilik gibi kayıtların tutulmasında zorluk oluşturacağını kabul eden AİHM, bireylerin saygın

²⁴⁶ E.1997/61, K.1998/59, 29/09/1998, Karşı oy gerekçesi.

²⁴⁷ E.1997/61, K.1998/59, 29/09/1998, Karşı oy gerekçesi.

²⁴⁸ Ayşe Ünal Tekeli/Türkiye, 29865/96, 16/11/2004.

²⁴⁹ Ayşe Ünal Tekeli/Türkiye, 29865/96, 16/11/2004, parag. 43-46.

²⁵⁰ Tekeli, parag. 56.

²⁵¹ Tekeli, parag. 58.

²⁵² Tekeli, parag. 64.

yaşayabilmeleri için bir miktar sıkıntı çekilmesinin de makul olacağını belirtmiştir.²⁵³ Yapılan tespitte ayrıca Türkiye'nin *"Avrupa Konseyi'nin üye ülkeleri arasında -çift başka bir düzenlemeyi tercih etse bile- kocanın soyadının çiftin soyadı olarak kabul edilmesini ve bu nedenle kadının, evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını kaybetmesini yasalarla öngören tek ülke konumunda"* olduğu ifade edilmiştir.²⁵⁴ Sonuç olarak AİHM, AİHS'nin 8. maddesiyle 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM ayrı bir tazminata hükmetmemiş ancak, *"başvuran da dâhil evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilme ya da aile isminin seçiminde eşit derecede söz sahibi olma hakkını sağlamaya yönelik yükümlülükleri yerine getirmek için gerekli önlemleri almayı"* Türk Devleti'ne bırakmıştır.²⁵⁵

Bu önemli karardan sonra Türkiye, söz konusu yasal mevzuatta herhangi bir değişiklik yapmamıştır.²⁵⁶ Anayasanın 152. maddesi gereğince bir kanun hükmünün tekrar Anayasa Mahkemesi'ne götürülebilmesi için 10 yıl geçmesi gereklidir.²⁵⁷ AYM'nin 1998 yılında verdiği karardan 10 yıl sonra TMK'nın 187. maddesinin iptaline ilişkin üç dava²⁵⁸ birleştirilmiş, AYM 2011 yılında esastan bakarak karar vermiştir.²⁵⁹ Söz konusu davalarda kadının kocasının soyadını almaya zorlayan hükmün Anayasanın ilgili maddelerine²⁶⁰ aykırı olduğu ileri sürülmüştür. AYM *"soyadının kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olduğunu bu sebeple vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olduğunu"* ifade etmiştir.²⁶¹ Devamında ise soyadının kişilik hakkı olmasının hiçbir şekilde müdahale edilemeyeceği anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Soyadı kullanımına,

²⁵³ Tekeli, parag. 67.

²⁵⁴ Tekeli, parag. 61.

²⁵⁵ Tekeli, parag. 73.

²⁵⁶ Ancak Ayşe Ünal Tekeli Karşıyaka Nüfus Müdürlüğüne yaptığı başvuruya olumlu cevap verilmesi üzerine Ayşe Ünal yazılı kimliğini çıkartabilmiştir. Bkz *"Kızlık soyadını taşıyan ilk kimlik"* <http://www.hurriyet.com.tr/index/ArsivNews.aspx?id=4123203> 22.03.2006 tarihli haber 16/06/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

²⁵⁷ Anayasa 152.madde *"Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."*

²⁵⁸ Fatih 2. Aile Mahkemesi E.2009/85, Ankara 8. Aile Mahkemesi E.2010/35, Kadıköy 1. Aile Mahkemesi E.2010/94.

²⁵⁹ E.2009/85, K.2011/49, 10/03/2011.

²⁶⁰ Başvurucular mahkeme aracılığıyla TMK'nın 187.maddesinin Anayasanın 2., 10., 17., 41., ve 90. maddelerine aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir.

²⁶¹ E.2009/85, K.2011/49, 10/03/2011.

Anayasaya uygun olmak şartıyla kamu düzeni ve kamu yararı gerekleri uyarınca müdahale edilmesinde AYM'ye göre bir engel bulunmamaktadır. Buna göre söz konusu düzenleme *“nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması gibi sebeplerle”* yasa koyucu tarafından belirlenmiştir. AYM buna dayanak olarak AİHM'nin ulusal yasa koyuculara vermiş olduğu takdir yetkisini göstermektedir. Bu sebeple yasa koyucu, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorluklar nedeniyle aile soyadı konusunda takdir yetkisini kullanmış ve bu hakkı kocaya vermiştir. Söz konusu durumun eşitlik ilkesine aykırı olması iddiası ise *“kimi kişiler ve durumlar değişik kuralları gerekli kılabilir”* gerekçesiyle reddedilmiştir.²⁶²

Söz konusu karar birçok noktadan eleştiriye açıktır. Öncelikle AYM yaptığı *“Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır.”* değerlendirmesiyle soyadını Anayasanın 12. ve 17. maddesi ile ilişkilendirmektedir. Devamında ise kamu düzeni ve yararı gerekçeleriyle soyadı hakkının sınırlandırılabilirliğini ve bunun Anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceğini ifade etmektedir. Anayasanın 13. maddesine göre *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.”* Kişinin soyadı ile ilişkilendirilen Anayasanın 17. maddesinde ise *“kamu düzeni”* ve *“kamu yararı”* özel bir sınırlama olarak belirtilmemiştir.²⁶³ Anayasal dayanaktan yoksun diyebileceğimiz bu değerlendirmenin uygun olduğunu AYM, Anayasanın 12. ve 41. maddelerini birlikte değerlendirmek suretiyle açıklamaya çalışmaktadır. Anayasanın 12. maddesinde *“Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder”* hükmü mevcuttur. Anayasanın 41. maddesinde ise *“Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar”* hükümlerine yer verilmiştir. AYM bu iki hükmü bir nevi kıyaslamış, *“soyadı kullanmak bir kişilik hakkı olmasının ötesinde öncelikle*

²⁶² E.2009/85, K.2011/49, 10/03/2011. TMK'nın 187.maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına 8'e karşı 9 oyçokluğuyla karar verilmiştir.

²⁶³ Öden, M., Esen, S. (2013). Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı. Prof.Dr.Erdal ONAR'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, c.2, 817-837.

kişinin ailesine karşı bir sorumluluğudur.” değerlendirmesinde bulunmuştur.²⁶⁴ Böylelikle AYM, kişinin “ailesinin ve soyunun” korunması maksadıyla, kişilik hakkı olduğunu kabul ettiği soyadına yapılan müdahalenin bir aykırılık oluşturmadığını düşünmektedir.²⁶⁵

Bir diğer eleştiri söz konusu değerlendirmelerde Ayşe Ünal Tekeli kararına hiçbir şekilde değinilmemiş olmasına getirilebilecektir. AİHM’nin özellikle sonuç kısmında Türkiye Devleti’ni gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlü kıldığı karara, yaklaşık 7 yıl sonra AYM önündeki davada hiçbir şekilde değinilmemiştir.²⁶⁶ Halbuki AYM’nin yaptığı değerlendirmelere benzer değerlendirmeler ve itirazlar Tekeli davasında hükümet tarafından dile getirilmiştir.²⁶⁷ AİHM ise “*evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının -önüne kendi kızlık soyadlarını ekleyebilseler deneysel ve makul bir nedeni olmadığı kanısındadır*”.²⁶⁸ Diğer bir eleştiri AYM’nin eşitlik ilkesini yorumlamasına getirilebilecektir. AYM hem 1998 hem de 2011 yıllarında verdiği kararlarda “*kişilerin haklı nedenlerin varlığı halinde değişik kurallara tabi olabileceklerini ve bunun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağını*” ifade etmiştir.²⁶⁹ AYM 2011 yılında ise Soyadı Kanununun “*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.*” şeklindeki 4. maddesinin iptali davasında farklı ve kanaatimizce doğru bir değerlendirmede bulunmuştur.²⁷⁰ AYM, bu davada eşitlik ilkesinin, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirdiğini ifade etmiştir. AYM “*eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar.*” gerekçeleriyle söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir.²⁷¹ Eşitlik ilkesine ilişkin iki kararda AYM’nin değerlendirmeleri görüldüğü üzere çok farklıdır.

²⁶⁴ Öden, Esen, 2013, 820.

²⁶⁵ Öden, Esen, 2013, 820.

²⁶⁶ Üçpınar, H. (2013). Ünal Tekeli Türkiye Kararının Uygulanması-İzleme Raporu, Ankara: İnsan Hakları Ortak Platformu, 10. bkz. http://www.aihmiz.org.tr/files/02_Unal_Tekeli_Rapor_TR.pdf 25.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

²⁶⁷ Tekeli, parag. 44-46.

²⁶⁸ Tekeli, parag. 66.

²⁶⁹ E.1997/61, K.1998/59, 29/09/1998, E.2009/85, K.2011/49, 10/03/2011.

²⁷⁰ E.2010/119, K.2011/165, 08/12/2011.

²⁷¹ E.2010/119 K.2011/165, 08/12/2011.

Yakın zamanda ise kadının soyadı bireysel başvuru yoluyla da AYM'nin önüne gelmiştir. Başvurucu Sevim Akat Eşki aynı zamanda AYM'nin 10/03/2011 tarihli iptal/itiraz davasında iddiaları reddedilen başvuruculardan birisidir. Başvurucu evlilik öncesi soyadının kullanılmasına izin verilmesi için açtığı davaların reddedildiğini belirtmiştir. Soyadını kullanamaması sebebiyle cinsel ayrımcılığa tabi tutulduğunu, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmediğini belirtmiştir.²⁷²

AYM öncelikle isim hakkının AİHS'nin 8. maddesi kapsamında ele alındığını bu hakkın Anayasanın 17. maddesine tekabül ettiğini belirtmiş ve ihlal iddiasını 17. madde kapsamında değerlendirmiştir.²⁷³ AYM'ye göre kimliğin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, Anayasanın 17. maddesinde belirtilen kişinin manevi varlığı kapsamındadır.²⁷⁴ Bu tespitlerden sonra AYM değerlendirmelerini Anayasanın 17. maddesi ile Anayasanın 90. maddesi kapsamında ele almıştır. İlk olarak kişinin manevi varlığı içinde değerlendirilmesi açısından soyadının, Anayasanın 17. maddesinin koruması altında olduğu ifade edilmiştir.²⁷⁵ Ancak 17. maddede, belirtilen haklara herhangi bir sınırlama, ya da bir müdahalenin olabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. AYM hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmese de Anayasanın 13. maddesinde bulunan hükümlerce sınırlandırma yapılabileceğini ifade etmiştir.²⁷⁶ Anayasanın 13. maddesine göre; *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* Bu açıdan bakıldığında Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağlaması için, müdahalenin bir dayanağının bulunması gerekmektedir.²⁷⁷ AYM, *“evli kadının kocasının soyadı olmaksızın yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanabileceğine”* dair bir hükmün bulunmadığı ifade etmekle yetinmiştir.²⁷⁸ Bu

²⁷² Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19/12/2013, parag. 1.

²⁷³ Sevim Akat Eşki, parag. 23-31.

²⁷⁴ Sevim Akat Eşki, parag. 30.

²⁷⁵ Sevim Akat Eşki, parag. 30.

²⁷⁶ Sevim Akat Eşki, parag.33.

²⁷⁷ Sevim Akat Eşki, parag. 38.

²⁷⁸ Sevim Akat Eşki, parag. 39.

tespitinden sonra AYM, Anayasanın 90. maddesi kapsamında değerlendirmelere devam etmiştir. Türkiye'nin onayladığı birçok uluslararası belgede cinsiyetler arası eşitliğin uygulanması, cinsiyetler arası ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin her türlü tedbirin alınacağı hüküm altına alınmıştır.²⁷⁹ AYM Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrasını²⁸⁰ bir zimni ilga kuralı olarak nitelendirmiştir. AYM'ye göre *"temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme, kendi hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır"*.²⁸¹ Buna göre uluslararası sözleşmelerde kadın ve erkeğin evlilik sonrasındaki soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümler ile evli kadının kocasının soyadını kullanmasını zorunlu kılan iç hukuk düzenlemesi çatışmaktadır.²⁸² Dolayısıyla uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanmaması, isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını taşımasından dolayı ihlal niteliği taşımaktadır.²⁸³ AYM başvurucuya herhangi bir tazminat verilmesini uygun görmemiş, yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir.²⁸⁴ AYM'nin bu kararı daha önce ele aldığı 1998 ve 2011 tarihli kararlar göz önüne alındığında çok büyük farklılıkları içerisinde barındırmaktadır. Önceki başvurularda Anayasanın 90. maddesini, iptali istenen TMK'nın 187. maddesiyle ilişkilendiremeyen AYM, bireysel başvuru kararının temeline Anayasanın 90. maddesini koymuştur.²⁸⁵ Söz konusu kararda AYM'nin ilk defa AİHS hükümlerinin iç hukukta doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz olduğunu belirtmesi de ayrıca önem arz etmektedir.²⁸⁶ Ancak söz konusu bireysel başvurunun AYM tarafından, ihlal sebeplerini ortadan kaldırmak için ilk derece

²⁷⁹ Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinin 4. Fıkrası, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendi.

²⁸⁰ Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004—5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

²⁸¹ Sevim Akat Eşki, parag. 43-44.

²⁸² Sevim Akat Eşki, parag. 47.

²⁸³ Sevim Akat Eşki, parag. 47.

²⁸⁴ Sevim Akat Eşki, parag. 53,54.

²⁸⁵ Çalı, B. (2014). Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.2013 Tarihli Kadınların Soyadı Seçimi Hakkına Dair Kararının AİHM'nin Soyadı Seçimi İhlal Kararlarının Genel Ve Bireysel Tedbirler Alınarak Uygulanması Yükümlülüğü Açısından Değerlendirmesi.bkz.

<http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1404026007.pdf>, 20.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

²⁸⁶ Çalı, 2014, 1.

mahkemesine geri göndermesi bir takım haklı endişeyi de beraberinde getirmektedir. Buna göre ilk derece mahkemesinin var olan hakkı tanımaması ve hukuki durumda değişiklik yapmaması söz konusu olabilecektir.²⁸⁷ Ayrıca bu karardan sonra ilk derece mahkemelerine yapılacak olan başvurular, AYM'ye yapılan bireysel başvuruların bireysel etki doğurduğu gerekçesiyle reddedilebilecektir.²⁸⁸

Kadının soyadını kullanmasına ilişkin TMK'nın 187. maddesinin ihlal oluşturduğu Türkiye aleyhine açılan birçok davada belirtilmiştir.²⁸⁹ AİHM'nin ayrıca yargılama sırasında Türkiye'nin *"kocanın soyadının çiftin soyadı olarak kabul edilmesini ve bu nedenle kadının, evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını kaybetmesini yasalarla öngören tek ülke konumunda"* olduğunu belirtmesi de bir başka önemli tespittir. Bu noktada söz konusu hükmün iptali veya AİHS hükümlerine uygun hale getirilmesi önem arz etmektedir. Bu görevleri yapabilecek olan makamlar ise AYM ile TBMM'dir. Ancak Anayasanın 152. maddesi gereğince AYM'nin söz konusu TMK 187. maddeyi iptal edebilmesi 10 yıl yasağından dolayı yakın bir zamanda mümkün gözükmemektedir. Bu noktada iş yasama organına düşmektedir. 2011 ve 2012 yılında Sezgin Tanrıkulu ile Altan Tan evli kadınların soyadları ve aile soyadının eşler tarafından belirlenmesine yönelik ayrı kanun teklifinde bulunmuştur. Geçen süre zarfında TMK'nın 187. maddesine herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu durum AİHM tarafından Tanbay Tüten/Türkiye²⁹⁰ davasında dile getirilmiştir. Başvurucu, önceki davalardaki gibi kendi soyadını kullanma talebinin reddedilmesini AİHM'ye taşımıştır. AİHM değerlendirmesinde, somut olayın benzeri olan Tekeli davasında soyadı hakkında yapılan farklı muameleyi ihlal olarak nitelendirdiğini tekrardan hatırlatmıştır. AİHM, Tanbay Tüten davasında Tekeli davasından farklı bir sonuca ulaşmayı sağlayacak hiçbir belge, delil, iddia veyahut değişikliğin hükümet tarafından ileri süremediğini belirtmiştir.²⁹¹ Bu ise mevzuat değişikliğinin gerekli olduğunu ve benzer davalarda aynı sonuçların çıkacağını bir kez daha göstermektedir.

²⁸⁷ Çalı, 2014, 2.

²⁸⁸ Çalı, 2014, 2.

²⁸⁹ Ünal Tekeli/Türkiye, 29865/96, 16/11/2004, Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, 7971/07, 28/5/2013, Tuncer Güneş/Türkiye, 26268/08, 3/10/2013, Tanbay Tüten/Türkiye, 38249/09, 10/12/2013.

²⁹⁰ Tanbay Tüten/Türkiye, 38249/09, 10/12/2013, parag. 27.

²⁹¹ Tanbay Tüten/Türkiye, parag. 27.

2.1.2. Kişinin cinsel kimliği

Kimlik konusunda üzerinde durulması gereken diğer bir hususu, kişinin cinsel kimliği oluşturmaktadır. Genellikle transseksüellerin (cinsiyet değiştirenlerin) davalarında kişinin cinsel kimliği tartışma konusu yapılmaktadır. Bu konuda büyük önem arz eden Van Kück/Almanya²⁹² davasında AİHM, kişinin “*kendini kadın ya da erkek olarak tarif etme özgürlüğünü*” de özel hayat kapsamında değerlendirerek bu durumun dikkate alınmamasının aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir.²⁹³ AYM de bireylerin cinsiyet ile ilgili bilgilerin kaydedilmesini isteyebileceğini, değişiklik ve düzeltme talebinde bulunabileceğini ifade etmiştir.²⁹⁴

Rees/Birleşik Krallık davasında AİHM, erkek olarak doğan ve operasyon sonucu kadın olduğunu ileri süren başvurunun kimlik değişiklik taleplerinin reddedilmesinin ihlal niteliği taşımadığını ifade etmiştir.²⁹⁵ Söz konusu davada AİHM, hangi dereceye kadar transseksüellerin arta kalan taleplerini karşılayabileceğine karar vermeyi davalı devlete bırakmak gerektiği şeklinde görüş belirtmiştir.²⁹⁶ AİHM 1986 yılında verdiği bu kararda devletlere tanıdığı takdir yetkisinin sınırlarını zamanla daraltmış, bu durum kararlara da yansımıştır.²⁹⁷ B/Fransa davasında AİHM, başarılı bir operasyonla kadın olan ve yaşamını sürdüren kişinin kimlik değiştirme talebinin ulusal makamlarca reddedilmesini ele almıştır. Söz konusu davada AİHM önceki cinsiyetin sürdürülmesine bağlı olarak başvurunun, ekonomik, toplumsal ve mesleki yaşama uyum açısından güçlüklerle karşılaşacağını ifade ederek, orantılılık ilkesinin aşıldığına hükmetmiş ve ihlal kararı vermiştir.²⁹⁸ AİHM söz konusu değerlendirmesinde Rees davasından sonraki süreçte bilimsel ve sosyal gelişmelerin yaşandığını belirtmiş, bireysel yarar ile kamu yararı arasındaki dengenin gözetilmesi gerektiğini ifade etmiştir.²⁹⁹ AİHM I/Birleşik³⁰⁰ Krallık davasında ise bilimsel bilgi ve becerilerin artmasıyla bu tür uygulamaların yaygınlaşmasını, ülke hukuk sistemleri

²⁹² Van Kück/Almanya, 35968/97, 12/06/2003.

²⁹³ Salihpaşaoğlu, 2013, 240.

²⁹⁴ Sevim Akat Eşki, 2013/2187, parag. 31.

²⁹⁵ Rees/Birleşik Krallık, 9532/81, 17/10/1986.

²⁹⁶ Roagna, 2013, 62.

²⁹⁷ “Rees kararı AİHM önüne gelen cinsiyet değiştirenlerin durumuyla ilgili ilk karardı.” Roagna, 2013, 63.

²⁹⁸ Dinç, G. (2006). Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 392.

²⁹⁹ B/Fransa, 13343/87, 25/03/1992. bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=347> 25.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

³⁰⁰ I/Birleşik Krallık, 25680/94, 11/07/2002.

arasında uyumun sağlanmasını ve cinsiyet değiştirenlerin durumunun kanunen tanınmamasının bireyleri güç duruma düşürdüğünü gerekçe göstererek, artık devletlerin transseksüellerin statülerinin tanınmasıyla ilgili olarak takdir haklarının olmadığı sonucuna varmıştır.³⁰¹

AIHM transseksüellerle ilgili yasal boşlukların bulunması durumunu da ele almıştır. L/Litvanya³⁰² davasında bayan başvuru, 2000 yılında cinsiyet değiştirme ameliyatına izin veren hükümlerin yürürlüğe girmesiyle kısmi cinsiyet değiştirme ameliyatı olmuştur. Ancak gerekli diğer ameliyatlar, uygulama kanunun (cinsiyet değiştirme şart ve usullerini belirten) çıkacağı tarihe kadar başvuru ve doktorunun ortak kararıyla ertelenmiştir. Bu süreçte başvuru birçok belgede hala kadın olarak gözükmektedir. AIHM yaptığı değerlendirmede özel hayatının büyük bir bölümünde (iş hayatında, yurt içi/dışı seyahatlerde) başvurunun dışı olarak görülmesinin özel hayatında belirsizliklere yol açacağı değerlendirmesinde bulunmuştur. Her ne kadar yasal boşlukta bazı gecikmeler olabilse de Litvanya makamlarının 4 yıl gibi bir süreyle mevzuat hükümleri öngörmemesi ihlal niteliği taşımaktadır. Devlet genel menfaat ile birey menfaati arasındaki dengeyi gözetememiştir.³⁰³

Konuyla ilgili olarak ulusal mevzuat ayrıntılı bir hüküm tesis etmiştir. TMK'nın 40. maddesine göre *"Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır."* Bu şartları taşıyan kişiler eğer, verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğini resmî sağlık kurulu raporuyla doğrularsa, mahkeme nüfus sicilinde

³⁰¹ Roagna, 2013, 63.

³⁰² L./Litvanya, 27527/03, 11/09/2007.

³⁰³ L./Litvanya, 27527/03, 11/09/2007. kararın özet çevirisi için bkz.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"l litvanya\"\],\"itemid\":\[\"001-119496\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) 25.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

gerekli düzeltmenin yapılmasına karar vermektedir. Yakın bir zamanda Türkiye aleyhine verilen AİHM kararında söz konusu hükümler değerlendirilmiştir.

Başvurucu Y.Y nüfus kaydında cinsiyeti kadın olarak tanımlanan, on sekiz yaşını doldurmuş evli olmayan bir kişidir.³⁰⁴ Başvurucu Medeni Kanunun 40. maddesine dayanarak Mersin Asliye Hukuk Mahkemesi'ne (AHM) cinsiyet değiştirme ameliyatına izin verilmesi istemiyle başvurmuştur. AHM tarafından dinlenen başvuru yakınlarının ifadelerinde de; başvurucunun ergenlik yıllarından itibaren kendisini bir erkek olarak hissettiği, bunu sürekli olarak ifade ettiği hatta bu süreçte kız sevgilileri olduğu belirtilmiştir.³⁰⁵ AHM, başvuru hakkında hastaneden bilgi talep etmiştir. Raporda Y.Y'nin geri kalan hayatını erkek olarak devam ettirmesinin ruh sağlığı açısından iyi olacağı ancak başvuranın fenotipinin kadın olduğu (kadın cinsine ait iç ve dış organlara sahip) ve üreme yetisinden de yoksun olmadığı belirtilmiştir.³⁰⁶ AHM söz konusu rapora istinaden Medeni Kanunun 40. maddesinde belirtilen üreme yeteneğinden yoksun olma şartını taşımadığından başvuranın talebini reddetmiştir. Yargıtay'a giden davada, onama kararı çıkmış karar düzeltme talebi de reddedilmiştir. AİHM önüne gelen dava görülmekte iken 2013 yılında yeniden AHM'ye başvuru yapılmıştır. Bu süreçte kişi hakkında yine ameliyatın akıl sağlığı açısından gerekli olduğu ancak üreme yeteneğinden yoksun olmadığına dair rapor düzenlenmiştir. Ancak bu sefer başvuru kabul edilmiştir. AİHM önündeki dava ise devam etmiş, başvuru kabul edildiği için diğer transseksüellerin davasından farklı bir nitelik kazanmıştır. Çünkü AİHM bu davada transseksüellere cinsiyet değişiklik ameliyatına izin için dayatılabilecek ön koşulları ve bunların AİHS 8. maddeye uygunluğunu incelemiştir.³⁰⁷ AİHM yaptığı değerlendirmelerde cinsiyet değişikliği ameliyatına izin veren Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin kanun ve uygulamalarını karşılaştırmış ve özellikle üç kurumun yaptığı değerlendirmelere fazlasıyla yer vermiştir. Bunlardan birincisi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin CM/Rec (2010) sayılı tavsiye kararıdır. Söz konusu tavsiye kararı *"cinsiyet değiştirmeye ilişkin ön şartların düzenli olarak gözden geçirilmesi ve özellikle resmi evraklarda cinsiyet değişikliklerinin hızlı, şeffaf ve kolay erişebilir olması için*

³⁰⁴ Y.Y/Türkiye, 14793/08, 10/03/2015, parag. 5.

³⁰⁵ Y.Y/Türkiye, parag. 9.

³⁰⁶ Y.Y/Türkiye, parag. 10-14.

³⁰⁷ Y.Y/Türkiye, parag. 62.

uygun önlemlerin alınmasına” ilişkindir.³⁰⁸ İkincisi Avrupa Parlamenter Meclisi’nin 1728 (2010) sayılı tavsiye kararıdır. Parlamenter Meclisi cinsiyet değişikliğini zora sokan uygulamaların yüksek oranda intihara sebep olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple kişinin tercih ettiği cinsiyet kimliğini yansıtan resmi evrakların, birtakım prosedürlerin beklemeden hızlı bir biçimde verilmesi ve bu kişilerin de diğer kişilerle eşit muamele görerek sağlık hizmetlerinden faydalanması gerektiğinin altını çizmiştir.³⁰⁹ Üçüncüsü ise Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği’nin 17 Kasım 2011 tarihli “Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcı Yasalar, Uygulamalar ve Şiddet Eylemleri” isimli raporudur. Söz konusu raporda birçok ülkede cinsiyet değişikliği için kısırlaştırmanın şart koşulduğu, evlenmeme şartı getirildiği veyahut evli olanların boşanmasının şart koşulduğu belirtilmektedir.³¹⁰ Yüksek Komiserlik üye devletlere “*trans kişilerin tercih ettikleri cinsiyetin hukuki olarak tanınmasının kolaylaştırılmasını öngören yasaların kabul edilmesinden memnuniyet duyacağını*” ifade etmiştir.³¹¹ Görülen davada hükümet ise, cinsiyet değişikliği ameliyatlarının suiistimal edilmesi riskinden ve buna bağlı olarak tehlikelerin (örneğin fuhuş gibi) bulunduğundan yakınmaktadır. Cinsiyet değiştirme ameliyatının, ciddi ve geri dönüşü olmayan bir ameliyat olmasının göz önüne alınması gerektiğini ifade etmiştir.³¹² Bu sebeplerle hükümete göre cinsiyet değişikliği konusunun düzenlenmesi ve ameliyat için gerekli şartların belirlenmesi konusunda devlete geniş bir takdir yetkisinin tanınması gerekmektedir. Başvuran ise söz konusu 40. madde ile öngörülen düzenlemenin bilimsel, biyolojik ve sosyal gerçekler göz önüne alınarak değerlendirilmediğini dile getirmiştir. Başvuran söz konusu maddenin “deneme süreci” “hormon tedavisi” gibi tedavi yöntemleri içermeden sadece cinsiyet değiştirme ameliyatına atıfta bulunduğunu ve bunun hukuki bir eksiklik olduğunu dile getirmiştir.³¹³

AİHM tüm bu unsurları dikkate alarak verdiği değerlendirmesinde ilk olarak, Türk mevzuatının kendine özgü niteliğinin incelenmesinin önemli olduğunu dile getirmiştir. Yeni cinsiyetin yasal olarak tanınması için, ameliyat değişikliğini ön koşul olarak öngören

³⁰⁸ Y.Y/Türkiye, parag. 29.

³⁰⁹ Y.Y/Türkiye, parag. 30.

³¹⁰ Y.Y/Türkiye, parag. 31.

³¹¹ Y.Y/Türkiye, parag. 31.

³¹² Y.Y/Türkiye, parag. 93.

³¹³ Y.Y/Türkiye, parag. 81-88.

birçok devlet bulunmaktadır. Bunların büyük bir kısmında kısırlık, tıbbi süreç esnasında veya sonrasında şart koşulmasına rağmen Türkiye'nin bunu ilk şart olarak belirlediğinin altı çizilmiştir.³¹⁴ Hükümet tarafından ifade edilen cinsiyet değişikliği taleplerinin düşünülmeden verilmesini savını ise inandırıcı bulmamıştır.³¹⁵ AİHM, cinsiyet değiştirme fiziki sürecine tabi tutulmadan, üreme yoksunluğundan yoksun olma şartının neden arandığını anlamakta güçlük çektiğini de ifade etmektedir.³¹⁶ AİHM, cinsiyet değişikliğine izin için istenen ilk talebin “üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olmamasından” kaynaklı olarak reddedilmesinin yerinde bir gerekçe olsa bile yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.³¹⁷ AİHM, başvuru Y.Y'nin uzun yıllar boyunca cinsiyet değiştirme ameliyatı olmasının devlet tarafından engellendiği gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

2.1.3. Kişinin etnik kimliği

AİHM, bireyin etnik kimliğinin AİHS 8. maddesi gereğince kişinin özel hayatına ilişkin fiziksel ve sosyal kimliğinin görünümünü teşkil ettiğini kabul etmektedir.³¹⁸ Etnik kimlik bireye kendi kimliğini oluşturma hakkı vermektedir. Ciubotaru/Moldovya³¹⁹ davasında başvuru; anne ve babasının Romanyalı olduğunu ve kendisinin de öyle hissettiğini, annesi ve babasının zorla Moldovalı olarak kaydedildiğini belirterek kimlik değiştirme talebinde bulunmuş, talebi ulusal makamlarca reddedilmiştir. Bunun üzerine AİHM yaptığı değerlendirmede, kişisel özerklik ilkesine değinmiş *“bu ilkenin bireye kendi kimliğini gerçekleştirme için bir alan oluşturduğunu, etnik kimliğin de bu alan içerisinde yer aldığını”* ifade ederek 8. maddenin ihlaline karar vermiştir.³²⁰

Aksu/Türkiye davası da etnik kimliğe müdahale olduğu iddiasını taşımaktadır. Roman kökenli başvuru, devlet tarafından finanse edilen “Türkiye'nin Çingeneleri” adlı kitapta yer alan ifadelerin kendisinin de mensubu bulunduğu grubun kimliğine ve özel

³¹⁴ Y.Y/Türkiye, parag. 112.

³¹⁵ Y.Y/Türkiye, parag. 115.

³¹⁶ Y.Y/Türkiye, parag. 116.

³¹⁷ Y.Y/Türkiye, parag. 121. AİHM bu tespitini güçlendiren bir argüman olarak aynı başvurunun 2013 yılında kabul edilmesini göstermektedir.

³¹⁸ Aksu/Türkiye, 4149/04, 41029/04, 15/03/2012.

³¹⁹ Ciubotaru/Moldovya, 27138/04, 27/04/2010.

³²⁰ Salihpaşaoğlu, 2013, 237.

hayatına zarar verdiğini iddia etmektedir. Başvurana göre yazar çingeneleri “hırsız, yankesici ve uyuşturucu kaçakçısı” olarak nitelendirmiştir. AİHM yaptığı değerlendirmede yazarın söz konusu topluluktaki bazı kesimlerin kanuna aykırı faaliyet yaptığını ifade ettiğini belirtmiş ancak kesinlikle tüm toplumu ele alan olumsuz bir görüş veya ifadeye yer vermediği tespitinde bulunmuştur. AİHM “yapılan akademik çalışmanın etnik kimliğe karşı bir saldırı veya hakaret oluşturmadığını” ifade etmiştir.³²¹ Türkiye’nin başvuranın 8. madde kapsamında haklarını korumaya yönelik yapmak zorunda olduğu pozitif yükümlülükleri yerine getirdiğini ifade eden AİHM, Türkiye aleyhine herhangi bir ihlal bulunmadığına karar vermiştir.

Kemal Taşkın ve diğerleri/Türkiye davasında ise başvuruçular Kürtçe isimler kullanmayı talep etmektedir.³²² Başvuruçuların bu talepleri, istedikleri isimlerde “q” “w” ve “x” harfleri olması sebebiyle ulusal makamlar tarafından reddedilmiştir. Başvuruçuların iddialarından birisi, etnik bir azınlığa mensup olduklarından dolayı ayrımcılığa maruz kaldıkları, Kürtçe ad ve soyadı taşıyamadıklarından dolayı etnik kimliklerinin zarar gördüğüdür. AİHM, kişilerin Kürtçe ad ya da soyadı kullanmalarında yasal bir engel olup olmadığını incelemiştir. Buna göre kişiler ulusal alfabede olan harfleri kullanmak suretiyle Kürtçe isim kullanabilmektedir. Kişilerin Kürtçe ad ya da soyadı kullanmalarını yasaklayan bir hüküm bulunmadığı AİHM tarafından özellikle belirtilmiştir. Söz konusu olayda da olduğu gibi yasaklanan şey, kişilerin ulusal alfabede bulunmayan harfleri içeren isimler kullanma talebidir. Bu uygulama ise, tüm resmi kurumlarda kullanılacak belgelerde ulusal alfabenin kullanılmasını zorunlu kılan yasaya dayanılarak yapılmaktadır.³²³ AİHM bu tespitine dayanarak yetkililerin, kendilerine verilen takdir yetkisini aşmadığını ifade etmiştir.³²⁴ Ayrıca, başvuruçuların kullanmak istedikleri isimlerin Türk alfabesindeki harflerle yazılması halinde kişilerin sosyal yaşantılarında rahatsızlık duymayacağı, kaba

³²¹ Aksu/Türkiye, kararın özet çevirisi için bkz.

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-124354#{"itemid":\["001-124354"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-124354#{) 21/06/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

³²² Kemal Taşkın ve diğerleri, 30206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 02/02/2010.

³²³ 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul Ve Tatbiki Hakkında Kanun.

³²⁴ Kemal Taşkın ve diğerleri, 30206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 02/02/2010, kararın özet çevirisi için bkz. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/28697-05.pdf> 21.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

veyahut gülünç bir duruma düşmeyeceği kanaatine varan AİHM, ihlal olmadığına karar vermiştir.

2.2. Kişisel Veriler

Kişinin özel hayatını koruma altına alan AİHS'nin 8. maddesinde kişisel veriler ile ilgili özel hüküm bulunmasa da AİHM tarafından verilen birçok kararda kişisel verilerin özel hayat kapsamında olduğu ifade edilmektedir.³²⁵ Anayasanın özel hayatın gizliliği başlığı taşıyan 20. maddesinin 3. fıkrasında ise kişisel veriler *"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."* şeklinde belirtilen hükümle düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere maddeyle herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, anayasal bir hak olarak belirtilmiş ve koruma altına alınmıştır. Bu bağlamda, bireylerin kendilerini ilgilendiren kişisel veriler üzerinde hangi hak ve yetkilere sahip olduğu ve kişisel verilerin hangi hallerde işlenebileceği hükme bağlanmış, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.³²⁶ Kişisel verilerin açıkça anayasal koruma altına alınması olumlu bir gelişme olsa da, Anayasada da belirtilen kanuni düzenlemenin hala gerçekleşmemiş olması, birçok sıkıntıyı beraberinde getirmektedir.³²⁷ Öyle ki Avrupa Birliği (AB) nezdinde kişisel veriler hakkında yeterli düzeyde koruma öngörmeyen ülkeler güvensiz olarak nitelendirilmekte ve bu ülkelere veri aktarımı yasaklanmaktadır. Ülkemiz bu açıdan güvensiz ülke statüsünde yer almakta, siyasi ekonomik veya sosyal alanda gerekli uluslararası veri paylaşımlarında sıkıntılar yaşanmaktadır.³²⁸ Ayrıca AİHM kararlarında da sıklıkla atıf yapılan, kişisel verilerle ilgili en önemli düzenlemelerden biri olan "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına

³²⁵ Rotaru/Romanya, 28341/95, 04/05/2015, Mitkus/Litvanya, 7259/03, 02/10/2012, Sciacca/İtalya, 50774/99, 11/01/2005.

³²⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekeçeli. 2011, 20. madde gerekçesi

³²⁷ Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı son olarak Başbakan Ahmet Davutoğlu imzalı 26/12/2014 tarihli son şekliyle Meclis Başkanlığına sunulmuştur.

³²⁸ Sağlam, Güleler, Kaplan, 2014, 732.

Dair Sözleşme”³²⁹ de ülkemiz tarafından imzalanmış ancak hala onaylanmamıştır. Bu sözleşmenin onaylanmamasının gerekçesi ise Adalet Bakanlığınca, öncelikle kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir ulusal mevzuata ihtiyaç olduğunu şeklinde ifade edilmiştir.³³⁰

Kişisel verilerin korunması kadar içeriğinin belirlenmesi de önem arz etmektedir. Yukarıda da ifade edildiği gibi AİHS’de kişisel veriler ile ilgili hüküm bulunmamakta, ancak AİHM’nin kararları ile koruma altına alınmaktadır. AİHM’nin verdiği kararlarda sıklıkla atıf yaptığı 108 sayılı Sözleşme’de kişisel veriler, *“kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi hakkındaki tüm bilgiler”* şeklinde ifade edilmiştir.³³¹ Kimliği belirlenebilir ifadesi karmaşık gözükmemektedir. Öğretide, bundan anlaşılması gerekenin, (kişinin ismi belirtilmemiş olsa bile) toplanan bilgilerden yola çıkarak kişinin kim olduğunun saptanabilmesi olduğu ifade edilmiştir.³³² 108 sayılı Sözleşme’nin 6. maddesi veriler arasında bir nevi önem sıralaması yapmaktadır. Buna göre kişinin ırksal kökeni, siyasi düşünceleri, dini veya diğer inançlarını ile sağlığı, cinsel hayatı ve ceza mahkumetiyle ilgili kişisel verilerinin otomatik işleme tabi tutulması yasaklanmıştır. Bunun dışındaki otomatik işleme tabi tutulan kişisel veriler ise *“adil ve yasal yoldan elde edilmeli, belli ve meşru amaçlar için kaydedilmeli ve bu amaçlar dışında kullanılmamalı, doğru ve güncel bilgileri yansıtmalı, gerekli olan süreyi aşmayacak”* şekilde saklanmalıdır.³³³ Yine aynı sözleşmenin 9. maddesinde ise kişisel verilere ilişkin korumalara ancak devletin ve kamunun güvenliği, suçların önlenmesi, devletin mali menfaatleri ile ilgili kişinin veya başkasının haklarını korumak maksadıyla istisna getirilebileceği hüküm altına alınmıştır.

³²⁹ Bundan sonraki bölümlerde 108 sayılı Sözleşme olarak ifade edilecektir.

³³⁰ Kamu Denetçiliği Kurumu Tavsiye Kararı Şikayet No: 03. 2014/2832 bkz.

<http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/pdf/2014-2832.pdf> 03/07/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

³³¹ Aynı ifade 26/12/2014 tarihli Meclis Başkanlığına sunulan “Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı”nda da mevcuttur. AYM yakın bir zamanda verdiği kararda “kişisel veri” kavramının teknolojik gelişmelere bağlı olarak çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğini bu yüzden bu kapsama giren tüm verilerin kanun koyucu tarafından önceden öngörülebilmesinin ve tek tek sayılabilmesi mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu sebeple “kişisel veri” kavramının, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade ettiği kabul edilmektedir. Bkz. E.2015/32, K.2015/102, 12/11/2015.

³³² Sağlam, Gülezer, Kaplan, 2014, 730.

³³³ Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme madde 5. bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0966.pdf> 03.07.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

AYM de kişisel verilerin korunması hakkının mutlak ve sınırsız bir hak olmadığını ifade etmektedir. Anayasanın 13. ve 20. maddelerinde belirtilen koşullarda, kişisel verilerin “demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamak şartıyla” kanunla sınırlandırılmalıdır.³³⁴ Bahsedilen bu hükümlerden sonra ele alınması gereken en önemli şey tanımı verilen bu kişisel verilerin nelerden ibaret olduğudur. Konuyla ilgili düzenlemelerin “her türlü bilgi” olarak ifade ettiği kavramın içine nelerin girdiği AİHM ve AYM kararları ile belirlenmiştir.

AİHM, önüne ihlal iddialarıyla gelen somut olaylardan yola çıkarak; kişinin parmak izlerini, hücre örneklerini ve DNA profillerini, görüntüsünü, diğer tıbbi verilerini, mali harcamalarını, veri tabanlarında bulunan kimlik bilgilerini, ev adresini kişisel veri kapsamında değerlendirmektedir.³³⁵ AİHS’nin 8. maddesinin dinamik yapısı göz önüne alındığında bu kapsama zamanla birçok kavramın girebileceğini ifade etmekte de fayda vardır. AYM de kişisel verilere ilişkin iptal/itiraz başvurularında kişisel verilerinin neler olduğunu ifade etmiştir. Buna göre kişinin “*adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler.*” kişisel veri kapsamındadır.³³⁶ AİHM ve AYM’ye yapılan somut başvurular ve buna ilişkin değerlendirmeler aşağıda belirtilen başlıklar halinde sunulacaktır.

2.2.1. Tıbbi veriler

Kişinin sağlığına ilişkin veriler özel hayatın önemli bir parçasını oluşturmaktadır.³³⁷ AİHM, kişilerin özel hayatına ilişkin bu verilerin kaydedilmesini, özel hayata yönelik bir müdahale olarak nitelendirmektedir.³³⁸ Kişinin sağlığına ilişkin verilerin korunması ile sadece özel hayat koruma altına alınmamakta, aynı zamanda kişilerin sağlık hizmetlerine

³³⁴ E.2014/180, K.2015/30, 19/03/2015.

³³⁵ Ursula, 2001, 21, Roagna, 2013, 19.

³³⁶ E.2014/180, K.2015/30, 19/03/2015.

³³⁷ Z/Finlandiya, 22009/93, 25/02/1997, parag. 71.

³³⁸ Leander/İsviçre, 9248/81, 26/03/1987, parag. 48.

duyduğu güven de koruma altına alınmış olmaktadır.³³⁹ Kişisel ve mahrem bilgilerinin açıklanmasından korkan bireylerin tıbbi yardım almaktan kaçınması kişilerin kendi sağlıklarını tehlikeye atabileceği gibi toplum sağlığını da olumsuz olarak etkileyebilmektedir.³⁴⁰ AİHM, devletler tarafından yapılan bu işlemlerin ihlal oluşturup oluşturmadığının değerlendirmesini yaparken, elde edilen verilerin hangi çerçevede alındıklarını, nasıl muhafaza edildiklerini, kullanma ve işleme şekillerini göz önüne aldığını ifade etmektedir.³⁴¹

Başvurucunun Finlandiya'dan olduğu davada başvuru ve eşi HIV virüsü taşımakta, ulusal yasalar ise bu tür bilgilerin kullanılmasını ve paylaşılmasını yasaklamaktadır. Ancak eşlerden biri hakkında açılan ceza soruşturmasında her ikisinin de sağlık raporları kanıt oldukları gerekçesiyle soruşturma dosyasına konulmuştur.³⁴² AİHM, bir bireyin HIV virüsü taşımasının, çok hassas ve özel bir durum olduğunu ifade etmiş, devlet tarafından öngörülen etkin koruma yollarının öneminden bahsetmiştir. Değerlendirmelerin her somut olaya göre yapılacağını ifade eden AİHM, tıbbi verilerin gizli kalması ile korunacak olan kişisel menfaat ile toplumun menfaatinin ve kamu yararının karşılıklı dengelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.³⁴³ Buradan anlaşılan odur ki AİHM mevcut somut olaya göre kamu yararı toplumsal menfaat gerekçeleriyle tıbbi verilerin ifşasında devletlere bir takdir hakkı tanımıştır. Ancak söz konusu Z/Finlandiya davasında ise soruşturma dosyalarına giren sağlık raporlarının 10 yıl sonra kamuya açık hale gelmesi söz konusudur. AİHM söz konusu kişilerin 10 yıl sonra hala hayatta olabileceklerini göz önüne almıştır.³⁴⁴ AİHM "10 yıllık sürenin sonunda duruşma dosyasının halka açıklanmasının" kamu yararı gerekçesiyle haklı kılınamayacağını ifade ederek ihlal kararı vermiştir.³⁴⁵ Yapılan değerlendirmeler kişinin yararı ile kamu yararı arasında bir denge gözetildiğini göstermektedir.

³³⁹ Dutertre, 2003, 216. "Hastaların özel hayatlarına ilişkin bilgilerinin doktorlar tarafından korunacağı dair güvene sahip olmasının tıp açısından önemli olduğu ifade edilmiştir". Bkz. Zengin, M.A. (2012). Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması. Ankara: Adalet Yayınevi, 113.

³⁴⁰ Dutertre, 2003, 216.

³⁴¹ S. ve Harper/Birleşik Krallık, 30562/04, 30566/04, 04/12/2008, parag. 67.

³⁴² Kil Kelly, 2001, 68.

³⁴³ Kil Kelly, 2001, 69.

³⁴⁴ Kil Kelly, 2001, 69.

³⁴⁵ Z/Finlandiya bkz. Dinç, 2006, 386.

Tıbbi verilerin ifşası ile ilgili bir diğer davada kişinin tıbbi geçmişine ilişkin kayıtların başka kurumlarla paylaşılması söz konusudur. MS/İsveç davasında başvuru kendine ait tıbbi verilerin, hizmet alabilmesi amacıyla sigorta şirketiyle paylaşılmasının ihlal niteliği taşıdığını ifade etmektedir.³⁴⁶ AİHM başvuruyu, bilgi paylaşımına ilişkin gerekli güvencelerin ve yaptırımların alınıp alınmadığını göz önüne alarak değerlendirmiştir. Bilgi paylaşımına esas olacak bilgilerin sigorta talebiyle bağlantılı olması, sigorta şirketinin gizlilik yükümlülükleriyle bağlı olması, bilgilerin amacı dışında kullanılması durumunda söz konusu personele yönelik yaptırımların (hukuk veya ceza davası açabilme) mevcut olmasından dolayı AİHM, söz konusu durumun herhangi bir ihlal taşımadığını belirtmiştir.³⁴⁷ Gerekli güvencelerin teminat altına alınması AİHM tarafından orantılı bulunmuştur.

Benzer durum "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"sine (KHK) eklenmek istenen maddenin iptaline ilişkin davada AYM tarafından değerlendirilmiştir.³⁴⁸ 663 sayılı KHK'nin 1. fıkrasıyla Sağlık Bakanlığına ve ona bağlı kuruluşlara sağlık hizmetine ilişkin kişisel bilgileri ilgili kurumlardan "her türlü vasıtayla" toplama, işleme ve paylaşma yetkisi verilmesi düzenlenmiştir. İkinci fıkraya göre bakanlık ve ona bağlı kuruluşlar bu kişisel bilgileri kanunun yetki verdiği üçüncü kişiler ve kamu kurum ve kuruluşları ile paylaşabilecektir. Üçüncü fıkra ise bilgi istenen kişi ve kuruluşların bu bilgileri vermekle yükümlü olacağı hüküm altına alınmaktadır.³⁴⁹ AYM 1. fıkra da belirtilen "her türlü vasıtayla" ifadesinin

³⁴⁶ M.S/İsveç, 20837/92, 27/08/1997.

³⁴⁷ Kilkelly, 2001, 69.

³⁴⁸ E.2013/114, K.2014/184, 04/12.2014.

³⁴⁹ 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin dava konusu kuralları da içeren " Bilgi toplama, işleme ve paylaşma yetkisi " başlıklı 47. maddesi şöyledir:

- 1) Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri, e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve daha hızlı biçimde yerine getirebilmek için, bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, aldıkları sağlık hizmetinin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıtayla toplamaya, işlemeye ve paylaşmaya yetkilidir.
- 2) Bakanlık ve bağlı kuruluşları işlediği kişisel sağlık verilerini ilgili üçüncü kişiler ve kamu kurum ve kuruluşları ile ancak bu kişi ve kurumların bu verilere erişebileceği hususunda kanunen yetkili olması hâlinde görevlerini yapmalarına yetecek derecede paylaşabilir.
- 3) Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri yerine getirebilmek için gereken bilgileri, kamu ve özel ilgili bütün kişi ve kuruluşlardan istemeye yetkilidir. İlgili kişi ve kuruluşlar istenilen bilgileri vermekle yükümlüdür.

kişisel verilerin gizliliğini keyfi bir şekilde ihlal eden araca dönüşeceğini belirtmiştir. Bu ise sınırlama amacı ile sınırlama aracı arasındaki makul dengenin ortadan kalkmasına sebebiyet verecektir.³⁵⁰ Aynı şekilde 2. fıkrada öngörülen paylaşma yetkisi ölçülülük sınırlarını aşmaktadır. 3. fıkrada belirtilen hüküm ise bakanlık ve ona bağlı kuruluşlara çok geniş bir alan bırakmaktadır. AYM, bakanlık ve ona bağlı kuruluşların tıbbi verileri toplama, işleme paylaşma yetkileri kullanırken, amacına uygun ve orantılı hareket etmesini sağlayacak yeterli güvencelere yer verilmemesi sebebiyle söz konusu düzenlemeleri iptal etmiştir.³⁵¹

Tıbbi veriler ile ilgili ülkemizdeki diğer önemli karar ise 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 67. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle, biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasına izin veren yasa hükmünün iptaline ilişkindir.³⁵² Söz konusu başvuruda biyometrik veri toplanmasına izin veren hükmün, yasama organı tarafından çerçevesi çizilmeyen, temel ilkeleri konulmayan bir konu kapsamında olduğundan bahisle Anayasanın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla iptali istenmiştir.³⁵³ İddialara göre söz konusu hüküm hukuk devletinde olması gereken belirlilik ilkesini taşımamaktadır. Ayrıca demokratik toplumun gerekleri ve ölçülülük ilkesine uygun olmadan bir anayasal hak sınırlandırılmaktadır. Son olarak ise özel hayatın gizliliğini açıkça ihlal eden bu hüküm kanuni dayanaktan da yoksundur.³⁵⁴ AYM iddialara yönelik değerlendirmelerine öncelikle biyometrik yöntemin ne olduğuyla başlamıştır. AYM biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamanın *"hizmet talep eden bir kullanıcının, ölçülebilir fizyolojik ve bireysel özellikler yoluyla gerçekleştirilen ve otomatik olarak doğrulanabilen kimlik denetleme yoluyla gerçek kullanıcı olup olmadığının doğrulanması"* anlamına geldiğini ifade etmiştir. AYM, bu tanıma göre söz konusu yöntemle elde edilecek verilerin kişisel veri kapsamında olacağını ifade etmiştir. Ancak

³⁵⁰ E.2013/114, K. 2014/184, 04/12.2014, parag. 99.

³⁵¹ E.2013/114, K. 2014/184, 04/12.2014, parag. 100.

³⁵² E.2014/180, K.2015/30, 19/03/2015.

³⁵³ İptali istenen hüküm şu şekildedir. "Ayrıca genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmet sunucularına başvurduklarında acil haller hariç olmak üzere (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra); biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden birinin gösterilmesi zorunludur."

³⁵⁴ E.2014/180, K.2015/30, 19/03/2015.

AYM'ye göre bu veriler 108 sayılı Sözleşme'de belirtilen hassas veri statüsü taşımamaktadır.³⁵⁵ AYM söz konusu hükmün sadece sağlık sektöründe kullanılacağını ve bununla kişinin sağlık hizmetinden yararlanacağı süreyle kısıtlı olduğunu açık olduğunu kabul ederek bu verilerin hangi gerekçelerle ve hangi sürelerle saklanacağına bir belirsizlik görmediğini belirtmiştir.³⁵⁶ AYM'ye göre söz konusu sistem ile sağlık sektöründe büyük kolaylıklar sağlanacak, eski var olan aksaklıklar giderilecek, sağlık alanında var olan sahtecilik de bertaraf edilecektir. Öngörülen sistem bu gerekçelerle kamu yararınadır. Ayrıca, 108 sayılı Sözleşme'de belirtildiği üzere kişisel verilerin korunması hakkına kamu yararı nedenlerine dayanılarak müdahale edilmesine olanak verilmektedir. Bu sebeplerden ötürü söz konusu müdahalenin hakların özüne dokunmadığını ve demokratik toplum düzenin gereklerine aykırılık teşkil etmediği ifade edilmiştir. AYM, demokratik toplumun gerekleri ve ölçülülük ilkesine uygun olmadan bir anayasal hakkın sınırlandırılması iddiasını da bu sebeplerle kabul etmemiştir. Son olarak kanuni güvencenin bulunmadığı iddiasını ise Türk Ceza Kanununda (TCK) kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümler bulunduğunu belirterek reddetmiştir.³⁵⁷ AYM söz konusu "biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya." ibaresinin, Anayasaya aykırı olmadığına ve oyçokluğuyla itirazın reddine karar vermiştir.³⁵⁸ AYM biyometrik yöntemle kimlik doğrulama sistemini sağlık hizmetine ilişkin olduğunu belirtmiş ancak neden söz konusu verilerin "hassas veri" statüsüne sokulamayacağını ifade etmemiştir. Halbuki 108 sayılı Sözleşme'de açıkça sağlık ile ilgili verilerin otomatik işleme tabi tutulamayacağı ifade edilmektedir. Söz konusu hükümle getirilecek olan sistemde verilerin kişilerin sağlık hizmetinden yararlanacağı süre boyunca (ki bu kişinin ölümüne kadar devam edebilir) saklanacak olması da endişe verici bir durum olarak değerlendirilmelidir. Verilen karşıoy gerekçesinde de ifade edildiği gibi kuvvetli suç şüphesinde dahi verilerin orantılı bir süreyle saklanması beklenirken, vatandaşların yaşamlarının sonuna kadar sağlık verilerinin bir sistemde tutulması ölçsüz bir tedbir

³⁵⁵ Daha öncede ifade edildiği gibi söz konusu Sözleşmenin 6. maddesinde kişinin ırksal kökeni, siyasi düşünceleri, dini veya diğer inançlarını ile **sağlığı**, cinsel hayatı ve ceza mahkumetiyle ilgili kişisel verilerinin hassas veri olduğu ifade edilmiş, otomatik işleme tabi tutulması yasaklanmıştır.

³⁵⁶ E.2014/180, K.2015/30, 19/03/2015.

³⁵⁷ E.2014/180, K.2015/30, 19/03/2015.

³⁵⁸ Karar 5'e karşı 11 oy çokluğuyla alınmıştır.

olarak değerlendirilmelidir.³⁵⁹ Anayasanın 20. maddesine göre kişiler, kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme haklarına sahip olmalıdır. Ancak ülkemizde hala kişisel veriler ile ilgili çerçeve bir düzenleme olmadığı gibi söz konusu 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda da herhangi bir güvence belirtilmemektedir.³⁶⁰ AİHM tarafından ilgili davalarda sürekli belirtilen *“kişisel verilerin muhafazası, tutulma süresi, kullanımı, üçüncü kişilerin erişimine açık olup, olmaması verilerin gizliliği ve silinmesi konularında açık ve ayrıntılı asgari güvencelerin sağlanması gerektiği”*³⁶¹ hususu göz önüne alınmamıştır. Bu durumda gerekli yasal düzenlemelere ve teknik olanaklara sahip olmadan kişisel tıbbi verilerin işlenmesi hukuka uygun olmayacaktır. Karşı oy gerekçesinde de haklı olarak sistemin kötüye kullanılmasını önleyecek herhangi bir güvenceye ve ölçüte yer verilmediğinden hükmün iptal edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak sağlık sektöründe kamunun yararına yenilikler ve kolaylıklar getireceği belirtilen sistem şu an yürürlüktedir.³⁶²

2.2.2. Resmi makamlar eliyle yapılan bilgi toplama, istihbarat faaliyetleri

Tıbbi verilerden sonra, kişisel veriler kapsamına giren birçok konuda AİHM ve AYM önüne gelen davalar göz önüne alındığında, devletin resmi kurumlarının ihlal niteliği taşıyan uygulamalarının çokluğu dikkat çekmektedir.³⁶³ AİHM bir kişinin özel hayatı kapsamında değerlendirilebilecek olan verilerin toplanmasını, saklanmasını ve kullanılmasını AİHS'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.³⁶⁴ AİHM, kamu güvenliğini sağlama, suçun belirlenmesi ve önlenmesi, terörle mücadele gibi durumlarda

³⁵⁹ E.2014/180, K.2015/30, 19/03/2015, karşı oy gerekçesi.

³⁶⁰ E.2014/180, K.2015/30, 19/03/2015, karşı oy gerekçesi.

³⁶¹ S ve Marper/Birleşik Krallık, 30562/04, 04/12/2008, parag. 99.

³⁶² Biyometrik Kimlik Doğrulama Sistemi ile ilgili AYM'nin kararından önce Danıştay 15. Dairesi yürütmeyi durdurma kararı vermişti. AYM'nin yukarıda belirtilen kararıyla yürütmeyi durdurma kararları da kaldırılmıştır. 15/05/2015 tarihinden itibaren özel sağlık hizmeti sunucularından hizmet talep edenler biyometrik kimlik doğrulama sistemini kullanmaksızın sağlık hizmetlerinden yararlanamamaktadır. bkz. http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/5f6133b7-db43-4699-b1fe-1e4570263671/duyuru_30042015_01.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5f6133b7-db43-4699-b1fe-1e4570263671 30/04/2015 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) duyurusu 16.08.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

³⁶³ Leander/İsviçre, 9248/81, 26/03/1987, Kopp/İsviçre, 23224/94, 25/03/20, Amann/İsviçre, 27798/95, 16/02/2000, S ve Marper/Birleşik Krallık 30562/04, 04/12/2008, Sciacca/İtalya, 50774/99, 11/01/2005, Ercan Kanar, 2013/533, 09/01/2014.

³⁶⁴ Leander/İsviçre, 9248/81, 26/03/1987, Kopp/İsviçre, 23224/94, 25/03/1998, Amann/İsviçre, 27798/95, 16/02/2000, S ve Marper/Birleşik Krallık, 30562/04, 04/12/2008.

resmi makamlar tarafından kişiler hakkında bilgi toplama faaliyetleri yapılmasını makul gördüğünü ifade etmektedir.³⁶⁵ Bu süreçte elde edilen kişisel veriler muhakkak ki özel hayata müdahale niteliği taşımaktadır. Ancak, söz konusu düzenlemelerde yasal güvencelerin, makul sebeplerin bulunması halinde ise ihlal niteliği taşımayabilir. AİHM, her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirme yapmış uygulamaların derecesini, yasal hükümleri göz önüne alarak karar vermiştir.

Rotaru/Romanya davasında, başvuru kendisi hakkında yalan ve küçük düşürücü ifadeler içeren dosyanın varlığından şikayet etmektedir. AİHM tarafından üzerinde durulan konu ise, Romanya İstihbarat Teşkilatına kişisel veriler toplama yetkisi veren yasanın ulaşılabilirliği ve kalitesi olmuştur. AİHM sınırsız takdir yetkisinin, yürütmeye verilen bir güç olarak kullanılmasının hukukun üstünlüğüne uygun olamayacağını belirtmiştir.³⁶⁶ Gizli gözetim önlemlerine ilişkin düzenlemeler ve uygulamalar, bireye yapılan keyfi müdahalelere karşı gerekli teminatları sağlayacak biçimde olmalı ve kanunda yeterli bir açıklıkta belirtilmelidir.³⁶⁷ AİHM, ulusal güvenliği ilgilendiren ve etkileyen konularda; bilgilerin toplanabileceğini, saklanabileceğini veya kullanılabilceğini kabul etse de, belirli sınırların olmamasını kabul edilemez bulmuştur. AİHM, sabit hale geldiğini ifade ettiği içtihadında kanunla öngörülmüş olan ifadesinden, “söz konusu tedbirin, *“iç hukukta bir dayanağı olmasının, hukukun üstünlüğüne uygun olmasının”* anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. AİHM’ye göre kanun, “bireyin, tutumunu ayarlayabilmesi için yeteri kadar açık olmalıdır.” Bu gereklilikleri taşıyan kanunun ise keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yeterli bir netlikte, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini tanımlaması gerekmektedir.³⁶⁸ Romanya İstihbarat Teşkilatına izin veren kanunlarda arşivde hangi bilgilerin saklanabileceği, bu bilgilere kimin erişebileceği belirtilmemiştir. Ayrıca izlenecek prosedür ve hangi koşullar altında hangi önlemlerin alınacağına dair herhangi ayrıntılı bir hüküm de bulunmamaktadır.³⁶⁹ AİHM, başvuru hakkında bilgi toplanılmasının ve kullanılmasının “hukuka uygun” yöntemlerle

³⁶⁵ Leander/İsveç, parag. 49.

³⁶⁶ Rotaru/Romanya, 28341/95, 04/05/2000, parag. 54.

³⁶⁷ Rotaru/Romanya, parag. 55.

³⁶⁸ Rotaru/Romanya, parag. 55-56.

³⁶⁹ Rotaru/Romanya, parag. 57.

yapılmadığını belirtmiş, demokratik bir toplumda gerekli olan meşru amacın da dışına çıkmadığını ifade ederek ihlal kararı vermiştir.³⁷⁰

AYM, Türkiye İstatistik Kanununda (TİK) bulunan iki maddenin iptali istemini benzer gerekçelerle kabul etmiştir.³⁷¹ Söz konusu kanunun 8. maddesinde “İstatistiki birimler, kendilerinden istenen veri veya bilgileri, Başkanlığın belirleyeceği şekil, süre ve standartlarda eksiksiz ve doğru olarak ücretsiz vermekle yükümlüdür.” şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Kanunun 54. maddesinin 2. fıkrasındaki hüküm ise bu istatistiki birimlerin, istenilen bilgi veya belgeleri eksik ya da yanlış olarak vermesini para cezası ile cezalandırmaktadır. AYM, istatistiki birimle kastedilenin, hakkında veri toplanacak gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşları ifade ettiğini belirtmiştir. İstenilecek bilgi ya da veriler ile ilgili açıkça bir hüküm bulunmadığından, kişiler ile ilgili her türlü bilgi istenilebilecektir. AYM, bu durumun bireyi, devlet karşısında savunmasız bırakacağını ifade etmiştir. AYM, “bilgi toplama, saklama, işleme ve değiştirme tekeli olan idareye, yasal düzenlemeyle sınır koyulmamasını” kişinin özel hayatına müdahale olarak değerlendirmiş ve iptal kararı vermiştir.³⁷²

AİHM’nin ulusal düzenlemelerin ne şekilde olması gerektiğini ifade ettiği diğer bir karar ise Leander/İsviçre kararıdır. Başvurucu Leander bir askeri güvenlik bölgesinin yanında bulunan Donanma Müzesinde geçici marangoz olarak çalışmaktadır. Başvuranın kadrolu göreve getirilmesi talebi polis tarafından yapılan personel soruşturmasına dayanılarak reddedilmiş, güvenlik açısından riskli olduğu gerekçesiyle geçici görevine de son verilmiştir.³⁷³ Başvuran bu bilgilerin saklanması, kullanılmasını ve kendisine de çürütme fırsatı verilmemesini şikayet etmektedir.³⁷⁴ AİHM, başvuran hakkındaki bilgi toplama faaliyetlerinin özel hayata müdahale oluşturduğunu kabul etse de demokratik bir toplumda ulusal güvenlik için gerekli olduğu gerekçesiyle ihlal kararı vermemiştir.³⁷⁵ Bu kararda en büyük etken olarak, personel soruşturması öngören düzenlemelerin, demokrasinin korunması adına istismara karşı yeterli ve etkin teminatlara sahip olması

³⁷⁰ Rotaru Romanya, parag. 62.

³⁷¹ E.2006/167, K.2008/86, 20/03/2008.

³⁷² E.2006/167, K.2008/86, 20/03/2008.

³⁷³ Leander/İsviçre, 9248/81, 26/03/1987, parag. 9-10.

³⁷⁴ Leander/İsviçre, parag. 14.

³⁷⁵ Leander/İsviçre, parag. 68.

gösterilmiştir.³⁷⁶ Bilgi toplama faaliyeti Ulusal Polis Kurulu tarafından gerçekleştirilmiş, yetkileri kanunla düzenlenmiştir. Toplanan bilgilerin saklanabilmesi için söz konusu bilginin ulusal güvenliğe karşı suçları önleme veya belirleme amacı gütmesi gerekmektedir. Kanun, hangi bilgilerin hangi makamlarca ne kadarının paylaşılabileceğini hüküm altına almaktadır. Gizli personel kayıtlarına ulaşabilecek personel bellidir ve izinsiz kullanım durumlarında yaptırımlar mevcuttur.³⁷⁷ AİHM, Ulusal Polis Kurulu'nda milletvekillerinin olmasına ve Adalet Bakanı'nın ve Meclis Denetçisi'nin yanı sıra Meclis Adalet Kurulu'nun bu konudaki denetimine özellikle önem verdiğini belirtmiştir.³⁷⁸ Sistemin düzgün izleyişinin kontrolünün Parlamento'ya ve Adalet Bakanlığı'na ayrıca ombudsman ve Adalet Komitesi gibi bağımsız kurumlara verilmiş olması, AİHM'yi yapılan soruşturmanın demokratik toplumda gereklilik şartını taşıdığına ikna eden argümanlar olmuştur.

Ülkemizde yıllardır beklenen ancak hala yürürlüğe girmeyen “Kişisel Veriler Kanunu”nun meclise gönderilen son tasarı çalışmasında da “Kişisel Verileri Koruma Kurulu” düzenlenmiştir.³⁷⁹ Tasarıda “Kişisel Verileri Koruma Kurulu”nun Bakanlar Kurulu tarafından seçilen 7 üyeden oluşacağı başkanının da kurul üyeleri tarafından seçileceği ifade edilmiştir.³⁸⁰ Kurulun görevi, kişisel verilerin kanuna uygun olarak işlenip işlenmediğine dair ihbar, şikayet veyahut resen inceleme ve denetleme yapmak olarak belirtilmiştir.³⁸¹ Kurul kendi bütçesiyle yönetilen ancak Adalet Bakanlığına bağlı (ilişkili) bir kurul olarak öngörülmüştür. Kurul tarafından her 6 (altı) ayda bir hazırlanan faaliyet raporlarının Adalet Bakanına, yıllık raporların ise Bakanlar Kuruluna ve TBMM İnsan

³⁷⁶ Leander/İsviçre, parag. 65.

³⁷⁷ Leander/İsviçre, parag. 52-57.

³⁷⁸ Leander/İsviçre, parag. 65.

³⁷⁹ 26/12/2014 tarihli Başbakan Ahmet DAVUTOĞLU imzalı “Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı” Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına gönderilmiş geçen süre zarfında yasalaşmamıştır.

³⁸⁰ 26/12/2014 tarihli “Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı”

Kurulun oluşumu ve üyelerine ilişkin hükümler

MADDE 20- (1) Kurul, yedi üyeden oluşur. Kurul üyelerinin; ikisi mesleğinde en az on yıl çalışmış olan avukatlar veya hâkimler, biri yükseköğretim kurumlarında en az on yıl çalışmış olan öğretim üyeleri, dördü ise kamuda veya özel sektörde en az on yıl çalışmış olanlar arasından Bakanlar Kurulunca seçilir. Kurul, kendi üyeleri arasından bir Başkan seçer. Başkan, Kurulun en üst yöneticisi olup, Kurulun genel yönetim ve temsilinden sorumludur.

³⁸¹ 26/12/2014 tarihli “Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı” 19. madde bkz.

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-1009.pdf> 20.09.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Hakları İnceleme Komisyonu'na sunulacağı belirtilmiştir.³⁸² AİHM'nin İsviçre'de faaliyet gösteren kurulun denetim mekanizmasını ön plana çıkarması göz önüne alındığında, ülkemizdeki durumun eleştirilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Kurulun kanundaki ifadesiyle Adalet Bakanlığıyla ilişkili olarak çalışacak olması ve kurulun tüm üyelerinin Bakanlar Kurulu tarafından seçileceğinin belirtilmesi kurulun bağımsızlığını kanaatimizce tartışılır hale getirecektir.

Belirtilen yasal güvencelerin yanı sıra söz konusu bilgi toplama faaliyetleri sırasında izlenen prosedür, kişiye yapılan işlemlerde değerlendirme konusu yapılmakta ve AİHM buna göre karar vermektedir. Friedl/Avusturya davasında başvurusunun izinsiz bir gösteri sırasında soruşturma açılabilmesi adına polis tarafından fotoğrafları alınmıştır. AİHM, söz konusu işlemin ihlal niteliği taşıyıp taşımadığına hükmederken birkaç değerlendirmede bulunmuştur. AİHM, yaptığı tespitte başvuranın fotoğraflarının evine girmek suretiyle çekilmediğini, kendi rızasıyla katıldığı bir gösteride çekildiğinin ayrımını göz önüne almıştır. Polis tarafından ele geçen görüntülerde de herhangi bir isim belirtilmemiş, fotoğrafları çekilen kişilerin ismini belirtmeye yönelik bir faaliyet içine girilmemiş ve fotoğraflar herhangi bir kayıt altına alınmak amacıyla işleme tabi tutulmamıştır.³⁸³ AİHM sonuç olarak *"fotoğrafın yapılan gösterinin bir kaydı olarak çekildiğine ve saklandığına ve fotoğrafta görülen kişilerin kimliklerini belirlemek için veri işleme yöntemleri kullanılarak herhangi bir şey yapılmadığına"* ağırlık vererek ihlal olmadığına karar vermiştir.³⁸⁴ Kişinin görüntülerinin alınmasına ilişkin diğer bir davada ise başvuran terör soruşturması kapsamında gözaltına alınmış, iradesi dışında fotoğrafları çekilmiş ve kayıt altına alınmıştır.³⁸⁵ AİHM, müdahale niteliği taşıyan uygulamanın ihlal niteliği taşıması için makul sebeplerin varlığını araştırmıştır. AİHM, yürütülen soruşturmanın terörizmin önlenmesi çerçevesinde yapıldığı belirtmiştir. Söz konusu uygulamaların tutuklama ve soruşturma prosedürleriyle alakalı olması, makul sebepler olarak nitelendirmiş ve ihlal kararı verilmemiştir.³⁸⁶ Kişinin görüntülerine ilişkin bir diğer dava Peck/Birleşik Krallık³⁸⁷

³⁸² 26/12/2014 tarihli "Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı" 19 madde 2. fıkra bkz.

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-1009.pdf> 20.09.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

³⁸³ Friedl/Avusturya, 15225/89, 31/01/1995, parag. 49-52.

³⁸⁴ Friedl/Avusturya, 15225/89, 31/01/1995, parag. 49-52.

³⁸⁵ Murray/Birleşik Krallık 14310/88, 28/10/1994, Üzeltürk, 2004, 193.

³⁸⁶ Üzeltürk, 2004, 193.

davasıdır. Başvuran Peck intihar girişiminde bulunurken sokakta bulunan kameralarla durum tespit edilmiş, olay polise haber verilmiş ve polisin müdahalesiyle intihar önlenmiştir. AİHM, sokak gibi özel hayata yönelik beklentilerin az olduğu kamusal bir alanda, görüntülerin kaydedilmesinde herhangi bir sıkıntı bulunmadığı belirtmiştir.³⁸⁸ Ancak, kapalı devre izleme sisteminin yararlarını anlatmak isteyen televizyonlar ve gazeteler başvuru Peck'in yüzünü kapatmadan, ondan izin almadan görüntüleri haber olarak sunmuşlardır.³⁸⁹ AİHM, kamuya açık caddelerde ve sokaklarda kameralarla yapılan izleme sisteminin, suçların önlenmesi, suçluların belirlenmesi açısından toplum için yararlı bir uygulama olduğunu yinelemiştir.³⁹⁰ Ancak ulusal makamlar haberi servis ederken, görüntü sahibinden izin almadığı gibi, yüzünü kapatma yoluna gitmemiştir.³⁹¹ Bu verileri servis ettikleri medya kuruluşlarına da, kişinin yüzünün gizlenmesi ne yönelik herhangi bir uyarı yapılmamıştır. AİHM, görüntülerin alınmasında sıkıntı olmasa da, verilerin yayımlanmasında gerekli özenin gösterilmediğini ifade etmiştir. Bu sebeplerle verilerin paylaşılmasını ve alenileştirilmesini ihlal olarak nitelendirmiştir.³⁹²

Perry/Birleşik Krallık³⁹³ davası da gözaltına alınan kişinin polis tarafından çekilen video görüntülerine ilişkindir. Başvurucu gözaltında iken gizlice görüntüleri videoya kaydedilmiş, bu görüntüler daha sonra tanıklara gösterilmiştir. Dava aşamasında da söz konusu görüntüler mahkeme salonunda izlenmiştir. Hükümet, iddialarında polis karakolunun özel bir alan olmadığını, kameraların ise güvenlik amacıyla çalıştığını ileri sürmüştür. AİHM, kişinin görüntülerinin sokak, alışveriş merkezi yada polis karakolu gibi yerlerde güvenlik amacıyla kayıt altına alınmasının özel hayata yönelik açıkça bir ihlal taşımadığını belirtmiştir. Ancak söz konusu olayda başvuranın özellikle tespit edilebilecek şekilde görüntüsünün alınmasına çalışılmış, bu görüntüler hem tanıklar hem de mahkemede birçok kişi tarafından görülmüştür.³⁹⁴ AİHM, polis tarafından yapılan işlemde

³⁸⁷ Peck/Birleşik Krallık, 44647/98, 28/01/2003.

³⁸⁸ Kılınç, Ü. (2012). Teknik araçlarla Yapılan Gizli İzlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3 sa.9, 18.

³⁸⁹ Kılınç, 2012, 18.

³⁹⁰ Kılınç, 2012, 18.

³⁹¹ Kılınç, 2012, 18.

³⁹² Üzeltürk, 2004, 195, Kılınç, 2012, 19.

³⁹³ Perry/Birleşik Krallık, 63737/00, 17/07/2003.

³⁹⁴ Üzeltürk, 2004, 196, Kılınç, 2012, 19.

kameraların olağan ve beklenebilir bir şekilde kullanılmadığının ayırımına varmak gerektiğini ifade etmiştir.³⁹⁵ İzlenen prosedürle açıkça kişiye ait bilgiler toplanmış ve işlenmiştir. Bu tespitlerden sonra ikinci bir değerlendirme bu müdahalenin yasallığı hakkında yapılmıştır. Başvurucuya bu kaydın teşhis için kullanılacağı bilgisi verilmemiş, içeriğe itiraz etme ve bu sırada avukatının hazır bulunması gibi durumlar uygulanmamıştır.³⁹⁶ Bu sebeple müdahalenin öngörülebilir ve beklenebilir olması düşünülemeyecektir. Hukukun gerekleri yerine getirilmemiş, ayrıca mahkeme dosyasına konularak bilgiler alenileştirilmiştir. AİHM bu gerekçelerle müdahalenin ihlal niteliği taşıdığına hükmetmiştir.³⁹⁷ AİHM kararlarına bakıldığında, suçun önlenmesi ve suçluların belirlenmesi adına; sokak, cadde gibi kamusal alanlarda görüntülerin kaydedilmesi gerekli ve toplumsal fayda sağlayan bir uygulamadır. Sürekli olan kayıtlar (Kapalı devre izleme sistemi, MOBESE) sistemli bir kayıt şekline veyahut izinsiz paylaşımına dönüşmediği sürece AİHM tarafından güvenlik ve kamusal alan gerekçeleriyle ihlal olarak nitelendirilmediğini söylemek mümkündür.³⁹⁸

Alkaya/Türkiye davasında başvuru bilgilerinin alenileştirilmesinden şikayet etmektedir. Başvurucunun evine hırsız girmiş, söz konusu olay basına yansımıştır. Yapılan haberde başvuru kişinin bir fotoğrafı ile birlikte, maruz kaldığı hırsızlık olayına ilişkin bilgiler yayınlanmıştır. Söz konusu haberde, başvuru kişinin kaldığı semt, sokağın adı ve numarası ile daire numarasını göstermek suretiyle, ilgilinin ev adresi açık bir biçimde yer almıştır.³⁹⁹ Başvuru aynı zamanda kamuoyu nezdinde tanınan biri olduğundan haberden sonra birçok kişinin tacizine uğramıştır. AİHM, yayının başvuru üzerindeki etkileri değerlendirildiğinde bunun devletin pozitif yükümlülüklerine uygun düşmediğini ifade etmiştir.⁴⁰⁰ Her ne kadar yapılan müdahale devlet eliyle gerçekleşse de AİHM, kişinin özel hayatının korunması noktasında devletin yeterli ve etkin olamadığını belirterek ihlal kararı vermiştir.⁴⁰¹

³⁹⁵ Üzeltürk, 2004, 196.

³⁹⁶ Kılınç, 2012, 19.

³⁹⁷ Üzeltürk, 2004, 196, Kılınç, 2012, 19.

³⁹⁸ Kılınç, 2012, 19-20.

³⁹⁹ Alkaya/Türkiye, 42811/06, 09/10/2012, parag.7.

⁴⁰⁰ Alkaya/Türkiye, parag. 32.

⁴⁰¹ Alkaya/Türkiye, parag. 35-40.

Bilgilerin alenileştirilmesine ilişkin AYM'nin de değerlendirmeleri bulunmaktadır. Başvurucu Ercan Kanar⁴⁰², İstanbul Barosuna kayıtlı olarak serbest avukatlık yapmaktadır. Başvurucu hakkında Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) tarafından rapor hazırlanmış, raporda *"Devrimci Karargâh örgütü ve üst yönetimi ile adı geçenler arasında aracılık/kuryelik yapabileceği, bu kapsamda Devrimci Karargâh mensuplarının davalarını umumiyetle takip eden İstanbul Barosu avukatlarından Ercan Kanar'ın"* önemli olacağı belirtilmiştir. Başvurucu, mahkeme dosyasına da konulan istihbarati raporu düzenleyen kamu görevlileri hakkında şikâyetçi olmuştur. MİT mensupları hakkında soruşturma izni verilmediğinden kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Bunun üzerine başvuru AYM'ye başvurmuştur. AYM öncelikle, başvuru kişinin mesleğiyle ilgili ve mesleği nedeniyle oluşan ilişkileri hakkında olumlu veya olumsuz çağrışım yapacak değerlendirmelerin özel hayatıyla ilgili olduğunu ifade etmiştir.⁴⁰³ AYM, yukarıda da bahsedilen Rotaru davasına atıfla, devletin suçlarla etkili bir mücadele için istihbarati faaliyetlere, gözetim çalışmalarına ihtiyaç duymasının mümkün olabileceğini ifade etmiştir.⁴⁰⁴ Ancak istihbarat çalışmaları yoluyla bireylerin özel hayatlarına ilişkin bilgilerin toplanması ancak demokratik kurumları korumak maksadıyla zorunlu olduğu ölçüde meşru görülebilecektir. Bu bağlamda AYM, başvuru hakkında kişisel bilgilerin yer aldığı raporun kanuni dayanağını değerlendirmiştir. 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) kanununda belirtilen yetkiler kapsamında ve anayasada belirtilen milli güvenlik, kamu düzeni ve suçların önlenmesine yönelik bir rapor düzenlendiği belirtilmiştir. Ancak AYM, söz konusu raporun sadece bir olgu yada durum tespiti olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.⁴⁰⁵ Söz konusu rapor, başvuru kişinin kişiliğiyle ilgili kanaat oluşmasını sağlayacak niteliktedir. AYM, başvuru kişinin mesleğiyle ilgili olan ve olumsuz değerlendirmeler içeren raporun hukuki kesinlik taşımadan ve bir isnada dayanmadan mahkeme dosyasına konulmasını kişisel bilgilerin alenileştirilmesi olarak değerlendirmiştir.⁴⁰⁶ Denetime tabi tutulmayan, sorgulanmayan bu kişisel bilgilerin

⁴⁰² Ercan Kanar, 2013/533, 09/01/2014.

⁴⁰³ Ercan Kanar, parag. 54.

⁴⁰⁴ Ercan Kanar, parag. 55.

⁴⁰⁵ Ercan Kanar, parag. 59.

⁴⁰⁶ Ercan Kanar, parag. 60.

alenileştirilmesini ise, AYM tarafından kabul edilemez bulunmuş ve ihlal kararı verilmiştir.⁴⁰⁷

Kişisel verilerin paylaşılmasına ilişkin mesele AYM'nin önüne iptal itiraz başvuruları kapsamında da gelmiştir. 6552 sayılı Kanun⁴⁰⁸ ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 3. maddesine bir fıkra eklenmiştir. Bu hüküm ise *“Trafik bilgisi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından ilgili işletmecilerden temin edilir ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verilir”* şeklindedir. Trafik bilgisi ise, 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (j) bendinde, *“tarafalara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgileri”* şeklinde tanımlanmıştır. AYM, bu tanımdan yola çıkarak trafik bilgilerinin kişisel veri olduğunu ifade etmiştir. Dava konusu kanun hükmü ile söz konusu verilerin TİB tarafından herhangi bir gerekçe veya neden göstermeksizin temin edilmesine olanak sağlandığı belirtilmiştir. AYM, temin edilecek bilgiyle ilgili olarak herhangi bir konu ve amaç sınırlamasının bulunmadığını ifade etmiştir. Ayrıca bilginin kapsamı, ne şekilde kullanılacağı, tutulacağı süre, temin edilme gerekçesi gibi hususlarla ilgili de bir belirsizlik olduğu belirtilmiştir. AYM kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin, çerçevesi çizilmiş, açık, anlaşılabilir olması gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu kanun hükmü ile Anayasanın 13 ve 20. maddelerinde belirtilen güvencelerin yerine getirilmediği ve kişilerin kişisel verileri koruma konusunda idare karşısında korumasız bırakıldığı ifade edilmiştir. Bu sebeple kanun hükmünün iptaline karar verilmiştir.⁴⁰⁹

Yukarıda bahsedilen kararlarda da görüldüğü üzere kişinin özel hayatına ait kişisel verilerinin işlenmesi ve kullanılması veyahut paylaşılması ihlal niteliği taşıyabilmektedir. Akıllara gelen soru ise devlet eliyle toplanan bu verilerin saklanması ya da silinmemesinin ihlal niteliği taşıyıp taşımayacağıdır. Konuyla ilgili önemli

⁴⁰⁷ Ercan Kanar, parag. 61.

⁴⁰⁸ İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun.

⁴⁰⁹ E.2014/149, K.2014/151, 02/10/2014.

değerlendirmelerin bulunduğu S ve Marper/Birleşik Krallık⁴¹⁰ kararına değinmekte fayda vardır. Başvuruculardan (S) hırsızlık suçundan yakalanmış parmak izleri ve DNA örnekleri alınmış hemen akabinde beraat etmiştir. Diğer başvuru Marper, birlikte olduğu kişiye taciz suçundan yakalanmış, onun da parmak izleri ve DNA örnekleri alınmıştır. Karşı tarafın şikâyetinden vazgeçmiş olması nedeniyle dosyası kapanmıştır. Başvurucuların her ikisi de parmak izleri ve DNA örneklerinin imha edilmesini talep etmiş, bu talepleri polis tarafından reddedilmiştir. Polis kararını İdare Mahkemesi'ne taşıyan başvuru buradan da olumlu bir netice alamamışlardır. AİHM önüne gelen davada, başvuranların iddiaları söz konusu kişisel verilerinin saklanması özel hayatlarına müdahale oluşturduğuna ilişkindir.⁴¹¹ Hükümet ise toplanan verilerin kişisel veri olduğunu kabul etmekle beraber muhafaza işleminin kanunlara uygun bir şekilde, suçların önlenmesi ve suçluların belirlenmesi maksadıyla yapıldığını belirtmektedir.⁴¹² AİHM, kişilerin parmak izlerinin, hücre örneklerinin, DNA profillerinin polis tarafından alınmasını ve muhafaza edilmesini, suçlarla mücadelelerde yardımcı olduğu gerekçesiyle meşru bir amaç olarak nitelendirmiştir.⁴¹³ Ancak AİHM, üzerinde durulması gereken asıl konunun, suç şüphesiyle gözaltına alınan ancak mahkum edilmeyen kişiler hakkında bu uygulamaların uygunluğunu tespit etmek olduğunu ifade etmiştir.⁴¹⁴ Bu tespiti yaparken AİHM, Avrupa Konseyi'ne üye diğer devletlerin de ulusal mevzuatlarını incelemiştir. Bunun sonucunda Birleşik Krallığın *“haklarındaki takip bırakılmış olan veya beraat etmiş kişilerin, DNA profillerinin ve hücre örneklerinin sistematik olarak muhafaza edilmesine açıkça izin veren tek ülke”* olduğunu ortaya koymuştur.⁴¹⁵ AİHM bilgilerin muhafaza edilmesinde orantılı olmanın ve kamu çıkarları ile özel çıkarlar arasında adil bir denge kurmanın önemli olduğunu ifade etmiştir.⁴¹⁶ Ancak Birleşik Krallıkta mevcut olan muhafaza yetkisi aşırı genel nitelik taşımaktadır. Suçun türü, ağırlığı failin yaşı ne olursa olsun soruşturma aşamasında hemen bilgi toplama faaliyeti yapılmakta, sonrasında da muhafaza edilmektedir.⁴¹⁷ AİHM bu

⁴¹⁰ S.ve Marper/Birleşik Krallık, 30562/04, 30566/04, 04/12/2008.

⁴¹¹ S.ve Marper/Birleşik Krallık, parag. 60.

⁴¹² S.ve Marper/Birleşik Krallık, parag. 63.

⁴¹³ S.ve Marper/Birleşik Krallık, parag. 100.

⁴¹⁴ S.ve Marper/Birleşik Krallık, parag. 106.

⁴¹⁵ S.ve Marper/Birleşik Krallık, parag. 110.

⁴¹⁶ S.ve Marper/Birleşik Krallık, parag. 118-119.

⁴¹⁷ S.ve Marper/Birleşik Krallık, parag. 120-122.

sebeplerden dolayı, kamu çıkarları ve özel çıkarlar arasında adil bir denge sağlanamadığını ve savunmacı devletin, kabul edilebilecek takdir marjını aşmış olduğu kanaatine vararak ihlal kararı vermiştir.⁴¹⁸

Benzer durum Segerstedt-Wiber ve diğerleri-İsveç⁴¹⁹ davasında da görülmektedir. AİHM polis tarafından toplanan ve saklanan bilgilerin kişisel veri olduğunda şüphe olmadığı belirtmiştir. Davada ilk iki başvuru hakkında toplanan bilgilerin suçun önlenmesi amacıyla toplanması, yeterli şüphenin oluşması, ve aynı şekilde saklanması da yeterli güvencelerle hüküm altına alındığından AİHM ihlal olarak nitelendirmemiştir. Ancak diğer başvuru hakkında, toplanan verilerin yeterli bir kanıtı ulaşmamasına rağmen hala saklanmasını ihlal olarak nitelendirmiştir.⁴²⁰

Gardel/Fransa⁴²¹ davası da mahkum olan başvurucuyla ilgili bilgilerin sistemde tutulmasına ilişkindir. Başvurucu 15 yaşındaki bir kıza tecavüz etmek suçundan hüküm giymiştir. Cinsel suçlara ilişkin veri tabanına başvuru da kaydedilmiş ve durum kendisine bildirilmiştir. AİHM, önüne gelen davada öncelikle suçun ağırlığını dikkate almıştır. AİHM, cinsel kötü müdahalelerin mağdurlarını zayıflatan bir suç türü olduğunu, devletin de böyle kişilere korumaya yönelik etkin yollara başvurmaları gerekli görüldüğünü ifade etmiştir. Bu değerlendirmelerden sonra ise kişi bilgilerinin tutulduğu veri tabanına ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur. Veri tabanı bir kanuna dayanmaktadır. Suçun ağırlığına göre verilerin tutulma süresi 20-30 yıl arasında değişebilmektedir. Bilgiler bu sürenin sonunda otomatik olarak silinmektedir. Ayrıca kişiye kayıtların silinmesini talep hakkı da verilmektedir. Veri tabanına erişebilecek kişiler ve kurumlar sınırlı ve sayılıdır. AİHM, bu sebeplerden dolayı kamusal çıkar ile özel çıkar arasındaki dengenin korunduğuna ve ihlal olmadığına karar vermiştir.⁴²²

Bu değerlendirmeler ışığında ulusal mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) düzenlenen hükümlere bakmak faydalı olacaktır. CMK'nın 75. maddesi "*şüpheli ve sanık*

⁴¹⁸ S.ve Marper/Birleşik Krallık, parag. 125.

⁴¹⁹ Segerstedt-Wiber ve Diğerleri-İsveç, 62332/00, 06/09/2006.

⁴²⁰ Segerstedt-Wiber ve Diğerleri-İsveç, parag. 88-89.

⁴²¹ Gardel/Fransa, 16428/05, 17/12/2009.

⁴²² Gardel/Fransa, 16428/05, 17/12/2009. kararın özet çevirisi için bkz.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119452>. 20.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

üzerinde iç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebileceğini” hüküm altına almaktadır. CMK 80. madde ise “bu uygulamalarla alınan örneklerin kişisel veri niteliği taşıdığını, başka bir amaçla kullanılamayacağını, dosya örneğini görme yetkisi olan kimseler dışında kimse ile paylaşamayacağını” belirtmektedir. CMK’nın 81. maddesi şüpheli ya da sanığın kimliğinin tespiti için fotoğrafının, beden ölçülerinin, parmak ve avuç içi izinin Cumhuriyet Savcısının emri ile soruşturma ve kovuşturma dosyasına konulacağını belirtmiştir. CMK’nın 81. maddesine göre bu işlem üst sınırı iki yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren durumlarda uygulanabilecektir. CMK’nın 80 ve 81. maddelerinin 2. fıkralarında “Kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde” hem fiziksel hem de genetik bilgilerin Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edileceği ve bu hususun tutanağa geçirileceği belirtilmektedir. Bu açıdan bakıldığında kişisel verilerin belirli bir ceza aralığından sonra alınması, savcı talebiyle alınıp savcı talebiyle yok edilmesi ve hakkında mahkûmiyet kurulmayan bireylerin kişisel verilerinin direkt silinmesi, belirtilen AİHM kararları ışığında olumlu olarak değerlendirilmelidir.

S ve Marper davasındaki somut olayın benzerine ilişkin şikayet ise, ülkemizde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemindeki (UYAP) kayıtlarla ilgili yapılmıştır. Her ne kadar olay AYM’ye taşınmasa da konunun önemine binaen Kamu Denetçiliği Kurumu’nun tavsiye kararına değinilecektir. Şikayetçi F.D “elektrik enerjisi hırsızlığı” suçundan yargılanmış ve beraat etmiştir. Kesinleşmiş beraat kararı olmasına rağmen yargılamaya ilişkin tüm bilgi ve belgeleri UYAP sisteminde görüldüğünden şikâyetçi olmuş ve bu bilgilerin silinmesine ilişkin tavsiye kararı verilmesini talep etmiştir.⁴²³ Şikayetçi ayrıca Genel Bilgi Toplama (GBT) kaydının olup olmadığını sorduğunda, GBT kaydının bulunmadığını ancak hırsızlık suçundan yargılandığının gözüktüğü bilgisine ulaşmıştır. Bilindiği üzere “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme” (108 sayılı) ülkemiz tarafından imzalanmış ancak hala onaylanmamıştır. Bu

⁴²³ Kamu Denetçiliği Kurumu Tavsiye Kararı Şikayet No:03.2014/2832, 03/12/2014

sözleşmenin onaylanmamasının gerekçesi de Adalet Bakanlığınca öncelikle kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir ulusal mevzuata ihtiyaç olduğunun belirtilmesidir.⁴²⁴ Ancak bu süreçte Kişisel Veriler Kanunu yürürlüğe girmemiştir. Kişisel bilgiler içeren UYAP sistemine ilişkin hüküm 5271 sayılı CMK'da düzenlenmiştir. CMK 38/A maddesinde ceza muhakemesine ilişkin işlemlerin UYAP'ta yapılmasına dair usul ve esasların Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.⁴²⁵ İlgili yönetmelik ise "Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik"tir. Yönetmeliğin 5. maddesinde mahkeme ve savcılıkta yürütülen tüm süreçte bilgi ve belgelerin UYAP sistemine kayıt edileceği, dosyalanacağı, saklanacağı belirtilmektedir. Ayrıca dış birimlerle yapılacak tüm paylaşımlar da UYAP sisteminden gerçekleştirilecektir. Görüldüğü üzere uygulama idarenin düzenleyici bir işlemine dayanmaktadır. Bilinmektedir ki AYM, Elektronik Haberleşme Kanununda yer alan "Kurum (TİB), elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkilidir." hükmünü tam da bu sebepten iptal etmiştir.⁴²⁶ Söz konusu kararda⁴²⁷ AYM "yasama yetkisinin devredilemezliği" ilkesi gereğince, Anayasanın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organına "doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilemeyeceğini" açıkça belirtmiştir. Bu kararda göstermektedir ki Adalet Bakanlığı'nın Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik hükümleriyle kişisel veriler ile ilgili düzenlemeler öngörmesi Anayasaya aykırılık teşkil etmektedir. Söz konusu şikayete dönülecek olursa Kamu Denetçiliği Kurumu ilgili şikayeti kabul etmiş ve tavsiye kararında bulunmuştur. Öncelikle, UYAP sistemindeki kayıtların dış birimlerle paylaşılmasına yönelik ivedi tedbirlerin alınmasını ifade etmiştir. Anayasal hüküm gereğince kanunla düzenlenmesi gereken kişisel verilere ilişkin kanun tasarısının Başbakanlıkça yasalaşması konusunda tavsiyede bulunmuştur. Son olarak ise, Anayasa ve

⁴²⁴ Kamu Denetçiliği Kurumu Tavsiye Kararı, parag. 17-25.

⁴²⁵ Kamu Denetçiliği Kurumu Tavsiye Kararı, parag. 14-25.

⁴²⁶ E.2013/122, K.2014/74, 09/04/2014.

⁴²⁷ E.2013/122, K.2014/74, 09/04/2014.

uluslararası sözleşmelere aykırılı olan düzenleyici işlem olan yönetmelikteki hususların yeniden düzenlenmesinin uygun olacağı ifade edilmiştir.⁴²⁸

2.2.3. Kişinin elde edilen bilgilere ulaşamaması

AİHM nezdinde görülen davalara bakıldığında kişisel verilere ilişkin diğer bir problemi toplanan verilere kişilerin erişememe durumu oluşturmaktadır. Öncelikli olarak ifade edilmelidir ki bu tür davalar “bilgi edinme hakkı” bağlamında genelde Sözleşmenin 10. maddesinde belirtilen ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak bazı durumlarda AİHM, konuyu AİHS’nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Bu davalardan birisi de Gaskin/Birleşik Krallık⁴²⁹ davasıdır. Başvurucu, annesinin ölümünden sonra sosyal hizmetler tarafından bakıldığı süre boyunca tutulan dosyaya erişemediği belirtmiştir. Başvurucu, bu bilgilerin toplanılıp saklanmasıyla ziyade, hiçbir sınırlama olmaksızın erişiminin tümünden engellenmesinden şikayet etmektedir. AİHM, başvurusunun dosyasında kendi çocukluğuna ait bilgilerin özel hayatına ilişkin olduğunu ifade etmiştir. AİHM’ye göre, başvurusunun durumundaki bir kimsenin, çocukluğunu ve gelişiminin erken dönemini bilmek ve anlamak için gerekli bilgileri almasında hayati bir menfaat bulunmaktadır.⁴³⁰ AİHM bu tür durumlarda kamu belgelerinin gizliliğinin, objektif ve güvenilir bilgi elde edilmesi için önem taşıdığını da hemen eklemektedir. Bu sebeple bilgilerin gizli tutulmasında üçüncü kişilerin korunması da göz önüne alınmalıdır.⁴³¹ Ancak söz konusu olayda yarışan menfaatler arasında bir denge kurulamamıştır. Birleşik Krallık dosyaya ulaşmayı üçüncü kişilerin rızasına bağlayan bir sistem öngörmüştür. Ancak bu sistem dosyada bilgisi bulunan üçüncü kişilerin mevcut olmaması ya da gereksiz yere rıza göstermemeleri durumunu dikkate almamaktadır.⁴³² Bu sebeple kamu makamları tarafından söz konusu bilgilere erişiminin engellenmesi hakkın ihlaline sebep olmuştur.⁴³³

⁴²⁸ Anadolu Ajansının 13/01/2015 tarihli haberine göre Adalet Bakanlığı tavsiye kararı üzerine UYAP veri tabanında bulunan bilgilerin emniyet birimleriyle paylaşılması uygulamasına son vermiştir. “Adalet Bakanlığı ombudsmanın UYAP tavsiye kararına uydu” bkz. <http://aa.com.tr/tr/turkiye/adalet-bakanligi-ombudsmanin-uyap-tavsiye-kararina-uydu/84704> 27.08.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁴²⁹ Gaskin/Birleşik Krallık, 10454/83, 07/07/1989.

⁴³⁰ Gaskin/Birleşik Krallık, parag. 49.

⁴³¹ Gaskin/Birleşik Krallık, parag. 49.

⁴³² Gaskin/Birleşik Krallık, parag. 49.

⁴³³ Gaskin/Birleşik Krallık, parag. 50.

Roche/Birleşik Krallık⁴³⁴ davasında ise başvuru İngiliz Ordusu'ndan ayrılan sağlık problemleri yaşayan eski bir askerdir. Kişi silahlı kuvvetlerde görevli iken kendisinin bazı gaz deneylerinde denek olarak kullanıldığını ileri sürmüştür. Kendisine yapılan müdahalelerin, deneylerin raporunu istemiş kendisi hakkında tutulan raporların bazılarını çok geç de olsa erişen kişi davayı AİHM'ye taşımıştır. AİHM, devletin denemelerde yer alan başvuru kişinin kendisiyle ilgili tüm ilgili belge ve bilgilere ulaşmasını sağlama konusundaki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğinden dolayı ihlal kararı vermiştir.⁴³⁵

Kişinin geçmişini bilmesini, kökenini öğrenmesini özel hayat bağlamında değerlendiren AİHM, bazen yarışan iki menfaatinin dengelenmesi yoluna gitmiştir. Odievre/Fransa⁴³⁶ davasında başvuru, koruyucu aile tarafından büyütülmüştür. Öz annesinin ve kardeşlerinin olduğunu öğrenen Odievre doğum ile ilgili kayıtlara ulaşmak istemektedir. Ancak ulusal mevzuatta yeri olan bir düzenleme ile öz anne kimliğini tespit edecek detayların paylaşılmasını istememiş, meçhul kalma isteğinde bulunmuştur. Başvurucunun talepleri de mevzuata uygun olarak reddedilmiş, kişi geçmişine ait (annenin izin vermediği) bilgilere ulaşamamıştır. AİHM, önüne gelen davada iki tarafın talepleri arasında değerlendirmelerde bulunmuş, mevzuatla düzenlenen hususları incelemiştir. AİHM, hukuk sistemleri arasında farklılıkların bulunabileceğini belirtmiş, öz ebeveynlere kimliklerini açıklama zorunluluğu getirmeyen Fransa'daki sistemi devletlere verilen takdir yetkisi kapsamında değerlendirmiştir. AİHM, daha sonra öngörülen sistemin ayrıntılarını dikkate almıştır. Mevcut sisteme göre başvuru geçmişine ilgili öz annesi ve ailesi dışındaki diğer tüm verilere ulaşabilmekte bir sıkıntı yaşamamaktadır. Ayrıca öngörülen sistemde, ulusal bir komisyon aracılığıyla anne rıza göstererek bilgilerin paylaşılmasını sonradan da talep edebilmektedir AİHM zor olarak değerlendirilebilecek bu kararda, ulusal makamların anne ile çocuk arasında mevcut yarışan menfaatlerini dengeleyecek uygulamalar yaptığını ifade ederek ihlal kararı vermemiştir.⁴³⁷

⁴³⁴ Roche /Birleşik Krallık, 32555/96, 19/10/2005.

⁴³⁵ Dinç, 2006, 389.

⁴³⁶ Odievre/Fransa, 42326/98, 13/02/2003.

⁴³⁷ Roagna, 2013, 53-55.

AİHM, kişilerin kendileriyle ilgili kişisel bilgiler içeren dosyalarına sahip olma hakkının devletin pozitif yükümlülükleri arasında olduğunu ifade etmektedir.⁴³⁸ Kişilerin dosyalarını istemeleri durumunda, bu dosyaların çoğaltılmasının şartlarını belirlemek, veya bu dosyaların birer örneğinin verilmemesini gerekçelendirmek devlete düşmektedir. K.H ve diğerleri/Slovakya davasında başvuruçular sezaryenle doğum yaptıkları hastaneden çıktıktan sonra tüm çabalara rağmen hamile kalamamışlardır. Hastane personelinin kendilerini kısırlaştırdıklarını düşünen başvuruçular, sağlık dosyalarının birer fotokopisi talep etmişlerdir. Yürürlükteki mevzuat hükümlerince, sağlık dosyalarındaki bilgilerin kötü niyetle kullanılmasının önüne geçmek gerekçesiyle talepleri reddedilmiştir. AİHM bu reddedilme sebebinin makul olmadığını, kişilerin kendi dosyalarına ulaşmasında nasıl bir kötü niyet olacağını anlayamadığını belirterek, ihlal kararı vermiştir.⁴³⁹

2.3. Kişinin Cinsel Hayatı

Kişinin özel hayatı, özgürce oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir alan olmalı ve bu alanda birey “cinsel ilişki de dahil olmak üzere” ilişkiler kurabilmelidir.⁴⁴⁰ AİHM, AİHS’nin 8. maddesi kapsamında kişinin kendisini geliştirmesine ve gerçekleştirmesine büyük önem vermiş, kişinin cinsel hayatının da bu kapsamda korunması gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁴¹ Cinsel hayat kapsamında değerlendirilen başvuruların çoğunluğunu, başvuruçuların homoseksüel olması ve yaşadıkları ilişkinin taraf devlet tarafından yasaklanması oluşturmaktadır.⁴⁴²

Dudgeon/Birleşik Krallık davası bu konudaki davaların ilkinin oluşturmaktadır. Başvuruçucu 14 yaşından beri eşcinseldir. Uyuşturucu madde bulundurduğundan dolayı evinde yapılan aramada, uyuşturucu maddenin yanı sıra eşcinsel olduğunu anlattığı günlüğü ve yazışmaları da bulunmuş ve el konulmuştur.⁴⁴³ Polis karakolunda yapılan sorgulamanın büyük bir bölümünde cinsel hayatı hakkında sorular sorulmuştur. Başvuruçucu

⁴³⁸ K.H ve diğerleri/Slovakya, 32881/04, 28/04/2009.

⁴³⁹ K.H ve diğerleri/Slovakya, kararın özet çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-119510\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) 25/08/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁴⁴⁰ Roagna, 2013, 16.

⁴⁴¹ X ve Y/Hollanda, 8978/80, 26/03/1985, parag. 22 Benzer AYM değerlendirmesi için Şengül Kayan, 2013/1614, 03/04/2014, parag. 36.

⁴⁴² Norris/İrlanda, 10581/83, 26/10/1988, Dudgeon/Birleşik Krallık, 7525/76, 22/01/1981

⁴⁴³ Dudgeon/Birleşik Krallık, 7525/76, 22/01/1981, parag. 32.

eşcinsel faaliyetlerinden dolayı sorguya çekildiğini, bu konudaki yasal hükümlerden dolayı korku, psikolojik sıkıntı, ve acı çektiğini ifade etmektedir.⁴⁴⁴ Bu sebeple AİHM önüne gelen davada, incelenen konu müdahalenin haklı gerekçeler ile yapılıp yapılmadığı olmuştur. Söz konusu müdahalenin “hukuken öngörülebilir olması” “meşru amaca sahip olması” “demokratik toplumda gerekli olması” AİHM tarafından ele alınmıştır. AİHM’ye göre hukuka uygunluk şartı sağlanmaktadır. Ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla yapıldığı ifade edilen uygulamanın, meşru amacı olduğu da kabul edilmiştir.⁴⁴⁵ Ancak üzerinde durulması gereken en önemli konu bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının belirlenmesidir.⁴⁴⁶ AİHM, gençlikleri, zihinsel güçsüzlükleri, tecrübesizlikleri sebebiyle özel nitelikte olan kişilerin, bu tür ilişkilerden korunmasının gerekli olduğunu kabul etmiş, bu tür yasaların başka devletlerde de mevcut olduğunu ifade etmiştir.⁴⁴⁷ Ancak Kuzey İrlanda yasaları, hiçbir şekilde erkekler arasındaki cinsel ilişkilere izin vermemektedir.⁴⁴⁸ AİHM, bu noktanın üzerinde durmuş ilgili yasa hükümlerinin “gereklilik” sınırlarını aşıp aşmadığını tespit etmeye çalışmıştır. Hükümet söz konusu yasa hükümlerinin diğer ülkelerden daha katı olmasına gerekçe olarak toplumun daha tutucu olmasını ve dini faktörlere daha fazla önem vermesini göstermiştir.⁴⁴⁹ Hükümete göre bu tür hareketlerin yasaklanmasına yönelik “toplumsal baskı” bulunmaktadır. AİHM ise “toplumsal baskısı”nın bu tür yaptırımların sürdürülmesini haklı göstermeyeceğini ifade etmiştir. AİHM, hükümet tarafından belirtilen ve müdahaleyi haklı gösteren gerekçelerin, başvuru gibi eşcinsel olan bireylerin yaşadığı zararlı etkilerden daha ağır basmadığını ifade etmiştir. AİHM “toplumda eşcinselliği ahlaka aykırı gören üyelerin eşcinsel hareketlerden rahatsız olmalarının, bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceğini” belirterek ihlal kararı vermiştir.⁴⁵⁰

⁴⁴⁴ Dudgeon/Birleşik Krallık, parag. 32-37

⁴⁴⁵ Dudgeon/Birleşik Krallık, parag. 44,45.

⁴⁴⁶ Dudgeon/Birleşik Krallık, parag. 48.

⁴⁴⁷ Dudgeon/Birleşik Krallık, parag. 49

⁴⁴⁸ Dudgeon/Birleşik Krallık, parag. 49.

⁴⁴⁹ Dudgeon/Birleşik Krallık, parag. 56.

⁴⁵⁰ Dudgeon/Birleşik Krallık, parag. 60. Bu dava AİHM’nin eşcinselliği yasadışı ilan eden yasaların varlığına karşı bir duruş sergilediği ilk dava olmuş sonraki kararlarda da etkisini göstermiştir.

Norris/İrlanda⁴⁵¹ davasında başvuru faal bir eşcinseldir. AİHM, Dudgeon davasında olduğu gibi eşcinsel faaliyetleri yasaklayan ve ceza öngören ulusal mevzuatı incelerken “hukuka uygunluk” “meşru amaç” ve “demokratik toplumda gereklilik” kriterlerinin varlığını araştırmıştır. Hükümet tarafından ileri sürülen söz konusu mevzuatın hukuka uygun olduğu, ahlakın korunması adına meşru amaca dayandığı kabul edilebilir bulunmuştur.⁴⁵² Ancak demokratik gereklilik konusunda AİHM taraf devlet ile aynı düşünmemektedir. AİHM taraf devletin ahlaki konularda geniş bir takdir yetkisinin olduğunu kabul etmiş, ancak bu yetkinin sınırsız olamayacağını altını çizmiştir. Dudgeon davasında olduğu gibi AİHM, hükümet tarafından ifade edilen “toplumsal baskı” gerekçesini kabul etmemiştir.⁴⁵³ AİHM *“toplumun eşcinselliği ahlaka aykırı gören üyelerine, söz konusu faaliyetler çarpıcı gelse de bu durum, rızası olan yetişkinler bakımından cezai yaptırımların uygulanmasına bir gerekçe olamaz”* diyerek ihlal kararı vermiştir.⁴⁵⁴

AİHM, verdiği iki kararda da homoseksüel ilişkilerin tümünden yasaklanmasını ve ceza öngörülmesini kabul edilemez bulmuştur. Devletlerin takdir yetkisi olduğunu her iki kararda da ifade eden AİHM, cinsel ilişki biçimlerinin düzenlenmesini, yaş, sağlık ahlak gibi gerekçelerle sınırlandırılmasını gereklilik ölçütüne aykırı bulmamıştır.

Laskey ve diğerleri/Birleşik Krallık⁴⁵⁵ davasında da bu tutumunu kararına yansıtmıştır. Başvurucular birkaç kişiyle birlikte, on yıldan fazla bir süredir devam eden sado-mazoşist faaliyetleri nedeniyle, müessir fiil ve yaralamanın da aralarında bulunduğu bir grup suçla suçlanmaktadır.⁴⁵⁶ Başvurucular yapılan faaliyetlerin kapalı kapılar ardında olduğunu, söz konusu faaliyetlere katılanlarının rızasının bulunduğu ifade etmiş, cezalara ve mahkûmiyetlerine karşı başvuruda bulunmuşlardır. AİHM, başvuruçuların aldığı ceza ve mahkûmiyetlerin özel hayatlarına bir müdahale niteliği taşıdığını kabul etmiştir.⁴⁵⁷ Kamu makamları tarafından yapılan müdahalenin gerekli olup olmadığını

⁴⁵¹ Norris/İrlanda, 10581/83, 26/10/1988.

⁴⁵² Norris/İrlanda, parag. 40.

⁴⁵³ Norris/İrlanda, parag. 46.

⁴⁵⁴ Norris/İrlanda, parag. 46.

⁴⁵⁵ Laskey ve diğerleri/Birleşik Krallık, 21627/93, 21628/93, 21974/93, 19/02/1997.

⁴⁵⁶ Laskey ve diğerleri/Birleşik Krallık, 21627/93, 21628/93, 21974/93, 19/02/1997, parag. 8.

⁴⁵⁷ Laskey ve diğerleri/Birleşik Krallık, parag. 36.

tespit etmeye çalışmıştır.⁴⁵⁸ AİHM, bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını tespit ederken taraf devletin takdir alanını dikkate alacağını ifade etmiştir. Takdir alanı belirlenirken ise her olayın kendine özgü durumları dikkate alınmalı, ilgili faaliyetlerin niteliği araştırılmalıdır.⁴⁵⁹ Başvurucuların faaliyetleri ise aşırı bir nitelik taşımakta, faaliyetler arasında iz bırakan ve kanamaya sebep olan yaralamalar bulunmaktadır.⁴⁶⁰ AİHM, söz konusu davranışların her açıdan aşırı bir karakterde bulunduğunu ve sağlıklarını etkilediğini belirtmiştir.⁴⁶¹ AİHM, devletin fiziksel zarar verilmesini içeren faaliyetleri, ceza hukukunu kullanmak suretiyle düzenlemesini bir görev olarak nitelendirmiştir.⁴⁶² Bu nedenle devlet yetkilileri, vatandaşlarını ciddi zarar ve yaralanma riskinden korumak için, takdir alanları içinde hareket etmişlerdir. Bu şartlarda başvurucular aleyhine alınan tedbirler orantısız görülemeyeceğinden AİHM ihlal olmadığına hükmetmiştir.⁴⁶³

Benzer A.D.T/Birleşik Krallık⁴⁶⁴ davasında, başvurucuların evinde erkekler arasında gerçekleştirilen eşcinsel ilişki görüntüleri ele geçirilmiştir. Görüntülerdeki faaliyetlerden dolayı başvurucular yargılanmış, ahlaksızlık suçundan hüküm giymişlerdir.⁴⁶⁵ AİHM, müdahaleyi öngören mevzuatın uygunluğunu incelerken söz konusu somut olayın özelliklerini dikkate almıştır. Olayda, erkek kişiler arasında şiddet içermeyen, kapalı kapılar ardında rıza ile ilişki yaşanmaktadır. AİHM bu noktada, özel alanda, şiddet içermeyen eşcinsel faaliyetleri suç sayan yasanın uygun olmadığı belirtmiş, ihlal kararı vermiştir.⁴⁶⁶ Görüldüğü üzere AİHM, eşcinsel faaliyetlerin yasaklanmasını içeren mevzuatları somut olayın kendine özgü durumlarına göre değerlendirmektedir.

⁴⁵⁸ Laskey ve diğerleri/Birleşik Krallık, parag. 42.

⁴⁵⁹ Laskey ve diğerleri/Birleşik Krallık, parag. 42.

⁴⁶⁰ Laskey ve diğerleri/Birleşik Krallık, parag. 8. Örneğin üreme organına sıcak balmumu, zımpara kağıdı, dikiş iğnesi, olta çengeliyle kötü muamele uygulaması ve saldırganın çıplak elleriyle veya ısırgan otu, çivili kemer veya dokuz başlıklı kırbaç gibi çeşitli aletlerle, ayinsel bir şekilde vurması yer almaktadır.

⁴⁶¹ Laskey ve diğerleri/Birleşik Krallık, parag. 45.

⁴⁶² Laskey ve diğerleri/Birleşik Krallık, parag. 43.

⁴⁶³ Laskey ve diğerleri/Birleşik Krallık, parag. 49.

⁴⁶⁴ A.D.T/Birleşik Krallık, 35765/97, 31/07/2000 bkz. LGBT Davaları AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları.(2012).İstanbul, Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği,19.bkz.http://www.festuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf 28/08/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁴⁶⁵ LGBT Davaları, 2012, 15.

⁴⁶⁶ LGBT Davaları, 2012, 15.

Taraf devlet tarafından homoseksüel ilişkiye getiren yaş sınırı ihlal olarak değerlendirilmese de bu yaş sınırının heteroseksüel ilişkilerle farklı olması ihlal olarak nitelendirilebilmektedir. L. ve V /Avusturya⁴⁶⁷ ve S.L/Avusturya⁴⁶⁸ davasında başvuruçular 14-18 yaş arasındaki erkeklerle cinsel ilişkiye girdiklerinden dolayı mahkum olmuşlardır. Avusturya yasalarında aynı yaş grubu kızlarla cinsel ilişkiye girmek suç sayılmamasına rağmen aynı yaş grubunda eşcinsel ilişkilerin suç sayılması AİHM'ye taşınmıştır. AİHM, söz konusu yasal düzenlemenin homoseksüellere karşı açıkça bir önyargı içerdiğini belirtmiştir.⁴⁶⁹ Bu farklı uygulamaya makul gerekçeler getirilemediği için ayrımcılık yasağıyla ilgili AİHS'nin 14. maddesiyle birlikte AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Kişinin cinsel hayatındaki tercihlerin, cinsel hayatına ilişkin görüntü veya kamera kayıtlarının kişinin meslek hayatının sonlandırılmasına sebebiyet vermesi de AİHM önüne gelen davalar arasındadır. Lustig-Praen ve Backet/Birleşik Krallık, Smith ve Grady/Birleşik Krallık, Perkins ve R./Birleşik Krallık, Beck, Copp ve Bazeley/Birleşik Krallık davalarında⁴⁷⁰, erkek ve kadın başvuruçular homoseksüel oldukları gerekçesiyle silahlı kuvvetlerden atılmışlardır. AİHM, söz konusu davalarda, müdahalenin ihlal niteliği taşıyıp taşımadığını demokratik toplumda gereklilik (zorunluluk) testine tabi tutarak cevaplandırmaya çalışmıştır. AİHM'ye göre oluşturulmalarına ve atılmalarına sebebiyet veren faaliyet, özel hayatın en mahrem alanına ilişkindir. Bu müdahalenin haklı olabilmesi için çok ciddi gerekçelere ihtiyaç duyulmaktadır. Hükümet, en büyük gerekçe olarak, milli güvenliği sağlamayla görevli ordunun iç disiplininin sağlanmasını göstermektedir.⁴⁷¹ AİHM'ye göre silahlı kuvvetlerin faaliyetlerinin etkinliğini tehdit eden bir durum varsa, devletler takdir yetkisini kullanarak bir takım yaptırımlar yapabilecektir. Ancak, AİHM bu yaptırımların özel hayata müdahale etmeyi gerektirip gerektirmediğini taraf devletin belirli örneklerle kanıtlamasını istemiştir. Hükümet, homoseksüel ilişkilerin, silahlı kuvvetlerin savaşma

⁴⁶⁷ L ve V/Avusturya, 39392/98, 09/04/2003.

⁴⁶⁸ S.L/Avusturya, 45330/99, 09/04/2003.

⁴⁶⁹ L ve V/Avusturya, 39392/98, 09/04/2003, parag.50-51, S.L/Avusturya, 45330/99, 09/04/2003, parag. 42-43.

⁴⁷⁰ Lustig-Praen ve Backet/Birleşik Krallık, 31417/96, 32377/96, 27/12/1999, Smith ve Grady/Birleşik Krallık, 33985/96, 33986/96, 27/12/1999, Perkins ve R./ Birleşik Krallık, 43208/98, 44875/98, 22/01/2003, Beck, Copp ve Bazeley/Birleşik Krallık, 48535/99, 48536/99,48537/99, 22/01/2003.

⁴⁷¹ Üzeltürk, 2004, 219, LGBT Davaları, 2012, 19.

gücünü ve operasyonel etkinliğini azalttığını belirtmektedir.⁴⁷² AİHM ise bunun sebebinin diğer personelin, eşcinsel personele karşı tutum ve davranışlarından kaynaklandığını ifade etmiş, bunu yeterli bir gerekçe olarak kabul etmemiştir. AİHM hükümet tarafından öne sürülen gerekçelerin ikna edici ve güçlü olmamasından ve ayrıca kanıtlanamadığından ihlal kararı vermiştir.⁴⁷³

Ülkemizde ise cinsel hayatına ilişkin görüntülerinin (fotoğraf, video) internette yayımlanmasından sonra haklarında açılan disiplin soruşturmasıyla mesleklerinden ihraç edilen başvurucular⁴⁷⁴ konuyu bireysel başvuru yoluyla AYM'ye taşımışlardır. AYM değerlendirmeleri kademeli olarak yapmış, ilk olarak müdahalenin özel hayat kapsamına girip girmediğini incelemiştir.⁴⁷⁵ AYM, bireyin mahremiyet alanının ve bu alanda cereyan eden eylem ve davranışlarının kişinin özel hayatı kapsamında olduğunu belirtmektedir. Her iki somut olayda da devlet memurluğundan çıkarma işlemi, başvurucuların özel hayatına ilişkin davranışları sebebiyle gerçekleştirilmiştir. Bu sebeple yapılan müdahale açıkça özel hayatın gizliliğine yönelik bir müdahale oluşturmaktadır.⁴⁷⁶ Bu tespitten sonra AYM, bu müdahalelerin hukuki bir temelini olup olmadığını incelemiştir. İki başvurucunun da geçirdiği disiplin soruşturması ve devamındaki yargısal süreç 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ilgili hükümlerince yürütülmüştür. Özellikle kamu görevi yürüten bireyler açısından disiplin cezalarının amacı, kamu görevlisini görevine bağlamak, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini ve bu suretle kurumların huzurunu temin etmektir. Bu bağlamda, disiplin hukukuna ilişkin uygulamalar neticesinde, özellikle kamu görevlilerinin işlem ve eylem tarzlarıyla ilgili bazı sınırlamalar getirilmesi belirtilen meşru temellere dayanmaktadır.⁴⁷⁷ Ancak AYM, bu noktada Anayasanın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması” başlıklı 13. maddesinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Meşru temellerin bulunmasına rağmen yapılan müdahale “demokratik toplumda gereklilik” “hakkın özü” ve “orantılılık” ölçütlerine uygun olmak zorundadır.⁴⁷⁸

⁴⁷² LGBT Davaları, 2012, 19-20.

⁴⁷³ Üzeltürk, 2004, 219.

⁴⁷⁴ Şengül Kayan, 2013/1614, 03/04/2014, Serap Tortuk, 2013/9660, 21/01/2015.

⁴⁷⁵ Şengül Kayan, parag. 36-37, Serap Tortuk, parag. 35-36.

⁴⁷⁶ Şengül Kayan, parag. 38, Serap Tortuk, parag. 37.

⁴⁷⁷ Şengül Kayan, parag. 44, Serap Tortuk, parag. 43.

⁴⁷⁸ Şengül Kayan, parag. 45, Serap Tortuk, parag. 44.

Bu noktada, AYM sınırlandırılmanın uygunluğunun tespiti için, gözetilen genel yarar ile bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir dengenin varlığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁷⁹ Kamusal makamların bir hakkın sınırlandırılması sürecinde takdir yetkisinin olduğunu kabul eden AYM, bu takdir yetkisinin de sınırsız olamayacağının altını çizmiştir.⁴⁸⁰ AYM'ye göre bu sınırlandırma yapılan müdahalenin elverişli, zorunlu ve orantılı olmasını gerektirmektedir.⁴⁸¹ AYM, başvuruya konu disiplin işlemi ile yargısal sürece konu edilen davranışların esasen meslekî faaliyet ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dâhil özel hayat eylemlerine ilişkin olduğunun dikkat edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁸² Başvurucunun kamu görevlisi olmaları nedeniyle birtakım davranışlarının kısıtlanmasının mümkün olabileceği ancak devlet memurluğundan çıkarma cezasının meslekî hayatı üzerinde olduğu kadar, ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etki oluşturduğu belirtilmiştir. Bu açıdan bakıldığında söz konusu kararın ağır olduğunu ifade etmiştir.⁴⁸³ AYM her iki başvuruda da, verilen disiplin cezasını göz önüne alarak, genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığını belirtmiştir. Başvurucuların, Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkı ihlal edilmiştir. Ayrıca her iki kararda da AYM, yargılamanın yeniden yapılması için dosyanın ilgili mahkemeye geri gönderilmesine karar vermiştir. Bu konuda ifade edilmesi gereken son husus kişinin en mahrem alanı olan cinsel hayatına ilişkin görüntülerin veya kayıtların üçüncü kişiler tarafından servis edilmesinde ya da şantaj olarak kullanılmasında devletin pozitif yükümlüğünün bulunmasıdır. AİHM ve AYM bu tür davalarda, kişinin cinsel hayatına ilişkin görüntülerin servis edilmesi durumunda etkin soruşturma yollarının devlet tarafından yapılması gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁸⁴

⁴⁷⁹ Şengül Kayan, parag. 49, Serap Tortuk, parag. 48

⁴⁸⁰ Şengül Kayan, parag. 50, Serap Tortuk, parag. 49.

⁴⁸¹ Şengül Kayan, parag. 50, Serap Tortuk, parag. 49.

⁴⁸² Şengül Kayan, parag. 66, Serap Tortuk, parag. 59.

⁴⁸³ Şengül Kayan, parag. 67, Serap Tortuk, parag. 60.

⁴⁸⁴ Schüth/Almanya, 1620/03, 23/12/2010, M.Arif Kılınc, 2013/1656, 16/07/2014.

2.4. Kişinin Fiziksel Ve Zihinsel (Psikolojik) ⁴⁸⁵ Bütünlüğü

AİHM ve AYM tarafından verilen kararlara bakıldığında kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü koruma altına alınan bir hak şeklinde ifade edilmiştir. AİHS'nin 8. maddesinde ifade edilen “özel ve aile hayatına saygı hakkı”nın kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsadığı birçok kararda belirtilmiştir.⁴⁸⁶ AYM de Anayasa'nın 17. maddesinde belirtilen, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının AİHS'nin 8. maddesiyle güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkına karşılık geldiğini birçok kararında dile getirmiştir.⁴⁸⁷ AİHS'nin 3.maddesi fiziksel ve psikolojik bütünlüğü, koruma kapsamına alan diğer bir maddedir. “İşkencenin yasaklanması” başlığı taşıyan hükme göre *“hiç kimse işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezaya maruz bırakılamaz.”* Benzer bir hüküm Anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Böyle durumlarda AİHM, söz konusu iddiaların AİHS'nin 3. maddesinin kapsamında yer alması için minimum bir ağırlığa ulaşması gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁸⁸ Yapılan müdahalelerin AİHS'nin 3. maddesinde belirtilen işkence olarak nitelendirebilmesi için, şiddetli acı veya eziyet uygulanması veya bilgi almak, cezalandırmak veya korkutmak gibi amaçlarla yapılması gerekmektedir.⁴⁸⁹ Tasarlanarak saatlerce uygulanan, fiziksel yaralanmalara sebep olan, fiziki ve ruhsal acılar çektiren muameleler ise insanlık dışı muamele olarak nitelendirilmektedir.⁴⁹⁰ AİHM, küçük düşürücü muameleyi ise mağdurlarda korku veya aşağılık duygusu oluşturan alçaltıcı nitelikte olan muameleler olarak nitelendirmiştir.⁴⁹¹ AYM de yapılan müdahalelerin 17. maddenin üçüncü fıkrası kapsamına girebilmesi için, asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması

⁴⁸⁵ AİHM kararında fiziksel ve psikolojik bütünlük olarak ifade edilen kavram AYM tarafından fiziksel ve zihinsel bütünlük olarak ifade edilmiştir. Çalışma içerisinde koruduğu değerlerde farklılık gözetmeyen iki kavramda birbirlerinin yerine kullanılacaktır.

⁴⁸⁶ S ve Marper/Birleşik Krallık, parag. 66, Juhnke/Türkiye, 52515/99, 13/05/2008, parag. 71, Y.F/Türkiye, 24209/94, 22/07/2003, parag. 33.

⁴⁸⁷ Aslı Kırmızı Demirseren, 2013/5680, 15/04/2014, parag. 29, Yusuf Burak Çelik, 2013/2538, 20/11/2014, parag. 20, Şehnaz Ayhan, 2013/6229, 15/04/2014, parag. 21, Mesut Özbezen, 2013/8175, 15/04/2014, parag. 28.

⁴⁸⁸ CostelloRoberts/Birleşik Krallık, 13134/87, 25/03/1993, parag. 30, Labita/İtalya, 26772/95, 06/04/2000, parag. 120, Hurtado/İsviçre, 17549/90, 28/01/1994, parag. 67.

⁴⁸⁹ Costello-Roberts/Birleşik, parag. 30, Labita/İtalya, parag. 120, Hurtado/İsviçre, parag. 67.

⁴⁹⁰ Costello-Roberts/Birleşik, parag. 30, Labita/İtalya, parag. 120, Hurtado/İsviçre, parag. 67.

⁴⁹¹ Costello-Roberts/Birleşik, parag. 30, Labita/İtalya, parag. 120, Hurtado/İsviçre, parag. 67.

gerektiğini ifade etmiştir. Bu asgari eşiğin aşılp aşılmadığının değerlendirilmesi yapılırken, somut olayın özellikleri dikkate alınacaktır. AYM somut olayda, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu, muamelenin uygulanış şekli, mesleki statüsü gibi birçok faktörün dikkate alınacağını belirtmektedir.⁴⁹² AİHM, minimum bir ağırlığa ulaşmayan kötü müdahaleleri AİHS'nin 8. maddesi kapsamında ele almaktadır. AYM de söz konusu müdahalenin ağırlığına bakarak işkence, kötü müdahale olarak nitelendirilmeyecek durumları Anayasa 17. maddenin birinci fıkrasıyla koruma altına almaktadır. Çalışma kapsamında AİHM'nin ve AYM'nin minimum düzeyi aşmayan müdahaleler hakkında verdikleri kararlar ele alınacaktır. AİHM, geçen süre zarfında birçok konuyu kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü hakkı çerçevesinde AİHS 8. madde kapsamına almıştır. Bu konular ve ilgili AYM kararları alt başlıklar halinde sunulacaktır.

2.4.1. Kişinin şan ve şöhreti, şeref haysiyeti

Kişinin şan ve şöhreti ile ilgili olarak AİHS'nin 8. maddesinde açıkça bir hüküm bulunmasa da AİHM, "bir kişinin şöhretinin, onun fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün bir parçası olduğunu ve bu sebeple özel hayat kapsamına girdiğini" belirtmiştir.⁴⁹³ Bu tür davalarda genellikle iki maddenin bir nevi çatışması durumu ortaya çıkmaktadır. İfade ve basın hürriyetini düzenleyen AİHS'nin 10. maddesi ile özel hayatı düzenleyen 8. maddesi arasında, AİHM bir nevi denge fren mekanizmasının kurulması gerekliliğinin altını çizmiştir.⁴⁹⁴ Bu tür davalarda yapılan başvurular, genellikle basın yayın organları aracılığıyla kişinin şeref ve itibarının korunmamasına yönelik şikayetlerdir.⁴⁹⁵ Tabi ki de bu tür şikayetlerde AİHS'nin 8. maddesinin uygulanabilmesi için, yapılan saldırının belirli bir düzeye ulaşması, yapılan eylemin kişiye zarar verici nitelikte olması gerekmektedir.⁴⁹⁶ Bu tür davalarda yapılan eylemler devlet eliyle olmasa da AİHM, kişinin itibarının korunması kapsamında devletlerin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu belirtmektedir.⁴⁹⁷

⁴⁹² Mesut Özbezen, 2013/8175, parag. 30, Aslı Kırmızı Demirseren, 2013/5680, parag. 31, Yusuf Burak Çelik, 2013/2538, parag. 22.

⁴⁹³ Pfeifer/Almanya, 12556/03, 15/11/2007, parag. 35, AxelSpringerAG/Almanya, 39954/08, 07/02/2012, parag. 83.

⁴⁹⁴ Pfeifer/Almanya, parag. 38.

⁴⁹⁵ Pfeifer/Almanya, 12556/03, 15/11/2007, Axel Springer AG/Almanya, 39954/08, 07/02/2012.

⁴⁹⁶ Mater/Türkiye, 54997/08, 16/07/2013, parag. 52.

⁴⁹⁷ Von Hannover/Almanya (no2), 40660/08, 60641/08, 07/02/2012, parag. 98.

Konuyla ilgili olarak, Prenses Caroline'nin evinin dışında günlük işlerini yaptığı sırada çekilen fotoğraflarının Alman gazetelerinde yayımlanması üzere açılan Von Hannover/Almanya davası, ortaya koyduğu değerlendirmeler açısından önemlidir. Başvurucu fotoğraflarının daha fazla yayınlanmaması için Alman Mahkemeleri'ne talepte bulunmuştur. Mahkeme evinin dışında çekilen fotoğrafların prensesin temsil ettiği makamdan dolayı kamuoyunda bilgi sahibi olunması ihtiyacını doğurduğunu ifade etmiştir. Bunun basın özgürlüğüne girdiğini belirten mahkeme bu konuda hoşgörülü olması tavsiyesinde bulunmuştur.⁴⁹⁸ AİHM ise söz konusu fotoğrafların başvurunun yalnızca özel hayatını içerdiğini belirtmiştir. Söz konusu fotoğraflar toplumun genel ilgiyle bağlantı kurulamayacak düzeydedir. AİHM, kişinin özel hayatını korumada pozitif yükümlülüğü bulunan devletin başvurunun özel hayatı için etkin bir koruma sağlamakta başarısız olduğunu belirterek ihlal kararı vermiştir.⁴⁹⁹ Görüldüğü üzere burada da ifade ve basın özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkı arasında yarışan bir menfaat ortaya çıkmıştır. AİHM'nin kişinin fotoğraflarının yayınlanmasını özel hayata müdahale olarak gördüğü kararları bulunmakta⁵⁰⁰ aynı zamanda ifade özgürlüğünün fotoğraflarının yayımlanmasını kapsadığı da belirtilmektedir.⁵⁰¹ AİHM ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği hakkı arasında denge kurarak birtakım kriterlerle yapılan müdahalenin gerekli ve orantılı olup olmadığını teste tabi tutmaktadır.⁵⁰² AİHM bu test için belirlediği kriterleri:

- Yayımlanan yazı, ifade veya görüntülerin kamuoyuna sağladığı katkı,
- Yazı, ifade veyahut görüntülerin hedefinde olan kişinin tanınmışlık düzeyi,
- İlgili kişinin yayından önceki davranışları,
- Elde edilen bilgilerin elde edilme yöntemi ve doğruluğu,
- Yayının içeriği, sunuluş şekli ve sonuçları şeklinde ifade etmektedir.⁵⁰³

⁴⁹⁸ Dinç, 2006, 398.

⁴⁹⁹ Dinç, 2006, 398.

⁵⁰⁰ Schüssel/Avusturya, 42409/98, 21/02/2002, Petrina/Romanya, 78060/01, 14/10/2008, parag. 27.

⁵⁰¹ Österreichischer Rundfunk/Avusturya, 57507/00, 25/05/2004, Verlagsgruppe News GMBH/Avusturya (no2) 10520/02, 14/12/2006, parag. 29-40.

⁵⁰² AİHM kriterleri için bkz. Nilgün Halloran, 2012/1184, 16/07/2014, parag. 44

⁵⁰³ Von Hannover/Almanya (no2), 40660/08, 60641/08, 07/02/2012, parag. 109-113. AİHM ilk davada ihlal kararı vermiş daha sonra açılan ikinci davada yukarıdaki kriterleri değerlendirerek herhangi bir ihlal olmadığına hükmetmiştir. Axel Springer AG/Almanya, 39954/08, 07/02/2012, parag. 90-95.

AİHM’ye göre bilgi, görüntü ya da röportajlarının kamu için bilgilendirici değeri ne kadar yüksekse, bireyin korunma çıkarı o kadar azalmakta, bilgilendirici değeri ne kadar düşükse, kişinin korunma çıkarı o kadar artmaktadır.⁵⁰⁴ Hedef alınan kişinin rol ve fonksiyonu da önem arz etmektedir. AİHM’ye göre normal bireyler ile kamusal şahıs veya siyasi kişilikleri ayırmak gerekmektedir.⁵⁰⁵ Resmi bir görevi yerine getiren siyasi bir kişilik hakkında yayınlanan röportaj, demokratik bir toplumdaki tartışmaya olumlu katkı sunabileceği için böyle bir görev ifa etmeyen kişi hakkındaki verilen detaylarla bir tutulmamalıdır.⁵⁰⁶ Burada kamunun bilgilenme hakkı olduğundan bahseden AİHM, yayımlanan haber, fotoğraf, röportaj gibi faaliyetlerin sadece belli bir kesimin merakını gidermesine sebebiyet verecek şekilde sadece özel hayatlarıyla ilgili olması durumunda böyle bir üstün gelme durumundan söz edilemeyeceğini dile getirmiştir.⁵⁰⁷ AİHM, bu tür bilgi yada görüntülerin yayımlanmasından önce ilgili kişinin davranışlarını da bir kriter olarak belirlemiştir. Bu konuda basınla işbirliği yapılıp yapılmaması önem arz etmektedir.⁵⁰⁸ Yayımlanan röportaj, fotoğraf veya haberin ulusal veya yerel, çok veya az okunan bir gazetede yayımlanmış olması da bazı durumlarda önemli olabilmektedir.⁵⁰⁹

AYM de bireyin şeref ve itibarının, Anayasanın 17. maddesinde yer alan “manevi varlık” kapsamında yer aldığını ifade etmiştir.⁵¹⁰ Devletin bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibarına keyfi olarak müdahale etmeme yükümlülüğü olduğu gibi, üçüncü kişiler tarafından yapılan saldırıları da önleme yükümlülüğü vardır.⁵¹¹ AYM kişinin şeref ve itibarına yapılan bu saldırıların görsel ve işitsel bir yayın yoluyla kamuoyu tartışması şeklinde yapılması halinde bile, şeref ve itibarın o kişinin manevi bir parçası olduğunu unutmamak gerektiğini ifade etmiştir.⁵¹² AYM, AİHM kararlarına atıfta

⁵⁰⁴ Von Hannover/Almanya (no2), parag. 114. Bu kriterler Von Hannover davasında iki farklı kararın ortaya çıkmasını sağlamıştır. İlk kararda çekilen görüntülerin kişinin salt özel hayatını ilgilendirdiğini, meraklı bir kesim haricinde kimsenin yararına olmadığını ifade eden AİHM, ihlal kararı vermiştir. Bu karardan 4 yıl sonra yapılan ikinci başvuruda ise yukarıda da ifade edilen kriterlere basimevleri tarafından uyulduğu, gerekli dengenin kurulduğu gerekçesiyle ihlal kararı verilmemiştir.

⁵⁰⁵ Von Hannover/Almanya (no2), parag. 110.

⁵⁰⁶ Standard Verlags GMBH/Avusturya, 13071/03, 02/11/2006, parag. 47.

⁵⁰⁷ Von Hannover, 59320/00, 24/09/2004, parag. 65, Standard Verlags GMBH/Avusturya, parag. 53

⁵⁰⁸ Egeland ve Hanseid/Norveç, 34438/04, 16/07/2009, parag. 62.

⁵⁰⁹ Karhuvaara ve Iltalehti/Finlandiya, 53678/00, 16/11/2004, parag. 47.

⁵¹⁰ Adnan Oktar, 2013/1123, 02/10/2013, parag. 32.

⁵¹¹ Adnan Oktar, parag. 33.

⁵¹² Adnan Oktar, parag. 33.

bulunarak kişinin şeref ve itibarının korunması hakkı ile ifade özgürlüğünden yararlanma hakkı arasında denge kurulması gerektiğinin altını çizmiştir.⁵¹³ Hatta bu dengenin kurulmasında yukarıda ifade edilen kriterleri göz önüne alarak kararlar vermiştir. İlhan Cihaner kararı bunlardan birisidir.⁵¹⁴ Başvurucu Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı görevinde iken yürüttüğü birtakım soruşturmalar hakkında bir gazetede çıkan haberlerin mesleki itibarını ve kişilik haklarını çiğnediğini iddia etmektedir. AYM, mevcut başvuruda Anayasanın 17. maddesinin 1. fıkrasında korunan kişisel itibar hakkı ile ulusal günlük gazetenin Anayasanın 28. maddesiyle sahip olduğu basın özgürlüğü ve 26. maddeyle sahip olduğu düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü arasında denge kurularak karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Denge kurmak için başvuru uygun kriterleri “kamu yararına katkı,⁵¹⁵ hedef alınan kişinin ünlülük derecesi ile haber veya makalenin konusu,⁵¹⁶ ilgili kişinin önceki davranışları,⁵¹⁷ yayımın içeriği, şekli ve sonuçları⁵¹⁸ ve haber veya makalenin yayımlanma şartları⁵¹⁹ ” oluşturmuştur. Somut başvuruya konu olan haberde başvuruçunun “Ergenekon Terör Örgütüne” üye olmaktan tutuklandığı ve bu tutuklamaya sebep olan faaliyetler yer almaktadır.⁵²⁰ AYM, söz konusu haberi bu haberden önce yürütülen Ergenekon soruşturma süreciyle beraber değerlendirmiş, bu haberin bir ölçüde kamusal nitelikteki bir tartışmaya katkı sunduğunu ifade etmiştir.⁵²¹ Başvuruçunun olayların geçtiği zamanda üst düzey bir kamu görevlisi olduğunu belirten AYM, haberin öncesinde meydana gelen olaylarla birlikte söz konusu kişinin tartışma götürmeyecek derecede tanınmışlık seviyesinin arttığını belirtmiştir.⁵²² AYM bundan sonra ilk derece mahkemesinin yapmış olduğu değerlendirmelere yer vermiştir.⁵²³ İlk derece mahkemesi, haberin yayınlandığı tarihte meydana gelen olaylar ile haberin içeriğini kıyaslamış ve

⁵¹³ Adnan Oktar, parag.34.

⁵¹⁴ İlhan Cihaner, 2013/5574, 30/06/2014.

⁵¹⁵ İlhan Cihaner, parag. 67.

⁵¹⁶ İlhan Cihaner, parag. 68.

⁵¹⁷ İlhan Cihaner, parag. 71.

⁵¹⁸ İlhan Cihaner, parag. 72.

⁵¹⁹ İlhan Cihaner, parag. 73

⁵²⁰ İlhan Cihaner, parag. 77. Haberde “başvuruçunun bazı askeri yetkililerle görüştüğü, bu görüşmelerden sonra başvuruçunun dini cemaatlere yönelik başlattığı operasyonun 16 ile yayıldığı, bu soruşturmanın asıl amacının iktidarda olan hükümet ile dini cemaatler arasında irtibat sağlayarak askeri darbeye zemin hazırlamak olduğu ileri sürülmüştür.”

⁵²¹ İlhan Cihaner, parag. 81.

⁵²² İlhan Cihaner, parag. 82.

⁵²³ İlhan Cihaner, parag. 85-87.

haberini “görünür gerçekliğe uygun” olduğuna karar vermiştir.⁵²⁴ Haber başlıklarında yer alan “savcı boğazına kadar batmış” ve darbe planını kastederek kullandığı “düğmeye bastı” ifadelerin hukuka uygunluk sınırları içinde kaldığını ifade etmiştir.⁵²⁵ Ayrıca ilk derece mahkemesi haberin tümüyle olgusal temelden yoksun olmadığını da belirtmiştir. AYM, ilk derece mahkemesinin bu tespitlerine yer verdikten sonra; söz konusu yazının bir haber yazısı olduğunu belirtmiş, haberde yer alan ifadelerin başvurucunun şahsına hakaret içermediğini, ona karşı şiddeti teşvik etme gibi bir durum olmadığını, başvurucunun yargı görevini engelleyecek herhangi bir ifadeye yer vermediğini belirtmiştir.⁵²⁶ AYM bu sebeplerle 17. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

2.4.2. Kişinin temiz ve sağlıklı çevrede yaşama hakkı

AİHS’de açıkça koruma altına alınmayan çevre hakkı, söz konusu somut olayın kendine özgü nitelikleri ele alındığında AİHS’nin 8. maddesinin koruması altında kendine yer bulabilmektedir. Powell ve Rayner/Birleşik Krallık davasında, hükümet somut olayın AİHS’nin 8. maddesinin koruması kapsamında değerlendirilemeyeceği iddia etmektedir. AİHM ise “yüksek gürültü, bireyin fiziksel bütünlüğünü ve iyiliğini etkiler bu da özel hayata müdahaledir” değerlendirmesiyle söz konusu durumları koruma kapsamına aldığını ifade etmiştir.⁵²⁷ AİHS’de açıkça sağlıklı, temiz gürültüsüz bir çevre hakkı tanımlanmadığından somut olayların AİHS 8. maddesinin korumasından yararlanabilmesi için, müdahalenin doğrudan kişinin evini, ailesini veya özel hayatını etkilemesi gerekmektedir.⁵²⁸ AİHM önüne gelen davalara bakıldığında, daha çok kişinin konutuna yakın yerlerde var olan rahatsızlık verici durumların şikayet konusu yapıldığı göze çarpmaktadır. Kişinin konutunun, dolayısıyla özel ve aile hayatının etkilendiği bu tür davaların ayrıntılı açıklaması sonraki bölümlerde konut dokunulmazlığı başlığı altında ifade edilecektir.

⁵²⁴ İlhan Cihaner, parag. 85.

⁵²⁵ İlhan Cihaner, parag. 86. Burada basın özgürlüğünün kapsamının, bir dereceye kadar abartı ve provoke etmeye izin verecek şekilde yorumlanması gerektiğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

⁵²⁶ İlhan Cihaner, parag. 88-89.

⁵²⁷ Powell ve Rayner/Birleşik Krallık, 9310/81, 21/02/1990, parag. 40.

⁵²⁸ Roagna, 2013, 79.

2.4.3. Kürtaj hakkı

AİHS 8. maddesinin kürtaja ilişkin durumlarda uygulanabilme sorunu, ilk olarak Brügge ve Scheuten/Almanya⁵²⁹ başvurusuna ilişkin komisyon raporunda ele alınmıştır. Hamileliği durdurmayı öngören mevzuata ilişkin değerlendirmelerin yapıldığı söz konusu raporda *“kadının hamile kaldığında, fetüsle olan sıkı ilişkisi özel hayat alanına temas etmektedir”* ifadesi yer almaktadır.⁵³⁰ Kürtaj söz konusu olduğunda sadece annenin değil, doğacak çocuğun ve aynı zamanda babanın da hakları söz konusu olabilmektedir. AİHM kararlarına bakıldığında ceninin yaşam hakkı olduğuna dair, açıkça bir hüküm vermekten kaçınıldığı gözlemlenmektedir. Brügge ve Scheuten/Almanya davasında komisyon doğmamış bir çocuk hakkında; yaşam hakkı olan bir varlık mı yoksa AİHS’nin 8 maddesinin 2. fıkrasınca başkalarının haklarının korunması için müdahale edilecek bir varlık mı olduğu konusunda herhangi bir hüküm beyan etmemiştir.⁵³¹ AİHM, Vo/Fransa yaptığı değerlendirmede ise doğmamış çocuğun bir yaşam hakkı olduğu kabul edilse bile bunun annenin menfaatiyle sınırlı olduğunu ifade etmiştir.⁵³² AİHM, H/Norveç, Open Door ve Duplin Well Woman/İrlanda⁵³³ davalarında da ortak tutum olarak bu tavrını sürdürmüştür. AİHM, Boso/İtalya⁵³⁴ davasında ise sayılan davalara da atıf yaparak *“bu davaların incelenmesinden anlaşıldığına göre bu mesele bazen bir anne olan kadının veya bir babanın birbirine göre doğmamış çocuk karşısında çelişen hak ve özgürlükleri dengelenerek karara bağlanmalıdır”* ifadesine yer vermiştir.⁵³⁵

Ayrıntılı olarak değerlendirmelerin yer aldığı A,B ve C/İrlanda⁵³⁶ davası bu açıdan önem arz etmektedir. Başvuruculardan ilk ikisi, İrlanda yasalarında kürtaja izin verilmemesinin özel hayatlarına müdahale niteliği taşıdığını belirtmişlerdir. Üçüncü

⁵²⁹ Brügge ve Scheuten/Almanya, 6959/75, 12/07/1977. Strasbourg makamlarının komisyon olarak görev yaptığı 1977 yılına ilişkin bir rapordur.

⁵³⁰ Roagna, 2013, 21.

⁵³¹ Brügge ve Scheuten/Almanya, parag. 61.

⁵³² Dericiler, Y.Ö (2014,14 Kasım). AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması, VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu Bildiriler, Petrol-İş Yayını 119, 367-384. Bkz. <http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/sihus2014.pdf> 10.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁵³³ Open Door ve Duplin Well Woman/İrlanda,14234/88, 14235/88, 29/10/1992.

⁵³⁴ Boso/İtalya, 50490/99, 05/09/2002.

⁵³⁵ Dericiler, 2014, 379.

⁵³⁶ A,B ve C/İrlanda, 25579/05, 16/02/2010.

başvurucu ise kanser hastasıdır. Hayati tehlikesi bulunduğundan hamileliğinin sona erdirilmesi gerekmektedir. Ancak başvuru hamileliğin, hayatı için tehlikeli olmasına rağmen İrlanda’da kendisine yasadaki şartları doldurduğunu ispat etmeye imkan veren bir prosedürün olmadığından şikayet etmektedir.⁵³⁷ AİHM, somut özelliklere geçmeden önce birtakım değerlendirmelerde bulunmuştur. AİHM, *“hamileliğin ve kürtajın tamamen ileride anne olacak kadının özel hayatının parçası olduğunu, çünkü hamile bir kadının özel hayatının sıkı bir şekilde gelişen ceninin hayatıyla bağlı olduğunu”* altını çizmiştir.⁵³⁸ AİHM, AİHS’nin 8. maddesinin kürtaj yapma hakkı olarak yorumlanmaması gerektiğini ifade etmiş; hamile bir kadının özel hayatına saygı hakkının, doğacak çocuğun hakları dahil olmak üzere çatışma halindeki haklar dikkate alınarak ölçülmesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM özellikleri bakımından ilk iki başvuruyu birlikte üçüncü başvuruyu ayrı değerlendirerek karar vermiştir. AİHM ilk iki başvuruçunun iddialarını değerlendirirken kürtajı yasaklayan mevzuatı “yasa ile öngörülme” “meşru amaca sahip olma” “demokratik toplumda gerekli olma” ölçütlerine tabi tutmuştur. AİHM müdahalenin yasa ile öngörüldüğü “İrlanda’da sağlık nedeniyle ve kişisel refah nedeniyle kürtaj yapamayacaklarının tamamen açık olduğunu” ifade etmektedir.⁵³⁹ AİHM’nin tespitine göre, söz konusu sınırlamalar ahlaki koruma meşru amacına yönelik olarak yapılmış İrlanda halkı tarafından da büyük ezici bir çoğunlukla kabul edilmiştir.⁵⁴⁰ AİHM bakılması gereken en önemli hususun, bir tarafta anne olacak kadınların özel hayatı ile diğer tarafta doğacak olan çocuğun yaşam hakkı arasında denge kurulup kurulmadığının tespiti olacağını ifade etmiştir.⁵⁴¹ Bu denge kurulurken kürtajın çıkardığı ahlaki ve etik sorunların ve bu konudaki kamu faydasından dolayı AİHM, taraf devlete bir takdir yetkisi verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁴² Devletlere bu konuda verilecek takdir yetkisi hakkında oluşmuş bir konsensüs olmadığı belirden AİHM, ancak bu takdir yetkisinin sınırsız olamayacağını belirtmiştir.⁵⁴³ Bu açıdan bakıldığında İrlanda yasaları kürtajı yasaklamakta, ancak iki başvuruçunun da yararlanabileceği şekilde kürtaj yapmak isteyen kadınlara

⁵³⁷ A,B ve C/İrlanda, parag. 243.

⁵³⁸ A,B ve C/İrlanda, parag. 213.

⁵³⁹ A,B ve C/İrlanda, parag. 221.

⁵⁴⁰ A,B ve C/İrlanda, parag. 227.

⁵⁴¹ A,B ve C/İrlanda, parag. 230.

⁵⁴² A,B ve C/İrlanda, parag. 233.

⁵⁴³ A,B ve C/İrlanda, parag. 235-238.

başka bir devlete gidip orada kürtaj yapmasına izin vermektedir.⁵⁴⁴ AİHM, çocuğun yaşama hakkına verilen korumaya dayanarak, İrlanda yasalarınca kürtajı yasaklayan hükümlerde takdir yetkisini aşmadığına karar vermiştir.⁵⁴⁵ Üçüncü başvurunun iddialarını ise AİHM haklı bularak ihlal kararı vermiştir. Burada en dikkat çekici husus, başvurunun yasal kürtaj hakkından yararlanabilmesi için gerekli şartları taşımasını ispat etmesi için İrlanda Devleti'nin ileri sürdüğü uzun ve zor prosedürlerdir. AİHM bu konuda ulusal makamların pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesini başvurunun özel hayatına yapılan bir ihlal olarak belirtmiştir.⁵⁴⁶

Tysiac/Polonya⁵⁴⁷ davasında AİHM özellikle kanuni kürtaj konusunda ulusal makamların pozitif yükümlülükleri konusunu ele almıştır. Başvurucu iki çocuk sahibidir ve ağır derecede gözünde rahatsızlık bulunmaktadır. Üçüncü çocuğuna hamile kaldığında, başvuru 3 farklı göz doktorundan gebeliğin, hastalığına ciddi derecede etki edeceği bilgisine ulaşmıştır. Ancak bu doktorlar gebeliğinin sona erdirilmesine dair herhangi bir rapor düzenlememişlerdir. Başka bir doktor ise kürtaja gerekli bir durumun olmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak başvuru üçüncü çocuğunu dünyaya getirmiş, doğum sırasında gözünde meydana gelen kanamadan dolayı ciddi görme bozukluğu yaşamaya başlamıştır. Doktor hakkında açılan soruşturmadan herhangi bir sonuç alınamamıştır. AİHM söz konusu somut olayda incelenmesi gereken hususun gebeliğin sona erdirilmesi için gerekli olan prosedür kısmı olduğu ifade etmiştir. Çünkü yasalara göre gebeliğinin sona erdirilebilmesi için iki doktorun raporu gerekmekte, bu şartlara uyulmadan yapılan kürtajda ise doktorlara 3 yıl hapis cezası verilmektedir. AİHM, böyle durumlarda hamile kadınların yasa karşısında durumlarının açıkça ortaya konulması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca kürtaj yasağında doktorlar sorumluluk almaktan kaçınmaktadır. Yasal mevzuat hamile kadınla doktor arasında çıkabilecek anlaşmazlıklara bakacak ve bunları çözecek hiçbir mekanizma öngörmemektedir. AİHM'nin davadaki en önemli tespitlerinden birisi de doktorlara karşı açılan haksız fiil davalarının kişinin özel hayatını korumada etkisiz kalacağıdır. AİHM'ye göre hamile kadınların bu tür durumlarda rahatsızlıklarını

⁵⁴⁴ A,B ve C/İrlanda, parag. 239.

⁵⁴⁵ A,B ve C/İrlanda, parag. 241.

⁵⁴⁶ A,B ve C/İrlanda, parag. 265- 268.

⁵⁴⁷ Tysiac/Polonya,5410/03, 20/03/2007.

iletebileceği bağımsız ve yetkili bir kurum bulunmalıdır. Böyle önleyici mekanizmaların bulunmamasından dolayı AİHM devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği tespit etmiş ve ihlal kararı vermiştir.⁵⁴⁸

Ülkemizde ise kamuoyunu uzun süre meşgul eden kürtaj ile ilgili, yeni düzenlemelere yönelik çalışmalar olduğu ifade edilsede⁵⁴⁹ halen 1983 yılında çıkarılan “Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük” hükümleri yürürlüktedir. Tüzüğün 3. maddesine göre istek üzerine ve tıbbi bir sakınca bulunmadığı takdirde onuncu haftaya kadar gebelik sonlandırılabilir. Onuncu haftayı geçen gebeliklerde ise kürtaj yasağı bulunmaktadır. Bu tür gebeliklerde kadının gebeliği ancak tüzükte belirtilen hastalıkların bulunması halinde ve gerekçeli raporla sonlandırılabilir. Türk Ceza Kanununun (TCK) 99. maddesinde de “*Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişinin, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı*” belirtilmiştir.

Sonuç olarak farklı başvurular çerçevesinde AİHM’nin kürtaj konusunda net bir tespit yapmadığını belirtmek gerekmektedir. Özellikle A,B ve C/İrlanda davasında belirttiği gibi kürtaj konusunda Avrupa Konseyi’ne üye devletler arasında bir konsensüs bulunmamaktadır. Bu konuda devletlere takdir yetkisi veren AİHM, ceninin yaşama hakkıyla ilgili kesin ifadeler kullanmaktan da kaçınmaktadır. Her fırsatta AİHM’nin 8. maddesinin kürtaja izin verdiği şeklinde yorumlanamayacağını ifade eden AİHM, kürtaj konusunda doğacak çocuğun ve potansiyel babanın da haklarının göz önüne alınması gerektiğini ifade etmektedir. AİHM’nin bu konuda en kesin yargıya vardığı konu ise hastalık sebebiyle kürtaj yapması gereken kişilere ilişkindir. AİHM bu konuda taraf

⁵⁴⁸ Tysiac/Polanya, 5410/03, 20/03/2007 kararın özet çevirisi için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-119624>. 21.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁵⁴⁹ 2012 yılında Başbakan Recep Tayyip Erdoğan tarafından ifade edilen “Her kürtaj bir Uludere’dir. Bu milleti silmek için sinsice bir plandır” açıklamasından sonra ülkemizde tartışmalar başlamıştır. Söz konusu habere <http://www.radikal.com.tr/turkiye/basbakan-her-kurtaj-bir-uluderedir-1089235/> adresinden 21.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır. Kürtaja ilişkin yasak şartının (10 hafta) daha aza çekilmesine yönelik birtakım düzenlemeler öngördüklerini ifade eden dönemin Sağlık Bakanı Recep Akdağ’ın ifade ettiği düzenlemeler hayata geçmemiştir. Bkz. “Kürtaj Hakkında Son Durum Ne” başlıklı habere <http://www.evrensel.net/haber/80757/kurtaj-hakkinda-son-durum-ne> adresinden 22.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğunu belirtmiş, kanuni kürtaj konusunda hızlı, yeterli güvencelerin sağlanmasının gerekliliğini işaret etmiştir.

2.4.4. İstem dışı tıbbi müdahale ve tedaviyi reddetme hakkı

AİHM kişinin rızası dışında herhangi bir tıbbi sebep olmaksızın müdahalede bulunulmasını kişinin fiziksel bütünlüğüne müdahale olarak değerlendirmiştir.⁵⁵⁰ Davalı devletin Türkiye olduğu Y. F.⁵⁵¹ ve Juhnke⁵⁵² davalarında başvuruçular gözaltı sürecinde zorla jinekolojik muayeneye tabi tutulduklarını belirtmişlerdir. Hükümet her iki davada da gerekçeyi, güvenlik güçlerini asılsız cinsel taciz/saldırı iddialarına karşı korumak olarak belirtmiştir. AİHM, güvenlik güçlerinin asılsız suçlamalardan korunması için, kişilerin jinekolojik müdahaleye tabi tutulmasını kabul edilemez bulmuştur. AİHM, başvuruçulara yapılan jinekolojik müdahalenin özgür ve bilgilendirilmiş rıza olmadan yapıldığını tespit etmiş; hükümet tarafından, yapılan müdahalenin kanuna uygun veya demokratik bir toplumda gerekli olduğuna dair herhangi kabul edilebilir bir gerekçe sunulmadığından dolayı ihlal kararı vermiştir.⁵⁵³ Rıza gösterilmeden yapılan her türlü tıbbi müdahale ya da yardım ise her zaman ihlale sebebiyet vermemektedir. Herzegfalvy/Avusturya davasında başvuruçunun, kendi kararlarını kendisi verme konusunda yetersiz olduğundan dolayı zorla beslenmesi söz konusudur. AİHM açlık grevi yapan başvuruçunun sağlığını korumak amacıyla zorla beslenmesini, psikolojik sorunları ve kendi kararlarını verme konusundaki yetersizliğini gerekçe göstererek⁵⁵⁴ özel hayata müdahale olarak görmemiştir. Ancak temyiz kudretinden yoksun olanlara yapılacak müdahalenin yeterli güvencelere sahip olması gerekmektedir. X/Finlandiya⁵⁵⁵ davasında Finlandiya yasaları bu konuda yeterli görülmemiştir. Söz konusu yasa, zorla tedavi altına alınan kişinin tedaviyi reddetmesi durumunda otomatik olarak ilaç verilmesine müsaade etmekteydi. Doktorların, hastanın ya da vasisinin rızasını alma zorunluluğu olmadan tıbbi müdahaleye yetkileri bulunmakta

⁵⁵⁰ Juhnke/Türkiye, 52515/99, 13/05/2008, parag. 71-72.

⁵⁵¹ Y.F/Türkiye, 24209/94, 22/07/2003.

⁵⁵² Juhnke/Türkiye, 52515/99, 13/05/2008.

⁵⁵³ Y.F/Türkiye kararın özet çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=3834> 22.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır. Juhnke/Türkiye, kararın özet çevirisi için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121731> 23.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁵⁵⁴ Herczegfalvy/Avusturya, 10533/83, 24/09/1992, Bkz.Salihpaşaoğlu, 2013, 251.

⁵⁵⁵ X/Finlandiya, 34806/04, 03/07/2012, parag. 220.

idi.⁵⁵⁶ AİHM bu konuda, zorla ilaç verilmesinin orantılılığını, yasaya uygunluğunu ve de bu müdahalenin durdurulmasını istemeye izin verecek hiçbir başvuru yolu bulunmadığı tespit etmiştir.⁵⁵⁷ Bu sebeple söz konusu tedbirin genel bir temelinin bulunmasına rağmen, zorla ilaç verilmesine karşı yeterli güvencelerin bulunmamasını kişinin demokratik bir toplumda gerekli olan asgari korumadan yararlanamadığı gerekçesiyle kabul edilemez bulmuş ve ihlal kararı vermiştir.⁵⁵⁸

Bu konu kapsamında değerlendirilebilecek ilginç bir durum Pretty/Birleşik Krallık⁵⁵⁹ davasında söz konusu olmuştur. Başvurucu tedavisi olmayan bir hastalıktan dolayı ölmek üzeredir. Hastalığın son aşamalarında insani olmayan durumlara düşeceğini bilen başvurucu, nasıl ve ne zaman öleceğine karar vermek istemektedir. Karar alma yetisinde herhangi bir sıkıntı bulunmayan başvurucu ölme konusunda eşinin yardımını istemektedir. Ancak İngiltere yasalarına göre intihar suç değil iken intihara yardım suç teşkil etmektedir. Başvurucu, intihara yardım etmesi sonrasında eşinin ceza almamasına ilişkin güvence talep etmektedir. Ancak bu talep ulusal makamlarca reddedilmiştir. AİHM'ye yapılan başvuruda başvurucu kendi kaderini tayin etme hakkının olduğunu belirtmekte, bu konuda eşinden yardım almasının engellenmesinin özel hayata müdahale niteliği taşıdığını ifade etmektedir. AİHM, ülkelerin ceza yasalarıyla vatandaşlarını koruma altına almasının demokratik bir toplumda gerekli olduğunu belirtmiş, müdahalenin orantısız olmadığına karar vermiştir.⁵⁶⁰

2.4.5. Mobbing uygulamaları

Bireysel başvuru yolunun açılmasıyla AYM'ye kişinin maddi ve manevi bütünlüğü hakkı çerçevesinde yapılan başvuruların çoğunluğunu, kişilerin özellikle işyerlerinde maruz kaldıklarını iddia ettikleri mobbing başvuruları oluşturmuştur.⁵⁶¹ Başvurucuların tamamı görevli oldukları işyerlerinde sistematik olarak; aşağılayıcı muamelelere, eylemlere, idari

⁵⁵⁶ X/Finlandiya, parag. 218-219.

⁵⁵⁷ X/Finlandiya, parag. 220.

⁵⁵⁸ X/Finlandiya, parag. 221.

⁵⁵⁹ Pretty/Birleşik Krallık, 2346/02, 29/04/2002.

⁵⁶⁰ Pretty/Birleşik Krallık, 2346/02, 29/04/2002, kararın özet çevirisi için

bkz.<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=3024> 24.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁵⁶¹ Aslı Kırmızı Demirseren, 2013/5680, 15/04/2014, Emel Leloğlu, 2013/3512, 17/07/2014, Işıl Yaykır, 2013/2284, 15/04/2014, Mesut Özbezen, 2013/8175, 15/04/2014, Şehnaz Ayhan, 2013/6229, 15/04/2014, Recep Ünal, 2014/12984, 26/02/2015, Yusuf Burak Çelik, 2013/2538, 20/11/2014.

soruşturmalarla veyahut disiplin cezalarına maruz bırakılmak suretiyle mobbing uygulandığını iddia etmektedirler. Belirtilen eylemler nedeniyle yaptıkları suç duyuruları üzerine şüpheliler hakkında kovuşturmayla yer olmadığı kararı verildiğini belirtmişlerdir. Başvurucular Anayasanın 17. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Yapılan başvurularda AYM, öncelikle Anayasanın 17. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının, AİHS'nin 8. maddesi kapsamında koruma altına alınan fiziksel ve psikolojik bütünlüğü koruma hakkına karşılık geldiğini belirtmiştir.⁵⁶² Anayasanın 17. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen *“kimseye işkence eziyet kötü muamele yapılamayacağına”* dair hükümler ise AİHS'nin 3. maddesi kapsamında korunan hukuksal çıkarları kapsamaktadır.⁵⁶³ AYM bir eylemin Anayasanın 17. maddesinin 3. fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli bir asgari eşiğin aşılması gerektiğini ifade etmiş; eğer bu eşiğin üstündeyse Anayasa 17. maddenin 3. fıkrası kapsamında değerlendirileceğini, bu eşiği aşmayan eylemlerin ise 17. maddenin koruması kapsamında ele alınacağını belirtmiştir.⁵⁶⁴ AYM'ye göre bu eşiğin belirlenmesinde söz konusu eylemlerin uygulanış şekli, başvurucunun yaşı ve mesleki statüsü önem arz etmektedir.⁵⁶⁵ Bu kapsamda yapılan başvuruların her birinde AYM, asgari eşiğin aşılmadığını, söz konusu eylemlerin Anayasanın 17. maddesinin 1. fıkrasınca değerlendirilmesi gerektiğini bunun da AİHS'nin 8. maddesine karşılık geldiğini ifade etmiştir. Söz konusu başvuruları bu şekilde değerlendiren AYM, fiziksel ve zihinsel bütünlüğe karşı yapılan müdahalelerde ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma öngörüldüğü ifade etmiştir. Somut başvurulara konu olan eylemler, ceza hukukunda suç teşkil edebildiği gibi, özel hukuk anlamında bu tür fiiller tazminat davalarına konu olabilmektedir. Kişinin kamu görevlisi veya özel hukuka tabi olmasına göre hem idari yargı hem de adli yargı tarafından kişilere etkin bir koruma sağlanmaktadır. AYM şu ana kadar yapılan başvurularda, daha “etkili bir koruma yolu”

⁵⁶² Aslı Kırmızı Demirseren, parag. 30, Emel Leloğlu, parag. 26, Mesut Özbezen, parag. 28, Işıl Yaykır, parag. 31.

⁵⁶³ Aslı Kırmızı Demirseren, parag. 31, Emel Leloğlu, parag. 27, Mesut Özbezen, parag. 29, Işıl Yaykır, parag. 32.

⁵⁶⁴ Aslı Kırmızı Demirseren, parag. 34, Emel Leloğlu, parag. 31, Mesut Özbezen, parag. 33, Işıl Yaykır, parag. 36.

⁵⁶⁵ Aslı Kırmızı Demirseren, parag. 34, Emel Leloğlu, parag. 31, Mesut Özbezen, parag. 33, Işıl Yaykır, parag. 36.

olarak ifade ettiği hukuk davası açma yoluna gidilmediğinden, yapılan başvuruları “başvuru yollarının tüketilmemesi” gerekçesiyle reddetmiştir.⁵⁶⁶

⁵⁶⁶ Aslı Kırmızı Demirseren, parag. 42-43, Işıl Yaykır, parag. 44-45, Mesut Özbezen, parag. 41.

3. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI KAPSAMINDA KİŞİNİN AİLE HAYATI

3.1. Aile Kavramı ve Kapsamı

Aile hayatı, AİHS'nin 8. maddesinde *"Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."* ifadesiyle koruma altına alınmıştır. Ancak hemen ifade edilmelidir ki; koruma kapsamından yararlanabilmek için bir ailenin varlığı gerekmekte, AİHS'nin 8. maddesi aile kurma hakkını güvence altına almamaktadır.⁵⁶⁷ Aile hayatının var olup olmadığına ise AİHM, her somut olayın kendine has özelliklerini dikkate alarak karar vermektedir. Bu noktada aile düzeninin zamanla değişim göstermesi, boşanmanın sonuçları ve tıbbi gelişmelerde göz önünde bulundurulduğunda aile hayatına yönelik yaklaşımların esnek olduğunu söylemek mümkündür.⁵⁶⁸ AİHM, aile hayatının var olup olmamasını olgusal bir mesele olarak değerlendirmiş, yakın kişisel bağların bulunmasını aile hayatının varlığı için yeterli olduğunu değerlendirmiştir.⁵⁶⁹ Bu sebeple büyükanne-büyükbaba, erkek ya da kız kardeş gibi akrabalarla olan ilişkiler, yakın kişisel bağlar oluşturduğu takdirde aile kavramı içinde değerlendirilebilmektedir.⁵⁷⁰ Evli çiftler, evlilikleri yasal ve gerçek olduğu sürece AİHS'nin 8. maddesinin korumasından her zaman yararlanabilmektedir. AİHM, sadece meşru evlilikleri aile kapsamında değerlendirmemiş, tarafların evlilik dışında yaşadıkları fiili birliktelikleri de aile bağı olarak değerlendirmiş ve koruma altına aldığını belirtmiştir. Johnston ve diğerleri/İrlanda davasında AİHM, *"ortaya koymuş oldukları yakın ve istikrarlı ilişkinin varlığı sebebiyle çocuklarıyla birlikte ve bir arada yaşayan çiftler evli olmasalar bile aile hayatı yaşıyor sayılırlar"*⁵⁷¹ ifadesini kullanmıştır. AİHM, bir ilişkinin aile hayatı oluşturup oluşturmadığını belirlemeye çalışırken yakın ilişkilerin yanı sıra; çiftin birlikte yaşayıp yaşamadığı, ilişkilerinin uzunluğu, çocuk sahibi olup olmadıkları gibi unsurlar

⁵⁶⁷ Marckx/Belçika, 6833/74, 13/06/1979, parag. 31, E.B./Fransa, 43546/02, 22/01/2008, parag. 41, Frette/Fransa, 36515/97, 26/02/2002, parag. 32.

⁵⁶⁸ Ursula, 2001, 26.

⁵⁶⁹ K ve T/Finlandiya, 25702/94, 12/07/2001, parag. 150, Al Nashif/Bulgaristan, 50963/99, 20/06/2002, parag. 112.

⁵⁷⁰ Öncü, 2011, 264.

⁵⁷¹ Johnston ve diğerleri/ İrlanda, 9697/82, 18/12/1986, parag. 55.

üzerinde durmaktadır.⁵⁷² Aile hayatı oluşturma meselesinde en önemli durumlardan biri de eşcinsel çiftlerin durumudur. AİHM yakın zamanda verdiği kararlarla, beraber yaşayan bir eşcinsel bir çiftin ilişkisinin de aile hayatı kavramı içerisine girdiğini beyan etmiştir.⁵⁷³ Birlikte yaşayan iki kadın ile kadınlardan birinin tıbbi yardımla sahip olduğu çocuk arasındaki üçlü ilişkinin AİHS'nin 8. maddesi kapsamında olduğu ve bir aile hayatı oluşturduğu ifade edilmiştir.⁵⁷⁴

Aile hayatı, Anayasamızın 20. maddesinde ise, *“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”* şeklindeki ifadeyle koruma altına alınmıştır. Ancak, aile hayatının korunması sadece Anayasada 20. maddedeki hükümle koruma altına alınmamış, 41. madde de aile hayatının korunmasına yönelik hükümlere yer vermiştir. İlgili maddede *“Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.”* ifadelerine yer verilmiştir. Anayasanın 41. maddesi kanun koyucunun aile kavramına bakış açısını değerlendirebilmek adına önem arz etmektedir. Maddenin gerekçesinde, aile kavramının yasal evliliklerle kurulacağı ve yaygınlaşacağı ifade edilmiştir. Aile hayatının toplumsal rolünün çok önemli olduğu, bu önemden dolayı korunmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Buna göre aile; millet hayatı açısından kutsal bir temel oluşturmakta, toplu yaşamının ilk modeli olarak eğitim, yardımlaşma ve şefkat kaynağı olarak ifade edilmektedir.⁵⁷⁵

AİHS'nin 8. maddesinde belirtilen aile hayatının koruma alanı, Anayasanın 20 ile 41. maddeleri ile birlikte sağlanmaktadır. AYM'nin soy bağına ve velayete ilişkin davaları 41.madde kapsamında değerlendirmesi bunu destekler niteliktedir.⁵⁷⁶ Yine bireysel

⁵⁷² X,Y,Z/Birleşik Krallık, 21830/93, 22/04/1997, parag. 36, Kroon ve diğerleri/Hollanda, 18535/91, 27/10/1994, parag. 30.

⁵⁷³ Schalk ve Kopf/Avusturya, 30141/04, 24/06/2010, parag. 94.

⁵⁷⁴ Gas ve Dubois/Fransa, 25951/07, 31/08/2010, X ve diğerleri/Avusturya, 19010/07, 19/02/2013, parag. 96.

⁵⁷⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli. 2011, 41. madde gerekçesi

⁵⁷⁶ E.2008/30, K.2009/96, 25/06/2009.

başvurularda AYM, 20 ile 41. maddeyi birlikte ele alarak değerlendirmelerde bulunmuştur.⁵⁷⁷

AİHM'nin geçen zaman içerisinde, birçok konuyu aile hayatının koruma kapsamı altına almıştır. Bu davalarda üzerinde durulan önemli hususlardan biri ise çocuğun üstün yararadır. Bu sebeple ilk olarak çocuk ebeveyn ilişkileri başlığı altında soy bağına ilişkin davalar, velayet davaları ve çocuğun bakımının başka kişiler veya kurumlar tarafından üstlenilmesi durumları ifade edilecektir. Bu başlık altında ifade edilecek son husus ailelerin başta çocukları olmak üzere yakınlarının cenazelerin ulaşamama durumudur. Daha sonra tutuklu ve hükümlülerin aile yaşamı ve yapılan müdahalelerin hukuka uygunluğu ele alınacaktır. Son olarak ise sınır dışı edilme, oturma yasağı, seyahat yasağı, tayin gibi durumların aile yaşamına olası etkileri ve bu kapsamda AİHM ve AYM'nin değerlendirmeleri ele alınacaktır.

3.2. Aile Hayatının Korunması Kapsamında Çocuk-Ebeveyn İlişkileri

AİHM, çocuklarla ilgili tüm kararlarda çocukların yüksek menfaatlerinin en önde geldiğini ifade etmiş, bu noktada “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”na atıfta bulunmuştur.⁵⁷⁸ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 24/2 maddesine göre *“her çocuk, menfaatleri aksini gerektirmedikçe, her iki ebeveyni ile doğrudan ve düzenli olarak kişisel ilişkisini sürdürme hakkına sahiptir.”* AİHM bu hükme dayanarak aile bağlarının ancak istisnai hallerde koparılabileceğini belirtmekte, kişisel ilişkilerin devam ettirilebilmesi adına aileyi yeniden kurma dahil her türlü tedbirin alınabileceğini ifade etmektedir.⁵⁷⁹ Ancak bu tedbirler çocuğun sağlığına ve gelişimine zarar verecek nitelikte bulunmamalıdır.⁵⁸⁰ Kişisel ilişkilerin sürdürülebilmesi kapsamında en önemli sorunlardan biri, velayet davaları sonucunda ebeveynlerden birinin çocuğu diğerinden kaçırmaması ve göstermemesi durumudur. Bu tür davalar bazen ülke sınırları içerisinde kalmakta iken, anne veya babanın başka vatandaşlıklara sahip olmaları durumunda uluslararası bir boyutta kazanabilmektedir. AİHM, bu tür davalarda Lahey Sözleşmesi’ni devreye sokmuş,

⁵⁷⁷ Demir Dinipak, 2013/7983, 26/06/2014, parag. 31, Kamil Çakır, 2013/997, 15/10/2014, parag. 34.

⁵⁷⁸ Neulinger ve Shuruk/İsviçre, 41615/07, 06/07/2010, parag. 135.

⁵⁷⁹ Neulinger ve Shuruk/İsviçre, parag. 136, Gnähore/Fransa, 40031/98, 19/09/2000, parag. 59.

⁵⁸⁰ Elsholz/Almanya, 25375/94, 13/07/2000, parag. 50, Marsalek/Çek Cumhuriyeti, 8153/04, 04/04/2006, parag. 71.

“çocuğun geri döndürülmesinin kendisini ağır fiziksel veya psikolojik zarar riskine maruz bırakmadıkça, kural olarak çocuğun hemen geri döndürülmesi gerektiğini” ifade eden hükümleri dikkate almıştır.⁵⁸¹ Çocuk ebeveyn ilişkilerinde “babalık davaları” “soy bağının reddi” davaları da ele alınması gereken diğer bir husustur.⁵⁸² Konuyla ilgili olarak evlatlık edinme evlatlık verilme müesseseleri de aile hayatını ilgilendirdiğinden, aşağıda başlıklar halinde sunulacaktır. Ailelerin çocuklarının veya yakınlarının cenazesini ulaşamaması durumuna ilişkin başvurularda da AİHM konunun aile hayatı özelinde AİHS 8. madde kapsamına girdiğini belirtmiştir.⁵⁸³

3.2.1. Velayet yetkisi-çocuğun gözetimi

Evliliğin sona ermesinden sonra ebeveynlerin çocuklarla ya da çocukların kardeşleriyle ilişkisi bakımından velayet önem arz etmektedir. AİHM, aile bağının ebeveynler ve çocukları arasında kurulduğunu, bu bağın ebeveynlerin ayrılması ya da boşanması sonucunda sona ermeyeceğini belirtmiştir.⁵⁸⁴ AİHM, AİHS’nin 8. maddesinin ebeveynlere, çocuklarıyla bir araya gelmesini sağlayacak uygun tedbirleri aldırma hakkını tanıdığını ifade etmektedir.⁵⁸⁵ AİHS’nin 8. maddesinin sağladığı koruma, ebeveynin çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını gerektirmektedir.⁵⁸⁶ Bu tedbirlerin, ulusal makamlar tarafından sağlanması gereken bir yükümlülük olduğu ifade edilmektedir.⁵⁸⁷ AİHM, velayet ile ilgili davaların, çocuk ile ebeveyn arasında geri dönüşü olmayan olumsuz etkilerini göz önüne alınarak hızlı ve seri bir şekilde sonlandırılması gerektiğini de belirtmektedir.⁵⁸⁸

AİHM nezdindeki davaların çoğunda ortak şikayet, velayeti alan ebeveynin diğer ebeveyne çocuğunu göstermemesi üzerinedir. Cengiz Kılıç/Türkiye⁵⁸⁹ davasında da başvuru, velayeti alan annenin mahkemece belirlenen ziyaret ve görüşme saatlerinde

⁵⁸¹ Neulinger ve Shuruk/İsviçre, parag. 137.

⁵⁸² Rasmussen/Danimarka, 8777/79, 28/11/1984, Ebru ve Tayfun Engin Çolak/Türkiye, 60176/00, 30/05/2006.

⁵⁸³ Maric/Hırvatistan, 50132/12, 12/06/2014, parag. 70, Sabanchiyeva ve diğerleri/ Rusya, 38450/05, 06/09/2013, parag. 153.

⁵⁸⁴ Mustafa ve Armağan Akın/Türkiye, 4694/03, 06/04/2010, parag. 19.

⁵⁸⁵ Ignaccolo-Zenide/Romanya, 31679/96, 25/01/2000, parag. 94.

⁵⁸⁶ Neulinger ve Shuruk/İsviçre, parag. 140.

⁵⁸⁷ Neulinger ve Shuruk/İsviçre, parag. 140.

⁵⁸⁸ Ignaccolo-Zenide/Romanya, parag. 102.

⁵⁸⁹ Cengiz Kılıç/Türkiye, 16192/06, 06/12/2011.

çocuğu göstermediğinden şikayet etmektedir. Bu süreçte taraflar birbirleri hakkında birçok suç duyurusunda bulunmuş, cebri icra yoluyla görüşme ve ziyaretlerin yapılmasına çalışılmış ancak herhangi bir sonuç alınamamıştır. AİHM, yaptığı değerlendirmesinde öncelikle ziyaret, görüşme, konuk etme gibi velayet sonucunda oluşan haklara direnilmesi durumunun zor olduğunu kabul ettiğini ifade etmiştir. Bu noktada mevcut davada uygulandığı gibi genel icra hukukunun aile hayatında karşılaşılan bu tür durumlarda etkin bir mekanizma oluşturmadığını da özellikle belirtmiştir. AİHM, çocuklara zorlayıcı tedbirler uygulanmasının arzu edilir olmadığını ancak yasadışı bir şekilde çocuğu diğer ebeveyne göstermeyen kişi hakkında, gerektiğinde cezalandırma yönteminin kullanılması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca bu tür durumlarda sivil bir arabuluculuk yolunun bulunmasının fertler arasındaki iletişimi artırabileceği, taraflar arasındaki anlaşmazlıkları azaltılabileceği ifade edilmiştir. Böyle bir sistemin Türk hukuk sisteminde öngörülmediği de belirtilmiştir. AİHM bu davada ulusal makamların kendisinden beklenen makul tüm pratik tedbirleri almadığını ve dolayısıyla AİHS 8. maddeden doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini ifade etmiştir.⁵⁹⁰

Sophia Gudrun Hansen/Türkiye davası da⁵⁹¹ benzer gerekçelerle Türkiye aleyhine sonuçlanmıştır. Başvurucu, Halil Al isimli Türk vatandaşı ile evlilik dışı iki çocuktan sonra evlenmiş, belli bir süre sonra Halil Al çocuklarıyla birlikte Türkiye'ye gelmiş ve başvurucuyu arayarak kızlarının burada kendisiyle birlikte kalacakları belirtmiştir.⁵⁹² Uzun süre kızlarına ulaşamayan başvurucunun İzlanda'da açtığı davada mahkeme tarafların boşanmasına velayetin de anneye bırakılmasına karar vermiştir. Baba da Türkiye'de karşı dava açmış, Türk mahkemeleri de çocukların velayetini babaya bırakmış annenin her yıl altmış gün süreyle çocukları görebileceğini kararlaştırmıştır. Bu süreçte Halil Al, çocukları anneleri ile görüştürmemesi nedeniyle açılan davalar sonucunda hapis cezası almış ancak cezaların hepsi para cezasına çevrilmiştir. Çocuklar 18 yaşına gelince de mahkeme kararı uygulanamaz olmuştur.⁵⁹³ AİHM, başvurucunun eski kocasının belirlenmiş her ziyarette icra memurları geldiğinde çocuklarla beraber evde bulunmamayı ayarladığını tespit

⁵⁹⁰ Cengiz Kılıç/Türkiye, 16192/06, 06/12/2011, kararın özet çevirisi için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-125850> 10.09.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁵⁹¹ Sophia Gudrun Hansen/Türkiye, 36141/97, 23/09/2003.

⁵⁹² Sophia Gudrun Hansen/Türkiye, parag. 13.

⁵⁹³ Sophia Gudrun Hansen/Türkiye, parag. 83.

etmiştir.⁵⁹⁴ AİHM, devletlerin aile yaşamına saygının etkili olabilmesi için pozitif yükümlülüklerle sahip olduğunu belirtmiş, Türk makamlarının başvurusunun çocuklarıyla görüşmesinin sağlamak için yeterli bir çaba göstermediği ifade etmiştir.⁵⁹⁵ Halil Al'ın kişisel ilişki kurmaya ilişkin düzenlemelere uymayı sürekli olarak reddetmesi karşısında yetkililerin, ziyaretleri mümkün kılacak tedbirler almadığını belirten AİHM ihlal kararı vermiştir.

AYM de velayet davalarında devletin pozitif yükümlülükleri üzerinde durmuştur. Başvurucu Murat Atılğan velayeti anneye verilen çocuğu ile arasında tesis edilen şahsi ilişkinin yetersiz olduğuna dair itirazların karşılanmadığından şikayet etmektedir.⁵⁹⁶ AYM yaptığı değerlendirmede, derece mahkemelerinin velayeti kendisine verilmeyen anne veya baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkileri belirlerken ilişkinin uygulanabilir ve etkili olması için gerekli tedbirleri alması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁹⁷ Somut olayda ise derece mahkemesinin belirlediği tarih ve saatler Yargıtay tarafından değiştirilerek onanmıştır. Belirlenen tarih ve saatler, başvurusunun çalışma gün ve saatlerine uymamaktadır.⁵⁹⁸ AYM, babanın çalışma saatleri veya görüşme için uygun ortam tespiti yapılmadan verilen kararların etkisiz kalacağını ifade etmiştir.⁵⁹⁹ AYM, başvurusunun çocuğu ile kişisel ilişki kurma hakkının yerine getirilmesinde kamusal makamlarca gereken çabanın gösterilmemiş olduğunu belirterek Anayasanın 20. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁰⁰

Velayet davalarında çocukların kardeşleriyle görüşememe durumları da şikayet konusu olmuştur. Mustafa ve Armağan Akın/Türkiye⁶⁰¹ davasında baba, velayeti annesinde olan diğer çocuğunu kendisinin ve oğlunun göremediğinden şikayet etmektedir. Boşanma davası sonucunda bir çocuk babaya diğer çocuk anneye verilmiştir. Ayrıca çocukların belirli tarihlerde belirli sürelerle değiştirilmesine karar verilmiştir.

⁵⁹⁴ Sophia Gudrun Hansen/Türkiye, parag. 105.

⁵⁹⁵ Sophia Gudrun Hansen/Türkiye, parag. 105.

⁵⁹⁶ Murat Atılğan, 2013/9047, 07/05/2015, parag. 15.

⁵⁹⁷ Murat Atılğan, parag. 46.

⁵⁹⁸ Murat Atılğan, parag. 49.

⁵⁹⁹ Murat Atılğan, parag. 46.

⁶⁰⁰ Murat Atılğan, parag. 51-52.

⁶⁰¹ Mustafa ve Armağan Akın/Türkiye, 4694/03, 06/04/2010.

Başvurucu kardeşlerin iletişiminin kopmaması adına her iki çocuğun da bir hafta kendisinde bir hafta anne de kalmasını sağlayacak şekilde geçici tedbire başvurulmasını talep etmiş, ancak başvuru reddedilmiştir. İlk derece mahkemesince alınan bu karar Yargıtay tarafından da onaylanmıştır. İlk derece mahkemesi tarafından başvurunun reddedilme sebebi çocuğun farklı bir çevreye gitmesinin zararlı olacağı ve disiplin farklılıklarıyla karşılaşacağına ilişkindir. AİHM, bu gerekçeleri destekleyen psikolojik değerlendirmelerin ya da bilirkişi değerlendirmelerinin bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca yerel mahkeme, yargılama sırasında çocukların fikirlerini de alma gayreti içerisinde bulunmamıştır. AİHM, aile bireylerinin çıkarları göz önüne alınmadan yapılan yargılamanın ihlal niteliği taşıdığını, devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedeğini belirtmiştir.⁶⁰²

Velayet davalarının sonucunda çocuğun kaçırılması boyutuna ulaşan durumlarla da karşılaşılabilir. Çocuğun velayetini alan ebeveynlerden birinin başka bir ülkeye kaçması şeklinde gerçekleşen somut olaylarda durum, uluslararası bir boyut kazanmaktadır. AİHM bu tür davalarda AİHS'nin 8. maddesinin devletlere yüklediği yükümlüklerin birtakım uluslararası sözleşmelerle birlikte yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁰³ AİHM bu noktada özellikle 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönleri Hakkında Lahey Sözleşmesi'nin⁶⁰⁴ ve 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin dikkate alacağını belirtmiştir.⁶⁰⁵ AİHM bu tür davalarda ulusal makamların Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken, AİHS 8. maddedeki güvenceleri koruyup korumadığını incelemekte ve kararlarını buna göre vermektedir.⁶⁰⁶ Lahey Sözleşmesi'nin 1.maddesinde Sözleşmenin amacı:

- (a) Hukuka aykırı olarak ülke dışına çıkarılan veya bir Sözleşmecî Devlette alıkoyulan çocukların hemen geri dönmelerini sağlamak,

⁶⁰² Mustafa ve Armağan Akın/Türkiye, 4694/03, 06/04/2010 kararın özet çevirisi için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-123921> 21.09.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁶⁰³ Neulinger ve Shuruk/İsviçre, parag. 132.

⁶⁰⁴ Bundan sonra Lahey Sözleşmesi olarak belirtilecektir.

⁶⁰⁵ Neulinger ve Shuruk/İsviçre, parag. 132.

⁶⁰⁶ Carlson/İsviçre, 49492/06, 06/11/2008, parag. 73.

(b) Bir Sözleşmeci Devletin hukukunda var olan gözetim ve çocukla kişisel ilişki hakkına diğer Sözleşmeci Devletler tarafından etkili bir şekilde saygı gösterilmesini sağlamaktır.” şeklinde ifade edilmiştir.⁶⁰⁷

Lahey Sözleşmesi’nde belirtilen en önemli husus çocuğun yüksek menfaati kavramı olmuştur. Bu sebeple Lahey Sözleşmesi’nin 13. maddesi “çocuğun, kendisini fiziksel ve psikolojik zarara maruz bırakmadıkça veya başka bir şekilde kendisini katlanılmaz bir duruma sokmadıkça, geri döndürülmesi” gerektiğini ifade etmektedir. AİHM’ye göre bu süreçte devletlere düşen görev çocuğun, iki ebeveynin ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurmaktır.⁶⁰⁸ Bu süreçte devlete düşen diğer önemli görev, gerekli şartların var olması durumunda çocuğun derhal geri getirilmesini sağlamak olacaktır.

Küçük-Türkiye ve İsviçre⁶⁰⁹ davasında başvuru, verilen kararların yerine getirilmesinde ve çocuğun geri döndürülmesinde Türk ve İsviçre makamlarının pasif davrandıklarından şikayet etmektedir. Somut olayda başvurucudan ayrılan eşi çocuğu da alarak yurt dışına kaçmıştır. Bu süreçte, başvuru kendi imkanlarıyla birçok kez çocuğunu bulmak için İsviçre’ye gittiğini, çocuğunu görenleri bulduğunu hatta eski eşinin cep telefonu numarasına ulaştığını belirtmektedir. Başvurucunun, yerlerinin tespiti için telefon dinleme ve izleme talepleri ise İsviçre makamları tarafından reddedilmiştir. AİHM Lahey Sözleşmesi’ne uygun olarak çocuğun geri döndürülmesini sağlama açısından devletlerin yetkili organları arasında işbirliğinin gerekliliğinden bahsetmiş, bu sebeple Türk ve İsviçre makamlarının uygun ve yeterli çabayı gösterip göstermediğinin incelenmesine karar vermiştir. AİHM yaptığı değerlendirmeler sonucunda her iki devletin yetkili organlarının soruşturma, arama kararı ve ortak yazışmalar yaptığını tespit etmiştir. AİHM ulusal makamlar tarafından telefon dinleme gibi başka işlemler yapılmamasının soruşturmanın

⁶⁰⁷ Türkiye adına 21 Ocak 1998 tarihinde imzalanan Lahey Sözleşmesi’nin onaylanması 29 Aralık 1999 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından gerçekleştirilmiş, 15 Şubat 2000 tarihli ve 23965 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Sözleşme, Türkiye açısından 1 Ağustos 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. Marcus Frank Cery, 2013/5126, 02/07/2015, parag. 46.

⁶⁰⁸ Neulinger ve Shuruk/İsviçre, parag. 134

⁶⁰⁹ Küçük/Türkiye-İsviçre, 33362/04, 17/05/2011.

yetersiz yapıldığını göstermeyeceğini de ifade etmiştir. Bu sebeple her iki devlet aleyhine herhangi bir ihlal kararı çıkmamıştır.⁶¹⁰

AİHM bu tür davalarda çocuğun geri dönmesi halindeki durumu ile dönmemesi durumunda elde edeceği fayda ve mahzurların da göz önüne alınması gerektiğini ifade etmiştir. Neulinger ve Shuruk/İsviçre⁶¹¹ davasında AİHM, başvuru olan anne ve çocuğun geri dönmesi talebini incelemiştir. Somut olayda annenin geri dönmesi halinde hakkında ceza davası açılması ve hapis cezası alma ihtimali bulunmaktadır.⁶¹² Böyle bir durumda çocuğun bakımının anne tarafından yapılamayacak olması AİHM tarafından özellikle dikkate alınmıştır.⁶¹³ Ayrıca AİHM, babanın mali durumunu ve geçmişteki tutumlarını da değerlendirmeye almış çocuğun geri dönmesi halinde mevcut durumdan daha iyi bir halde olmayacağını ifade etmiştir.⁶¹⁴ AİHM annenin çocuğuyla beraber babasının bulunduğu ülkeye geri dönmeye zorlanmasının ihlale sebebiyet vereceğine karar vermiştir.

3.2.2. Nesep davaları-soy bağının reddi

AİHM, babalığa ilişkin davaların AİHS'nin 8. maddesi kapsamında olduğunu ifade etmiştir.⁶¹⁵ Bu tür başvurular genellikle soy bağı oluşturma talebiyle veya çocuklarıyla kurulan soy bağının reddi talebiyle olmaktadır.⁶¹⁶ AİHM, bu tür davalarda başvuru olan çocuk ya da babanın talebinin aile hayatını ilgilendirip ilgilendirmedigiyle ilgilenmemiş, başvuranın çocuğu ile olan bağlarının ilgilinin özel hayatı olarak değerlendirmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁶¹⁷ AİHM, babalık karinesi, soy bağının reddi gibi müesseselerin ulusal makamlar tarafından daha iyi çözüme ulaştırılacağını kabul etmiş, ulusal makamların görevini ikame etme gibi bir durumun bulunmadığını özellikle ifade etmiştir. Ulusal makamların takdir haklarını kullanarak vermiş oldukları kararların AİHS madde 8. kapsamında incelemelerden geçirileceğini de ilave etmiştir. Bu tür davalarda genellikle

⁶¹⁰ Küçük/Türkiye-İsviçre, 33362/04, 17/05/2011 kararın özet çevirisi için bkz.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121837> 23.09.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁶¹¹ Neulinger ve Shuruk/İsviçre, 41615/07, 06/07/2010.

⁶¹² Neulinger ve Shuruk/İsviçre, parag. 149.

⁶¹³ Neulinger ve Shuruk/İsviçre, parag. 150.

⁶¹⁴ Neulinger ve Shuruk/İsviçre, parag. 150.

⁶¹⁵ Mikulić/Hırvatistan, 53176/99, 07/02/2002.

⁶¹⁶ Shofman/Rusya, 74826/01, 24/11/2005, parag. 31, Tavlı/Türkiye, 11449/02, 09/11/2006, parag. 26.

⁶¹⁷ Rasmussen/Danimarka, 8777/79, 28/11/1984, parag. 33 Konunun özel hayat kapsamında aile hayatını ilgilendirmesi sebebiyle burada belirtilmesinin daha uygun olacağı değerlendirilmiştir.

AİHM, devletlerin AİHS 8. madde kapsamında sorumlu oldukları pozitif yükümlülüklerle uyup uymamasını incelemiştir.⁶¹⁸

AİHM'nin verdiği Ebru ve Tayfun Engin Çolak/Türkiye davası soy bağıının tespitine ilişkin davalardan birisidir. Başvurucu olan anne ve çocuk dava süresinin uzunluğundan ve geçen süre zarfında özel hayatlarına ve aile hayatlarına yapılan müdahalelerden şikayet etmektedirler. Bu süreçte Emrah İpek babalığın tespiti için gerekli testlere gitmemiş, babalık testi uzun bir sürenin sonunda tamamlanabilmiştir. AİHM, DNA testleriyle babalığın tespit edilememesi durumunda soy bağıını öğrenmek isteyen ilgilinin haklarının korunması gerektiğini ifade etmiştir. AİHM, ulusal makamların bu tür davalarda ivedilikle karar vermesi gerektiğini ifade etmiş; yargılama sırasında soy bağıını öğrenmek isteyen çocuk ile baba olduğu iddia edilen kişinin DNA testi yaptırmaması arasında menfaatlerin orantılı bir şekilde korunamadığından ihlal kararı vermiştir.⁶¹⁹

AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği T.Ç ve H.Ç⁶²⁰ kararı, yargılama sırasında ulusal mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesi açısından önem arz etmektedir. C.B adındaki kişi görme engellidir ve H.Ç ile olan evliliğinden T.Ç doğmuştur. C.B ile H.Ç 1998 tarihinde boşanmış, C.B 1999 tarihinde vefat etmiştir. C.B'nin ebeveynleri, oğullarının görme engelli olduğu ve korkutulduğu gerekçesiyle soy bağıının reddi davası açmadığını belirterek, soy bağıının reddi davası açmışlardır. Yerel mahkeme davanın açıldığı sırada eski Medeni Kanunun yürürlükte olduğunu, bu kanuna göre de haklı sebebin varlığı halinde üçüncü kişilerin soy bağıının reddi davasını açabileceklerini belirtmiştir. Ölen C.B'nin görme engelli olmasını haklı sebep olarak nitelendiren yerel mahkeme, bilimsel gelişmeleri de gerekçe göstererek DNA testinin yapılması talebini de kabul etmiştir. C.B'nin mezarı açılmış alınan örnekler, kurallara uygun olmayan bir şekilde Adli Tıp Kurumu'na getirilmiştir. Yapılan DNA testi sonucunda da C.B'nin T.Ç'nin babası olmadığı tespit edilmiştir. Bu süreçte dava iki defa Yargıtay'a gitmiş, 2006 yılında verilen son karar ile ilk derece mahkemesinin kararı Yargıtay tarafından onanmıştır. Başvurucular AİHM nezdinde iki tür durumdan şikayet

⁶¹⁸ Mikulić/Hırvatistan, parag. 59, Hokkanen/Finlandiya, 19823/92, 23/09/1984, parag. 55, Shofman/Rusya, 74826/01, 24/11/2005, parag. 45.

⁶¹⁹ Ebru ve Tayfun Engin Çolak/Türkiye, 60176/00, 30/05/2006, kararın özet çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-121066\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) 25.09.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁶²⁰ T.Ç ve H.Ç/Türkiye, 34805/06, 26/07/2011.

etmektedirler. Birinci olarak davanın 1999 yılında başladığı ve yürürlükte olan kanuna (Eski Medeni Kanun) göre hüküm kurulması gerektiğini ifade etmişlerdir. Başvurucular mevcut davada yürürlükte olan kanun uygulanırsa bile yasal süreler yine geçtiğini, DNA için örnek alınma sürecinin de usulsüz olduğunu iddia etmektedirler. AİHM yaptığı değerlendirmeleri, nesebin reddi davalarında uygulanacak süre ve DNA testine ilişkin taleplerin reddedilmesi şeklinde ikiye ayırmıştır. AİHM nesebin reddi için uygulanacak süre hakkındaki görevinin, ulusal makamların yorum ve uygulamasının AİHS 8. madde ile uygunluğuyla sınırlı olduğunu özellikle ifade etmiştir. AİHM'ye göre nesebin reddi davalarında belirli bir sürenin oluşturulması çocuğun çıkarlarını korumak açısından önem arz etmektedir.⁶²¹ Ancak mevcut davada nesebin reddi davası öngörülen süreler bittikten sonra açılmıştır. Bu noktada AİHM, yerel mahkemelerin C.B'nin görme engelli olmasını haklı sebep olarak değerlendirip, C.B'nin ebeveynlerine dava açma hakkı vermesini C.B'nin iradesine yönelik bir saygısızlık olduğunu ifade etmiştir. Eski Medeni Kanuna göre haklı sebep olarak ebeveynlere dava imkânı tanınması, zamanaşımına ilişkin konularda ise Yeni Medeni Kanunun uygulanması ise hukuk güvenliği ilkesiyle bağdaşmayan bir durum olarak nitelendirmiştir. DNA testinin usulsüz yapıldığına ilişkin, başvuranların yaptığı hiçbir talebin dinlenilmemesi ve gerekçe gösterilmeden reddedilmesi de tespit edilen diğer bir husustur. AİHM iç hukuk sistemin özel hayatı koruyacak şekilde işletilmediğini ve yargılamanın 7 yıla yakın sürdüğünü bu süreçte AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.⁶²²

Tavlı/Türkiye⁶²³ kararında da başvuru Kazım Tavlı evliliğinden kısa bir süre sonra çalışmak için Almanya'ya gitmiştir. Bu süreçte eşi A doğum yapmış, Kazım Tavlı doğumdan kısa bir süre sonra nesebin reddi davası açmıştır. Başvuranın kan testlerine dayanarak muhtemelen S'nin babası olduğu tespit edilmiş, bu sebeple yerel mahkeme davayı reddetmiştir. Bu tespit 1982 yılında yapılmış, evlilik 1989 tarihinde sona ermiştir. Başvurucunun sonradan yaptırdığı testlerde S'nin babası olmadığı tespit edilmiştir. Başvurucu bu testlere dayanarak yargılamanın yenilenmesi talebiyle 1999 tarihinde yerel

⁶²¹ Mizzi/Malta, 26111/02, 12/01/2006, parag. 25, Rasmussen/Danimarka, parag. 41.

⁶²² T.Ç ve H.Ç/Türkiye, 34805/06, 26/07/2011, kararın özet çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-125013\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) 01.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁶²³ Tavlı/Türkiye, 11449/02, 09/11/2006.

mahkemeye başvuruda bulunmuştur. Yerel mahkeme, yeni elde edilen kanıtların ancak yargılama devam ederken ve mücbir bir sebepten kullanılamaması durumunda söz konusu olabileceğini belirterek başvuruyu reddetmiştir. Yargıtay ise bilimin gelişmesinin bir mücbir sebep olarak değerlendirilemeyeceğini ifade ederek ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. AİHM, bilimsel kanıtlara göre kişinin çocuğun babalığını reddetme hakkı olduğu gibi çocuğun da gerçek babasını öğrenme hakkı olduğuna dikkat çekmiştir. AİHM, bilimin gelişmesinin mücbir bir sebep olarak değerlendirilmemesi sebebiyle başvurana nesebin reddi imkanı verilmemesini yasal amaçlarla orantılı bulmamıştır. AİHM'ye göre başvuranın babalık karinesini biyolojik kanıtlarla çürütme hakkı ile aile ilişkilerinin hukuki kesinlik kazanmasındaki menfaat arasında adil bir denge gözetilememiştir. AİHM ulusal makamların mevcut yasaları bilimsel gelişmeler ve bunların topluma yansımalarını göz önüne alarak değerlendirmesi gerektiğini ifade ederek ihlal kararı vermiştir.⁶²⁴ Bu dava AİHM'nin AİHS'nin 8.maddesini dinamik yorumladığının bir göstergesi olmuş ve bilimsel gelişmelerin yargılama sırasında dikkate alınmasının önemine işaret etmiştir.⁶²⁵

AİHM İyilik/Türkiye⁶²⁶ kararında ise benzer somut olaylar olmasına rağmen farklı bir değerlendirmede bulunmuştur. Başvuran Necmettin İyilik 1965 yılında Bayan X ile evlenmiş, Bayan X 1966 yılında Y adlı bir çocuk dünyaya getirmiştir. Başvuran aynı yıl içerisinde boşanmış ve soy bağının reddi davası açmıştır. O zamanın imkânlarıyla yapılan kan testiyle Y'nin babasının başvuran olabileceğine dair bir rapor düzenlenmiştir. Bu sebeple dava reddedilmiştir. Başvurucu bilimdeki gelişmelerden dolayı 2002 yılında yargılanmanın yenilenmesi talebinde bulunmuş yeni bir DNA testi yapılmasını talep etmiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi ise bilimsel gelişmelerin yeniden dava açmaya sebebiyet veremeyeceği gerekçesiyle davayı reddetmiş, Yargıtay'da bu kararı onamıştır. AİHM somut olayın Tavlı /Türkiye davasındaki durumdan farklı olduğunu ifade etmiştir. Başvuranın elinde Y'nin babası olmadığına dair herhangi bir biyolojik kanıt bulunmamaktadır. Ayrıca başvuran öncelikle Y'nin DNA testine tabi tutulmasını talep

⁶²⁴ Tavlı/Türkiye, 11449/02, 09/11/2006, kararın özet çevirisi için bkz.

⁶²⁵ AİHM kişinin cinsel kimliği başlığı altında ifade edilen transseksüellerin durumunda da bilimsel gelişmelerin verilen kararların değişmesinde etkili olduğunu ifade etmiştir.

⁶²⁶ İyilik/Türkiye, 2899/05, 06/12/2011.

etmektedir. AİHM diğer davalarda başvuran ile çocuğun çıkarlarının örtüştüğünü bu davada ise çocuğun DNA testi olmasını reddetmesi nedeniyle çıkarların çeliştiğini ifade etmiştir. Bu somut olayda da uzun zamandan beri soy bağı hakkından yararlanan bir çocuk söz konusudur. AİHM bu noktada çocuğun çıkarlarına başvuranın çıkarlarından daha fazla üstünlük tanınmasının herhangi bir sorun teşkil etmediğini ifade etmiştir. Geçen süre zarfında elde edilen mali kazanımlar dikkate alındığında başvuranın babalık bağıni kopartamaması çocuğun yararına bir durumdur ve ihlal yoktur.⁶²⁷

AİHM bu tür davalarda görevinin ulusal mahkemelerin yerine geçmek olmadığını belirtmektedir.⁶²⁸ AİHM, önüne gelen başvurulara ilişkin iç hukuk yorum ve uygulamasının, AİHS hükümlerine uygun olup olmadığının kararını vermeyi ise görevi olarak nitelendirmiştir.⁶²⁹ AİHM, ulusal makamların pozitif yükümlülüklerini AİHS'nin 8. maddesi kapsamında yerine getirip getirmediğini inceleme konusu yapmaktadır.⁶³⁰ Bu noktada soy bağıniin reddi davası için hak düşürücü sürelerin konulmasını ise çocuğun haklarının korunması açısından önemli olarak nitelendirmektedir.⁶³¹ 4721 sayılı TMK'da soy bağıniin reddi davası içinde hak düşürücü süreler öngörülmüştür. Buna göre *“Koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl içinde açmak zorundadır”*. Çocuk ise *“ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde dava açmak zorundadır”*.⁶³² Kocanın dava açma süresinde yer alan *“her hâlde doğumdan başlayarak beş yıl”* ibaresi, AYM kararıyla iptal edilmiştir. AYM, kişinin genetik-biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkının en temel haklarından biri olduğunu ifade etmiştir. İtiraz konusu ibarenin bu hakkı doğumdan itibaren beş yıllık süre ile sınırlandırılmakta olduğunu ve böylelikle kişinin kendisine ait olmayan çocuğu sahiplenmek zorunda bırakıldığını belirtmiştir. AYM, bu sebeplerden dolayı *“her hâlde*

⁶²⁷ İyilik/Türkiye, 2899/05, 06/12/2011, kararın özet çevirisi için bkz.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-120156\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) 02.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁶²⁸ Brualla Gomez de la Torre, 155/1996 /774/975, 19/12/1997, parag. 31.

⁶²⁹ Tejedor Garcia/Spain, 142/1996 /761/962, 16/12/1997,parag. 31.

⁶³⁰ Mikulic/Hırvatistan,53176/99, 04/09/2002, parag. 59, Hokkanen/Finlandiya, 19823/92, 23/09/1994, parag. 55.

⁶³¹ Mizzi/Malta, 26111/02, 12/01/2006, parag. 25, Rasmussen/Danimarka, parag. 41.

⁶³² TMK mad. 291. soy bağıniin reddi davalarını koca ve çocuk dışında belirli durumlarda geçerli olmak üzere kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişilerinde açabileceğini ifade etmektedir.

*doğumdan başlayarak beş yıl” ifadesinin kişinin maddi ve manevi varlığını zedelediğinden, hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmadığından iptaline karar vermiştir.*⁶³³ AYM benzer gerekçelerle çocuğa soy bağının reddi imkanı veren TMK’nın 291. maddesinde bulunan *“her hâlde doğumdan başlayarak beş yıl”* ibaresini de 2013 yılında iptal etmiştir. TMK’ya göre ergin olmayan çocuğun soy bağı reddi kayyım aracılığıyla sağlanmaktadır. AYM, *“kişinin genetik babasıyla nesep ilişkisi kurabilmesini maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının bir gereği”* olarak nitelendirmiştir. Hukuk devleti ilkesi gereğince de bu hakkın önündeki engellerin kaldırılması gerekmektedir. Bu sebeple AYM söz konusu ibarenin iptaline karar vermiştir.⁶³⁴

3.2.3. Çocuğun bakım kurumlarına verilmesi-evlatlık edinme-evlatlık verilme

Çocuğun bakım ve gözetiminin ebeveynlerden tarafından yapılmamasından kaynaklı olarak çocuğun bakım kurumlarına verilmesi, evlatlık edinme veya evlatlık verilme müesseseleri aile hayatını ilgilendirmekte ve AİHS 8. maddenin korumasından yararlanmaktadır.⁶³⁵ AİHM bu tür davalara bakarken çocuğun çıkarlarının sağlıklı ve ağırlıklı bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁶³⁶ Bu süreçte devletlerin bireyin ve toplumun çıkarları arasında adil dengenin kurulmasında takdir payının olduğu da unutulmamalıdır.⁶³⁷ AİHM ise devletlerin bu takdir payını kullanırken makul, iyiniyetli ve dikkatli olup olmasını dikkate alacağını ifade etmektedir.⁶³⁸ AİHM sadece tedbirlerin uygulanışıyla sınırlı kalmayacağını, davanın bütününe bakarak devletlerin bu çıkarımlara ulaşırken sunduğu gerekçelerin yeterli ve yerinde olup olmasının da dikkate alınacağını ifade etmiştir.⁶³⁹

AİHM, çocuğun anne ve babadan alınıp kamu kurumlarına yerleştirilmesi kararının çok ağır bir müdahale niteliği taşıdığını belirtmiş, bu süreçte gerekli tedbirlerin alınması

⁶³³ E.2008/30, K.2009/96, 25/06/2009.

⁶³⁴ E.2013/62, K.2013/115, 10/10/2013.

⁶³⁵ K ve T/Finlandiya, 25702/94, 12/07/2001, T.P ve K.M/Birleşik Krallık, 28945/95, 10/05/2001, Keegan/İrlanda, 16969/90, 26/05/1994, Negrepontis-Giannisis/Yunanistan, 56759/08, 03/05/2011.

⁶³⁶ Olsson/İsveç (no.1), 10465/83, 24/03/1988, parag. 72.

⁶³⁷ Hokkanen/Finlandiya, 19823/92, 23/09/1994, parag. 55.

⁶³⁸ Hokkanen/Finlandiya, 19823/92, 23/09/1994, parag. 55.

⁶³⁹ Olsson/İsveç (no.1), parag. 52.

gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁴⁰ Bu tedbirlerden birisi, ebeveynlerin karar alma sürecine yeterince katılımını sağlamak olacaktır.⁶⁴¹ Yeterli katılımın sağlanamaması ise aile hayatının korunmasının ihlaline sebebiyet verecektir. AİHM, T.P ve K.M/Birleşik Krallık davasında 4 yaşındaki kız çocuğu, annesi tarafından korunamayacağı gerekçesiyle alınmış ve bir kamu kurumuna yerleştirilmiştir. Bu süreçte annenin kızının bakımıyla ilgili sürece yeterince dahil edilmediğini tespit eden AİHM, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.⁶⁴² AİHM bu tür koruma kararlarının şartlar mümkün olduğu takdirde, geri alınması gereken geçici önlemler olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁴³ Bu kapsamda çocuğun bakım kurumuna verilmesinin bir zorunluluk olması başka bir önlemin alınamıyor olması yani tabiri caizse son çare olması gerekmektedir. Wallova ve Walla/Çek Cumhuriyeti davasında AİHM bunu ortaya koymaktadır. 5 çocuk sahibi çiftin çocuklara bakamaması gerekçesiyle ellerinden alındığı olayda AİHM, ailenin tümünden ayrılması yerine başka çözümlerin üretilebilecek olması ihtimali üzerinde durmuştur.⁶⁴⁴ AİHM, ailenin tüm çocuklarının bakım kurumlarına yerleştirilmesinin ağır bir karar olduğunu ifade etmiş ve ihlal kararı vermiştir.

Evlatlık verilme konusunda da AİHM, ebeveynlerin rızalarının aranmamasını AİHS 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmektedir. Keegan/İrlanda davasında başvuru çocuğunun kendi bilgisi ve rızası dışında evlatlık verilmesinden şikâyet etmektedir. AİHM, çocuğun babasının izni olmadan evlatlık verilmesini aile hayatına yapılan bir müdahale olarak nitelendirmiş ve ihlal kararı vermiştir.⁶⁴⁵

Evlatlık edinme müessesinde AİHM, en önemli kriter olarak yine çocuğun çıkarlarını ön plana çıkarmıştır. Wagner ve J.M.W.L/Lüksemburg⁶⁴⁶ davasında başvuru, Peru'da tam olarak evlat edinme müessesisiyle bir çocuğu evlat edinmiştir. Ancak Lüksemburg yasaları bekar bir annenin evlatlık edinmesini kabul etmemektedir. Somut başvuruda

⁶⁴⁰ T.P ve K.M/Birleşik Krallık, 28945/95, 10/05/2001, parag. 70-73.

⁶⁴¹ W./Birleşik Krallık, 9749/82, 08/07/1987, parag. 64.

⁶⁴² T.P ve K.M/Birleşik Krallık, parag. 83.

⁶⁴³ Olsson/İsveç (no.1), parag. 81.

⁶⁴⁴ Wallova ve Walla/Çek Cumhuriyeti, 23848/04, 26/10/2006 bkz.

http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Parental_TUR.pdf 01.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁶⁴⁵ Keegan/İrlanda16969/90, 26/05/1994 bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Parental_TUR.pdf 01.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁶⁴⁶ J.M.W.L/Lüksemburg, 76240/01, 28/06/2007.

AİHM, şayet bu müesseseye izin verilmediği takdirde çocuğun annesiyle bağlantısının kesileceğine ve bundan en fazla zararı yine çocuğun göreceğini ifade etmiştir. AİHM bu davada da ayrımcılık yasağıyla birlikte aile hayatına yönelik ihlal olduğuna karar vermiştir.⁶⁴⁷

AİHM ikinci bir çocuğun evlat edinilmesine ulusal makamlar tarafından izin verilmemesine ilişkin davada da çocuğun yararının düşünülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Schwizgebel/İsviçre kararında esas sorun evlat edenle edilen arasındaki yaş farkıdır. Başvurucu 41 yaşındayken bir evlat edinmiş 48 yaşındayken bir evlat edinme talebinde daha bulunmuş ancak reddedilmiştir. Yetkili makamlar yaş farkının çok olduğu ve çocuğun yararına olmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmişlerdir. AİHM, evlat edenle edilen arasında yaş farkına ilişkin herhangi bir konsensüs olmadığından bu konuda ulusal makamlar tarafından takdir yetkisi kullanılarak verilen kararın uygunluğu üzerinde durmuştur. Bu kapsamda sadece evlat edinilecek çocuğun değil önceki evlat edinilen çocuğun yararının da gözetilmesi gerektiği ifade edilmiştir. İkinci bir çocuğun evlat edinilmesi başvuru açısından ek bir yükümlülük oluşturacaktır. Ayrıca iki evlat edinilen çocuk arasında oluşabilecek sosyal problemler iki çocuğun da zararına olabilecektir. AİHM bu argümanları öne süren İsviçre makamlarının gerekçelerinin makul olduğuna karar vermiş söz konusu kararı orantılı bularak ihlal olmadığını belirlemiştir.⁶⁴⁸

Ülkemizde evlat edinme müessesesi, 4721 sayılı TMK, “Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun” ve “Küçüklerin Evlât Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük” hükümlerince yürütülmektedir. TMK’nın 308. maddesinde evlat edinen ile evlat edinilen arasında en az 18 yaş olması gerektiği belirtilmiştir. Evlat edinmeye ilişkin şartlar ilgili tüzük hükümlerinde ayrıntılı olarak ifade edilmiştir.⁶⁴⁹ Başta

⁶⁴⁷ J.M.W.L/Lüksemburg, 76240/01, 28/06/2007 bkz

http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Parental_TUR.pdf 01.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁶⁴⁸ Schwizgebel/İsviçre, 25762/07, 10/06/2010, kararın özet çevirisi için bkz.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119609> 01.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁶⁴⁹ Küçüklerin Evlât Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük:

MADDE 4 – (1) Evlât edinmede;

a) Küçüğün, evlât edinen tarafından en az bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması,

b) Evlât edinmenin her halde küçüğün yararına bulunması ve evlât edinenin diğer çocuklarının yararlarının, hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi,

TMK olmak üzere ilgili mevzuat hükümlerince evlat edinmede, evlat edinilenin yararının bulunması ve varsa diğer çocukların yararının zedelenmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Belirtilen kanun ve tüzük hükümlerince Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan “Evlat Edinme Yönergesi”nde ise evlat edinen ile evlat edinilen arasında en fazla 40 yaş farkının olması gerektiği belirtilmiştir.

3.2.4. Ailelerin cenazeye ulaşamaması

Kişilerin yakınlarının veya çocuklarının cenazelerine ulaşamaması durumu da AİHM önüne gelen somut başvurulardan biridir. AİHM, cenazelerin otopsi, bedensel muayeneler gibi gerekçelerle ailelere geç verilmesini veya hiç verilmemesi durumunun ailenin hayatta kalan diğer üyelerinin özel ve aile hayatına müdahale niteliği taşıdığını belirtmiştir.⁶⁵⁰ Bu kapsamda cenaze törenlerine katılım,⁶⁵¹ defin işlemlerini⁶⁵² de kişinin aile hayatı kapsamında değerlendirilmiştir.

Maric/Hırvatistan davasında başvuru, ölü doğan çocuklarının cesedini almak istememiştir. Bunun üzerine hastane yönetimi cesedi tıbbi atıklarla birlikte atmıştır. Hastane yönetimin anlaştığı bir şirket tıbbi atıkları yakmaktadır. Başvuru ve eşi defin işlemi hakkında rızalarının alındığını ancak cesedin nerede olduğu veya nereye gömüldüğü hakkında bilgi sahibi olmadıklarını belirtmişler bu sebeple hastaneye karşı dava açmışlardır. Tazminat talebi ise hastanenin cesedin nerede olduğunu bildirme gibi bir

c) Evlât edinecek kişi veya eşlerin, evlât edinilenden en az onsekiz yaş büyük olması,

ç) Ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün rızasının alınması,

d) 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 311 inci ve 312 nci maddelerinde yer alan hükümler hariç, 309 uncu maddesinde belirtilen şekilde küçüğün ana ve babasının rızasının bulunması,

e) Küçüğün vesayet altında olması halinde, Türk Medenî Kanununun 397 nci maddesinde öngörülen vesayet dairelerinin izninin alınmış olması,

f) Evlât edinmek isteyen ve evli olmayan kişinin otuz yaşını doldurmuş bulunması,

g) Eşlerin en az beş yıldan beri evli olmaları veya her ikisinin de otuz yaşını doldurmuş bulunmaları,

ğ) Eşlerden birinin, diğerinin çocuğunu evlât edinebilmesi için en az iki yıldan beri evli olmaları veya kendisinin otuz yaşını doldurmuş bulunması, koşulları aranır.

(2) Otuz yaşını doldurmuş olan eşin, tek başına evlât edinebilmesi için, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden, birlikte evlât edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi gerekir.

⁶⁵⁰ Girard/Fransa, 22590/04, 30/06/2011, parag. 107.

⁶⁵¹ Hadri-Vionnet/İsviçre, 55525/00, 14/02/2008, parag. 52 AİHM başvurusunun ölü doğmuş çocuğun cenazesinde bulunma ihtimalinin aile yaşamı alanına girmeye elverişli olduğu ifade etmiştir.

⁶⁵² Elli Poluhas Dödsbo/İsveç, 61564/00, 17/01/2006, parag. 24, AİHM başvurusunun kocasının küllerini içeren kaseinin naklinin reddedilmesini AİHS 8. madde kapsamında değerlendirmiştir.

yükümlülüğü olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. AİHM, yaptığı değerlendirmede cesedin tıbbi atık olarak değerlendirilmesini ve cesede dair bir izin bulunmamasının AİHS 8. maddeye bir müdahale niteliği taşıdığını belirtmiştir. AİHM, ölü doğmuş bebeklerin tıbbi atık olarak değerlendirileceğine dair bir hükmün bulunmamasından dolayı müdahalenin kanunsuz olduğuna karar vermiştir.⁶⁵³

Sabanchiyeva ve diğerleri/Rusya⁶⁵⁴ davasındaki şikayet ise ailelerin cenazelere ulaşamamalarına ilişkindir. Rusya artan terör saldırıları sonucunda, teröristlerin cesetlerinin defin için teslim edilmeyeceğine, defin yerlerinin açıklanmayacağına dair bir yasa çıkartmıştır. Bu kapsamda cesetlerin yakılması söz konusu olmaktadır ve bu yasa Anayasa Mahkemesi tarafından da uygun bulunmuştur. Başvurucular terör saldırısı gerçekleştiren yakınlarının cenazelerinin yakılmasından büyük üzüntü duyduklarını ifade etmişlerdir. Başvurucular söz konusu tedbirin orantısız olduğundan, tedbire karşı bir itiraz imkânının olmamasından şikayet etmektedirler. Hükümet ise söz konusu tedbirin bir yasayla hüküm altına alındığını, Anayasa Mahkemesi kararının da olumlu olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre terörist eylemlerde bulunan kişilere cenaze töreni yapılması terörist fikirlerin propagandasına dönüşmektedir. Kamu güvenliği menfaati açısından düzenin sağlanması adına yasanın uygun olduğuna karar vermiştir. AİHM ise ölen kişilerin cenaze törenleri sırasında devlet yetkilileri tarafından düzenin sağlanabileceğini, haklı olarak bunun devletten bekleneceğini belirtmiştir.⁶⁵⁵ AİHM, başvurucuların en azından ölen kişilere son görevlerini yerine getirmelerine izin verilmesinin gerekliliği üzerinde durmuş, engellenmesine yetkililer tarafından meşru ve haklı nedenler getirilemediğini belirtmiştir.⁶⁵⁶ AİHM, bu tedbirin otomatik olarak alınmasını, orantılılık ilkesiyle bağdaştıramamıştır.⁶⁵⁷ AİHM bu uygulamayla devletin ölen kişilerin faaliyetleri ile ilgili olumsuz sonuçların yükünün aile üyelerine aktarılmasını kabul edilemez görmektedir.⁶⁵⁸ AİHM ölen kişilerin aile hayatlarının korunması ile kamu

⁶⁵³ Maric/Hırvatistan, 50132/12, 12/06/2014. kararın özet çevirisi için bkz.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"display\":\"0\",\"languageisocode\":\"TUR\",\"appno\":\"50132/12\"}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) 21.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁶⁵⁴ Sabanchiyeva ve diğerleri/Rusya, 38450/05, 06/09/2013.

⁶⁵⁵ Sabanchiyeva ve diğerleri/Rusya, 38450/05, 06/09/2013, parag.141.

⁶⁵⁶ Sabanchiyeva ve diğerleri/Rusya, parag. 143.

⁶⁵⁷ Sabanchiyeva ve diğerleri/Rusya, parag. 146.

⁶⁵⁸ Sabanchiyeva ve diğerleri/Rusya, parag. 145.

güvenliği ve düzensizliğin sağlanmasına adına yapılan uygulamalar arasında adil bir denge kurulamadığından ihlal kararı vermiştir.⁶⁵⁹

Ülkemizde son zamanlarda bazı ilçelerde yaşanan olaylardan dolayı sokağa çıkma yasağının ilan edilmesi sebebiyle AYM'ye, temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddiasıyla başvurular yapılmıştır. Ayhan Seviktek ve Mehmet Oran Diyarbakır'ın Sur ilçesinde uygulanan sokağa çıkma yasağı sebebiyle yakınlarının cenazelerinin alınamadığı iddiasıyla AYM'ye başvurmuştur. Başvurucular cenazelerinin alınması için, uygulanan sokağa çıkma yasağının kaldırılmasına yönelik tedbir kararı talep etmektedirler.⁶⁶⁰ Başvurucular ilk etapta cenazelerin bir camii avlusunda bekletildiğini ileri sürmüş, daha sonra ise cenazelerin bir ilkokulun bahçesinde bulunduğu dair belgeler sunmuşlardır.⁶⁶¹ Resmi makamlar ise ilçede yaşanan çatışmalarda ölen örgüt mensupları ile diğer vatandaşların hastanelere nakledildiğini belirtmiştir. Nakledilen kişiler arasında ise başvurucuların iddia ettikleri isimler yer almamaktadır.⁶⁶² Başvurucular da ölen yakınlarını henüz teşhis edemediklerini, ölüm olayını ise basından ve sosyal medyadan yansıyan bilgiler aracılığıyla öğrendiklerini ifade etmişlerdir.⁶⁶³ Diyarbakır Valiliği ise, belirtilen ilkokul civarında yaşanan şiddetli çatışmalar sebebiyle şu an bir araştırma yapılamadığını belirtmiştir. Cenazelere ulaşıldığı takdirde ilgili makamlara teslim edileceğine dair yazıyı AYM'ye göndermiştir.⁶⁶⁴ AYM, kişilerin ölüp ölmediklerine ve cenazenin bulundukları yerden alınmadığına dair bir sonuca, sunulan bilgi ve belgelerden ulaşamadığını belirtmiştir.⁶⁶⁵ AYM, tedbir kararı verilebilmesi için gerekli şartların oluşmadığını ifade ederek tedbir talebinin reddine karar vermiştir.

3.3. Aile Hayatının Korunması Kapsamında Tutuklu ve Hükümlülerin Durumu

AİHM, tutuklu ve hükümlerin aileleriyle ziyaretlerinin kısıtlanmasını, engellenmesini AİHS'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Bu kapsamda cezaevi ortamında aile ziyaretlerine getirilecek olan kısıtlama tutuklu ve hükümlülerin aile hayatını

⁶⁵⁹ Sabanchiyeva ve diğerleri/Rusya, parag. 146-156.

⁶⁶⁰ Ayhan Seviktek, Mehmet Oran, 2016/43, 08/01/2016, parag. 1-2.

⁶⁶¹ Ayhan Seviktek, Mehmet Oran, parag. 23.

⁶⁶² Ayhan Seviktek, Mehmet Oran, parag. 23.

⁶⁶³ Ayhan Seviktek, Mehmet Oran, parag. 23.

⁶⁶⁴ Ayhan Seviktek, Mehmet Oran, parag. 25.

⁶⁶⁵ Ayhan Seviktek, Mehmet Oran, parag. 26.

ilgilendirmektedir.⁶⁶⁶ Ancak hemen ifade edilmelidir ki AİHM, cezaevi yetkililerinin takdir yetkilerini kullanarak, düzeni korumak amacıyla tutuklu ve hükümlülerin ziyaretçi kabul etme hakkını kısıtlayabileceğini ifade etmektedir.⁶⁶⁷ AİHM yetkililerin bu haklarını makul görmekle birlikte yapılacak kısıtlamaların, meşru amaç veya amaçlarla yapılması gerektiğini ve uygulamanın demokratik toplumda gerekli olma kriterine uygun olması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁶⁸

Gülmez/Türkiye davasında başvuru yaklaşık bir yıl boyunca ziyaretçi kabul etmesini yasaklayan disiplin cezalarının AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir.⁶⁶⁹ Başvurana bu cezaların, cezaevi malına zarar vermek, slogan atmak, arama yapılmasına izin vermemek gibi fiillerinden dolayı verildiği anlaşılmaktadır.⁶⁷⁰ Bu fiiller sonucunda verilen ziyaretçi kabul etme yasağı o zaman yürürlükte olan Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif Evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük⁶⁷¹ kapsamında verilmiştir. AİHM ilk olarak tüzüğün erişilebilir ve yayımlanmış olmasını dikkate almış, bu hususlarda bir sıkıntı bulunmadığını tespit etmiştir.⁶⁷² Ancak tüzükte ceza gerektiren fiiller ve bunların cezaları açık bir şekilde ifade edilmemiştir. AİHM, bu süreçte yetkili makamların geniş takdir yetkisini kullandığını, altı farklı disiplin cezasından kaynaklı yaklaşık bir yılı bulan ziyaretçi yasağının verildiğini belirlemiştir.⁶⁷³ AİHM, Avrupa Cezaevi Kurallarına atıf yaparak hiçbir disiplin cezasının aileyle olan ilişkilerin üzerine genel bir yasak öngöremeyeceğini de ifade etmiştir.⁶⁷⁴ AİHM tüzüğün bu haliyle aile hayatına yapılan haksız müdahalelere karşı koruma sağlayabilecek düzeyde açık ve ayrıntılı olmadığını ve kanuni nitelikten uzak olduğunu belirtmiştir.⁶⁷⁵ Sonuç olarak yapılan müdahaleler kanuni olmadığından AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

⁶⁶⁶ Laduna/Slovakya, 31827/02, 13/02/2011.

⁶⁶⁷ Gülmez/Türkiye, 16330/02, 20/05/2008, parag. 40.

⁶⁶⁸ Gülmez/Türkiye, parag. 42.

⁶⁶⁹ Gülmez/Türkiye, parag. 35.

⁶⁷⁰ Gülmez/Türkiye, parag. 44.

⁶⁷¹ Bundan sonra tüzük olarak ifade edilecektir.

⁶⁷² Gülmez/Türkiye, parag. 44.

⁶⁷³ Gülmez/Türkiye, parag. 44.

⁶⁷⁴ Gülmez/Türkiye, parag. 44.

⁶⁷⁵ Gülmez/Türkiye, parag. 46-47.

AIHM tutuklu ve hükümlülerin aile ile görüşmelerine yönelik müdahalelerin “kanun tarafından öngörüldüğü” bir veya birden fazla “meşru amaca sahip olduğu” ve “demokratik bir toplumda gerekli olduğu” sürece AİHS’ye aykırı olmayacağını birçok defa dile getirmektedir.⁶⁷⁶

Öcalan/Türkiye davasında da aile ile ziyaretlerinin engellenmesi, kısıtlanması hususu şikayet konusu yapılmıştır. Hükümet tarafından başvurucunun eski silahlı örgütüne mesaj göndermesi ile ilgili yasağa uymadığından disiplin cezası aldığı ve bunun doğal sonucu olarak ziyaretçilerle görüşme hakkında kısıtlamalara gidildiği belirtilmiştir.⁶⁷⁷ AIHM, somut olayda cezaevi yetkililerinin mümkün olduğu ölçüde mahkûmun ailesiyle olan bağlarını korumasına yardımcı olduklarını tespit etmiştir.⁶⁷⁸ Bu kapsamda haftada bir ziyaret imkanı bulunmaktadır. Cezaevi yetkilileri önceki tavsiye kararlarına uyarak bu görüşmelerin açık görüş şeklinde yapılmasına imkan tanımaktadır. Ayrıca her iki haftada 10 dakika ailesiyle telefonda görüşmesine de izin verilmektedir. AIHM başvurucunun terör örgütüyle haberleşmenin önüne geçilmesine yönelik tedbirler bir kenara bırakıldığında ailesiyle görüşmesinin ve haberleşmesinin normal olarak işletildiğini belirlemiştir. Dolayısıyla aile hayatına yönelik getirilen kısıtlamalar demokratik bir toplumda gerekli olan kamu düzeninin sağlanması için gerekli sınırı aşmadığından ihlal kararı verilmemiştir.⁶⁷⁹

AIHM, Sarı ve Çolak/Türkiye davasında kimse ile görüştürülmeden gözaltında tutulma işlemlerini AİHS’nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmiş ve ihlal kararı vermiştir.⁶⁸⁰ AIHM söz konusu somut olayda başvuranların 7 gün süreyle gözaltında bulunduğunu ve aileleri ile bağlantı kuramadıklarını tespit etmiştir. AIHM olayların meydana geldiği dönemde (1997) tutuklu bulunan kimselerin aileleriyle görüşme durumunu düzenleyen hiçbir yasal hükmün bulunmadığını bu konuda yasal değişikliğin 2002 yılında yapıldığını belirlemiştir. AIHM, aile hayatının korunmasına yönelik etkili ve somut koruma sağlayan yasal güvencelerin bulunmamasının, 7 günlük gözaltı süresince

⁶⁷⁶ Öcalan/Türkiye (no.2), 24069/03, 197/04, 6101/06 et 10464/07, 18/03/2014, parag. 157.

⁶⁷⁷ Öcalan/Türkiye (no.2), parag. 152.

⁶⁷⁸ Öcalan/Türkiye (no.2), parag. 163.

⁶⁷⁹ Öcalan/Türkiye (no.2), parag. 164.

⁶⁸⁰ Sarı ve Çolak/Türkiye, 42596/98, 42603/98, 04/04/2006

kimseye haber verilememesinin AİHS'nin 8. maddesinin ihlaline yol açtığına karar vermiştir.⁶⁸¹

AİHM, aile ile ziyaretlerde tutuklu ve hükümlülerin farklı muamelelere tabi tutulmasını da değerlendirmiştir. Laduna/Slovakya⁶⁸² davasındaki somut olayda tutukluların ayda otuz dakika ziyaret imkanı bulunmakta iken bu süre hükümlüler için iki saat olarak belirlenmiştir. Başvurucular özellikle hükümlüler için ziyaret sıklığının ve tipinin cezaevinin güvenlik seviyesine göre değiştiğini ancak tutukluların tutukluluk nedenlerine ve güvenlik seviyelerine bakılmaksızın hep aynı rejime tabi tutulduğunu ifade etmişlerdir. AİHM, Slovakya'ya yapılan ziyaretlerde söz konusu durumun ilgili birimlerce düzenlenen raporlarla da ifade edildiğini belirlemiştir. AİHM'ye göre farklı tutukluluk kategorileri oluşturmak ve her kategoriye göre sınırlamalar getirmek önemlidir. AİHM bu kapsamda 2006 yılında çıkan "Avrupa Cezaevi Kuralları"nda tutukluların hükümlülerle aynı şartlarda ziyaretçi kabul etmesinin ve aileye iletişim kurulabilmesinin kabul edildiğini ifade etmiştir. Bu sebeple AİHM bu davada AİHS 8. maddeyle birlikte AİHS'nin 14. maddesinin (ayrımcılık yasağı) ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁶⁸³

AİHM, hükümlülerin çocuk sahibi olma hakkını da somut bir başvuru dolayısıyla değerlendirmiştir. Dickson/Birleşik Krallık⁶⁸⁴ davasında başvuru 15 yıl hapis cezası aldığını ve cezası bittiğinde eşinin üreme yeteneğini kaybetmiş olmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir. Bu sebeple yapay dölleme yoluyla çocuk sahibi olmayı talep etmiş ancak başvurusu reddedilmiştir. AİHM çocuk sahibi olamamanın hapis cezasının bir sonucu olduğunu ancak bunun engellenmemesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM kamu yararı ile özel menfaatler arasında adil dengenin gözetilmediği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.⁶⁸⁵ Uygulamada birçok ülke artık aile (eş) ziyaretlerini cinsel ilişkiyi kapsayacak

⁶⁸¹ Sarı ve Çolak/Türkiye, 42596/98, 42603/98, 04/04/2006, kararın özet çevirisi için bkz.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-125424> 15.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁶⁸² Laduna/Slovakya, 31827/02, 13/12/2011.

⁶⁸³ Laduna/Slovakya, 31827/02, 13/12/2011, kararın özet çevirisi için bkz.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119498> 23.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁶⁸⁴ Dickson/Birleşik Krallık, 44362/04, 04/12/2007.

⁶⁸⁵ Altınsoy, B. (2014). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mahkumların Özel Hayatı. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 115, 37-60.

şekilde genişletme yoluna gitmektedir. Uygun ortamın ve şartlarının sağlanmasıyla hükümlülerin eşleriyle cinsel ilişkiye girmelerine imkan sağlanmaktadır.⁶⁸⁶

Bu şekilde gerçekleşen eş ziyaretleri ulusal mevzuat hükümlerinde de düzenleme altına alınmıştır. Kamuoyunda “pembe oda” olarak bilinen uygulama “Hükümlü ve Tutukluların Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmeliği”nin 7. maddesinde ödül türleri arasında belirtilmiştir. Ödül türlerinden birisi olan bu görüşme “*Kapalı ceza infaz kurumlarındaki evli hükümlü ve tutuklulara, kurum personelinin yakın nezareti olmaksızın eşleri ile mahrem görüşme*” şeklinde ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 8. maddesinde ise ödül verilebilecek tutum ve davranışlar sıralanmıştır.

Ülkemizde 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun hükümleri ile aile ziyaretleri de dahil olmak üzere birçok husus hüküm altına alınmaktadır. Aile ziyaretlerinin ne şekilde nasıl yapılacağı ifade edilmiştir. Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası gerektiren eylemler liste halinde ifade edilmiştir. Verilen cezalara karşı itiraz yolları ve başvurulacak makamlar ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Bu açıdan bakıldığında söz konusu hükümlerin AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğu söylenebilmektedir. Keza AİHM söz konusu düzenlemenin Avrupa İşkenceyi ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaları Önleme Komitesi tarafından incelendiğini, herhangi bir eleştiriye de maruz kalmadığını ifade etmiştir.⁶⁸⁷

3.4. Aile Hayatının Korunması Kapsamında Sınır Dışı Edilme-Seyahat Yasağı-Tayin

Sınır dışı edilme, ihraç ve oturma izninin verilmemesi gibi durumların aile hayatına muhtemel etkileri AİHM tarafından ele alınan sorunlardan birini oluşturmaktadır. AİHM, AİHS’nin 8. maddesinin bir ülkeye giriş çıkış yapma, orada ikamet etme ve aile kurma hakkı tanımadığını özellikle belirtmektedir.⁶⁸⁸ Ancak böyle durumlarda aile hayatının etkilenmesi AİHM tarafından AİHS’nin 8. maddesi kapsamında ele alınmıştır.⁶⁸⁹ Bu tür davaların genel özelliği, mahkûmiyet veya oturma izninin bitmesi gibi durumlarda bir

⁶⁸⁶ Demirbaş, T. (2008). İnfaz Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 257.

⁶⁸⁷ Gülmez/Türkiye, parag. 45.

⁶⁸⁸ Slivenko/Litvanya, 48321/99, 09/01/2003, parag. 94, Boultif/İsviçre, 54273/00, 02/08/2001, parag. 39, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28/05/1985, parag. 68, Amrollahi/Danimarka, 56811/00, 11/07/2002, parag. 26.

⁶⁸⁹ Boultif/İsviçre, 54273/00, 02/08/2001, Beldjoudi/Fransa, 12083/86, 26/03/1992.

yabancınnn bulunduğu ÷lkeden gönderilmesi şeklinde oluşmasıdır. Bu tür durumlarda AİHM'ye göre, yapılan uygulama kanuni bir dayanağa sahip olmalı, zorunlu bir toplumsal gerekçesi bulunmalı ve hedeflenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.⁶⁹⁰ AİHM, aile hayatının korunması kapsamında sınır dışı tedbirine başvurulduğu veya oturma izninin verilmediği durumlarda müdahalenin gerekli ve meşru amaçlarının belirlenmesi adına bir takım kriterler ortaya koymuştur.⁶⁹¹ Boulitif kriterleri olarak adlandırılan kriterlerde AİHM bu tür davalarda bu unsurların dikkat edilmesi üzerinde durmuştur. Buna göre;

- *Başvuranın işlediği suçun türü ve ağırlığı,*
- *Sınır dışı edecek olan ÷lkede kalma süresi,*
- *Suçun işlenmesi üzerinden geçen süre ve başvuranın bu süreçteki tutumu,*
- *İlgili kişilerin vatandaşlığı,*
- *Başvuranın ailevi durumu ve özellikle evliliğinin süresi,*
- *Aile ilişkisi kurulurken eşinin suçtan haberinin olup olmadığı,*
- *Evlilikten çocuklarının olup olmaması ve varsa yaşları,*
- *Sınır dışı edildikten sonra gideceği ÷lkede karşılaşabileceği zorlukların ağırlık derecesi*

bu tür davalar sonuçlandırılırken göz önünde bulundurulacaktır.⁶⁹²

AİHM, bu tür davalarda çocukların durumunun özellikle göz önünde bulundurulması gerekliliğini ifade etmiştir.⁶⁹³ AİHM Berrehab/Hollanda⁶⁹⁴ kararında başvurucunun vatandaşlığı kaybetmesinden dolayı sınır dışı edilmesini değerlendirmiştir. Hollanda'da yaşadığı süre içerisinde hiçbir suça karışmayan başvurucunun bu süre içerisinde ailesiyle olan olumlu yakın ilişkileri ve başarı bir iş hayatı olması AİHM tarafından olumlu bulunmuştur. Bu sebeple AİHM bir konut ve iş sahibi olan, kızıyla yoğun ilişkilere sahip babanın Hollanda yasalarına göre evliliğin bitmesiyle vatandaşlığı kaybetmesinden dolayı sınır dışı edilmesini AİHS 8. maddenin ihlali olarak nitelendirmiştir.⁶⁹⁵

⁶⁹⁰ Boulitif/İsviçre, parag. 46.

⁶⁹¹ Boulitif/İsviçre, parag. 48, Maslov/Avusturya, 1638/03, 23/06/2008, parag. 57.

⁶⁹² Boulitif/İsviçre, parag. 48.

⁶⁹³ Maslov/Avusturya, parag. 58.

⁶⁹⁴ Berrehab/Hollanda, 10730/84, 21/06/1988.

⁶⁹⁵ Tezcan, Erdem, Sancakdar, 2004, 393.

Dalia/Fransa⁶⁹⁶ davasında ise başvuru eroin ticareti yapmaktan cezalandırılmış ve sınır dışı edilmiştir. Aile hayatına saygı hakkına ihlal edildiğine yönelik başvuruda AİHM *“Bayan Dalia’nın böyle bir yasadışı ticarete yer alması ağır bastığından ve orantılılık ilkesine de uygun düşeceğinden”* bahisle ihlale yer olmadığı kararı vermiştir.⁶⁹⁷

Jakupovic/Avusturya⁶⁹⁸ kararında bütün ailesi Avusturya’da bulunmakta olan başvuru işlediği suçtan dolayı sınır dışı edilmiştir. AİHM başvuru hakkında yalnızca hırsızlıktan verilen ve ertelenen, tehlikeli sayılamayacak iki yıl hapis cezası nedeniyle sınır dışı kararı verildiğini belirtmiştir. Bunun takdir yetkisini aşan orantısız bir karar olduğuna hükmederek AİHS 8. maddenin ihlaline karar vermiştir.⁶⁹⁹

Maslov/Avusturya davasında başvuru Bulgaristan’da doğmuş, 6 yaşında Avusturya’ya gelmiş ve okula Avusturya’da başlamıştır. 15 yaşında sürekli oturma izni alan başvuru, 16 yaşında karıştığı suçlardan dolayı 2 yıldan fazla hapiste kalmıştır. Hapisten çıktıktan yaklaşık bir buçuk yıl sonra sınır dışı edilmiştir. Sınır dışı edilen başvurana on yıl oturma yasağı getirilmiştir.⁷⁰⁰ AİHM, başvuranın tüm sosyal kültürel ve aile bağlarının Avusturya’da olduğunu tespit etmiştir.⁷⁰¹ Kendi ülkesiyle olan ilişkilerine gelince orada hiçbir yakını bulunmamakta orada okumadığı için alfabeyi bilmemekte ve ayrıca Bulgar dilini de konuşamamaktadır.⁷⁰² AİHM bu tür davalarda çocukken işlenen suçların şiddet yoluyla işlenip işlenmediğini de dikkate aldığını ifade etmektedir.⁷⁰³ Başvuran hapisten çıktığı zamandan sınır dışı edildiği sürece kadar herhangi bir suça da karışmamıştır.⁷⁰⁴ AİHM, başvuranın Avusturya’da kaldığı süreyi, işlemiş olduğu suçların şiddet niteliği taşımadığını, tüm sosyal kültürel ve aile bağlarının Avusturya’da olmasını dikkate almış,

⁶⁹⁶ Dalia/Fransa, 26102/95, 19/92/1998.

⁶⁹⁷ Dinç, Güney, 2006, 404.

⁶⁹⁸ Jakupovic/Avusturya, 36757/97, 06/02/2003.

⁶⁹⁹ Jakupovic/Avusturya, parag. 27.

⁷⁰⁰ Maslov/Avusturya, parag. 10-21.

⁷⁰¹ Maslov/Avusturya, parag. 96.

⁷⁰² Maslov/Avusturya, parag. 97.

⁷⁰³ Maslov/Avusturya, parag. 95. AİHM on yedi yaşında şiddet kullanarak tecavüz suçu işlemiş olan ve mahkum edilen çocuğun sınır dışı edilmesi kararının AİHS 8. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir. bkz. Bouchelkia, 23078/93, 29/01/1997, parag. 51.

⁷⁰⁴ Maslov/Avusturya, parag. 95.

verilen oturma yasağının ⁷⁰⁵ ihlale sebebiyet verdiğini belirtmiştir. ⁷⁰⁶ AİHM değerlendirmelerde bulunurken suçun türü ve ağırlığı üzerinde önemle durmuştur. Bu kapsamda her somut olayda başvurunun işlediği suç, ailesi ile bağları, ülkedeki konumu ile gönderileceği ülkedeki konumlarını ayrı ayrı değerlendirmiştir.

Bu kapsamda ele alınacak diğer bir husus ülkelerin pasaport uygulamaları ile seyahat yapma yasağı verdiği durumlarda kişilerin aileleri ile olan ilişkileridir. İletmiş/Türkiye⁷⁰⁷ davasında başvuran, eşi ve iki çocuğuyla Almanya'da oturma izniyle yaşamaktadır. Başvuran ailesini ziyaret etme amacıyla geldiği Türkiye'de 1992 tarihinde yakalanmış, başvurunun pasaportuna el konulmuştur. Başvuran serbest bırakılmasına rağmen kendisine pasaportu verilmemiştir. Yasadışı örgütlerle ilişkisi bulunduğundan dolayı yargılanan başvuru 7 yıl sonra davadan beraat etmiş, pasaportuna ancak davadan sonra ulaşabilmiştir. AİHM davanın kabul edilebilirliğini incelerken idari merciler tarafından pasaportun yıllarca müsadere edilmesinin ve geri verilmemesinin kişinin özel hayatına ve aile hayatına müdahale niteliği taşıdığını ifade etmiştir. Yapılan bu müdahale belli bir kanuna (pasaport kanunu) ve belirli bir amaca (milli güvenlik/suç işlenmesinin önlenmesi) yönelik olsa da AİHM, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı üzerinde durmuştur. AİHM, yargılama süresince başvuranın suç işlemesine yönelik herhangi somut bir delilin bulunmadığını ve mahkemece alınan herhangi bir yurtdışına çıkış yasağı kararı alınmadığını tespit etmiştir. AİHM pasaport gibi bir seyahat belgesinden yoksun bırakılmanın AİHS 4 No'lu Ek protokolün⁷⁰⁸ 2.maddesinde güvence altına alındığını, Türkiye'nin bu protokolü imzalamış olmasına rağmen onaylamamasından

⁷⁰⁵ AİHM bu tür davalarda verilen oturma yasağının süresinin orantılı olup olmamasını da değerlendirmektedir. Oturma yasağının süresiz olmasını orantısız bulduğu kararlar mevcuttur. bkz. Ezzouhdi/Fransa, 47160/99, 13/02/2001, parag. 35.

⁷⁰⁶ Maslov/Avusturya, parag. 100.

⁷⁰⁷ İletmiş/Türkiye, 29871/96, 06/12/2005.

⁷⁰⁸ AİHS 4 No'lu Ek Protokol

Madde 2 - Serbest dolaşım özgürlüğü

1. Bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve ikametgâhını seçebilme hakkına sahiptir.
2. Herkes, kendi ülkesi de dâhil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir.
3. Bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmüş sınırlamalara tabi tutulabilir.
4. Bu maddenin 1. fıkrasında sayılan haklar, belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tabi tutulabilir.

ötürü bu davada uygulanamayacağını belirtmiştir. AİHM devamında ise, bu protokol ile AİHS 8. madde arasında sıkı bir bağ olduğunu ve bir ülkenin kendi yargısına bağlı herhangi bir kişiye herhangi bir gerekçe göstermeden yaptığı kısıtlamaların aile bağları açısından ciddi ihlallere sebebiyet vereceğini ifade etmiştir.⁷⁰⁹ AİHM'ye göre mevcut davada yargılama hiçbir gelişme göstermeden uzamış, başvuran aleyhinde somut delil bulanamamış ve böylelikle meşru çıkara bağlı çıkar oranı ağırlığını kaybetmiştir. AİHM bu süreçte yaşanan belirsizlikten kişinin kendisinin ve ailesinin etkilendiğini, yurt dışına çıkmasına mani olan pasaportun geri verilmemesi uygulamasının hiçbir gerekçeye dayanmadığını özellikle ifade etmiştir. Bu sebeple yurtdışına çıkış yasağı uygulamasının devam ettirilmesi AİHS'nin 8. maddesinde korunan hakları ihlal etmiştir.⁷¹⁰

İletmiş/Türkiye davasından yaklaşık 3 yıl sonra açıklanan Paşaoğlu/Türkiye⁷¹¹ kararı da Türkiye aleyhine sonuçlanmıştır. AİHM bir önceki davada olduğu gibi bu davada da pasaport verilmesine yönelik kısıtlamaların ve yapılan başvuruların reddedilmesinin kişinin özel hayatına ve aile hayatına yönelik bir müdahale teşkil ettiği kanısına varmıştır. Söz konusu somut olayda idari merciler tarafından tutulan bir tahdit fişine istinaden başvuranın pasaportuna el konulmuştur. Söz konusu tahdit fişinde turizm işiyle uğraşan başvurucunun Yunanistan'dan Türkiye'ye yaptığı turlarda Pontus propagandası yapabileceği ifade edilmiştir. AİHM alınan tedbirin belirsiz bir şekilde devam ettirilmesinin kişinin aile ve kişisel durumu göz önüne alındığında ciddi sonuçlar doğurabileceğini belirtmiş, hiçbir gerekçe olmadan yapılan müdahalenin AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.⁷¹²

Bu hususta son olarak değinilecek husus kamu görevlilerinin tayin sebebiyle başka bir yerde görevlendirilmesinin kişinin aile hayatını etkileyebilecek olmasına yönelik AYM'nin değerlendirmeleridir.⁷¹³ Başvurucu Salih Karakoç, eşiyle beraber tüp bebek

⁷⁰⁹ Bu sebeple dava serbest dolaşım özgürlüğü kapsamında değil kişinin özel hayatı ve aile hayatı göz önüne alınarak AİHS 8. madde kapsamında değerlendirilmiştir.

⁷¹⁰ İletmiş/Türkiye, 29871/96, 06/12/2005. kararın özet çevirisi için bkz.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121781> 25.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁷¹¹ Paşaoğlu/Türkiye, 8932/03, 08/07/2008.

⁷¹² Paşaoğlu/Türkiye, 8932/03, 08/07/2008, kararın özet çevirisi için bkz.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124314> 26.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁷¹³ Salih Karakoç, 2013/2954, 19/12/2013, Demir Dinipak, 2013/7983, 26/06/2014, Kamil Çakır, 2013/997, 15/10/2014.

tedavisi gören TSK personelidir. Başvurucu Hakkari iline yapılan atama sebebiyle çocuk sahibi olma hakkının elinden alındığını ifade etmektedir.⁷¹⁴ AYM yaptığı değerlendirmelerde söz konusu personelin daha önce aynı sebepten dolayı birkaç defa atamasının ertelendiğini ve bu hususun başvuran tarafından da reddedilmediğini tespit etmiştir.⁷¹⁵ AYM aile hayatına yapılan bir müdahaleden bahsedebilmek için, yardımcı tedavi yöntemini kullanması sırasında veya tedavi süreci içinde kamu gücü tarafından bu hakkın kullanımının “zorlaştırılması, engellenmesi veya yasaklanmasının” gerektiğini ifade etmiştir.⁷¹⁶ Ancak, somut olayda personelin atamasının yapıldığı ilde eşiyle birlikte çocuk sahibi olmak için yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanabileceği ifade edilmiş ve söz konusu başvuru “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur.⁷¹⁷ Başvurucunun Hakkari iline atanmasının, çocuk sahibi olma hakkını ortadan kaldıran veyahut yasaklayan bir durum olarak değerlendirilmemesi makul karşılanabilecektir. Ancak mevcut bulunduğu yerdeki imkanlar ile atamanın yapıldığı ildeki imkanlar karşılaştırıldığında çocuk sahibi olması kamu gücüyle zorlaştırılmıştır. AYM’nin daha önce bu sebeple atamanın iptal edilmiş olmasını da göz önünde tutarak dayanaktan yoksun bulduğu somut olayda kanaatimizce Anayasanın 20 ile 41. maddelerine yönelik bir müdahale ve ihlal vardır.

Kamil Çakır ve Demir Dinipak başvurularında da başvuru sahipleri tayinlerden şikayet etmektedirler. AYM’ye göre kamu görevi birtakım hak ve ayrıcalıkların yanında kişilere bir takım külfet ve sorumluluklar yüklemektedir.⁷¹⁸ Kişi bu görevlere girerken ayrıcalıkların yanında külfetlere de katlanmayı kabul etmiş sayılmaktadır. AYM, tayinleri gerçekleştiren idari mercilere belirli bir takdir alanının tanınması gerektiğini ifade etmiştir.⁷¹⁹ AYM, kamu hizmetinin gereklerini, insan kaynağının verimli kullanılmasını ve teşkilat yapısının elverişliliğini göz önüne alan idarenin en önemli görevinin kamu hizmetinin devamlılığını sağlamak olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda yapılan başvurularda AYM, tayin sebebiyle kamu görevlilerinin ailevi ilişkilerinin dolaylı olarak etkilendiğini kabul etse de idari

⁷¹⁴ Salih Karakoç, 2013/2954. parag. 23.

⁷¹⁵ Salih Karakoç, parag. 39.

⁷¹⁶ Salih Karakoç, parag. 39.

⁷¹⁷ Salih Karakoç, parag. 40.

⁷¹⁸ Demir Dinipak, 2013/7983, 26/06/2014, parag. 33, Kamil Çakır, 2013/997, 15/10/2014, parag. 35.

⁷¹⁹ Demir Dinipak, parag. 33, Kamil Çakır, parag. 35.

merciler tarafından doğrudan bir müdahale olmadığı gerekçesiyle söz konusu başvuruları açıkça dayanaktan yoksun oldukları gerekçesiyle reddetmiştir.⁷²⁰

⁷²⁰ Demir Dinipak, parag. 36, Kamil Çakır, parag. 37-38.

4. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI KAPSAMINDA KONUT DOKUNULMAZLIĞI

4.1. Konut Kavramı ve Kapsamı

AİHM, konutu kişinin daimi olarak yaşadığı veya kişinin yeterli ve devamlı bağının olduğu yer olarak tanımlanmıştır.⁷²¹ Ancak AİHS’de yer alan “konut” kavramının iç hukuka bağlı olmayan özerk (otonom) bir kavram olduğu da ifade edilmektedir.⁷²² AİHM “konut” teriminin İngilizce ve Fransızca versiyonlarında yer alan ev kelimesinden daha geniş bir tanımlama alanına sahip olduğunu belirtmektedir. AİHM’ye göre bir mekanın AİHS’nin 8. maddesinin koruması altında olan konut kavramının içine girmesi, somut olayın şartlarına ve özellikle belirli bir yer ile daimi ve yeterli bir bağlantının mevcudiyetine bağlıdır.⁷²³ Bu sebeple AİHM’nin;

- Gerçek kişinin hem ikamet ettiği hem de büro olarak kullandığı mekanı,⁷²⁴
- Bir şirkete ait ticaret merkezi ve ona bağlı ofisleri ve iş binalarını,⁷²⁵
- Karavan vb diğer sabit olmayan mekanları,⁷²⁶
- Uzun süreli konaklama sağlayan otelleri,⁷²⁷
- Kullanımı kiracıya ait olan evleri,⁷²⁸ konut kapsamında değerlendirdiği görülmektedir.

AİHS’de konut *“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”* ifadesiyle koruma altına alınmıştır. Anayasamızda ise *“kimsenin konutuna dokunulamaz”* ifadesine yer verilmiştir. Anayasanın 21. maddesi ile *“hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemeyeceği, arama yapılamayacağı ve buradaki eşyaya el konulamayacağı”* da hüküm altına almıştır. Maddenin gerekçesinde

⁷²¹ Prokopovitch/Rusya, 58255/00, 18/11/2004, parag. 36.

⁷²² Prokopovitch/Rusya, parag. 36.

⁷²³ Prokopovitch/Rusya, parag. 36.

⁷²⁴ Chappell/Birleşik Krallık, 10461/83, 30/03/1989, parag. 26.

⁷²⁵ Colas Est Şirketi ve diğerleri/Fransa, 37971/97, 16/04/2002, parag. 40-41.

⁷²⁶ Buckley/Birleşik Krallık, 20348/92, 25/09/1986, parag. 53.

⁷²⁷ Demades/Türkiye, 16219/90, 31/07/2003, parag. 26.

⁷²⁸ Menteş ve diğerleri/Türkiye, 58/1996/677/867, 28/11/1997, parag. 73.

aranan bu özel şartların AİHS çerçevesinde yeniden düzenlendiği belirtilmiştir.⁷²⁹ Anayasanın 57. maddesinde de konut hakkı *“devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.”* şeklinde ifade edilmiştir.

AİHS'nin 8. maddesinin öngördüğü koruma her türlü konutu kapsamakta, kiralık veya mülkiyet ayrımı yapmamaktadır.⁷³⁰ Korumadan yararlanmak için konut olarak değerlendirilen yerlerde sürekli yaşama ve yararlanma şartı da bulunmamaktadır.⁷³¹ Öncelikle ifade edilmelidir ki bu tür durumlarda hem mülkiyet hakkının hem de konuta saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle başvurular yapılmıştır. AİHS'de mülkiyet hakkı ek 1 nolu protokolün 1. maddesiyle güvence altına alınmıştır. Çalışma kapsamında ise 1 nolu protokolün 1. maddesine ilişkin yapılan başvurular ele alınmayacak; konut dokunulmazlığını içeren dolayısıyla kişinin özel hayatını etkileyen durumlara yer verilecektir. Konut dokunulmazlığı kapsamında AİHS'nin 8. maddesinin devletlere, bireylere konut sağlama gibi bir yükümlülük vermediğini de belirtmek gerekmektedir. AİHM, Codona/Birleşik Krallık ve O'Rourke/Birleşik Krallık davalarında AİHS 8. maddenin bireylere konut sağlanması konusunda bir güvence tanımadığını açıkça belirtmiştir.⁷³² Bu kapsamda Anayasanın 57. maddesini de devletin herkesi konut sahibi yapmakla yükümlü olduğu şeklinde değerlendirmemek gerekmektedir.⁷³³ AYM de Anayasanın 57. maddesini *“konut edinmek, vatandaşlar için bir hak, vatandaşların konut edinmeleri için gerekli tedbirleri almak ise devlet için bir görevdir.”* şeklinde anlamak gerektiğini ifade etmiştir.⁷³⁴

Konut dokunulmazlığını veya AİHS'de ifade edilen tarzıyla konuta saygı hakkına ilişkin müdahalelerin çoğunu kamu güçleri tarafından yürütülen soruşturma kapsamında

⁷²⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli. Ankara. 2011, 21. madde gerekçesi *“Bu madde ile konut dokunulmazlığı, sınırlandırılmasındaki özel haller Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde yeniden düzenlenmektedir. Özellikle konuta girme, arama yapma ve eşyaya el koymada yazılı emir şartı getirilmektedir.”*

⁷³⁰ Gillow/Birleşik Krallık, 9063/80, 24/11/1986, parag. 46.

⁷³¹ Buckley/Birleşik Krallık, parag. 54.

⁷³² Codona/Birleşik Krallık, 485/05, 07/02/2006, O'Rourke/Birleşik Krallık, 39022/97, 26/06/2001, bkz. Öncü, 2011, 306.

⁷³³ Abdulhakimoğulları, E., Kale, F. (2013). Türk Hukukunda ve Karşılaştırılmalı Hukukta Konut Hakkı. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:4, Sa.15, 21.

⁷³⁴ E.2001/33, K.2002/56, 19/06/2002.

kişinin evinde yapılan aramalar oluşturmaktadır.⁷³⁵ Bu kapsamda ele alınacak ilk konu konutta arama başlığı altında sunulacaktır. Konut dokunulmazlığı hakkı bireyin sağlıklı temiz, gürültüsüz bir çevrede yaşama hakkıyla da bağlantılı konumdur. AİHM, AİHS'nin 8. maddesinin korumasının kapsamına sağlıklı bir çevrede yaşamayı da dahil etmiş, bu türden müdahalelerde kişinin özel hayatının aile hayatının ve konutunun etkilendiğini belirtmiştir. Konuya ilişkin açıklamalar sağlıklı çevrede yaşama hakkı başlığı altında ayrıntılı olarak sunulacaktır. Konut dokunulmazlığı konusunda son olarak ele alınacak müdahale biçimi kişinin konutundan mahrum bırakılması ve konutun kullanımına izin verilmemesi durumudur.

4.2. Konutta Arama

Konut dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilen müdahalelerin en tipik örneğini arama oluşturmaktadır. AİHM, arama işlemlerinin haklılığına karar verirken müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediğini, bir veya daha fazla meşru amaca sahip olup olmadığını ve demokratik bir toplumda bu amaçlara ulaşmak için müdahalenin gerekli olup olmadığına göre karar vermektedir.⁷³⁶

AİHM, devletlerin suç eylemlerinin delillerini ele geçirmek maksadıyla konutları aramasının ve bunun sonucunda bazı eşyalara el konulmasının makul karşılanabileceğini ifade etmektedir.⁷³⁷ Bununla birlikte kanuni dayanakların ve uygulamadaki görünüşlerinin suiistimallere karşı yeterli ve uygun güvencelere sahip olması gerektiğinin de altını çizmektedir. AİHM özellikle emniyet güçlerinin mahkeme emri olmaksızın evlerde arama yetkisinin bulunduğu durumlara yönelik kamu güçlerinin keyfi müdahalelerini önleyecek mekanizmaların oluşturulması gerektiğini ifade etmektedir.⁷³⁸

McLeod/Birleşik Krallık davasında başvuru, ayrıldığı eski eşinin eşyalarını almak için polislerle beraber konuta girmesinden şikayet etmektedir. AİHM emniyet güçlerinin konuta girmesinin amaçla orantılı ve AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen

⁷³⁵ Işıldak/Türkiye, 12863/02, 30/09/2008, Mialhe/Fransa, 12661/87, 25/02/1993, Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH/Avusturya, 74336/01, 16/10/2007.

⁷³⁶ Işıldak/Türkiye, 12863/02, 30/09/2008.

⁷³⁷ Mialhe/Fransa, 12661/87, 25/02/1993, parag. 37.

⁷³⁸ Camenzind/İsviçre, 21353/93, 16/12/1997, parag. 44-45.

şartların varlığı halinde haklı olabileceğini ifade etmiştir. Somut olayda ise kamu düzeninin bozulması veya suç işlenmesinin önlenmesi gibi bir durum bulunmamaktadır. Polisler başvurucunun gelmesi halinde olası bir münakaşanın önüne geçmek maksadıyla eşlik ettiklerini belirtmişlerdir. Ancak AİHM, polislerin başvurucunun bulunmadığı eve girmesiyle, bahsedilen meşru amaç arasında orantısızlık olduğunu belirtmiş ve ihlal kararı vermiştir.⁷³⁹

Işıldak/Türkiye davasında başvuran, aynı zamanda konut olarak da kullandığı bir demir eşya imalat atölyesi işletmektedir. Başvurucu, iki polis memurunun arama izni olmaksızın atölyeye ve devamında yatak odasına girdiğini, kendisini esrar partileri düzenlemekle suçladığını belirtmiştir. Bu sebeple iki polis memuru hakkında şikayette bulunmuş, memurlar hakkında soruşturma açılmış ancak kaymakam tarafından cezai soruşturma işlemi açılmasına izin verilmemiştir. AİHM, önüne gelen davada müdahalenin haklılığına ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Polislerin müdahalesi o zaman yürürlükte olan ve polise mahkeme emri olmaksızın evde arama yetkisi veren 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 97. maddesine dayanmaktadır. AİHM, olayın geçtiği dönemde söz konusu aramanın kanuniliğini ve haklılığını bir hakim kararıyla denetleyecek iç hukuk yolunun bulunmadığını tespit etmiştir. Ayrıca AİHM, bu davada yapılan soruşturma sürecini de değerlendirmiştir. Polisler hakkında yapılan suç duyurusu sonrasında dava dosyası kanunlar gereğince Kaymakama gönderilmiştir. Kaymakam şikayetin incelenmesi için polislerle aynı hiyerarşiye tabi bir polis komiseri atamış devamında da cezai soruşturma başlatılmasına izin vermemiştir. AİHM, daha önce de bağımsız bir soruşturma erkinin olmaması konusunda Türkiye aleyhine davalar görüldüğünü ve bu konuda ciddi tereddütlerin olduğunu hatırlatmıştır. Bu sebeplerle AİHM, başvurucunun konutuna yapılan keyfi müdahaleleri önleyecek yeterlilikte teminatların bulunmadığını belirtmiş ve ihlal kararı vermiştir.⁷⁴⁰

Bazı durumlarda da suç delillerine el konulması gerekliliğine ihtiyaç duyulmakta bu durum arama yapılmasını gerekli kılmaktadır. Camenzind/İsviçre davasında

⁷³⁹ Mcleod/Birleşik Krallık, 24755/94, 23/09/1998, parag. 53-57.

⁷⁴⁰ Işıldak/Türkiye, 12863/02, 30/09/2008, kararın özet çevirisi için bkz.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-123499\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)26.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır

haberleşmenin düzenlendiği kanunlara aykırı bir telsiz telefon bulundurduğundan başvurucunun evinde arama yapılmasına karar verilmiştir. Yapılan şikayetleri değerlendiren AİHM İsviçre kanunlarında yer alan koruyucu önlemleri ve arama işlemi sırasında emniyet güçlerinin izlediği prosedürü dikkate almıştır. AİHM, kararında İsviçre'nin arama ile ilgili kanunlarına genişçe yer vermiştir. İsviçre Kanunlarına göre arama:

- Sınırlı sayıda üst düzey memur tarafından verilen arama emriyle ve bu amaçla yetiştirilmiş özel görevlilerle yapılabilmektedir.
- Bu özel görevliler tarafsızlıklarını etkileyecek şartların bulunması halinde görevi bırakma yetkisine sahiptirler.
- Arama bir zanlının saklanma olasılığı varsa veya bir suçun işlendiğine dair delil bulma olasılığı varsa yapılabilmektedir.
- Aramalar önemli ve acil tehlike durumları haricinde pazar günlerinde, resmi tatillerde ve geceleri yapılamamaktadır.
- Arama yapacak personel aramanın başında kimliğini göstermek ve aramanın sebebini açıklamakla yükümlüdür.
- Söz konusu kişi veya o yoksa bir akrabası veya o evde yaşayanlardan biri, arama sırasında orada bulunmalıdır.
- Aramayla ilgili rapor hemen arama yapılan yerde tutulmakta istenildiğinde bir kopyası kişiye verilmektedir.
- Her durumda zanlıların avukat tutma hakkı bulunmaktadır.
- Bu aramadan etkilenen ve bu önlemi ortadan kaldıracak veya değiştirecek kadar korumaya değer bir çıkarı olan herkes, Federal Mahkeme'ye şikayette bulunabilmektedir.
- Aramanın amacından sapmamasını sağlamak için" bir devlet memuru da orada bulunmalıdır.⁷⁴¹

Belirtilen kanuni çerçevede görevliler aramayı başvurucunun yanında yapmışlardır. Aramaya başlamadan önce dava dosyasını başvurucuya göstermiş, avukatıyla

⁷⁴¹ Camenzind/İsviçre, 21353/93, 16/12/1997, parag. 46.

görüşmesinden sonra aramayı başlatmışlardır. Arama memuru sadece televizyon ve telefonları kontrol etmiş başka hiçbir şeye dokunmamış, herhangi bir eşyaya da el koymamıştır, AİHM yukarıda bahsedilen kanuni teminatların yeterli olduğunu söz konusu aramanın da izlenen amaçla orantılı olduğunu belirterek ihlal kararı vermemiştir.⁷⁴²

Arama ve eşyanın el konulmasında önemli bir husus da avukatların bürosunun aranmasıdır. Niemietz davasında belirtildiği üzere AİHM, *“kişinin meslek veya ticaretini yaptığı yeri, bürosunu da konut olarak değerlendirmek gerektiğini”* ifade etmiştir.⁷⁴³ AİHM, avukatların işyerlerinin aranması durumunda korunması gereken menfaatin sadece avukatla sınırlı kalmadığını belirtmektedir. Avukatların mesleki sır saklama yükümlülükleri bulunduğundan bu tür arama durumlarında konut dokunulmazlığı, müvekkilin de korunmasına hizmet etmektedir.⁷⁴⁴ AİHM bir avukatın bürosunun aranması söz konusu olduğunda, arama kararının kapsamının makul bir şekilde sınırlandırılması gerektiğini, mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi olan belgelere el konulmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bağımsız bir gözlemcinin bulunması da mesleki sır yükümlülüğünü ihlal edecek durumların oluşmaması adına önemli bir teminattır.⁷⁴⁵

Wieser ve Bicos Beteiligungen GMBH/Avusturya davasında başvuru, sahibi olduğu şirketi bürosu olarak kullanan bir avukattır. Yasa dışı ilaç ticareti kapsamında yürütülen soruşturmada söz konusu şirketinde adı geçmiş ve tüm ticari dokümanlara el konulması talimatı verilmiştir.⁷⁴⁶ Başvuru işyerinde arama yapılmasından ve tüm elektronik verilere el konulmasından şikayet etmektedir. AİHM, öncelikle aramanın makul bir şüpheyle ve sınırlandırılarak yapıp yapılmadığını incelemiştir. AİHM’nin tespitlerine göre arama kararı tamamı başvurucuya ait bir şirketin kestiği faturaların yasa dışı ilaç ticaretiyle alakalı olmasından dolayı verilmiştir.⁷⁴⁷ AİHM, arama kararında sanıklarla ilişkiyi ortaya koyan tüm ticari belgeler şeklinde sınırlandırılma bulunduğunu da tespit etmiştir. AİHM, ulusal mevzuatta arama kararıyla ilgili güvencelerin de uygulandığını belirtmiştir. Ancak bu

⁷⁴² Dutertre, 2003, 235.

⁷⁴³ Niemietz/Almanya, 13710/88, 16/12/1992, parag. 29.

⁷⁴⁴ Wieser ve Bicos Beteiligungen GMBH/Avusturya, 74336/01, 16/10/2007, parag. 67. Bundan sonra GMBH/Avusturya davası olarak belirtilecektir.

⁷⁴⁵ Niemietz/Almanya, parag. 36.

⁷⁴⁶ GMBH/Avusturya, parag. 7.

⁷⁴⁷ GMBH/Avusturya, parag. 58.

davada asıl önem arz eden durum elektronik verilerin el konulmasına ilişkin izlenen prosedürdür. Baro temsilcisi huzurunda belgelere el konulurken bir yandan da elektronik veriler taranmakta olduğundan AİHM, doğal olarak her ikisinin takibinin mümkün olmadığını belirtmiştir.⁷⁴⁸ Yazılı belgelere sınırlandırılma getirilmesine rağmen elektronik verilerle ilgili bir sınırlandırma yapılmamış hangi dosyaların kopyalandığı hangilerine el konulduğuna dair rapor o anda değil aynı gün belirli bir süre sonrasında tanzim edilmiştir.⁷⁴⁹ Ayrıca görevliler başvuru ve baro temsilcisini bilgilendirmeden olay yerinden ayrılmışlardır. AİHM elektronik verilerin aranması ve el konulması işleminde hedeflenen meşru amaç ile orantısızlık bulunduğundan ihlal kararı vermiştir.

Avukatların evlerinin ve bürolarının aranmasına ilişkin Türkiye aleyhine sonuçlanan Elçi ve diğerleri/Türkiye davasında da AİHM benzer değerlendirmelerde bulunmuştur. Başvurucu arama sırasında kovuşturmayla ilgisi bulunmayan birçok belge ve dosyaya el konulduğunu, bunların içinde avukat olarak temsil ettiği kişilerin dava dosyalarının bulunduğunu belirtmiştir.⁷⁵⁰ AİHM arama sırasında başvuruculara ne arandığının bilgisinin verilmediğini, tutanak bile tutulmadığını tespit etmiştir. AİHM, hükümetin ileri sürdüğü Olağanüstü Hal Yasası'na göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama emrinin vali tarafından verileceği itirazını da kabul etmemiştir. Dosyada vali/valilik tarafından hazırlanan hiçbir yazılı talimatın bulunmadığı tespitinde bulunulmuştur.⁷⁵¹ AİHM, aramanın çok geniş kapsamlı olduğunu belirtmiş, arama işlemlerinin hiçbir yargısal denetimden geçmediğini gözlemlemiştir. AİHM kanuni dayanaktan yoksun olan işlemlerin AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir.⁷⁵²

4.2.1. Anayasa ve 5271 sayılı CMK'nın ilgili hükümleri

Ulusal mevzuata bakıldığında konut dokunulmazlığını ve aramayı ilgilendiren hükümlerin birden fazla yerde düzenlendiği görülmektedir. Anayasanın 20. maddesine göre kişinin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranması belirli şartların varlığına bağlıdır. Yine Anayasanın 21. maddesine göre ise kişinin konutuna girilmesi, arama

⁷⁴⁸ GMBH/Avusturya, parag. 63.

⁷⁴⁹ GMBH/Avusturya, parag. 63.

⁷⁵⁰ Elçi ve diğerleri/Türkiye, 23145/93, 25091/94, 13/11/2003, parag. 82.

⁷⁵¹ Elçi ve diğerleri/Türkiye, parag. 98.

⁷⁵² Elçi ve diğerleri/Türkiye, parag. 99.

yapılması ve buradaki eşyalara el konulması ancak belirli hallerde olabilecektir. Bu haller *“Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden birinin veya birkaçının varlığı”* olarak belirlenmiştir. Ancak bu sebeplerin varlığı bile tek başına yeterli olmamaktadır. Ayrıca hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri gerekmektedir. Bu iki durumdan biri olmadığı sürece konuta girilemeyeceği arama yapılamayacağı eşyalara el konulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Konut dokunulmazlığının ihlali ise Türk Ceza Kanununun (TCK) 116. maddesinde suç olarak tanımlanmıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanununda da arama ve el koyma hükümleri ayrıntılı olarak (116-134. madde) düzenlenmiştir. CMK’nın 116. maddesinde *“yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa”* şüphelinin veya sanığın konutunun, işyerinin, eşyasının ve üstünün aranabileceği belirtilmektedir. CMK’nın 118. maddesinde *suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar istisna olmak üzere konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamayacağı”* belirtilmiştir.

Anayasada belirtilen kanunla yetkili kılınmış mercii ifadesi CMK’nın 119. maddesiyle açıklığa kavuşmaktadır. Hâkim kararı dışında *“gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri”* ile arama yapabileceği belirtilmiştir. CMK’nın 119. maddesine göre kolluk amirinin yazılı emri dahi olsa *“konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda”* kolluk görevlileri tarafından arama yapılamamaktadır. Bunun dışındaki yerlerde kolluk amirinin yazılı emriyle yapılan arama sonuçları da derhal Cumhuriyet Başsavcısına bildirilmek zorundadır. CMK 119. maddede ayrıca arama kararında bulunması gereken hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre arama karar veya emrinde;

- *Aramanın nedenini oluşturan fiil,*
- *Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya,*

- Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi açıkça gösterilmelidir.

“Arama tutanağına arama yapanın açık kimliğinin yazılması ve Cumhuriyet savcısının bulunmadığı aramalarda o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulması zorunluluğu” da CMK’nın 119. maddesinde belirtilmiştir. CMK’nın 120. maddesinde kişinin kendisini, temsilcisi, beraber oturduğu diğer kişi bunlar yoksa komşusu ve avukatı arama sırasında hazır bulanabilecekler arasında sayılmıştır.

CMK’da avukat bürolarının aranması da 130. maddede düzenlenmiştir. CMK 130. maddeye göre *“Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilmektedir.”* Avukat bürolarının aranmasında AİHM’nin üzerinde durduğu bağımsız temsilci CMK tarafından düzenlenmiştir. Yapılan aramalarda *“Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın hazır bulundurulması gerektiği”* ifade edilmiştir. AİHM tarafından ifade edilen mesleki sır saklama yükümlülüğüne ilişkin güvence olarak CMK’nın 130. maddesinin 2. fıkrasında bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemede *“arama yapılan avukatın, baro başkanının veya onu temsil eden avukatın, el konulmasına karar verilen şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye”* ait olduğunu öne sürmesi durumu göz önüne alınmıştır. Bu durumda bu şeylerin ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürleneceği ifade edilmiştir. Bu şeylerin avukat ile müvekkil arasında olup olmadığının kararını hakim 24 saat içinde verecek, böyle bir durum söz konusu ise el konulan şey derhal avukata iade edilecektir.

CMK elektronik delillerle ilgili de hükümlere yer vermiştir. CMK’nın 134. maddesine göre *“Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözümlenerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilecektir”*. Bunun için gerekli şart ise, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması durumudur. Kanun koyucu elektronik delillerle ilgi karar alıcı makamı hakim ile sınırlamış, 2014 yılında yapılan değişiklik ile de *“somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı”* şartını öngörmüştür. 134. maddenin 2. fıkrasında ise

bilgisayardaki bilgilere ulaşılamaması durumunda bilgisayarlara el konulabileceği hüküm altına alınmıştır. 3. fıkra bu el konulma sırasında sistemdeki tüm verilerin yedeklemesinin yapılacağı belirtilmiştir. 4. fıkra ise 2014 yılında değişikliğe uğramıştır. Değişiklik öncesindeki hükme göre 3. fıkra uyarınca yedeklenen verilerin kopyası ancak şüphelilerin isteği halinde kendilerine verilebilmekteydi. Yapılan değişiklikle bu yedeğin tutanak ile birlikte şüpheli veya vekiline verilmesi zorunlu hale getirilmiştir. Bu durum, hem şüphelinin haklarını güvence altına alması bakımından hem de delilleri korumak suretiyle yargılamanın sağlıklı yürütmesine imkan tanıdığından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiştir.⁷⁵³

Belirtilen CMK'nın ayrıntılı düzenlemelerinin AİHM içtihatlarına uygun olduğu söylenebilecektir. Ancak uygulamada izlenen prosedürlerin bu hükümlerin düzenlenmesinden çok daha önemli olduğu da bir gerçektir. Bu kapsamda ülkemizde yakın zamanda yapılan bir değişiklik özel hayatın korunması kapsamında birtakım haklı endişeleri beraberinde getirmiştir. Arama ve el koyma kararları ülkemizde son değişikliklerle beraber sulh ceza hakimi⁷⁵⁴ tarafından verilmektedir. Bu kararlara itiraz ise 6545 sayılı Kanunun⁷⁵⁵ 74. maddesinde yapılan değişiklik ile CMK'nın 268. maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Son düzenlemeye göre *“Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi yetkisi o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe”* verilmiştir. Söz konusu değişikliği de içeren 6545 sayılı kanunun ilgili maddelerinin iptali istemiyle AYM'ye başvuruda bulunulmuştur. Başvuruda sulh ceza hâkimlerinden oluşan bir sistemin itirazlar bakımından etkili bir yol olarak kabul edilemeyeceği, suç sonrası yapılan düzenleme ile itiraz kanun yolunun etkisiz hâle getirilmesinin hukuk devleti ve tabii hâkim ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilmiştir. Bu düzenlemelerle arama, el koyma tutuklama ile kovuşturmayaya yer olmadığına dair çok önemli konularda yapılacak itirazlara sınırlı sayıda hakim arasında

⁷⁵³ Özen, M., Özocak, G. (2015). Adli Bilişim, Elektronik Deliller, Ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi(CMK M.134), Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, 43-77.

⁷⁵⁴ 6545 sayılı kanun ile sulh ceza mahkemeleri yerini sulh ceza hakimliğine bırakmıştır.

⁷⁵⁵ Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

karar verilecek olmasının endişeler doğuracağı ifade edilmiştir.⁷⁵⁶ AYM öncelikle sulh ceza hâkimliklerince verilen kararlara karşı yapılan itirazların yüksek görevli veya bir diğer mahkemece incelenmesini gerektiren anayasal bir norm bulunmadığını ifade etmiştir. AYM'ye göre bu konudaki temel ilke denetletecek makamın üst düzey olması değil kararların ilk kararı veren mahkemeden bağımsız ve ayrı bir merci olmasıdır. AYM sulh ceza hâkimlerinin kararlarına itirazın da diğer bir sulh ceza hâkimine yapılması yönteminin öngörülmesinde uzmanlığın ve yeknesaklığın sağlanması gibi amaçların bulunduğunu belirtmiş bu sistemin kamu yararına olduğunu ifade etmiştir.⁷⁵⁷

AYM'nin yakın zamanda değerlendirme imkânı bulduğu diğer bir husus aramaya ilişkin yukarıda da belirtilen güvencelerin uygulamada yerine getirilmemesine ilişkindir. Aramalar sırasında bu şartların uyulmamasından kaynaklı elde edilen delillerin sıhhati AYM tarafından değerlendirilmiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere CMK'nın 119. maddesinde Cumhuriyet savcısının bulunmadığı konut araması sırasında ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin arama sırasında hazır bulunması gerekliliği ifade edilmiştir. AYM önüne gelen davada başvurusunun evinde yapılan arama sonucunda başvurusunun mahkumiyetine konu olan suç eşyası ele geçirilmiştir.⁷⁵⁸ Ancak bu arama işlemi sırasında sadece mahalle muhtarı hazır bulunmuş, ihtiyar heyeti veya komşulardan ikinci bir kişi hazır bulundurulmamıştır.⁷⁵⁹ AYM tarafından konutta arama işlemindeki kanuna aykırılığın, bu işlem sonucunda elde edilen delillerin sıhhatine etki edip etmediği ve elde edilen delillerin gerçekliğini şüpheyi düşürüp düşürmediği incelenmiştir.⁷⁶⁰ AYM, somut olayda muhtarında bir ihtiyar heyeti azası olduğunu ve diğer bir kişi bulunmasa da arama sonrasında hemen C. savcısının olay yerine geldiğini, başvurucuya arama ile ilgili sorular sorduğunu tespit etmiştir. Bu süreçte de başvuru herhangi bir somut itirazda bulunmamıştır.⁷⁶¹ AYM, arama işlemi sırasında

⁷⁵⁶ E.2014/164, K.2015/12, 14/01/2015.

⁷⁵⁷ E.2014/164, K.2015/12, 14/01/2015.

⁷⁵⁸ Jakop Gabriel, 2013/2392, 15/04/2015, parag. 8. başvurusunun evinin alt katındaki depoda 440 adet 20 litrelik bidonlara doldurulmuş 8.800 litre, 230 adet 30 litrelik bidonlara doldurulmuş 6.600 litre, dört adet 500 litrelik tanklara doldurulmuş 2.000 litre şarap ve 165 adet markalı şişelere doldurulmuş şarap ve dokuz adet boş şişe ele geçirilmiştir.

⁷⁵⁹ Jakop Gabriel, parag. 43.

⁷⁶⁰ Jakop Gabriel, parag. 44.

⁷⁶¹ Jakop Gabriel, parag. 46.

bulundurulması gereken kişilerden birinin eksik olmasından kaynaklı olarak arama işleminin ve arama sonucunda elde edilen delillerin güvenilirliğini şüpheye düşüren somut bir durum veya risk tespit edilemediğini belirtmiştir.⁷⁶² Bu sebeple deliller sonucunda verilen mahkumiyet kararında bir ihlal bulunmadığı AYM tarafından ifade edilmiştir.⁷⁶³

4.2.2. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu-Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde adli arama ve önleme araması şeklinde ikili bir ayırım yapılmıştır. PVSK'nın 2. maddesinde polisin görevi kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin önüne almak ve işlenmiş bir suç hakkında kanunların kendisine verdiği görevleri yapmak şeklinde ikiye ayrılmıştır. PVSK'nın 9. maddesinde polisin;

“tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arayacağı; alınması gereken tedbirleri alacağı, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapacağı” hüküm altına alınmıştır. Bu amaçlarla verilen arama kararında veya emrinde;

- Aramanın sebebi,
- Aramanın konusu ve kapsamı,
- Aramanın yapılacağı yer,
- Aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre ile arama için gerekli makul şüphelerin oluştuğunun gerekçesi belirtilmek zorundadır.

Maddenin devamında önleme aramasının yapılabileceği yerler belirtilmiştir.⁷⁶⁴ Ayrıca polisin *“tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını*

⁷⁶² Jakop Gabriel, parag. 49.

⁷⁶³ Jakop Gabriel, parag. 50.

⁷⁶⁴ Kanunda yer alan hükümler yönetmelikte de belirtildiğinden önleme aramasının yapılabileceği yerler bir sonraki dipnotta belirtilmiştir.

ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkili” olduğu ifade edilmiştir.

Arama ile ilgili düzenlemelere yer veren mevzuat hükümlerinden bir diğeri de “Adli Ve Önleme Aramaları Yönetmeliği”dir. Yönetmeliğin 5. maddesinde adli arama *“bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir”* şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 7. maddesinde adli aramalarda karar verme yetkisi düzenlenmektedir. CMK’da belirtilen düzenlemelerle uyumlu olarak aramanın *“Hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emriyle”* arama yapılabileceği belirtilmiştir. Yine CMK’da belirtildiği gibi kolluk âmirinin yazılı emriyle konut, iş yeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar haricinde arama yapılabileceği ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 11. maddesinde adli arama tutanağında bulunması gerekenler ifade edilmiş, 12. maddesinde de talep halinde arama sonucunda ilgiliye belge verileceği düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 12. maddesine göre arama sonucunda verilecek bu belgede;

- Aramanın hangi sebeplerle yapıldığına,
- Soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğine,
- Aramada el konulan veya koruma altına alınan eşyanın listesine,
- Aramada şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunun tespitine,
- Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin, el konulan eşyanın mülkiyetine ilişkin tespitlerin yer alması gerektiği belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 31. maddesine göre adli aramalar istisnai haller dışında gece vakti yapılamamaktadır. *“Aramanın, kararda veya yazılı emirde belirtilen süre içerisinde yapılacağı, her arama kararının aksine bir hüküm içermiyorsa sadece bir kez arama yapma*

yetkisi verdiği” hüküm altına alınmıştır. Yönetmelik hükümlerince arama sonunda talep halinde kişiye belge verilmesi öngörülmüştür.

Önleme araması ise yönetmeliğin 19. maddesinde belirtilmiştir. Yönetmelikte belirlenen amaçlar kapsamında *“belirtilen yerlerde kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemine”* önleme araması denilmektedir. Önleme aramaları, denetimler ve kontroller hakkında herhangi bir zaman kısıtlaması getirilmemiş ancak konutta önleme araması yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde belirtilen önleme araması çok geniş bir alanda yetkililere üst araması yapma yetkisi tanımaktadır. Yönetmeliğin 19. maddesinde önleme araması yapılabilecek yerler sıralanmıştır.⁷⁶⁵ Yönetmeliğin 20. maddesinde ise önleme aramasına gerek duyulduğunun tespitinin kolluk tarafından o yerin mülki amirine yazılı olarak ileteceği belirtilmiştir. Bu noktada yönetmelik, hakim kararı olmaksızın gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amire yazılı arama emri verme yetkisi tanımaktadır. Yönetmeliğin 25. maddesinde ise hakimden önleme kararı almadan arama yapılabilecek haller düzenlenmiştir.⁷⁶⁶

⁷⁶⁵ Önleme araması aşağıdaki yerlerde yapılabilir:

- a) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde,
- b) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde,
- c) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde,
- d) Öğretim ve eğitim özgürlüğünün sağlanması için her derecede öğretim ve eğitim kurumlarının ve üniversite binaları ve ekleri içerisinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmemeyen olayların çıkması olasılığı karşısında rektör, acele hâllerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin kolluktan yardım istemeleri hâlinde, girilecek üniversite, bağımsız fakülte veya bağlı kurumların içerisinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerlerinde,
- e) Umumî veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde,
- f) Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında,
- g) Her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt araçlarında,
- h) 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde,
- i) 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun 6’ncı maddesi kapsamında gerçekleştirilen spor müsabakalarıyla ilgili olarak, müsabakaların yapılacağı spor alanlarının çevresinde, stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişlerinde,
- j) 5253 sayılı Dernekler Kanununun 20’nci maddesi kapsamında, derneklerde veya eklentilerinde.

⁷⁶⁶ Aşağıdaki hâllerde yapılacak aramalarda ayrıca bir arama emri ya da kararı gerekmez:

- a) Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında,

Kamuoyunda iç güvenlik paketi olarak bilinen 6638 sayılı kanunla Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda yapılan değişikliklerle kolluk görevlilerine tanınan yetkilerde değişikliğe gidilmiştir. Değişiklikten önce PVSK'nın 4/A maddesinin altıncı fıkrası *“Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez”* şeklinde düzenlenmişti.

Yapılan değişiklikle ilgili maddenin devamına *“Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir. Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur.”* ifadesi eklenmiştir. Söz konusu düzenlemeyle Anayasanın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesi arasında birtakım farklılıklar göze çarpmaktadır. Öncelikle Anayasanın 20. maddesine göre kişinin üstünün, özel kâğıtları ve eşyası aranabilmesi için kural olarak hâkim kararı ve *“gecikmesinde sakınca bulunan hallerde”* kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri gerekmektedir. Yapılan bu değişiklikle hakim kararı atlanıldığı gibi gecikmesinde sakınca bulunan hallerden de söz edilmemiştir.⁷⁶⁷

b) 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun ek 1 inci maddesi kapsamında bulunan, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında,

c) 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanununun 11 inci maddesi kapsamında, kişilerin üstünün, eşyalarının Olağanüstü Hâl Valisinin emriyle aranmasında,

d) 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 3 üncü maddesi kapsamında, konutların ve her türlü dernek, siyasi parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaların, işyerlerinin, özel ve tüzel kişiliklere sahip müesseseler ve bunlara ait eklentilerin ve her türlü kapalı ve açık yerlerin, mektup, telgraf ve sair gönderilerin ve kişilerin üzerlerinin sıkıyönetim komutanının emriyle aranmasında,

e) Kanunların, muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişilerin, üst veya eşyalarının aranmasında,

f) 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun çerçevesinde görevli kolluğun, aynı Kanunun 79 uncu maddesindeki silâh taşıma yasağı kapsamında, silâh taşıdığından şüphelenilen kişilerin üstlerinin ve eşyalarının aranmasında.

⁷⁶⁷ Anayasa-Der&Türk Ceza Hukuku Derneği İç Güvenlik Yasası Amicus Curiae Raporu,20-25 bkz.

<http://www.tchd.org.tr/Uploads/dosyalar/RAPOR.pdf> 31/10/2015 tarihinde ulaşılmıştır İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyelerinin İç Güvenlik Paketi İle İlgili Değerlendirmeleri.1-11 bkz.

Anayasada ifade edilmeyen sözlü emir verme yetkisi de kanunla kolluk amirine tanınmıştır.⁷⁶⁸ Diğer bir husus ise Anayasada ifade edilen yetkili merciin kanunla belirlenmesi hükmünün yerine getirilmemiş olmasıdır. Değişiklikle beraber yetkili mercii, İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dahilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amiri olarak ifade edilmektedir. Böylelikle kolluk kuvvetlerinin arama yetkisi kanunla değil idarenin düzenleyici işlemleriyle yapılmaktadır.⁷⁶⁹ Bu ise temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması gerektiğini belirten Anayasanın 13. maddesine açıkça aykırıdır.⁷⁷⁰ Ayrıca değişiklikte belirtilen el ile dıştan kontrol hariç ifadesinden el ile dıştan kontrolün izinsiz yapılabileceği anlamı çıkmaktadır. Değişiklikle beraber durdurma tedbirinin uygulanması sırasında kişinin üstü ve aracının aranmasına yönelik bu sınırlandırma kaldırılmış bulunmaktadır.⁷⁷¹ Çünkü artık hâkim kararına bağlı olarak yapılması gereken önleme araması, biraz daha dar kapsamlı olarak ancak hâkim kararına hiç gerek olmaksızın bizzat kolluk amirinin yazılı hatta sözlü emriyle uygulanabilecektir. Kolluk amirinin emrine istinaden polis istediği herhangi bir noktada durdurma yapabilecek ve üst, eşya ve araç araması yapabilecektir.

Anayasada ve CMK'da arama ve el koyma gibi kişinin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendiren konularda sağlanan güvenceler diğer kanun ve idarenin düzenleyici işlemleriyle ortadan kaldırılabilir. Aslına bakıldığında bu güvencelerin kağıt üzerinde sağlanmasından ziyade uygulayıcıların bu hususları göz önüne alması daha büyük önem arz etmektedir. Bilinmektedir ki Ankara'da 2014 yılında 15 gün olmak üzere genel arama kararı verilmiştir.⁷⁷² Söz konusu karara itirazı değerlendiren 11. Asliye Ceza Mahkemesi, korunan kamu yararına göre orantısız bir şekilde kişilerin temel hak ve

<http://www.canakkalebarosu.org.tr/Print.aspx?ID=40035&Tip=Haber31/10/2015> tarihinde ulaşılmıştır İlk değerlendirme bundan sonra Amicus Curiae Raporu ikinci değerlendirme İstanbul Üniversitesi İç Güvenlik Paketi Değerlendirmeleri olarak ifade edilecektir.

⁷⁶⁸ Amicus Curiae Raporu, 25, İstanbul Üniversitesi İç Güvenlik Paketi Değerlendirmeleri, 2.

⁷⁶⁹ Amicus Curiae Raporu, 24, İstanbul Üniversitesi İç Güvenlik Paketi Değerlendirmeleri, 2.

⁷⁷⁰ Amicus Curiae Raporu, 22.

⁷⁷¹ Katoğlu, T. (20 Aralık 2014). Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Hakkında Hukuki Görüş, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 5-21.

⁷⁷² Ankara 10. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen 13 Şubat-27 Şubat arasında Ankara'da 6 ilçeyi kapsayan şekilde verilen arama kararı Ankara 11. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından kaldırılmıştır. Bkz. Hürriyet gazetesinin 21 Şubat 2014 tarihli "Başkentteki arama kararı kaldırıldı" başlıklı yazısı <http://www.hurriyet.com.tr/baskentteki-arama-karari-kaldirildi-25860702> 30.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

özgürlüklerinin kısıtlandığı belirtilmiştir. Mahkeme tarafından aramanın kapsamının, aramanın yapılacağı yerin ve geçerli olacağı zaman diliminin çok geniş tutulduğunu ve kolluk görevlilerine çok geniş yetkiler verildiğini ifade edilmiştir.⁷⁷³ Aynı şekilde Ankara 6. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 2014 yılında Ankara’da genel asayişin sağlanması adına genel arama yapılabileceğine ilişkin karar verilmiştir. Mahkemeler tarafından çıkarılan arama kararlarında maalesef ki mevzuatta öngörülen aramanın sebebi, aramanın konusu ve kapsamına yer verilmemektedir. Uygulamada halen makul şüphe vakıalarının bulunmadığı, arama sebeplerine ve gerekçelerine yer verilmeyen arama kararlarının verildiği görülmektedir.⁷⁷⁴

Son olarak değinilmesi gereken husus uygulamada sıkça karşılaşılan özel güvenlik görevlilerinin yetkileri dahilinde olmayan arama yapma uygulamalarıdır. Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunda ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde özel güvenlik görevlilerinin görev alanı ve yetkileri tanımlanmıştır. Özel güvenlik görevlileri CMK’nın 90. maddesine göre yakalama yapabilecektir. Görev alanında bulunmak şartıyla haklarında yakalama kararı bulunan kişileri yakalama ve arama yetkisini de sahiptir.⁷⁷⁵ Koruma ve güvenliğini sağladığı alanlara girmek isteyen kişileri ise duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerinin detektörle arama, eşyalarını ise X-ray ve benzeri sistemlerden geçirmekle yetkilidir. Toplantı, konser spor müsabakaları gibi etkinliklerde ve havalimanı, gar, istasyon gibi alanlarda ise yukarıdaki yetkilerine ek olarak kimlik sorma hakları da olabileceği kanun ve yönetmelikte belirtilmiştir.⁷⁷⁶ Ancak, ne kanunda ne de yönetmelik

⁷⁷³ Ankara 11. Asliye Ceza Mahkemesinin Ankara 10. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen arama kararına itiraza ilişkin gerekçeli kararı bkz.

<http://www.ankarabarosu.org.tr/images/diger/62/karar20140221.pdf> 30.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁷⁷⁴ Hürriyet gazetesinin 01/09/2015 tarihli “Çankayada 30 gün genel arama var” başlıklı yazısı bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/cankayada-30-gun-genel-arama-var-29957624> 30.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁷⁷⁵ 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun Madde 7:

c) Ceza Muhakemesi Kanununun 90 ıncı maddesine göre yakalama.

d) Görev alanında, haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişileri yakalama ve arama.

⁷⁷⁶ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği 21. Madde

Özel güvenlik görevlilerinin yetkileri şunlardır:

a)Koruma ve güvenliğini sağladıkları alanlara girmek isteyenleri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle kontrol etme, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme,
b)Toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle kontrol etme, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme,

de özel güvenlik görevlilerinin el ile üst araması yapabileceği belirtilmemiştir. Bu hususta her ne kadar AYM tarafından din ve vicdan özgürlüğü açısından ele alınmış olsa da bir bireysel başvuru kararı somut olayın özellikleri bakımından önem arz etmektedir. Başvurucu Esra Nur Özbey⁷⁷⁷ Bakırköy Adliyesine halk girişi kapısından girmiş özel güvenlik görevlileri tarafından pardösüsünün çıkartılması istenmiştir. Görevlilerden biri bayan olmasına ve başvurucunun talebine rağmen başvuru elle aranmamış, başvuru kıyafetini çıkartmaya zorlanmıştır. AYM söz konusu olayda kanunilik ve meşru amaçların bulunduğunu tespit ettikten sonra demokratik bir toplumda gerekli olup olmaması açısından müdahaleyi incelemiştir.⁷⁷⁸ AYM Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 25. maddesinde *“Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında”* ayrıca bir arama emri ya da kararı gerekmediğinin düzenlendiğini belirtmiştir.⁷⁷⁹ Yine aynı maddeye göre *“kontrol edilmeyi kabul etmeyenler, bu gibi yerlere giremezler. Bu gibi yerlerde kontrol, esasta özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getirilir.”* hükmü bulunmaktadır. AYM, bu tür binalara girişte üç türlü aramanın yapılacağını bunların yoklama, arama ve giysilerin çıkartılması şeklinde olacağını yönetmelik hükümlerince düzenlendiğini belirtmektedir.⁷⁸⁰ AYM somut olayda yönetmelikte emredilen “kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler” alınmayıp, başvurucunun kıyafetini çıkartmaya zorlanmasını din ve vicdan hürriyetinin ihlali olarak nitelendirmiştir.⁷⁸¹ Görüldüğü gibi AYM söz konusu süreçte yönetmelik hükümlerince sağlanan güvencelerin yerine getirilmemesini ihlal olarak nitelendirmiştir. Ancak, bu tür binalarının güvenliğinde yapılan kontrollerin özel güvenlik görevlilerince yapılması öngörülmüş olsa da aynı yönetmelik özel güvenlik görevlilerinin kontrol görevini nasıl yapacağını da hüküm altına almıştır. Yönetmeliğin 21. maddesi “özel

c)Yangın, deprem gibi tabii afet durumlarında ve imdat istenmesi hâlinde görev alanındaki işyeri ve konutlara girme,

d)Hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle kontrol etme, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme.

⁷⁷⁷ Esra Nur Özbey, 2013/7443, 20/05/2015.

⁷⁷⁸ Esra Nur Özbey, parag. 67-68.

⁷⁷⁹ Esra Nur Özbey, parag. 89.

⁷⁸⁰ Esra Nur Özbey, parag. 90.

⁷⁸¹ Esra Nur Özbey, parag. 94

güvenlik görevlilerinin kontrol yetkileri” başlığı taşımaktadır. Bu yetkiler arasında yoklama zaten bulunmamakta eşyanın ve üstünün aranması da ifade edilen araçlarla yapılabilmektedir. AYM bu noktada yönetmeliğin “durdurma ve kontrol işlemleri” başlıklı maddelerinde düzenlenen işlemlerin özel güvenlik görevlilerince de yapılabileceği zımnen kabul etmektedir. Ancak yönetmeliğin 27. maddesinde durdurma ve kontrol işlemlerinde kolluk görevlisi ifadesi yer almaktadır. Yönetmeliğin kolluk görevlisi tanımında ise jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlileri yer almaktadır. Bu sebeple özel güvenlik görevlilerinin, durdurma yoklama arama ve üst çıkarma yetkilerinin olmaması göz önüne alınmadan, uygulanan prosedürlerin eksik olmasının belirtilmesi kanaatimizce yanlış bir değerlendirmedir.

4.3. Sağlıklı Çevrede Yaşama Hakkı

AİHS’de açıkça koruma altına alınmayan çevre hakkı, söz konusu somut olayın kendine özgü nitelikleri ele alındığında AİHS’nin 8. maddesinin koruması altında kendine yer bulabilmektedir. AİHS sağlıklı, temiz gürültüsüz bir çevre hakkı tanımlanmadığından somut olayların AİHS 8. maddesinin korumasından yararlanabilmesi için, müdahalenin doğrudan kişinin evini, ailesini veya özel hayatını etkilemesi gerekmektedir.⁷⁸² AİHM önüne gelen davalara bakıldığında, daha çok kişinin konutuna yakın yerlerde var olan rahatsızlık verici durumların şikayet konusu yapıldığı göze çarpmaktadır.⁷⁸³ AİHM bu kapsamda baktığı davalarda ciddi boyutlardaki çevresel kirliliklerin “*bireyin fiziksel bütünlüğünü ve iyiliğini etkileyeceğini*” ifade etmiştir.⁷⁸⁴ Çevrede bulunan rahatsızlık verici durumlar kişinin özel hayatını, aile hayatını etkileyebilmekte konutlarından yararlanmalarını engelleyebilmektedir.⁷⁸⁵ Çevredeki rahatsızlık verici durumların AİHS’nin 8. maddesinin korumasından yararlanabilmesi için olumsuz etkilerini belirli bir eşığe

⁷⁸² Roagna, 2013, 79.

⁷⁸³ Guerra ve diğerleri/İtalya, 14967/89, 19/02/1998, Lopez Ostra/İspanya, 16798/90, 09/12/1994.

⁷⁸⁴ Powell ve Rayner/Birleşik Krallık, 9310/81, 21/02/1990, parag. 40.

⁷⁸⁵ Lopez Ostra/İspanya, 16798/90, 09/12/1994, parag. 51. 2.4.2 bölümünde ifade edildiği üzere somut olaylarda daha çok konutta oturan kişilerin özel ve aile hayatları etkilendiğinden dolayı konunun konut dokunulmazlığı altında ele alınmasının uygun olacağı değerlendirilmiştir.

ulaşması gerekliliği AİHM tarafından ifade edilmiştir.⁷⁸⁶ Bu seviyenin ne olduğu ise her somut olayın oluş biçimine ve kişiye etkilerine göre değişebilmektedir.

Lopez Ostra/İspanya davasında başvuruçunun evinin çok yakınında katı ve sıvı atıkların işleneceği bir fabrika faaliyete başlamıştır. Fabrikanın işletilmesiyle birlikte pis ve hastalık yayıcı duman ve kokular ortaya çıkmış, özellikle başvuruçunun bulunduğu bölgede yaşayan birçok kimsede sağlık sorunları meydana gelmiş ve rahatsızlıklar oluşmuştur.⁷⁸⁷ Başvuruçucu bu durumu, AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM'ye taşımıştır. AİHM yaptığı değerlendirmede taraf devletin bireyin ve kamunun yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurmaya çalışması gerekliliğini ifade etmiştir.⁷⁸⁸ Somut olaylara bakıldığında ise AİHM davalı devletin, kentin ekonomik iyiliği ile başvuruçunun konutunun, özel ve aile hayatının korunması arasında adil bir denge kuramadığını belirlemiştir. AİHM'ye göre ağır çevre kirliliği kişilerin sağlığını ciddi bir biçimde tehlikeye sokmasa bile bireylerin esenliğini etkileyebilmektedir. Bu durumda özel ve aile hayatları üzerinde olumsuz sonuçlar doğurarak kişinin konutlarını kullanmalarını engelleyebilecektir. Bu sebeple kişinin özel hayatına, aile hayatına ve konutuna saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷⁸⁹

AİHM'nin çevrede oluşan rahatsızlıkları ele aldığı davalarda önemli kriter kamu menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasında adil dengenin kurulmasıdır. Powell ve Rayner/Birleşik Krallık⁷⁹⁰ ile Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık⁷⁹¹ davalarında başvuruçular evlerinin yakınında bulunan havaalanından kaynaklı gürültüden şikayet etmektedirler. Her iki davada da şikayet edilen havaalanı aynı olup AİHM 13 yıl arayla gördüğü her iki davada da ihlal olmadığına hükmetmiştir. AİHM uçaklardan kaynaklı gürültülerin başvuruçuların özel hayatını, konutlarındaki huzuru etkilediğini ve bunun bir müdahale olduğunu kabul etmektedir.⁷⁹² Ancak Heathrow havaalanının, dünyanın en yoğun havaalanlarından birisi olduğu ve ticari ve ekonomik bağlantılar sebebiyle Birleşik Krallık adına kilit bir öneme

⁷⁸⁶ Moreno Gomez/İspanya, 4143/02, 16/11/2004, parag. 58.

⁷⁸⁷ Lopez Ostra/İspanya, parag. 34.

⁷⁸⁸ Lopez Ostra/İspanya, parag. 51.

⁷⁸⁹ Lopez Ostra/İspanya, parag. 55-58.

⁷⁹⁰ Powell ve Rayner/Birleşik Krallık, 9310/81, 21/02/1990.

⁷⁹¹ Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık, 36022/97, 08/07/2003.

⁷⁹² Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık, parag. 96.

sahip olduğu AİHM tarafından ifade edilmiştir.⁷⁹³ AİHM, müdahalenin yasal bir dayanağı olduğundan ve ülkenin ekonomik refahı gibi haklı bir sebebe dayandığından ötürü ihlal kararı vermemiştir.⁷⁹⁴

Moreno Gomez/İspanya⁷⁹⁵ davasında başvuru barların yoğun bulunduğu bir çevrede yaşamaktadır. AİHM değerlendirme yaparken bu tür durumlarda AİHS'nin 8. maddesinin devreye girebilmesi için gürültünün belirli bir şiddet derecesine ulaşması gerektiğini ifade etmiştir.⁷⁹⁶ Ses seviyesinin derecesi ve birtakım kurallar gerekli idari merciler tarafından belirlenmiştir.⁷⁹⁷ Ancak AİHM bu kuralların uygulanmadığını, denetimlerin yeterince yerine getirilmediğini aksine kanıtların da herhangi bir şekilde sunulamadığını tespit etmiştir.⁷⁹⁸ AİHM gürültünün boyutunun gerekli düzeyin üzerinde seyretmesini, bu durumun uzun bir süreden beri devam etmesini ve ulusal makamların bu konuda gerekli tedbirleri almaması kabul edilemez bulmuş ve ihlal kararı vermiştir.⁷⁹⁹ AİHM'nin ses ve gürültüden kaynaklı rahatsızlıklarda ulusal makamların tedbir almamasını, geç almasını veyahut yeterli olacak şekilde almamasını kişinin konut dokunulmazlığını ihlal eden durumlar olarak nitelemiştir.⁸⁰⁰

AİHM nezdinde görülen Taşkın ve diğerleri/Türkiye davasında ise başvuranlar ulusal idari otoriteler tarafından siyanür yöntemi ile altın madeni işletmeciliğine izin verilmesinin AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiğini öne sürmektedirler. AİHM bu tür çevreye zarar verebilecek işletmelerin faaliyetlerinde devlet tarafından yapılması gereken birtakım gereklilikler bulunduğunu ifade etmiştir.⁸⁰¹ Bu gerekliliklerden ilki izin prosedürü boyunca özellikle faaliyetlerden etkilenebilecek olan halkın görüşlerinin alınmasıdır. Böylelikle karşıt menfaatler arasında adil bir dengenin tesis edilmesi sağlanabilecektir. İkinci gereklilik ise izin süresince oluşturulan tüm bilgi, belge veya raporlara halkın erişimini

⁷⁹³ Powell ve Rayner/Birleşik Krallık, parag. 42.

⁷⁹⁴ Powell ve Rayner/Birleşik Krallık, parag. 46, Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık, parag. 130.

⁷⁹⁵ Moreno Gomez/İspanya, 4143/02, 16/11/2004.

⁷⁹⁶ Moreno Gomez/İspanya, parag. 58.

⁷⁹⁷ Moreno Gomez/İspanya, parag. 44.

⁷⁹⁸ Moreno Gomez/İspanya, parag. 59.

⁷⁹⁹ Moreno Gomez/İspanya, parag. 61-63.

⁸⁰⁰ Dees/Macaristan, 2345/06, 09/11/2010, Mileva ve diğerleri/Bulgaristan, 43449/02, 21475/04, 25/11/2010, Martinez Martinez/İspanya, 21532/08, 18/10/2011.

⁸⁰¹ Taşkın ve diğerleri/Türkiye, 46117/99, 10/11/2004, parag. 118.

sağlamaktır. Nihayet en önemlisi ise karardan etkilenecek kişi veya kişilere, yargısal başvuru hakkına sahip olma imkanı tanınmasıdır.⁸⁰² AİHM bu gerekliliklerin somut olayda bulunup bulunmadığını değerlendirmeye almıştır. Somut olayda tesise verilen izin öncesinde birtakım kamuoyu anketleri ve incelemeleri yapılmış çevresel etki değerlendirmeleri (ÇED) raporu tutulmuştur. Bu raporun içeriği hakkında bölge halkına bilgilendirme toplantısı yapılmıştır. Bölge sakinleri söz konusu değerlendirmelerde dahil olmak üzere geçerli tüm bilgilere ulaşabilmişlerdir. AİHM de bu durumun olumlu olduğunu dile getirmiştir.⁸⁰³ Altın madenin işletilmemesine yönelik yargı yoluna başvurulmuş, idare mahkemelerinde ve Danıştay'da davalar devam ederken birtakım idari kararlarla altın madeni işletmesi faaliyetlerini sürdürmüştür.⁸⁰⁴ Bu süreçte bizzat Başbakanın talebi üzerine Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) tarafından faaliyetin devam etmesine ilişkin olumlu rapor düzenlenmiştir. Bu rapora istinaden Çevre Bakanlığı ve Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği yatırımın ekonomik öneminden dolayı işletmeye izin verilmesi hususunda görüş bildirmişlerdir.⁸⁰⁵ Başbakanlık Müsteşarlığı ise bu görüşler doğrultusunda maden işletmesine izin verilmesine dair rapor düzenlemiştir.⁸⁰⁶ Bu rapora karşı açılan iptal davaları sürerken Bakanlar Kurulu altın madeninin devam edebileceğine ilişkin prensip kararı almıştır. Bu karar Resmi Gazete'de yayımlanmamış kamuoyuyla paylaşılmamıştır.⁸⁰⁷ AİHM'de yargısal prosedür hakkında endişelerini dile getirmiştir. İdarenin hukuk devletinin bir unsuru olduğunu ifade etmiş, yargı tarafından verilen kararların idare tarafından tanınmamasını kabul edilemez bulmuştur. İdare tarafından yargı kararlarının bertaraf edilmesi ve faaliyetin devam etmesine ilişkin kararlar alınmasının söz konusu işletmenin faaliyetlerinden etkilenecek olan bireylerin güvencelerini yok edeceği belirtilmiştir. AİHM bu sebeple başvuruların özel hayatlarına, aile hayatlarına ve konutlarına ilişkin güvencelerin devlet tarafından sağlanmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir.⁸⁰⁸

⁸⁰² Taşkın ve diğerleri/Türkiye, parag. 119.

⁸⁰³ Taşkın ve diğerleri/Türkiye, parag. 120.

⁸⁰⁴ Taşkın ve diğerleri/Türkiye, parag. 82-89.

⁸⁰⁵ Taşkın ve diğerleri/Türkiye, parag. 47.

⁸⁰⁶ Taşkın ve diğerleri/Türkiye, parag. 47.

⁸⁰⁷ Taşkın ve diğerleri/Türkiye, parag. 75.

⁸⁰⁸ Taşkın ve diğerleri/Türkiye, parag. 124-125.

Guerra ve diğlerleri/İtalya davasında da kimyevi maddeler üreten bir fabrikadan kaynaklı olası tehlikelerin bölge sakinlerine bilgi verilmeden faaliyete geçmesi AİHM tarafından AİHS'nin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.⁸⁰⁹ Giacomelli/İtalya davasında ise başvurucunun evinin yakınında atık arıtma işlemleri yapan tesisin faaliyete geçmesinden 7 yıl sonra çevresel etki değerlendirmeleri raporunun düzenlendiği tespit edilmiş ve ihlal kararı verilmiştir.⁸¹⁰

⁸⁰⁹ Guerra ve diğlerleri/İtalya, 14967/89, 19/02/1998, parag. 60.

⁸¹⁰ Giacomelli/İtalya, 59909/00, 02/11/2006, parag. 86.

4.4. Kamu Müdahaleleri Sebebiyle Konutun Kullanılamaması

Konut dokunulmazlığı temelinde yapılan başvurularda ulusal makamların kararlarıyla ya da müdahaleleri ile kişinin konutundan yoksun kalması da karşılaşılabilen durumlardandır. Bu konuyla ilgili özellikle Türkiye, AİHM nezdinde başta mülkiyet haklarının çiğnendiği iddiasıyla hem yurt içi hem de yurt dışından başvurucların şikayetleriyle karşı karşıya kalmıştır. 2001 yılında görülen Kıbrıs/Türkiye davasında başvurucların şikayetlerinden birisi de 1974 yılından beri kuzeyde kalan evlerinden yararlanamamaları, hatta ziyarete bile gidememelerine ilişkindir. AİHM, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) makamlarının yurtlarından edilen kişilerin geri dönmelerine izin vermeyen resmi bir politika uyguladığını, bu politikanın güneyde yaşayan Kıbrıslı Rumların kuzey bölgesine ziyaretlerinde de etkisini gösterdiğini tespit etmiştir.⁸¹¹ Yerlerinden edilen kişilerin evlerine tekrar yerleşmelerine izin verilmediği gibi evlerini ziyaret etmelerine dahi müsaade edilmemektedir. AİHM bu hususları göz önüne alarak yerlerinden edilen Kıbrıslı Rumların kuzeydeki evlerine dönmelerine izin verilmemesini AİHS'nin 8. maddesinin sürekli olarak ihlal edilmesi olarak nitelendirmiştir.⁸¹²

Konut hakkına saygı kapsamında yurt içinden yapılan başvuruların çoğunluğunu PKK'ya karşı yürütülen operasyonlar kapsamında köylerinden çıkartılan, evleri ve tarlaları zarar gören kişilerin mülkiyet hakkıyla beraber AİHS 8. madde bağlamında yaptıkları başvurular oluşturmaktadır. *Akdivar ve diğerleri/Türkiye*⁸¹³, *Menteş ve diğerleri/Türkiye*⁸¹⁴, *Selçuk ve Asker/Türkiye*⁸¹⁵ davalarında olduğu gibi AİHM evlerin, eşyaların ve malların tahriplerini, ya da ev sahiplerinin evlerine dönmelerinin engellenmesini mülkiyet hakkının ihlalinin yanında konut dokunulmazlığının da ihlali olarak görmüştür.⁸¹⁶ Bu kapsamda AİHM, kişilerin köylerine geri dönmelerine izin verilmemesini ciddi ve haksız bir müdahale olarak değerlendirmiştir.⁸¹⁷

⁸¹¹ Kıbrıs/Türkiye, 25781/94, 10/05/2001, parag. 172.

⁸¹² Kıbrıs/Türkiye, parag. 175.

⁸¹³ Akdivar ve diğerleri/Türkiye/21893/93, 16/09/1996.

⁸¹⁴ *Menteş ve diğerleri/Türkiye*, 58/1996/677/867, 28/11/1997.

⁸¹⁵ *Selçuk ve Asker/Türkiye*, 12/1997/796/998-999, 24/04/1998.

⁸¹⁶ Üzeltürk, 2004, 251.

⁸¹⁷ Üzeltürk, 2004, 251.

Kişinin konutunun AİHS 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen hallerin dışında kamulaştırılması da konuta saygı hakkının ihlaline sebebiyet vermektedir.⁸¹⁸ AYM de kamulaştırma faaliyetinin ve devamındaki tahliye işlemlerinin kişinin mülkiyetine ve konut dokunulmazlığına bir müdahale olduğunu ifade etmiştir.⁸¹⁹ Konuyla ilgili AYM'nin bireysel başvuru kararında Hayrettin Aktaş, kamulaştırma sebebiyle evini kullanamadığını, mülkiyet hakkıyla beraber konut dokunulmazlığının da ihlal edildiğini iddia etmektedir.⁸²⁰ AYM, yapılan müdahalenin ihlal niteliği taşıyıp taşımadığını belirleyebilmek için, müdahalenin kanuni dayanaklara ve meşru amaçlara sahip olup olmasını incelemiştir.⁸²¹ Yapılan değerlendirmede AYM, kamulaştırmanın usulüne uygun kanuni bir şekilde yapıldığı, tabiat alanlarını koruma maksadıyla yapıldığından kamulaştırmanın meşru amacının da varlığını tespit etmiştir.⁸²² Sonrasındaki tahliye işlemi de kamulaştırmanın doğal bir sonucu olarak nitelendirilmiş herhangi ölçüsüz bir tedbire yer verilmediği ifade edilmiştir.⁸²³ AYM söz konusu iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı vermiştir. Görüldüğü gibi AYM yapılan müdahalenin meşruluğunu ve orantılılığını söz konusu değerlendirmelerinde dikkate almaktadır.

⁸¹⁸ Gözübüyük, Gölçüklü, 2011, 340.

⁸¹⁹ Hayrettin Aktaş, 2013/1205, 17/09/2013, parag. 53.

⁸²⁰ Hayrettin Aktaş, parag. 1.

⁸²¹ Hayrettin Aktaş, parag. 53.

⁸²² Hayrettin Aktaş, parag. 54.

⁸²³ Hayrettin Aktaş, parag. 55.

5. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI KAPSAMINDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

5.1. Haberleşme Kavramı ve Kapsamı

Haberleşme, AİHS'nin 8. maddesinde *“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”* ifadesiyle koruma altına alınmıştır. AİHM haberleşmeyi sözlük anlamından daha geniş yorumlamış, her çeşitli araçla yapılan ve kişiler arasında gerçekleştirilen özel nitelikteki haberleşmenin AİHS'nin 8. maddesinin korumasından yararlanacağını ifade etmiştir.⁸²⁴ Teknolojik gelişmeler göz önüne alındığında kişilerin iletişimine olanak sağlayan her aracın kapsam içinde korunabileceği değerlendirilmektedir. Anayasamızın haberleşme hürriyeti başlığı taşıyan 22. maddesi ise *“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.”* hükümleriyle kişinin haberleşmesini koruma altına almaktadır.⁸²⁵ AİHS ve Anayasanın ortak koruma alanı, *“haberleşme özgürlüğünün yanı sıra, içeriği ve biçimi ne olursa olsun, haberleşmenin gizliliğini”*de güvence altına almaktadır.⁸²⁶ Posta, elektronik posta, telefon, faks ve internet aracılığıyla yapılan haberleşme faaliyetlerinin, haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmelidir.⁸²⁷ Ancak AİHS'nin 8. maddesiyle korunan haberleşme, AİHM tarafından bireysel haberleşme şeklinde değerlendirilmekte ve kitle haberleşmesi AİHS'nin 8. maddesinin dışında tutulmaktadır. AİHM tarafından kitle haberleşmesine ilişkin durumlar, AİHS'nin 10. maddesinde belirtilen ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir.

Haberleşme özgürlüğü kapsamında “mağdur” sıfatı da önem arz etmektedir. İleri de ifade edileceği gibi haberleşme özgürlüğüne, haberleşmenin gizliliğine yapılan birçok müdahale korumadan yararlanacak vatandaşların haberi olmaksızın yapılmakta ve haktan mağdur olma şartı gerçekleşmemektedir. AİHM, devletin kişinin haberi olmaksızın ve itirazı mümkün olmayacak şekilde gizli izleme ve dinleme tedbirlerine başvurduğunu göz

⁸²⁴ Schenk/İsviçre, 10862/84, 12/07/1988, parag. 43-44, A/Fransa, 14838/89, 23/11/1993, parag. 36.

⁸²⁵ 2001 değişikliğinde haberleşmeyi ve gönderişmeyi (telefon, telgraf, internet vs.) kapsadığı gerekçesiyle madde başlığının iletişim hürriyeti olması teklif edilmiş ancak komisyon tarafından haberleşme hürriyeti olarak kullanılmasının uygun görüldüğü ifade edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli. 2011, 22. madde gerekçesi.

⁸²⁶ Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16/04/2015, parag. 49, Akif İpek, 2013/9456, 24/06/2015, parag. 32.

⁸²⁷ Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16/04/2015, parag. 49, Akif İpek, 2013/9456, 24/06/2015, parag. 32.

önüne almaktadır. Bu sebeple aykırı işlemlerden dolayı mağdur olduğu ispatının kişiden istenmesinin AİHS'nin 8. maddesini büyük ölçüde hükümsüz bırakacağını ifade etmiştir. Bu noktada, özellikle kanunun idari makamlara, haberleşme özgürlüğüne müdahale konusunda takdir yetkisi tanıdığı durumlarda, ilgili kanunun bu yetkinin çerçevesini gerekli açıklıkta belirlemesi gerekmektedir.⁸²⁸

Bu kapsamda haberleşmeye yönelik müdahaleler ve AİHM ile AYM kararları aşağıdaki başlıklar altında sunulacaktır. Doğası gereği gizli olarak yapılan müdahalelere karşı AİHM'nin öngördüğü koruma sistemi, haberleşmenin engellenmesi başlığı altında sunulacaktır. Konuyla ilgili ulusal mevzuat hükümlerinin; çok çeşitlilik ve önem arz etmesi ayrıca yakın zamanda birçok değişikliğin yapılması, konunun daha iyi anlaşılabilmesi adına alt başlıklar altında sunulmasını gerekli kılmıştır. İlgili konu başlığı altında mevzuat hükümlerinin ulusal ve uluslararası kararlarla uyumu ele alınmaya çalışılacaktır. Konu ile ilgili son olarak ise tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine değinilecektir.

5.2. Haberleşmenin Engellenmesi

AİHS'nin ifadesiyle haberleşmeye saygı hakkına yapılan müdahalelerin çoğunluğunu kişinin iletişim araçlarının kamu güçleri tarafından birtakım gerekçelerle takip edilmesi faaliyeti oluşturmaktadır. Bu müdahalelerin en tipik örneği ise telefon dinlemeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen sebeplerle haberleşmeye yönelik müdahaleler yapılabilse de AİHM, bu tür müdahalelerin kanunilik, meşru amaçlara sahip olma ve demokratik bir toplumda gereklilik şartlarını sağlaması gerektiğini ifade etmekte, somut olayları bu bakımından değerlendirmeye almaktadır.⁸²⁹

Bu konuda en önemli kararlardan birisi Klass ve diğerleri/Almanya⁸³⁰ davasıdır. Davayı önemli kılan AİHM'nin yapmış olduğu ve sonraki kararlara da ışık tutan değerlendirmeleridir. Dava Almanya'da çıkarılan 13 Ağustos 1968 tarihli Mektup, Posta ve Telekomünikasyon Gizliliğinin Sınırlanması Hakkındaki Kanunun, AİHS'nin 8. maddesine

⁸²⁸ Mehmet Nuri Özen ve diğerleri/Türkiye, 15672/08, 11/01/2011, parag. 56, Tan/Türkiye, 9460/03, 03/07/2007, parag. 21.

⁸²⁹ Klass ve diğerleri/Almanya, 5029/71, 06/09/1978, Malone/Birleşik Krallık, 8691/79, 02/08/1984.

⁸³⁰ Klass ve diğerleri/Almanya, 5029/71, 06/09/1978.

aykırılığına ilişkindir.⁸³¹ Söz konusu kanun, Almanya’da yaşayan herkesin mektup ve postasının açılabilceğı ve incelenebileceğı, kısa mesajların okunabileceğı, telefon konuşmalarının dinlenebileceğı ve kaydedilebileceğı durumları düzenlemektedir.⁸³² AİHM ilk olarak hükümet tarafından yapılan, başvurucların mağdur olmadıkları gerekçesiyle davanın görülmemesi gerektiğine ilişkin itirazı incelemiştir.⁸³³ AİHM, devletin izleme ve dinleme tedbirlerine gizlice başvurduğu göz önüne alındığında, aykırı işlemlerden dolayı mağdur olduğu ispatının kişiden istenmesinin AİHS’nin 8. maddesini büyük ölçüde hükümsüz bırakacağını ifade etmiştir.⁸³⁴ Aksine bir değerlendirme yapılırsa, devlet haberleşmeye yönelik tedbirlerini ne kadar gizli yaparsa kişinin bu tedbirlere yönelik hak arama şansı o kadar azalacaktır.⁸³⁵ AİHM bu sebeple potansiyel mağdur sıfatıyla bu kanundan etkilenecek olan Almanya’daki başvurucların, başvurusunu değerlendirmeye almıştır.⁸³⁶ Mağdur sıfatını belirleyen AİHM, bundan sonraki sorunun tespit edilen müdahalenin AİHS’nin 8. maddesinin 2. fıkrasınca haklı olup olmadığının tespiti olduğunu belirtmiştir.⁸³⁷ Bu tespit yapılırken söz konusu müdahalenin hukuki bir dayanağının olup olmadığı, meşru amaçlara sahip olup olmadığı ve son olarak müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirilmektedir.⁸³⁸ AİHM söz konusu müdahalenin bir kanunla öngörüldüğünü, kamu düzeni, suç ve düzensizliğin önlenmesi ve ulusal güvenlik gibi gerekçelerle yapıldığını belirledikten sonra müdahalenin gerekliliğini değerlendirmiştir. AİHM terörle mücadelede, ulusal güvenlik ve benzeri meşru amaçlarla ulusal makamların birtakım gizli denetim tedbirlerine başvurmasını kabul edilebilir bulunduğunu öncelikle ifade etmiştir. Ancak bu durumun sözleşmecı devletin kendi egemenlik alanları içerisinde sınırsız bir takdir yetkisi kullanabileceğı anlamı taşımadığını

⁸³¹ İlgili kanun bundan sonra G 10 kanunu olarak ifade edilecektir.

⁸³² Klass ve diğerleri/Almanya, parag. 17.

⁸³³ Klass ve diğerleri/Almanya, parag. 30.

⁸³⁴ Klass ve diğerleri/Almanya, parag. 36.

⁸³⁵ Klass ve diğerleri/Almanya, parag. 34-37 Bkz. Altıparmak, K. (2006). Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğı, TBB dergisi, sa. 63, 35.

⁸³⁶ Klass ve diğerleri/Almanya, parag. 37.

⁸³⁷ Klass ve diğerleri/Almanya, parag. 42.

⁸³⁸ Klass ve diğerleri/Almanya, parag. 43-47.

da özellikle belirtmektedir.⁸³⁹ AİHM bu sebeple G 10 kanununun öngördüğü prosedürün AİHS hükümlerince incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu kanuna göre:

Bir izleme önlemi alabilmek için, birtakım kısıtlayıcı durumlar öngörülmüştür. Buna göre kanunla genel bir izleme veya dinleme yapılamamaktadır. Kişinin haberleşmesine suç fiillerini ciddi şekilde işlemeyi planladığına, işlemekte olduğuna veya işlediğine dair kuşku duymak için maddi belirtilerin varlığı halinde müdahale edilebilecektir. Bu durumlarda dahi gerekli yöntemlere ancak maddi olayların tespitinin başka yöntemlerle mümkün olmaması veya çok güç olması halinde başvurulabilecektir.

Gerekli izleme faaliyetleri için belirlenen kurumların başkanları veya vekilleri tarafından yazılı ve gerekçeli bir başvuru gereklidir. Bu başvuru Federal bakan veya eyaletin en yüksek amiri tarafından değerlendirilecek ve ondan sonra uygulanabilecektir.

Söz konusu faaliyetler üç aylık süreyle sınırlanmış ve yenilenmesi için tekrar başvuru şartı getirilmiştir. Gerekli koşullar sona erdiğinde veya gerek kalmadığı anlaşıldığı anda söz konusu faaliyetler derhal kesilecektir.

Yargıç niteliğine sahip bir görevli tarafından ön denetim yapılmakta toplanan bilgiler ilgili teşkilatlara gönderilmeden önce kanuna göre kullanılabilirlik denetimi yapılmaktadır.

Yapılan faaliyetlere karşı mahkemelere başvuru hakkı tanınmamakta ancak seçilmiş temsilcilerin belirlediği Parlamento heyeti ile G 10 komisyonu adı altında iki heyet kontrol ve denetim yapmaktadır. G 10 komisyonunda parlamentoda bulunan tüm partilerin üyeleri temsil edilmekte ilgili bakan her 6 ayda bir yapılan uygulamalar hakkında G 10 komisyonuna rapor sunmaktadır. G 10 komisyonun bir önlemin yasadışı veya gereksiz olduğuna karar verirse bu önleme derhal kaldırılmaktadır.⁸⁴⁰

AİHM haberleşmenin denetlenmesi gibi bir alanda, söz konusu müdahalelere karşı yargı yolunun açık olmasının arzu edilen bir durum olduğunu belirtmiştir. G 10 kanununda yargı yolunun bulunmadığı belirtmiş ancak bu durumun demokratik bir toplumda gereklilik sınırlarını da aşmadığını ifade etmiştir. AİHM tarafından iki farklı heyete denetim

⁸³⁹ Klass ve diğerleri/Almanya, parag. 46-49.

⁸⁴⁰ Klass ve diğerleri/Almanya, parag. 51-55.

imkanının verilmesi, bu iki heyetin yetkilerinde bağımsız olması, heyetlerde temsilcilere dengeli olarak yer verilmesi olumlu karşılanmıştır.⁸⁴¹ AİHM, G 10 kanunundaki izleme önlemlerinin sonuçlarını, ve izlemenin kesinlikle hukuka uygun olarak uygulanmasını güvence altına almayı hedefleyen çeşitli hükümlerin varlığını tespit ettiğini belirterek ihlal kararı vermemiştir.

AİHM'nin Malone/Birleşik Krallık⁸⁴² davasında ortaya koyduğu genel prensipler de önem arz etmektedir. Başvurucu Malone çalıntı malı elinde bulundurmak suçundan yargılanmış, söz konusu suç isnadı ise yaptığı bir telefon görüşmesine dayandırılmıştır. Yapılan dinlemenin İçişleri Bakanlığının verdiği bir yetki belgesine dayanılarak yapıldığı yargılama sırasında ortaya çıkmıştır.⁸⁴³ Söz konusu dinlemenin hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle yapılan başvuruda AİHM, birtakım genel prensipler ortaya koyarak somut olayı değerlendirmiştir. AİHM'ye göre bu tür müdahalelerin hukuka uygun olup olmadıkları ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı önem arz etmektedir. AİHM ilk prensip olarak hukuk kelimesinden sadece yazılı hukukun değil yazılı olmayan hukukun da anlaşıldığını ve bu şekilde kapsamlı yorumlama yapılması gerektiğini belirlemiştir. İkinci bir prensip ise söz konusu müdahalenin iç hukukta bir temeli olması gerektiğine ilişkindir.⁸⁴⁴ Bu iki prensip göz önüne alındığında AİHM, hukukun yeterince ulaşılabilir olmasının ve vatandaşların davranışlarını düzenlemesine olanak vermek maksadıyla yeterli açıklıkta bulunmasının önemli olduğunu vurgulamıştır. Açıklıkla kastedilen şey ise ulusal makamlarının hangi şartlar altında ve hangi hallerde bu gizli ve potansiyel olarak tehlikeli tedbirlere başvurmaya yetkili oldukları konusunda vatandaşlara yeterli göstergeleri sunabilmeleridir.⁸⁴⁵ Söz konusu prensipler ışığında somut olayın özellikleri değerlendiren AİHM, Birleşik Krallıkta polisin iletileri izlemesine ilişkin yetkilerine ve usullere yönelik ayrıntılı hiçbir hükmün bulunmadığını tespit etmiştir. Kamuoyu ise söz konusu uygulamalardan ve prensiplerden sorumlu bakanın parlamentoda yaptığı beyanları vasıtasıyla haberdar olmuştur. AİHM, kamu makamlarına verilen yetkilerin

⁸⁴¹ Klass ve diğerleri/Almanya, parag. 56.

⁸⁴² Malone/Birleşik Krallık, 8691/79, 02/08/1984.

⁸⁴³ Malone/Birleşik Krallık, parag. 12-17.

⁸⁴⁴ Malone/Birleşik Krallık, parag. 66.

⁸⁴⁵ Malone/Birleşik Krallık, parag. 67.

kapsamına ve uygulanma tarzına ilişkin makul bir açıklıkta hiçbir düzenlemenin bulunmamasını ihlal olarak nitelendirmiştir.⁸⁴⁶

AİHM Kruslin/Fransa⁸⁴⁷ ve Huvig/Fransa⁸⁴⁸ davalarında da uygulanacak hukukun önceden öngörülebilirliği ile hukuki güvencelerin varlığını özellikle belirtmiştir. Aynı tarihte açıklanan bu iki kararda da AİHM, Fransa'da bulunan kanuni güvenceleri değerlendirmeye almıştır. Somut olayların her ikisinde de başvuru telefonlarının dinlenilmesinden şikayetçi olmuşlardır. AİHM, söz konusu olaylarda şikayetlere ilişkin hukuki bir dayanağın olduğunu ve bu iç hukukun ulaşılabilir olduğunu tespit ettiğini belirtmiştir. Ancak AİHM, hukukun uygulanabileceğini önceden görülebilirlik şartı ile hukukun üstünlüğü kavramının bağdaşması gerektiğini ifade etmektedir. AİHM özellikle idare tarafından yapılan telefon dinlemelerinde keyfilik olabileceğinden bu hakka karşı koruma tedbirlerinin alınması gerekliliğini bir kez daha belirtmektedir.⁸⁴⁹ Bu genel değerlendirmelerden sonra AİHM; somut olayda telefon dinlemesi kararının hakim tarafından verildiğini, onun denetiminde polis memuru tarafından dinlemenin gerçekleştirildiğini ve bu işlemlerin ise üst yargı organları tarafından denetlendiğini tespit etmiştir. Ancak bu usuli güvencelerin iç hukukta açıkça ifade edilmediği, hukuki kesinliğe sahip olmadığı da belirtilmiştir. Bu usulü güvencelerin bazıları kanunda belirtilmiş, bazıları yargı kararları sonucunda uygulanmış bazıları ise ilgili davalar görülürken iç hukukta yerini almıştır. Bu durumun yanı sıra AİHM, usulü güvencelerin yetersizliğini de belirtmiştir. Fransa'da bulunan kanunda hangi kimselerin hangi suçlardan ötürü ne kadar süreyle dinlenebileceği, bu dinlemelerin nasıl yazılı belge haline getirileceği, kayıtların bozulup bozulmadığının tespitine ve bu kayıtların nasıl ortadan kaldırılacağına ilişkin hükümler bulunmamaktadır.⁸⁵⁰ Dolayısıyla AİHM idare tarafından yapılan müdahalelerin kullanılma alanı ve izlenecek prosedür hakkında açık ve kesin hükümler taşımadığını belirtmiş ve ihlal kararı vermiştir.

⁸⁴⁶ Malone/Birleşik Krallık, parag. 77-80.

⁸⁴⁷ Kruslin/Fransa, 11801/85, 24/04/1990.

⁸⁴⁸ Huvig/Fransa, 11105/84, 24/04/1990.

⁸⁴⁹ Kruslin, /Fransa, parag. 26, Huvig/Fransa, parag. 25.

⁸⁵⁰ Kruslin/Fransa, parag. 32-35, Huvig/Fransa, parag. 29-35.

Halford/Birleşik Krallık⁸⁵¹ davasında başvurucunun şikayeti görevi itibariyle kendisine tahsis edilen dahili telefonunun dinlenmesine ilişkindir. AİHM işyerinde bulunan telefonlarının dinlenilmesinin de kişinin özel hayatına ve haberleşmesine bir müdahale taşıdığını bu dava da ifade etmiştir. AİHM'ye göre polis merkezinde çalışan Bayan Halford'a bu telefonların dinlenebileceği bilgisi verilmediğinden başvurucunun bu telefonla yaptığı görüşmelerin özel olmasını beklemekte haklı sebepleri vardır. Söz konusu kanunlarda dahili telefon görüşmelerinin dinlenilmesine ilişkin düzenlemelerin bulunmaması, AİHM tarafından ihlal olarak nitelendirilmiştir.⁸⁵²

AİHM, Kopp/İsviçre⁸⁵³ davasında da işyerlerinin telefonlarının dinlenilmesinin özel hayata ve haberleşmeye bir müdahale olacağını teyit etmiştir. Avukatların dinlenilmesine ilişkin önemli değerlendirmeler içeren davada AİHM yukarıda belirtilen davalardaki genel prensipleri somut olaya da uygulamıştır. Söz konusu somut olayda müdahalenin kanuni bir dayanağının olmasında ve bu kanunun ulaşılabilirliğinde herhangi bir sıkıntı bulunmamaktadır. Ancak avukat olan başvurucunun ve firmasının tüm telefonlarının dinlenilmesinde izlenecek prosedürün açık ve kesin olması, bunun da hukukun üstünlüğü ile bağdaşır olması gerekmektedir. AİHM, kanunda bu müdahalenin hangi şartlar altında, avukata kimler tarafından yapılabileceği konusunda yeterli açıklıkta kanun hükümleri bulunmadığını belirtmiştir.⁸⁵⁴ Söz konusu durumun avukatının özel hayatına müdahale olduğu gibi avukat-müvekkil arasındaki güven ilişkilerinin sarsılmasına da sebebiyet verebileceğini belirten AİHM ihlal kararı vermiştir.⁸⁵⁵

Bahsedilen bu kararlar ve benzer nitelikte olan daha birçok kararda⁸⁵⁶ AİHM, haberleşmeye yönelik müdahalelerde her zamanki gibi kanuni dayanak, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik ölçütlerini devreye sokmaktadır. Haberleşmeye yönelik kamu müdahalelerinin doğası gereği gizli yapılması birtakım gereklilikleri de beraberinde

⁸⁵¹ Halford/Birleşik Krallık, 20605/92, 25/06/1997.

⁸⁵² Halford/Birleşik Krallık, parag. 44-50.

⁸⁵³ Kopp/İsviçre, 23224/94, 25/03/1998.

⁸⁵⁴ Kopp/İsviçre, parag. 65-70.

⁸⁵⁵ Kopp/İsviçre, parag. 71-73.

⁸⁵⁶ Benzer nitelikte kararlar için bkz. P.G ve J.H/Birleşik Krallık, 44787/98, 25/09/2001, Lüdi/İsviçre, 12433/86, 15/06/1992, Amann/İsviçre, 27798/95, 16/02/2000, Valenzuela Contreras/İspanya, 27671/95, 30/07/1998, Lambert/Fransa, 23618/94, 24/08/1998.

getirmektedir. Buna göre müdahalenin öngörülebilirliğinin kamuoyu nezdinde hissedilmesi önem arz etmektedir. Gizli izleme dinleme ve benzer tüm işlemlerde idarenin keyfiliği ön plana çıkma riski ise AİHM tarafından her fırsatta dile getirilmiştir. Bunun önüne geçmek için ise yapılacak müdahalelerin hangi sebepler altında ve hangi usullerle yapılabileceğinin açık ve kesin olarak belirtilmesi gerekmektedir. AİHM bu konuda öngörülebilirlik ile hukukun üstünlüğü kavramlarının bağdaşması gerektiğinin de altını çizmektedir. Aksi bir durum ise müdahalenin gizli olan doğası gereği özel hayatı koruyan AİHS'nin 8. maddesini hükümsüz bırakacaktır. Bu kapsamda ülkemizde haberleşmeye yönelik müdahaleleri öngören mevzuat hükümlerine değinilecektir. Hükümlerin AİHM içtihatlarıyla ve ulusal hükümlerle uyumu değerlendirilmeye çalışılacaktır.

5.2.1. Anayasa ve 1412 sayılı CMUK hükümleri

Anayasanın 22. maddesinin 1. fıkrasında *“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.”* hükmü yer almaktadır. İkinci fıkrada ise belirli sebeplerin varlığı halinde yetkili kılınmış makamların kararıyla müdahalede bulunabileceği hüküm altına alınmıştır. Ülkemizde 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (ÇASÖMK) yürürlüğe girene kadar haberleşmenin denetlenmesine dair açıkça bir hükmün bulunmadığı belirtilmelidir. Bu süreçte yürürlükte olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (CMUK) 91. maddesinde *“Sanığa gönderilen mektuplar ve sair mersule ve telgrafların posta ve telgrafhanede zaptı caizdir.”* şeklindeki postada el koyma hükmü ile devamındaki 92. madde hükümleri uygulamada kıyasen telefon dinlemeleri hakkında da uygulanmıştır. Kanuni dayanağı olmayan müdahalelerin somut örnekleriyle karşılaşılmıştır. Türkiye aleyhine görülen Mehmet Şirin Ağaoğlu⁸⁵⁷ davası bu örneklerden birisidir. AİHM söz konusu davada, yapılan telefon dinlemesinin kanuni dayanağının tek bir madde olamayacağını belirtmiştir. Ayrıca bu madde kabul edilse bile CMUK 91 ve 92. maddelerinden net bir şekilde dinleme yetkisinin anlaşılamadığı da ifade edilmiştir. Somut olayın koşulları dikkate alındığında telefon kayıtlarının dinlenilmesi kararının CMUK'un sanıklara gönderilen mektup, telgraf vesair mersulelerin zaptı hükümlerine kıyasen uygulanmasıyla ulaşılmıştır. AİHM telefon dinlemelerine ilişkin düzenlemelerde telefonların hangi süre ve gerekçelerle ne şekilde dinlenebileceğinin hüküm altına

⁸⁵⁷ Mehmet Şirin Ağaoğlu/Türkiye, 27310/95, 06/12/2005.

alınması gerektiğini ifade etmiştir. AİHM, bu güvencelerden yoksun ve açık net bir biçimde ifade edilemeyen kanun hükmüne dayanarak kıyasen yapılan müdahaleyi, AİHS'nin 8. maddesinin ihlali olarak nitelendirmiştir.⁸⁵⁸

Bu süreçten sonra 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (ÇASÖMK) yürürlüğe girmiş ilk defa haberleşmenin denetlenmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. ÇASÖMK'nin 2.maddesinde *“Bu Kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri”nin dinlenebileceği veya tespit edilebileceği*” hüküm altına alınmıştır. Öngörülen düzenlemeyle bu tedbirlere ancak kuvvetli belirtilerin varlığı halinde ve başkaca bir şekilde failin belirlenemeyeceği durumlarda başvurulabilmektedir. ÇASÖMK'nin 16. maddesinde ise bu kanundaki tedbirlerin gerekli şartlar oluştuğunda terörle mücadele kapsamında gerçekleşen suçlar içinde uygulanabileceği belirtilmiştir.

5.2.2. 5271 sayılı CMK ve 5397 sayılı bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair kanun hükümleri

5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun ile 1412 sayılı CMUK ile 4422 sayılı ÇASÖMK yürürlükten kaldırılmış ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girmiştir.⁸⁵⁹ 5271 sayılı CMK'nın “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” başlıklı beşinci bölümün altında 135-138. maddeler arasında denetleme tedbirlerine ve buna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Böylelikle adli amaçlı denetim kanuni çerçeveye oturtulmuştur. Bu düzenlemeden sonra 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile ise önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi düzenlenmiştir. İlgili Kanun ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanununa ek 7. madde, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununa ek 5. madde getirilmiş ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesine hüküm eklenerek önleyici denetlemeler kanuni zemine oturtulmuştur.

⁸⁵⁸ Dinç, 2006, 430.

⁸⁵⁹ 01 Haziran 2005 itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Bunların yanı sıra Başbakanlık tarafından çıkarılan “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kaydı Alınmasına İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik” ile Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” ülkemizde iletişimin denetlenmesine ilişkin mevzuatı oluşturmaktadır. Anayasanın ilgili hükümleri ile bahsedilen kanun ve yönetmelik hükümlerince iletişimin denetlenmesine ilişkin iş ve işlemler Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından tek bir merkezden yönetilmektedir. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığında Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulunmaktadır.⁸⁶⁰

CMK’nın 135. maddesinde adli amaçlı iletişimin denetlenebilmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde etmenin mümkün olmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bu şartların varlığı halinde ağır ceza mahkemesi hakiminin veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla iletişiminin dinlenebileceği, kayda alınabileceği ve sinyal bilgilerinin değerlendirileceği ifade edilmiştir. Ağır ceza mahkemesince alınan kararın oy birliğiyle alınması gerektiği de ifade edilmiştir. 135. maddenin 4. fıkrasına göre ise söz konusu denetleme kararında suçun türü, tedbir uygulanacak kişinin açık kimliği, tedbirin türü süresi ve kapsamının belirtilmesi gerekmektedir. 135. maddenin 8. fıkrasında ise uygulanacak suç türleri sayılmıştır. CMK 137. madde hükümlerinde ise iletişim içeriklerinin gerekli hallerde yok edilmesi güvence altına alınmıştır. Aynı zamanda Türk Ceza Kanununun (TCK) 132-133. maddelerinde haberleşmenin gizliliğini ihlal edenlere ceza öngörülmüştür.

5397 sayılı Kanunla önleme amaçlı denetimi yapmaya yetkili teşkilatların kanunlarına ek düzenlemeler getirilmiştir. PVSK’ya getirilen ek 7. maddede “5271 sayılı

⁸⁶⁰ 5397 sayılı kanun 1. madde: Bu maddede belirtilen işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı” adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür. Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur. Bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur.

Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.” ifadesi yer almaktadır. Yine sadece yetkili birim Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanı olacak şekilde aynı ifadeler Jandarma Teşkilat, Görev Yetkileri Kanununun ek 5. maddesinde yer almaktadır. Ancak hemen ifade edilmelidir ki her iki kanununda atıf yaptığı CMK’nın 250. maddesi kamuoyunda 3. yargı paketi olarak bilinen 6352 sayılı “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sebeple hangi suç türü sebebiyle denetimin yapılacağını konusunda belirsizlik ortaya çıkmış kanuni dayanaktan yoksun bir şekilde Emniyet ve Jandarma teşkilatları tarafından önleme amaçlı dinlemeler yapılmıştır. Adalet Bakanlığı böyle bir durumun ve hukuksuzluğun olmadığına dair 13/08/2012 tarihli 27 sayılı basın açıklaması yapmıştır.⁸⁶¹ Adalet Bakanlığı’ndan yapılan açıklamada söz konusu 6352 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinde “*Mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerine yapılmış olan atıflar, Terörle Mücadele Kanununun 10. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış sayılır.*” hükmü bulunduğu hatırlatılmıştır. Bu hüküm gereğince yetkili mahkemenin görev alanında yargılama devam edeceğinden önleme amaçlı denetimlere ilişkin herhangi bir kanuni boşluk bulunmamaktadır. Adalet Bakanlığı’nın bu görüşüne katılma imkanı ise kanaatimizce bulunmamaktadır. 6352 sayılı Kanunda öngörülen değişiklik, yalnızca CMK mad. 250 ile kurulup 6352 sayılı Kanunla kaldırılan mahkemeler aracılığıyla yürütülen iş ve işlemlerin, Terörle Mücadele Kanunu mad. 10 ile yetkilendirilen mahkemelere devredildiğine yöneliktir.⁸⁶² Buna rağmen PVSK ile Jandarma Teşkilat, Görev Yetkileri Kanununda özellikle

⁸⁶¹ Söz konusu basın açıklaması Adalet Bakanlığı’nın basın açıklamaları arşivinde bulunmamaktadır. Konuyla ilgili “Adalet Bakanlığı: Dinlemeler konusunda hukuki sorun yok” başlıklı habere bakılabilir. Bkz. <http://www.mihraphaber.com/haber/adalet-bakanligi-dinlemeler-konusunda-hukuki-sorun-yok-1841.html> 24/11/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁸⁶² Şen, E. “Önleme Dinlemesine İlişkin Birkaç Not” <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1333502-onleme-dinlemesine-iliskin-birkac-not> 13/11/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

250. maddedeki suçlar denerek bir suç sınırlandırılmasına gidilmiştir. Yapılan bu atıfla herhangi bir suç atfı veya sınırlandırılmasının bulunmadığı açıkça görülmektedir ve kanaatimizce kanuni dayanaktan yoksundur. Bu şekilde süren yaklaşık 2 yıllık⁸⁶³ sürecin sonucunda 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile tekrar birtakım değişikliklere gidilmiştir.⁸⁶⁴ Terörle Mücadele Kanunu’na eklenen geçici 14. madde ile mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanunu’nun mülga 250. maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren suçlar ile Terörle Mücadele Kanununun 10.maddesinin dördüncü fıkrası kapsamına giren suçlara yapılan atıfların Türk Ceza Kanunu’nda yer alan suçlara⁸⁶⁵ atıf anlamına geleceği ifadesine yer verilmiştir. Böylelikle nihayet hangi suç türlerine yönelik önleme amaçlı dinleme yapılabileceği belirtilmiştir. Bu karmaşık durumlardan ise Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu ise etkilenmemiştir. MİT Kanununun 6. maddesinde *“Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir”* ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere PVSK ile Jandarma Teşkilat, Görev Yetkileri Kanununda yapılan CMK’nın 250. maddesine yapılan atfa MİT kanununda yer verilmemiştir. Bu hüküm maalesef ki belirtilen sebeplerin halinde ve yetkili mercilerin kararıyla her türlü önleme

⁸⁶³ 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun 05/07/2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ise 06/03/2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁸⁶⁴ İlgili kanun ile Terörle Mücadele Kanunu’na madde eklenmiş ve “2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca görevlerine devam eden ağır ceza mahkemeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri kaldırılmıştır.”

⁸⁶⁵ a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçuna,
b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlara,
c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlara (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç), yapılmış sayılır.

amaçlı dinleme yapılabilmesinde hiçbir hukuki engel olmadığını göstermektedir. MİT kanununda herhangi bir suç kategorisine gidilmemesinin, sınırsız ve keyfi olarak haberleşmeye yönelik müdahalelere yol açacağı şüphesizdir. Yine aynı şekilde PVSK ile Jandarma Teşkilat, Görev Yetkileri Kanunlarının ulaşılabilir son hallerinde halen CMK'nın 250. maddesine atıf yapan hükümlerin yer alması ve atıf yapılan kanunu yürürlükten kaldıran kanunun bile değişikliğe uğraması belirsizlik oluşturmaktadır. Kişinin haberleşmesine yönelik müdahaleleri öngören kanunların sıklıkla değiştirilmesi, karmaşık ve takibi zor düzenlemeler öngörmesi hem ulusal bir bütünlüğün oluşmasını engellemekte hem de AİHM içtihatlarına uygun gözükmemektedir.⁸⁶⁶ AİHM'nin sürekli ifade ettiği açık kesin ve net ifadelerle müdahalenin kanunlarla belirlenmesi kriterinin yanında, söz konusu kanunların ulaşılabilirliğinin zorluğu ve hukuksal güvencelerden yoksunluğu kabul edilmesi gereken gerçeklerdir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesini öngören, PVSK, Jandarma Teşkilat, Görev Yetkileri Kanunu ve MİT Kanununda kişi sınırlamasının olmaması, herhangi bir şüphe seviyesinin öngörülmemiş olması, önleme amaçlı denetime son çare olarak başvurulma gibi bir şartın getirilmemesi doktrinde haklı olarak eleştirilen diğer noktalardandır.⁸⁶⁷

Bu olumsuz durumların üzerine, açıkça belirtilen kanuni güvencelere bile uyulmadığını ortaya çıkaran kararlar endişelerin artmasına sebebiyet vermektedir. 2015 yılının Ocak ayında açıklanan AYM'nin bireysel başvuru kararı bu durumu gözler önüne sermektedir. Başvurucular Ahmet Altan, Mehmet Baransu, Markar Eseyan Ve Yasemin Çongar telefonlarının dinlenilmesinden dolayı şikayetçi olmuşlardır.⁸⁶⁸ Telefon dinlemeleri MİT yetkilileri tarafından gerçekleştirilmiş, yetkililer hakkında yapılan şikayetler ve soruşturmalar sonuçsuz kalmıştır.⁸⁶⁹ AYM, önüne gelen dosyada öncelikle MİT kanunun ilgili maddelerini değerlendirmeye almıştır. AYM, haberleşmenin gizliliğine yönelik yapılan müdahalelerin gizli uygulanmaları nedeniyle kötüye kullanılma riski barındırdığını bu

⁸⁶⁶ Şen, E. "Önleme Dinlemesine İlişkin Birkaç Not" <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1333502-onleme-dinlemesine-iliskin-birkac-not> 13/11/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁸⁶⁷ Taşkın, M. (2010). Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:1, Sa:2, 477-506.

⁸⁶⁸ Yasemin Çongar, Markar Eseyan, Mehmet Baransu, Ahmet Hüsrev Altan, 2013/7054, 06/01/2015 Bundan sonraki dipnotlarda Yasemin Çongar olarak ifade edilecektir.

⁸⁶⁹ Yasemin Çongar, parag. 16-18.

sebeple bu tedbirlerin, uygulama alanı ve prosedürünün çok açık kanun hükümleri ile düzenlenmesinin şart olduğunu öncelikle ifade etmiştir.⁸⁷⁰ AİHM kararlarında yer alan güvencelerin olması gerekliliğini ifade eden AYM, *“suçların niteliği, iletişimleri izlenecek kişi kategorisi, izleme sürelerinin sınırları, elde edilen verilerin inceleme, değerlendirme ve saklanmalarına ilişkin esaslar, verilerin başkalarıyla paylaşılmasına ilişkin önlemler ve elde edilen verilerin ortadan kaldırılmasına ilişkin koşulların kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi gereklidir”* değerlendirmesinde bulunmuştur.⁸⁷¹ Bu gerekliliklerden bahseden AYM söz konusu müdahalenin kaynağını teşkil eden MİT Kanununun 6. maddesinin müdahalelerin sınırlarını yeterli bir açıklıkta ortaya koyan, erişilebilir ve öngörülebilir bir düzenleme olduğunu ifade etmiştir.⁸⁷² Ancak MİT Kanununun 6. maddesinde *“hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliğinin, iletişim aracının türünün, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türünün, kapsam ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenlerin”* belirtilmesinin gerektiği hükme bağlanmıştır.⁸⁷³ AYM, belirtilen bu hüküm uyarınca telefon dinlemelerinde tedbir uygulanacak kişinin kimliğinin belirtilmesinin kanuni bir zorunluluk olduğunu ifade etmiştir. Söz konusu somut olayda ise başvurucular kimlik bilgilerine yer verilmeden kendilerine verilen farklı kod adlarıyla⁸⁷⁴ dinlenmişlerdir. AYM söz konusu müdahalenin kanunilik şartı taşımadığını, bu sebeple Anayasanın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğüne yönelik bir ihlalin olduğunu ifade etmiştir.⁸⁷⁵

5.3. Tutuklu ve Hükümlülerin Haberleşmesi

Tutuklu ve hükümlülerin AİHS ve Anayasada belirtilen haberleşme özgürlüğünden yararlanması hususu da AİHM ve AYM önüne gelen şikayetlerdendir. AYM, tutuklu ve

⁸⁷⁰ Yasemin Çongar, parag. 59.

⁸⁷¹ *The Association For European Integration And Human Rights ve Ekimdzhev/Bulgaristan*, 62540/00, 28/6/2007, parag. 76-77, Yasemin Çongar, parag. 60.

⁸⁷² Yasemin Çongar, parag. 62.

⁸⁷³ Yasemin Çongar, parag. 63.

⁸⁷⁴ Başvurucular tarafından kullanılan telefon numaralarından Yasemin Çongar'a ait olanın *"Elizabeth"* ve *"Arashi Quarzad"*; Ahmet Hüsrev Altan'a ait olanın *"Çaşıt"*; Markar Eseyan'a ait olanın *"Hossain Seyfullah"* ve *"Vahan"* Mehmet Baransu'ya ait olanın *"Malik Hussein Feyda"* kod adlı kişi tarafından casusluk faaliyetlerinde kullanıldığı belirtilerek dinleme yapıldığı anlaşılmıştır. Yasemin Çongar, parag. 13.

⁸⁷⁵ Yasemin Çongar, parag. 64-65.

hükümlülerin içinde bulundukları durumu hukuka uygun tutma olarak değerlendirmiştir. Bu sebeple tutuklu ve hükümlüler Anayasa'nın 19. maddesi kapsamındaki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından yararlanamamaktadır. Ancak AYM, tutuklu ve hükümlülerin Anayasa'nın ve AİHS'nin ortak koruma alanı kapsamında kalan diğer temel hak ve hürriyetlerin tamamına genel olarak sahip olduğunu özellikle ifade etmektedir.⁸⁷⁶ Bu sebeple haberleşme özgürlüğüne ilişkin haklardan tutuklu ve hükümlülerin de yararlanmasında bir şüphe bulunmamaktadır.⁸⁷⁷ Ancak ceza infaz kurumunun olağan ve makul gereksinimleri dikkate alınarak bir değerlendirmede bulunulduğunda ceza infaz kurumlarında bulunan kimselerin haberleşmelerinin belirli ölçüde kontrol edilebilecektir. Bu durumun AİHS'nin 8. maddesinin ihlaline sebebiyet vermeyeceği AİHM tarafından da ifade edilmektedir.⁸⁷⁸ Bu sebeple her somut olayın kendine has özelliklerine göre değerlendirme yapılmaktadır. AİHM, mektup alma ve göndermenin ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerin dış dünya ile bağlantılarını sağlayan en önemli araçlardan biri olduğunu not etmektedir.⁸⁷⁹ AİHM, ayrıca diğer haberleşme yollarının kullanılabilirdiği ve yeterli olduğu durumlarda, AİHS 8. maddenin hükümlü ve tutukluların telefonla görüşmesini güvence altına aldığı şeklinde yorumlanmaması gerektiğini de ifade etmiştir.⁸⁸⁰ AYM de tutuklu ve hükümlülerin sahip oldukları hakların suçun önlenmesi ve cezaevi disiplinin temini gibi makul gerekliliklerin varlığı halinde sınırlandırılabilirliğini ifade etmektedir.⁸⁸¹ Bu kapsamda AİHM ve AYM⁸⁸² tarafından görülen davalarda özellikle belirtilen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararlarında belirtilen iletişim ile ilgili kısımlar önem arz etmektedir. Bu kapsamda:

⁸⁷⁶ İbrahim Uysal, 2014/1711, 23/7/2014, parag. 29-33, Benzer nitelikteki AİHM kararı için bkz. Hirst/Birleşik Krallık (No. 2), 74025/01, 06/10/2005, parag. 69.

⁸⁷⁷ AYM, AİHM kararlarına atıf yaparak cezaevi idarelerinin tutuklu ve hükümlülerin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterme yükümlülüklerini göz önünde bulundurarak tedbirler alması gerektiğinin altını çizmektedir. bkz. Mehmet Koray Eryaşa, parag. 88. Benzer değerlendirmeler içeren AİHM kararları için bkz. Messina/İtalya (No. 2), 25498/94, 28/12/2000, parag. 61, Kučera/Slovakya, 48666/99, 17/7/2007, parag. 127, Vlasov/Rusya, 78146/01, 12/6/2008, parag. 123.

⁸⁷⁸ Mehmet Nuri Özen/Türkiye, 15672/08, 11/01/2011, parag. 50, Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 5947/72, 25/3/1983, parag. 98.

⁸⁷⁹ Campbell/Birleşik Krallık, 13590/88, 25/03/1992, parag. 45.

⁸⁸⁰ A.B./Hollanda, 37328/97, 29/1/2002, parag. 92-93

⁸⁸¹ Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16/04/2015, parag. 51, Musa Kaya, 2013/2351, 16/09/2015, parag. 62, Turan Günana, 2013/3550, 19/11/2014, parag. 35.

⁸⁸² Gülmez/Türkiye, 16330/02, 20/05/2008, Akif İpek, 2013/9456, 24/06/2015, parag. 20.

Mahpusların mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin mahpusları ziyaret etmelerine izin verilmeli,

Ulusal hukuk, mahpuslarla iletişim kurması kısıtlanamayacak olan ulusal ve uluslararası kuruluşları belirlemeli,

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

Ayrıca tavsiye kararında “devam etmekte olan bir ceza soruşturması, emniyet, güvenlik ve düzeninin muhafaza edilmesi, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç mağdurunun korunması için gerekli görülmesi halinde” kısıtlamaların getirilebileceği ancak bu süreçte dahi asgari iletişime izin verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁸³ Tavsiye kararında belirtilen “Ulusal hukuk, mahpuslarla iletişim kurması kısıtlanamayacak olan ulusal ve uluslararası kuruluşları belirlemelidir,” ilkesine uygun bir şekilde 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 68. maddesinde “Hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tâbi değildir.” hükmüne yer verilmiştir. Hemen ifade edilmelidir ki AİHM, kendisine gönderilen mektupların ise hiçbir durumda denetlenemeyeceğini belirtmektedir.⁸⁸⁴ AİHM yukarıda bir kısmı ifade edilen tavsiyelerin üye devletler için bağlayıcı olmadığını, ancak önemli olduğunu ve bunu ulusal yetkililerin dikkatine sunduğunu belirtmektedir.⁸⁸⁵ AYM de tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine ilişkin başvurularda ilgili hukuk başlığı altında söz konusu tavsiye kararlarına yer vermektedir.⁸⁸⁶

AİHM nezdinde özellikle Türkiye aleyhine tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine yönelik birçok dava görülmüş ve birçoğunda ihlal kararı çıkmıştır.⁸⁸⁷ Ali Güzel/Türkiye davasında başvuru, kendisine gelen mektupların iletilmemesinin ve başka bir tutuklu ile

⁸⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akif İpek, parag. 20.

⁸⁸⁴ Salapa/Polonya, 35489/97, 19/12/2002, parag. 94.

⁸⁸⁵ Slawomir Musial/Polonya, 28300/06, 20/01/2009, parag. 96, Nusret Kaya ve diğerleri/Türkiye, 43750/06, 22/04/2014, parag. 55.

⁸⁸⁶ Mehmet Koray Eryaşa, parag. 28, Musa Kaya, parag. 25, Akif İpek, parag. 20.

⁸⁸⁷ Ali Güzel/Türkiye, 43955/02, 21/10/2008, Mehmet Nuri Özen ve diğerleri, 15672/08, 11/01/2011, Fethullah Akpulat, 22077/03, 15/02/2011, Tan/Türkiye, 9460/03, 03/07/2007.

yazışmasının engellenmesinden dolayı haberleşme hakkının engellendiğinden şikayet etmektedir. Fethullah Akpulat/Türkiye davasında da aynı şekilde başvurucunun göndermek istediği mektuba cezaevi yetkilileri tarafından el konulmuştur. AİHM her iki davada söz konusu müdahalenin (eski) 647 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün 144-147. maddesine dayandığını ifade etmiştir. AİHM gördüğü bu iki davada da daha önce gördüğü Tan/Türkiye davasında belirttiği gerekçeleri yinelemiştir. AİHM'ye göre söz konusu tüzüğün ilgili maddeleri mahkumların haberleşmesini denetleme konusunda cezaevi yetkililerinin sahip olduğu takdir yetkilerinin kullanım kapsamını yeterince açık bir şekilde düzenlememektedir. AİHM söz konusu davalarda kanuni dayanak olan tüzük hükümlerinin sınırlandırıcı olmadığını hangi sebeplerle mektupların sakıncalı görüldüğünün anlaşılamadığını ifade etmiş ve ihlal kararı vermiştir.⁸⁸⁸ Bu noktada söz konusu müdahalelerin olduğu dönemden sonra 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun yürürlüğe girdiğini belirtmekte fayda vardır. 1 Haziran 2005 tarihiyle yürürlüğe giren Kanunun 68. maddesinde *“Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöeltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez. Hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmez.”* ifadesiyle sınırlandırılma sebepleri belirtilmiştir. Daha sonra ise Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük 6 Nisan 2006 tarihiyle yürürlüğe girmiş ihlale sebebiyet veren eski tüzük yürürlükten kaldırılmıştır. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 91. maddesinde de 5275 sayılı Kanunda yer alan ifadelere aynen yer verilmiştir. Ayrıntılı olarak sınırlandırma sebepleri belirtilmiş olsa da uygulamada birtakım problemler hala görülmektedir.

Mehmet Nuri Özen ve diğerleri/Türkiye davası bu problemlerden birini ortaya koymaktadır. Cezaevinde bulunan başvuruçular mektuplarını Kürtçe yazmışlardır. Cezaevi idaresi mektubun tercümesini yapamadıkları bu sebeple sakıncalı olup olmadığını tespit

⁸⁸⁸ Ali Güzel/Türkiye, kararın özet çevirisi için bkz. <http://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11181.htm>, 25.11.2015 tarihinde ulaşılmıştır. Fethullah Akpulat, kararın özet çevirisi için bkz. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/fethullahakpulat2011.pdf> 25.11.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

edemedikleri gerekçesiyle mektupları başvuruçulara iade etmişlerdir. AİHM yürürlükte olan ulusal kanun ve tüzük hükümlerinin sakıncalı halleri listelediğini ancak somut olayda ise sakıncalı olup olmadığının tespitinin yapılamadığı belirtilmiştir. AİHM, hiçbir kanuni düzenleme de tutuklu ve hükümlülerin mektuplaşmalarında Türkçe'den başka bir dil kullanılması gerektiğine dair bir hüküm bulunmadığını ifade etmiştir. AİHM, Türkçe dışındaki bir dilde yazılan mektupların nasıl bir muamele göreceğini belirleyen kanuni bir çerçevenin olmamasından dolayı ihlal kararı vermiştir.⁸⁸⁹

AİHM'nin çok yakın bir zamanda açıkladığı Eker ve diğerleri/Türkiye⁸⁹⁰ davasında ise başvuruçular telefon görüşmelerinin sınırlandırılmasından şikayet etmektedirler. Sınırlandırma sebebi ise başvuruçuların aileleriyle Kürtçe konuşmaları olarak gösterilmiştir. AİHM somut olayda olduğu gibi ulusal makamların cezaevinde bulunan şartları da göz önüne alınarak birtakım gereklilikler sebebiyle telefon sınırlamasına meşru sınırlamalar getirebileceğini ifade etmiştir. AİHM tarafından müdahalenin kanunilik şartının sağlandığı ifade edilmiştir. Başvuruçuların şikayetleri genel itibarıyla 2006-2008 yılları arasında gerçekleşen müdahalelere ilişkindir. Somut olayın gerçekleştiği zaman yürürlükteki hali ile Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü'nün 88. maddesi telefon görüşmelerinin Türkçe olarak yapılmasını esas almaktadır. Hükümlünün veya konuşacağı kişinin Türkçe bilmemesi halinde ise konuşmanın o dilde yapılmasına izin verilmekte ve konuşma kayıt altına alınmaktadır. Ancak hükümlünün veya karşı taraftaki kişinin Türkçe bilmediğinin tespiti için bir araştırma yapılması öngörülmektedir.⁸⁹¹ AİHM, söz konusu müdahalenin düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi yönünde meşru bir amaç taşıdığını kabul etmiştir. Ancak müdahalenin gerekliliği noktasında AİHM, Tüzüğü'nün 88. maddesinde yer alan koşulları incelemiştir. AİHM tutukluların yakınlarının yeterli düzeyde Türkçe konuşup

⁸⁸⁹ Mehmet Nuri Özen ve diğerleri, 15672/08, 11/01/2011, kararın özet çevirisi için bkz.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124071.26.11.2015> tarihinde ulaşılmıştır.

⁸⁹⁰ Eker ve diğerleri/Türkiye, 25844/07, 09/06/2015.

⁸⁹¹ Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük 88/2(p):

“Telefon görüşmeleri Türkçe yapılır. Ancak, hükümlünün Türkçe bilmemesi veya görüşeceğini bildirdiği yakınının mahallinde yaptırılacak araştırma ile Türkçe bilmediğinin tespit edilmesi hâlinde, konuşmanın yapılmasına izin verilir ve konuşma kayda alınır. Kayıtların incelenmesi sonucu, konuşmanın suç teşkil etme ihtimali olan faaliyetler için kullanıldığının anlaşılması durumunda, bir daha hükümlünün aynı yakını ile Türkçeden başka bir dille konuşmasına izin verilmez”

konuşamadıklarının teyit edilmesine yönelik ön işleme tabi tutulmalarını gerektiren uygulamanın, başvuruların yakınlarıyla iletişim kurmalarına getirilen sınırlama bakımından yerinde ve gerekli olmadığı belirtmiş ve ihlal kararı vermiştir.⁸⁹² Söz konusu tüzüğün ilgili hükmü 2009 yılında yargılama devam ederken değiştirilse de müdahale zamanındaki hali ihlale sebebiyet vermiştir.⁸⁹³

Tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine dair şikayetler AYM nezdindeki başvurulara da konu olmuştur. Somut olaylardan bağımsız olarak AYM tarafından öncelikli sorun, cezaevlerinde yapılan müdahalelerin kanuni dayanağının ne olduğunun belirlenmesi olmuştur.⁸⁹⁴ AYM'ye göre cezaevi idaresinin yetkisini Anayasanın 22. maddesinin 2. fıkrası kapsamında değerlendirmek kanunilik ilkesini karşılamayacaktır. Çünkü Anayasanın 22. maddesinin 2. fıkrasınca hakim kararı veya onayı olmadan haberleşmeye yönelik müdahale yapılamamaktadır. AYM, kanunilik ilkesini sağlamak adına cezaevleri idaresinin Anayasanın 22. maddesinin 3. fıkrası kapsamında belirtilen istisnai kurum ve kuruluşlardan olup olmadığını tespit etmeye çalışmıştır.⁸⁹⁵ Cezaevlerinin Anayasanın 22. maddesinin 3. fıkrasındaki istisna kamu kurumu olduğuna dair mevzuatta açık bir düzenleme bulunmadığı tespitinde bulunulmuştur. Ancak 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde *"Hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir."* hükmü yer almaktadır. AYM bu sebeple cezaevlerinin haberleşme hürriyetinin kısıtlanabileceği istisnai kamu kurumu olarak kabul edilmesi değerlendirmesinde bulunmuştur.⁸⁹⁶

⁸⁹² Eker ve diğerleri/Türkiye, 25844/07, 09/06/2015.kararın özet çevirisi için bkz.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/Ekervd_karari.pdf 26/12/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁸⁹³ Değişiklikten sonraki hali:

"Telefon görüşmeleri Türkçe yapılır. Ancak hükümlünün, kendisinin veya görüşeceğini bildirdiği kişinin Türkçe bilmediğini beyan etmesi hâlinde, konuşmanın yapılmasına izin verilir ve konuşma kayda alınır. Kayıtların incelenmesi sonucu, konuşmanın suç teşkil etme ihtimali olan faaliyetler için kullanıldığının anlaşılması durumunda, hükümlünün bir daha aynı kişiyle Türkçeden başka bir dille konuşmasına izin verilmez"

⁸⁹⁴ Akif İpek, 2013/9456, 24/06/2015, parag. 43-44, Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16/04/2015, parag. 75-76.

⁸⁹⁵ Akif İpek, parag. 42-44, Abdulvahap Kavak, 2013/7477, 06/10/2015, parag. 35-37.

⁸⁹⁶ Akif İpek, parag. 44, Abdulvahap Kavak, parag. 37, Murat Karayel, 2013/2125, 16/09/2015, parag. 46, Mehmet Koray Eryaşa, parag. 76.

Başvurucu Akif İpek hükümlü olarak bulunduğu ceza infaz kurumundan İnsan Hakları Derneği (İHD) Başkanı'na göndermek istediği mektuba el konulmasından şikayet etmektedir. AYM, AİHM değerlendirmelerine atıf yaparak bu tür davalarda kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik ölçütlerinin devreye sokulması gerektiğini ifade etmiştir.⁸⁹⁷ Kanunilik ölçütü ise kendi içerisinde eylemin kesin olarak düzenlemelerde yer alması, bu düzenlemenin ulaşılabilir ve açık olmasını ifade etmektedir.⁸⁹⁸ AYM, somut olayda hükümlülerin cezaevinden yaptıkları yazışmaların denetimi ve sınırlandırılmasının dayanağını, 5275 sayılı Kanun'un 68. maddesi ile Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 91, 122 ve 123. maddelerinin oluşturduğunu ifade etmiştir.⁸⁹⁹ İlgili mevzuat hükümlerinin açık ve erişilebilir olmasında da herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Cezaevlerinde güvenliğin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla yapılan müdahalenin meşru amaçlarının da bulunduğu AYM tarafından ifade edilmiştir.⁹⁰⁰ AYM'ye göre sorun söz konusu müdahalelerin "demokratik bir toplumda gereklilik" ve "ölçülülük ilkesi"ne uygun gerekçelere sahip olup olmamasıdır.⁹⁰¹ Somut olayda başvuru, arkadaşlarının soyularak insanlık dışı müdahalelere maruz kaldığını anlatan ve bu konunun Adalet Bakanlığı'na iletilmesini talep eden bir mektup yazmıştır. Cezaevi Disiplin Kurulu ise başvuruçunun mektubunun "*kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan yanlış ifadeler içerdiği*" gerekçesiyle alıkonulmasına karar verilmiştir.⁹⁰² AYM söz konusu derneğin insan hakları yararına çalışan hukuka uygun bir dernek olduğunu öncelikle ifade etmiştir. Başvuruçunun iddiaları doğru olmasa bile insan hakları konusunda görev yapan organizasyonlara bu tür bilgilerin gitmesini yasaklamak gibi bir görev cezaevi idarelerine verilmemiştir. Aksine böyle bir iddia varsa gerekli idari ve yargısal makamları haberdar etme cezaevi idaresinin yükümlülüğüdür.⁹⁰³ Ayrıca suçun önlenmesi, disiplinin ve cezaevinde güvenliğin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir makul gereklilikler de somut bilgilere dayalı olarak ortaya konulmamıştır. AYM araştırılması için resmi makamlar nezdinde girişimde

⁸⁹⁷ Akif İpek, parag. 36.

⁸⁹⁸ Akif İpek, parag. 40.

⁸⁹⁹ Akif İpek, parag. 45.

⁹⁰⁰ Akif İpek, parag. 45-47.

⁹⁰¹ Akif İpek, parag. 70.

⁹⁰² Akif İpek, parag. 9-15.

⁹⁰³ Akif İpek, parag. 72-73.

bulunulması maksadıyla İHD'ye göndermek istediği mektubun alıkonulmasını “demokratik bir toplumda gerekli” ve “ölçülü” bulmamış ve ihlal kararı vermiştir.⁹⁰⁴

Benzer diğer başvuruda da Musa Kaya'nın cezaevinde kendisine ayrımcılık yapıldığına dair şikayetlere ilişkin bir mektubunun İHD'ye göndermesi engellenmiştir. Gerekçe olarak ise mektubunun kurumun işleyişiyle ilgili yalan yanlış ifadeler içerdiği, kamuoyunda kurumun imajını zedelemeyi ve kurumu hedef göstermeyi amaçladığı belirtilmiştir.⁹⁰⁵ AYM, AİHM içtihatlarına atıf yaparak değerlendirmelerde bulunmuştur. AİHM'ye göre “yetkililerin hor görmesine dikkat çekmek”, “cezaevi yönetimi yetkililerine hakaret içeren sözler sarf etmek”, “cezaevi personeli hakkındaki iddialar” gibi unsurları içeren şahsi mektupların engellenmesi demokratik bir toplumda gereklilik unsurunu karşılamamaktadır.⁹⁰⁶ AYM bu kararda da somut bilgilere dayalı makul gerekçeler gösterilmeden mektubun gönderilmemesini gereklilik ve ölçülülük ilkelerine uygun bulmayarak ihlal kararı vermiştir.⁹⁰⁷ Yine Abdulvahap Kavak⁹⁰⁸ başvurusunda da başvurusunun o tarihteki Başbakana göndermek istediği mektup “*kişi ve kuruluşları hedef alan ve paniğe yöneltecek yalan yanlış ifadeler taşıması*” gerekçesine dayanılarak gönderilmemiştir.⁹⁰⁹ AYM demokratik toplumda gereklilik açısından incelediği somut olayda mektuptaki hangi sözlerin bu niteliği taşıdığının belirtilmediğini tespit etmiştir. AYM yapılan müdahalenin ilgili ve yeterli gerekçelere dayandırılmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir.⁹¹⁰

Mehmet Koray Eryaşa kararında ise temel problem askeri cezaevinde tutuklu olarak bulunan başvurusunun avukatıyla telefonla görüşmesine izin verilmemesine ilişkindir. Komutanlık ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesine yapılan taleplerin reddedilmesinin gerekçesi; hükmen tutuklu olan başvurusunun avukatı ile telefonla görüşmesine izin veren

⁹⁰⁴ Akif İpek, parag. 71-74.

⁹⁰⁵ Musa Kaya, 2013/2351, 16/09/2015, parag. 11-18.

⁹⁰⁶ Musa Kaya, parag. 67-68. AİHM kararı için bkz. Fazıl Ahmet Tamer/Türkiye, 6289/02, 05/12/2006, parag. 53.

⁹⁰⁷ Musa Kaya, parag. 69.

⁹⁰⁸ Abdulvahap Kavak, 2013/7477, 06/10/2015.

⁹⁰⁹ Abdulvahap Kavak, parag. 9-10.

⁹¹⁰ Abdulvahap Kavak, parag. 67-68.

herhangi bir açık düzenleme olmaması olarak gösterilmiştir.⁹¹¹ AYM ilk olarak tutuklu olanlara ilişkin olarak hangi hükümlerin uygulanacağı belirlemiştir. 5275 sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 66. maddesinde hükümlülerin telefonla görüşmesi düzenlenmiş, 116.maddesinde ise 66. maddenin tutuklular içinde uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple tutukluların telefonla görüşmesi için bir hüküm bulunmadığına ilişkin değerlendirme AYM tarafından kabul edilmemiştir.⁹¹² Tutukluların avukatlarıyla görüşmesi de 5275 sayılı Kanunda benzer şekilde düzenlenmiştir. Hükümlülerin avukatla görüşmesi düzenlenmiş, söz konusu hükümlerin tutuklular içinde öngörülebileceği belirtilmiştir.⁹¹³ Ayrıca Kanunun 114. maddesinde tutuklunun avukatla haberleşmesinin engellenemeyeceği düzenlenmektedir. Somut olayda ise tutuklunun avukatı ile telefonla görüşmesi hususunda açık bir hükmün düzenlenmemiş olması gerekçesi ile başvurucunun avukatıyla telefonla görüşme isteği engellenmiştir.⁹¹⁴ AYM 5275 sayılı Kanunda tutukluların avukatla telefonla görüşmesine dair bir hüküm olmadığını kabul etmektedir. Ancak AYM haklı olarak, haberleşme kavramı içerisinde telefonla haberleşmenin de olduğu konusunda bir şüphe bulunmadığını ifade etmiştir.⁹¹⁵ AYM, avukat ile görüşmeye yönelik açık bir düzenleme olmadığı gerekçesi ile haberleşmenin engellenmesinin kanunilik ilkesini karşılamadığı belirtilmiş ve ihlal kararı verilmiştir.⁹¹⁶

Özkan Kart'ın yaptığı bireysel başvuru ise cezaevinden başka bir cezaevinde bulunan arkadaşına göndermek istediği mektubun sakıncalı görülerek ulaştırılmamasına ilişkindir.⁹¹⁷ Söz konusu mektubun bir kısmında başvuru, yasadışı silahlı terör örgütünün kurucusu ve yöneticisi olan Abdullah Öcalan'ın koşullarının iyileştirilmesi talebiyle başlatılan açlık grevlerinin ne kadar süreyle yapılması halinde etkili olacağını belirtmektedir. “Siirt'te Gulan hevali tanıyor” ibaresi ile başlayan cümleler ve “...kullandığın için bu kez izleyicisin” ibaresi ile biten kısımlar karalanmak suretiyle

⁹¹¹ Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16/04/2015, parag.67.

⁹¹² Mehmet Koray Eryaşa, parag. 56.

⁹¹³ Mehmet Koray Eryaşa, parag. 58.

⁹¹⁴ Mehmet Koray Eryaşa, parag. 66.

⁹¹⁵ Mehmet Koray Eryaşa, parag. 65.

⁹¹⁶ Mehmet Koray Eryaşa, parag. 67-68.

⁹¹⁷ Özkan Kart,2013/1201, 20/05/2015, parag. 1.

mektubun gönderilmesine karar verilmiştir. AYM kanuni dayanaklarının olduğunu belirttikten sonra söz konusu olayda yapılan müdahalenin, kamu düzeni, cezaevlerinde güvenliğin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarını taşıdığını da ifade etmiştir. AYM söz konusu ifadelerin muhatabının bir başka cezaevinde hükümlü olduğu dikkate alınarak, cezaevinde disiplinin ve güvenliğin sağlanması, suçun önlenmesi amacıyla sansürlenmek suretiyle mektubun gönderilmesi şeklinde tedbir alınmasını makul görmüştür.⁹¹⁸ Ayrıca söz konusu cümlelerin karalanıp gönderilmesine karar verilmesinde bir orantısızlık bulunmamaktadır.⁹¹⁹ AYM, kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli olan demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayan bu müdahalenin ihlale sebebiyet vermediğine karar vermiştir.⁹²⁰

Murat Karayel başvurusunda, başvuru anayasal düzeni yıkmak suçundan hüküm giymiştir. Kendisine gelen bir mektupta bağlı olduğu örgütle ilgili ifadeler yer almakta ve ekinde bir çocuk tarafından yazılan Türkçe ve İsveççe dillerinde yazılmış bir mektup bulunmaktadır. Söz konusu mektup örgütsel birliğin devamına ilişkin tavsiye ve eleştirel ifadelerden oluştuğu gerekçesiyle hükümlüye verilmemiştir.⁹²¹ AYM ilk mektup açısından İnfaz Kurumunca, mektup anlatımının yasa dışı örgütsel haberleşme niteliğinde olduğu değerlendirilerek mektubun alıkonulması şeklinde tedbir alınmasını makul görmüştür. Mektupta sakıncalı görülen yerlerin silinerek hükümlüye verilmesinin de anlamsız olacağı değerlendirilmesinde bulunulmuştur. Mektupta bir bütün halinde ve başkalarının anlamayacağı şekilde kapalı ifadeler mevcuttur. AYM bu sebeple kısıtlamanın ölçülülük ilkesine de aykırı olmadığını ve ihlale sebebiyet veren bir durumun oluşmadığını belirtmiştir.⁹²² Ancak ek olarak Türkçe ve İsveççe bir çocuk tarafından yazılan mektubun da örgütsel haberleşme olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. Türkçe yazılan kısımda hiçbir örgütsel faaliyete ilişkin bir durum bulunmamaktadır. AYM hangi sözlerin örgütsel nitelikte olduğu belirtilmeden soyut bir gerekçeye dayanarak bu işlemin yapıldığı tespitinde bulunmuştur. AYM somut bilgilere dayalı makul bir gerekçelendirme

⁹¹⁸ Özkan Kart, parag. 71.

⁹¹⁹ Özkan Kart, parag. 72.

⁹²⁰ Özkan Kart, parag. 73.

⁹²¹ Murat Karayel, parag. 12-13.

⁹²² Murat Karayel, parag. 73-79.

yapılmamasının amaçlanan hedefler açısından orantısız gereksiz ve ölçüsüz olduğunu ifade etmiş ve ihlal kararı vermiştir.⁹²³

Görüldüğü üzere AİHM içtihatları tarafından önemli olduğu belirtilen tutuklu ve hükümlülerin avukatla görüşebilmesi, kişinin telefon dahil olmak üzere yakınları ile mektup, faks, telgraf ile haberleşebilmesi 5275 sayılı Kanun ve ilgili tüzük hükümleriyle koruma altına alınmıştır. Türkiye aleyhine görülen davalardan sonra ihlale sebebiyet veren düzenlemelerin gözden geçirilip revize edilmesi de ülkemiz adına olumlu gelişmelerdendir. 5275 sayılı Kanunda söz konusu hakların düzenlenmesi, bu hakların kısıtlanabileceği durumların açıkça belirtilmesi, ve bu haklara yapılabilecek müdahalelere karşı hukuki yolların belirlenmesi de AİHM ve AYM tarafından da takdirle karşılanmaktadır.

⁹²³ Murat Karayel, parag. 80-85.

SONUÇ VE ÖNERİLER

AİHS’de özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı başlığıyla ifade edilen 8. madde ile kişinin özel hayatının, aile hayatının, konutunun ve haberleşmesinin korunacağı ifade edilmiştir. Kişinin özel hayatının korunmasının mutlak nitelikte bir hak olarak ifade edilmemiş olması ise bu hakkı değersiz kılmamakta, devlete pozitif ve negatif yükümlülükler yüklemektedir. AİHS’yi uygulama mercii olan AİHM’nin net ve kapsamlı bir özel hayat tanımı yapmaması ise korunma kapsamının sürekli gelişebileceğinin en önemli göstergesi olmuştur. AİHS’de belirtilen özel hayatın kapsamında korunması gereken haklar Anayasanın 20 ile 22. maddeleri arasında ifade edilmiştir. AİHS’nin 8. maddesinin koruma kapsamı Anayasanın sadece “özel hayatın gizliliği ve korunması başlığı” altında ifade edilen maddelerle sınırlı kalmamaktadır. İlgili diğer maddeler yapılan başvurudaki olayın özelliklerine göre AYM tarafından dikkate alınmaktadır. Özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında Anayasada belirtilen hükümlerin AİHS ile paralellik arz etmesi kanun koyucu tarafından önemli bir kıstas olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda Anayasada ifade edilen özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetine ilişkin hükümlerin belirtilme ve sınırlandırma şeklinde AİHS’nin 8. maddesi göz önüne alınmış bu durum madde gerekçelerinde açıkça belirtilmiştir.

Kişinin kimliğinin özel hayat kapsamında değerlendirilmesi ve kişinin kendini gerçekleştirebilmesi adına önem arz etmesi, kişinin adı ve soyadını belirleyebilmesinin daha esnek bir hale getirilmesi gerekliliğini beraberinde getirmektedir. Ülkemizde evli kadınların soyadlarını ancak kocalarının soyadlarından önce kullanabiliyor olması eleştirilmektedir. Avrupa Konseyi’ne üye ülkeler arasında kadının soyadını zorunlu olarak kocanın soyadı olarak öngören tek ülke olarak söz konusu sorunun çözümü, ilgili kanun hükmünün iptal edilmesi veya bu konuda bir kanun değişikliğine gidilmesi olacaktır. Kadının soyadını kocasının soyadından önce kullanabileceğini öngören Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesinin iptali için yapılan iptal/itiraz başvurusunun 2011 yılında AYM tarafından reddedilmesi ve öngörülen 10 yıl yasağı, çözüm olarak geriye sadece kanun hükmünün değişmesini bırakmaktadır. Bu süreçte AYM’ye yapılan bireysel başvuruların ihlal olarak nitelendirilmesi ve ilgili dosyanın yerel mahkemelere gönderilmesi ise

kapsamlı bir çözüm olarak gözükmemektedir. Ülkemizde kocanın soyadını, çiftin soyadı olarak kabul eden ve bu nedenle kadının, evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını kaybetmesini öngören Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesinin, uluslararası standartlara uygun hale getirilmesi kanaatimizce parlamentoya düşen bir görevdir.

Kişinin kendini erkek ya da kadın olarak ifade etme özgürlüğünün de özel hayat kapsamında değerlendirildiği göz önüne alındığında; AİHM tarafından cinsiyet değiştirmek isteyenler hakkında uygulanacak hükümlerin düzenli olarak gözden geçirilmesinin gerekliliğini ifade etmesi, ülkemiz açısından önem arz etmektedir. Cinsiyet değiştirmek isteyenler için ayrıntılı hükümler öngören Türk Medeni Kanunu’nun ilgili hükümlerinin özellikle üreme yeteneğinden yoksun olma gibi bir şartı ilk koşul olarak öngörmesinin ihlale sebebiyet vermiş olması kanaatimizce konu hakkındaki kanuni düzenlemelerin gözden geçirilmesini gerekli kılmaktadır.

AİHM kararları ile özel hayat kapsamında değerlendirilmesinde şüphe bulunmayan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, ülkemizde anayasal bir hak olarak belirtilmiş ve koruma altına alınmıştır. Bu bağlamda, bireylerin kendilerini ilgilendiren kişisel veriler üzerinde hangi hak ve yetkilere sahip olduğu ve kişisel verilerin hangi hallerde işlenebileceğinin hükme bağlanması ülkemiz adına olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmelidir. Ancak kişisel verilerin işletilmesine ilişkin uluslararası sözleşmelerin imzalanmasına karşın onaylanmaması ve Anayasada belirtilen kişisel verilerle ilgili kanunun hala çıkmamış olması sıkıntıları da beraberinde getirmektedir. Uluslararası arenada kişisel verileri yeterince güvence altına almayan ülkelerin güvensiz olarak nitelendirildiği ve veri paylaşımının yapılmadığı göz önüne alındığında birçok kez Meclis Başkanlığı’na sunulan “Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı”nın artık kanunlaştırılması da kanaatimizce parlamentoya düşen diğer önemli bir görevdir. Bu süreçte kişisel veriler hakkındaki işlemlerin idarenin düzenleyici işlemleriyle yürütülmesine ilişkin AYM’nin vermiş olduğu iptal kararları olsa da halen uygulamada yönetmelik hükümleriyle kişisel verilere ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir.

Anayasanın 17. maddesinde belirtilen, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, AİHM tarafından sıklıkla ifade edilen ve özel hayat kapsamında değerlendirilen

fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkına karşılık gelmektedir. Anayasanın 17. maddesinde ayrıntılı olarak ifade edilen hakkın AİHS'nin 3. ve 8. maddeleriyle örtüşmesi ve AYM kararlarının AİHM sistematığına benzer şekilde görülmesi ise, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne karşı, kanaatimizce etkin bir şekilde koruma sağlayabilecektir. Ancak bu kapsamda yeni diyebileceğimiz bireysel başvuru kararlarında şu an itibarıyla kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne karşı esastan yapılan bir değerlendirme bulunmadığı da ifade edilmelidir.

AİHS ve Anayasa ile koruma altına alınan aile hayatı kapsamında en önemli hususu çocuk ve ebeveyn ilişkileri oluşturmaktadır. Aile hayatında ebeveynler tarafından özellikle çocuk ile ilişkilerde çocuğun üstün menfaatinin gözetilmesi gerekmektedir. Bu hususta karşılaşılan en tipik durum ise ebeveynlerden birinin ayrılma, boşanma veya herhangi bir sebep sonrasında çocuğunu diğer ebeveyne göstermemesi şeklinde olmaktadır. AİHM'nin ülkemizde bu sorunun çözümü adına uygulanan icra hükümlerin etkili olmadığına dair tespiti kanaatimizce önemlidir. Arzu edilen bir durum olmasa da ebeveynlere yönelik daha ağır ve zorlayıcı tedbirlerin öngörülmesi ve AİHM tarafından öngörülen bağımsız bir arabuluculuk sisteminin ulusal mevzuatlarda yer almasının makul bir çözüm olabileceği değerlendirilmektedir.

Aile hayatının korunması kapsamında tutuklu ve hükümlülerin ziyaret dahil tabi olduğu birçok hakkı düzenleyen 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun hükümlülerin Avrupa İşkenceyi ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaları Önleme Komitesi tarafından incelenerek herhangi bir eleştiriye maruz kalmaması ise ülkemiz adına olumlu bir gelişmedir.

Kişinin konutunun dokunulmazlığını koruma altına alan Anayasa hükümleri gerek sınırlandırma sebepleri gerekse hakim kararı öngörmesiyle AİHS hükümleriyle uyumluluk arz etmektedir. Konut dokunulmazlığı kapsamında en tipik müdahale örneğini oluşturan aramaya ilişkin 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun AİHM tarafından dile getirilen güvencelere ayrıntılı olarak yer verdiğini söylemek mümkündür. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde ise önleme amaçlı konutta arama yapılamayacağı güvence altına alınmıştır. Ancak Anayasanın kişinin özel eşyalarının ve üstünün aranmasını güvence altına

alan 20. maddesi karşısında Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin yeterli güvencelere sahip olmadığı değerlendirilmektedir. Anayasanın 20. maddesine göre kişinin üstünün, özel kâğıtları ve eşyasının aranabilmesi için kural olarak hâkim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri gerekmektedir. Kamuoyunda İç Güvenlik Paketi olarak ifade edilen kanun değişikliği ile kişinin üstünün, eşyasının ve aracının aranması İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı hatta sözlü emriyle gerçekleştirilebilecektir. Yapılan değişikliklerle hakim kararına yer verilmemiş, gecikmesinde sakınca bulunan hallerden de söz edilmemiştir. Anayasada ifade edilmeyen sözlü emir verme yetkisi de kanunla kolluk amirine tanınmıştır. Değişiklikle beraber yetkili mercii, İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dahilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amiri olarak ifade edilmektedir. Bakanlık tarafından belirtilecek esaslar cümlesiyle idarenin düzenleyici işlemine işaret edilmekte bu ise Anayasanın 13. maddesinde belirtilen temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılmasına ilişkin hükmü ile uyumluluk göstermemektedir. Şu anda AYM gündemine alınan ve esastan görüşülmesine karar verilen paketin Anayasaya aykırı olan hükümlerinin belirtilen sebeplerle kanaatimizce iptali gerekmektedir. Arama kararlarına hükmedecek olan hakimlerin sulh ceza hakimleri olması ve yapılan itirazların bir sonraki sulh ceza hakimi tarafından değerlendirecek olmasına ilişkin kanun hükmünü ise AYM, Anayasaya uygun görmüştür.

Haberleşmenin korunması da AİHS'nin ve Anayasanın ilgili hükümleriyle koruma altına alınmaktadır. AİHS ve Anayasanın öngördüğü koruma sisteminde haberleşme özgürlüğü kadar içeriği ve biçimi ne olursa olsun, haberleşmenin gizliliğini de güvence altına alınmıştır. Haberleşmenin denetlenmesi doğası gereği gizli olarak yapıldığından haberleşmenin denetlenmesine ilişkin hükümlerin açık anlaşılır ve kamuoyu açısından yeterli güvencelere sahip olması önem arz etmektedir. Bu açıdan bakıldığında adli amaçlı iletişimin denetlenmesine öngören Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yeterli güvenceler öngördüğünü söylemek mümkündür. Haberleşmenin denetlenmesine, kuvvetli şüphenin varlığı halinde ve başka suretle delil elde etmenin mümkün olmaması halinde ve hakim kararı ile başvurulabiliyor olması olumlu diyebileceğimiz güvencelerdendir. Ancak aynı

durum önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi konusunda yetkili kılınan kurumların kanunlarında yer almamaktadır. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev Yetkileri Kanunu ile Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun ilgili hükümlerince bu kurumların herhangi bir şüphe seviyesi ifade edilmeksizin önleme amaçlı denetim yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile Jandarma Teşkilat, Görev Yetkileri Kanunu hangi suçlardan dolayı dinleme yapabileceğini atıf yoluyla belirlemiş iken Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu böyle bir atıftan imtina etmektedir. Bu sebeple MİT yetkililerinin gerekli gördükleri her durumda haberleşmenin denetimine yönelik müdahale yapabilmesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile Jandarma Teşkilat, Görev Yetkileri Kanunu tarafından atıf yapılan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesi yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen halen ulaşılabilir mevzuatta o madde hükümlerine atıf bulunmaktadır. Yürürlükten kaldıran kanunun bile iki kez değişikliğe uğradığı düşünüldüğünde haberleşmenin denetlenmesi konusunda önemli hükümler içeren kanun hükümlerinin ulaşılabilirliğinin kanun koyucu tarafından göz önüne alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce, kişinin haberleşmesine yönelik müdahaleleri öngören kanunların bu derece sık değiştirilmesi ve karmaşık olması AİHM içtihatlarında belirtilen anlaşılabilir ve erişebilir olma kriterlerini karşılamamaktadır.

Bu konuda diğer önemli bir husus tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesidir. Tutuklu ve hükümlülerin mümkün olduğunca dış dünyayla iletişimlerin kesilmemesine dair AİHM kararları göz önüne alındığında 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun hükümlülerin uygun olduğu söylenebilecektir. Özellikle kendisi veya yakınlarının Türkçe bilmediği tutuklu ve hükümlülerin durumuna ilişkin mevzuat hükümlerinin gözden geçirilip yeniden düzenlenmesi olumlu bir gelişmedir. Bu hususta 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun hükümlülerin Avrupa İşkenceyi ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaları Önleme Komitesi tarafından incelenerek herhangi bir eleştiriye maruz kalmaması da ayrıca önemlidir.

Özel hayatın korunması ve gizliliği kapsamında Anayasada belirtilen hükümlerin özellikle gerekçelerinde belirtilen AİHS'ye uyumluluk prensibi kapsamında yeterli

güvencelere sahip olduğu tekrardan ifade edilmelidir. Bu kapsamda oluşturulan mevzuat hükümlerinin eksik yanları çalışma boyunca ifade edilmeye çalışılmış ve özetle burada yer verilmiştir. Bu kapsamda her ne kadar yeterli güvencelere sahip olsa da kanun hükümlerini uygulayacak olan idari ve yargı mercilerinin farklı işlemler yaptığı, farklı değerlendirmelerde bulunduğu incelenen AYM kararlarıyla ve Türkiye aleyhine AİHM'ye götürülen davalarda görülmüştür. Bu ise özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında ülkemizde uygulama sorunu olduğunu göstermektedir. Bu kapsamda getirilebilecek en önemli öneri ise yetkili idari mercilerin ve yargısal makamların kararları verirken sadece hukukun üstünlüğünü gözetmeleri ve hukuk devleti ilkesinin gereklerini yerine getirmeleridir. Söz konusu yetkili mercilerin görevlerini yerine getirirken vatandaşların sahip oldukları anayasal haklar ile mevzuatın kendine tanıdığı yetki ve sınırların bilinciyle hareket etmesi sağlamak adına verilecek hizmet içi eğitimlerin daha iyi sonuçlar alma adına önemli olduğuna inanmaktayız.

KAYNAKÇA

KİTAP VE MAKALELER

- Abdulahkimoğulları, E., Kale,F. (2013). Türk Hukukunda ve Karşılaştırılmalı Hukukta Konut Hakkı. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:4, Sa.15.
- Akıllıoğlu, T. (2003). İnsan Hakları Uygulamasında İki Farklı Dil: Biz ve Onlar. Türkiye’de İnsan Hakları. Ankara: TODAİE.
- Akıllıoğlu, T. (2010). İnsan Hakları. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Akıntürk, T. (1996). Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Şahsın Hukuku Aile Hukuku Miras Hukuku Eşya Hukuku. Ankara: Savaş Yayınları.
- Akyürek, G. (2014). Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu,(İkinci Baskı),Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Altınsoy, B. (2014). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mahkumların Özel Hayatı. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 115.
- Altıparmak, K. (2006). Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu, TBB dergisi, sa. 63.
- Araslı, O. (1979). Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C Anayasasında Düzenlenişi, Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara.
- Ariés,P., Duby, G. (2006). Özel Hayatın Tarihi 1 Roma İmparatorluğundan 1000 Yılına (çev.T.İlgaz), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları. (Eserin orijinali 1985 yılında yayımlandı).
- Ariés,P., Duby, G. (2006). Özel Hayatın Tarihi 2 Feodal Avrupa’dan Rönesans’a (çev.R.Hakmen), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları. (Eserin orijinali 1985 yılında yayımlandı).
- Ariés,P., Duby, G. (2007). Özel Hayatın Tarihi 3 Rönesanstan Aydınlanma’ya (çev.D.Çetinkasap), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları. (Eserin orijinali 1986 yılında yayımlandı).
- Aybay, R. (2003). Hukuka Giriş. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları.

- Aybay, R. (2006). Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi. (Birinci Baskı). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Başalp, N. (2004). Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması. Ankara: Yetkin Basım.
- Bozlak A. (2013). Avrupa İnsan Hakları Kararları Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara.
- Çeçen, A. (2003). Günümüz Koşullarında İnsan Haklarının Genel Görünümü. Türkiye’de İnsan Hakları, Ankara: TODAİE.
- Danışman, A. (1991). Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Demirbaş, T. (2008). İnfaz Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Dericiler, Y.Ö (2014,14 Kasım). AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması, VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu Bildiriler, Petrol-İş Yayını.
- Dinç, G. (2006). Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. Türkiye Barolar Birliği.
- Donay, S. (1974). Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası c.39. sa.1-4.
- Donay, S. (1978) Meslek Sırrının Açıklanması Suçu. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2378, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 535.
- Donnelly, J. (1995). Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları. (çev. M.Erdoğan, L.Korkut). Yetkin Yayınları. (Eserin orijinali 1989’da yayımlandı).
- Dural, M., Ögüz, T. (2004). Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku. (İkinci Cilt). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Dutertre, G. (2003). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler. Almanya: Avrupa Konseyi Yayınları.

- Ekinci, H., Sağlam, M. (2014). Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını.
- Er, C. (2007). Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Erdoğan, M. (2007). İnsan Hakları Teorisi Ve Hukuku. Ankara: Orion Yayınevi.
- Gemalmaz, H. Burak (2005). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Gemalmaz, S. (2007). Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Gemalmaz, S. (2011). Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri I Bölgesel Sistemler. (İkinci Baskı). İstanbul: Legal Yayınevi.
- Gemalmaz, S. (2011). Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri II. Uluslararası Sistemler. (İkinci Baskı). İstanbul: Legal Yayınevi.
- Gözler, K. (2000). Türk Anayasa Hukuku. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.
- Gözler, K. (2006). Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku.(Dokuzuncu Baskı). Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.
- Gözübüyük, A. Ş., Gölcüklü, F. (2011). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi. (Dokuzuncu Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Hafızoğulları, Z., Özen, M. (2009). Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sa.4.
- Helvacı, S. (2001). Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar. İstanbul: Beta Yayınları.
- Kaboğlu, İ. (2002). Özgürlükler Hukuku. Ankara: İmge Kitabevi.
- Kapani, M. (1993). Kamu Hürriyetleri. Ankara: Yetkin Yayınları.

- Katoğlu, T. (20 Aralık 2014). Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Hakkında Hukuki Görüş. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Kılınç, Ü. (2010). İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (89).
- Kılınç, Ü. (2012). Teknik araçlarla Yapılan Gizli İzlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3 sa.9.
- Kilkely, U. (2001). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz. Ankara: Avrupa Konseyi. İnsan Hakları El Kitapları, No.1.
- Oğuzman, M.K, Seliçi, Ö, Oktay S. (2005). Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler).(Sekizinci Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Okur, N. (2010). Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Öden, M., Esen, S. (2013). Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı. Prof.Dr.Erdal ONAR'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, c.2.
- Öncü, G. (2013). Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı. S.İnceoğlu (Editör). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme. (Birinci Baskı). İstanbul. Beta Basım.
- Öncü, G. (2011). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı,(Birinci Baskı)İstanbul: Beta Basım.
- Özbudun, E. (1977). Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği. Ankara Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Özen,M., Özocak, G. (2015). Adli Bilişim, Elektronik Deliller, ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M.134), Ankara Barosu Dergisi.
- Öztan, B. (2001). Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar. (Onuncu Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.

- Roagna, I. (2012). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi.
- Sağlam, M. ,Gülener, S. ,Kaplan, R. (Editörler). (2014). Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- Salihpaşaoğlu, Y. (2009). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa:13. (1-2).
- Salihpaşaoğlu, Y. (2013). Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Kapsamında Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(3).
- Sezer, A. (2004). 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Osmanlı Dönemi Anayasal Belgeleri.(Birinci Bası). İstanbul: Beta Basım.
- Solove, D.J. (2008). Understanding Privacy. Harvard University Press.
- Şen, E. (1996). Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Taşkın, M. (2010). Türk Hukukunda Adlî ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:1, Sayı:2.
- Tekinay, S.S. (1992). Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Tepe, H. (2010). İnsan Hakları: Kavram, Kapsam ve Ölçüt, S. Çağlar(Editör) Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları. Birinci Baskı. İstanbul. Beta Basım.
- Tezcan, D., Erdem, M.R., Sancakdar, O. (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu (İkinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Tunç, H., Bilir, F., Yavuz, B. (2012). Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Berikan Yayınevi.
- Üzeltürk, S. (2004). 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı. (Birinci Bası). İstanbul: Beta Basım.

- Yüksel, S. (2012). Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, İstanbul: Beta Yayınları.
- Yüzbaşıoğlu, N. (2003). Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Zafer, H. (2010). Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134), İstanbul: Beta Yayınları.
- Zengin, M.A. (2012). Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Zevkliler, A., Acabey, M.B., Gökyayla; K.E. (2000). Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku-Medeni Hukuk. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

İNTERNET KAYNAKLARI

“Kızlık soyadını taşıyan ilk kimlik”

<http://www.hurriyet.com.tr/index/ArsivNews.aspx?id=4123203> 22.03.2006 tarihli habere 16.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

26/12/2014 tarihli “Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı”

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-1009.pdf> 20.09.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

30/04/2015 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu(SGK) duyurusu

http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/5f6133b7-db43-4699-b1fe-1e4570263671/duyuru_30042015_01.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5f6133b7-db43-4699-b1fe-1e4570263671 16.08.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Aksu/Türkiye, 4149/04, 41029/04, 15/03/2012 kararın özet çevirisine

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-124354#{\"itemid\":\[\"001-124354\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-124354#{\) adresinden 21/06/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Ali Güzel/Türkiye, kararın özet çevirisi için bkz.

<http://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11181.htm>, 25.11.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Anadolu Ajansının 13/01/2015 tarihli “Adalet Bakanlığı ombudsmanın UYAP tavsiye kararına uydu” başlıklı haberine <http://aa.com.tr/tr/turkiye/adalet-bakanligi-ombudsmanin-uyap-tavsiye-kararina-uydu/84704> adresinden 27.08.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Anayasa-Der&Türk Ceza Hukuku Derneği İç Güvenlik Yasası Amicus Curiae Raporu,
<http://www.tchd.org.tr/Uploads/dosyalar/RAPOR.pdf> 31/10/2015 tarihinde ulaşılmıştır

Ankara 11.Asliye Ceza Mahkemesinin Ankara 10.Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen
 arama kararına itiraza ilişkin gerekçeli kararı
<http://www.ankarabarosu.org.tr/images/diger/62/karar20140221.pdf> 30.10.2015
 tarihinde ulaşılmıştır.

B/Fransa,13343/87, 25/03/1992,kararın özet çevirisine
<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=347> adresinden 25.06.2015 tarihinde
 ulaşılmıştır.

Burghartz/İsviçre, 16213/90, 22/02/1994, kararın özet çevirisine
<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=450> adresinden19.06.2015 tarihinde
 ulaşılmıştır.

Cengiz Kılıç/Türkiye, 16192/06, 06/12/2011, kararın özet çevirisine
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-125850> adresinden 10.09.2015 tarihinde
 ulaşılmıştır.

Cusan ve Fazzo/İtalya 77/07, 7/1/2014 kararın özet çevirisine
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150855> adresinden 20.06.2015 tarihinde
 ulaşılmıştır.

Çalı, B. (2014). Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.2013 Tarihli Kadınların Soyadı Seçimi
 Hakkına Dair Kararının AİHM'nin Soyadı Seçimi İhlal Kararlarının Genel Ve Bireysel
 Tedbirler Alınarak Uygulanması Yükümlülüğü Açısından Değerlendirmesi.
<http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1404026007.pdf>, 20.06.2015 tarihinde
 ulaşılmıştır.

Demir, H.(2013).İslam'da Özel Hayat ve Özel Hayatın Gizliliği. Türk Akademisi Siyasi Sosyal
 Stratejik Araştırmalar Vakfı <http://tasav.org/htmldocs/index/yazar/26/index.html>
 25.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Ebru ve Tayfun Engin Çolak/Türkiye,60176/00,30/05/2006, kararın özet çevirisine.
[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-121066"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) adresinden 25.09.2015
 tarihinde ulaşılmıştır.

Fethullah Akpulat, kararın özet çevirisine
<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/fethullahakpulat2011>adresinden pdf
 25.11.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Gardel/Fransa 16428/05, 17/12/2009 kararın özet çevirisine
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119452>. adresinden 20.10.2015 tarihinde
 ulaşılmıştır.

Güzel Erdagöz/Türkiye, 37483/02, 21/10/2008, kararın özet çevirisine <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/37483-02.pdf> adresinden 10.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

<http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/armaganlar/50-yil-armagani-cilt-1/> 15.05.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

<http://mushaf.diyaret.gov.tr/#> 20.05.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ozel-yasamin-gizliliği.pdf> 09.05.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselBasvuru/23_eylul_2012_10_nisan_2015.pdf 13.05.2015 tarihinde erişilmiştir.

http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Parental_TUR.pdf 01.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2014_ist/1.pdf 13.04.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2014_ist/6.pdf Türkiye'nin AİHM Önünde Bekleyen Derdest Dava Sayılarının Yıllara Göre Değişimi 13.04.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2014_ist/7.pdf 13.04.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005043/1023004583> 30.04.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

<http://www.mihraphaber.com/haber/adalet-bakanligi-dinlemeler-konusunda-hukuki-sorun-yok-1841.html> 24/11/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

<http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/sihus2014.pdf> 10.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS_Tr_A6format.pdf 15/04/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> 13.05.2015 tarihinde erişilmiştir.

Hürriyet gazetesinin 01/09/2015 tarihli “Çankayada 30 gün genel arama var” başlıklı yazısı bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/cankayada-30-gun-genel-arama-var-29957624> 30.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Hürriyet gazetesinin 21 Şubat 2014 tarihli “Başkentteki arama kararı kaldırıldı” başlıklı yazısı <http://www.hurriyet.com.tr/baskentteki-arama-karari-kaldirildi-25860702> 30.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

<http://www.radikal.com.tr/turkiye/basbakan-her-kurtaj-bir-uluderedir-1089235/> adresinden 21.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

İşıldak/Türkiye,12863/02, 30/09/2008.kararın özet çevirisine [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-123499"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) adresinden 26.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır

İletmiş/Türkiye,29871/96, 06/12/2005.kararın özet çevirisine <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121781> adresinden 25.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyelerinin İç Güvenlik Paketi İle İlgili Değerlendirmeleri.1-11 bkz. <http://www.canakkalebarosu.org.tr/Print.aspx?ID=40035&Tip=Haber31/10/2015> tarihinde ulaşılmıştır.

İyilik/Türkiye,2899/05, 06/12/2011, kararın özet çevirisine [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-120156"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) adresinden 02.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Juhnke/Türkiye, 52515/99,13/05/2008 kararın özet çevirisine <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121731> adresinden 23.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

“Kürtaj Hakkında Son Durum Ne” başlıklı habere <http://www.evrensel.net/haber/80757/kurtaj-hakkinda-son-durum-ne> adresinden 22.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

K.H ve diğerleri/Slovakya, 32881/04, 28/04/2009. kararın özet çevirisine [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-119510"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) adresinden 25.08.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Kamu Denetçiliği Kurumu Tavsiye Kararı Şikayet No:03.2014/2832 <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/pdf/2014-2832.pdf> 03.07.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Kemal Taşkın ve diğerleri, 30206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 02/02/2010.kararın özet çevirisine <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/28697-05.pdf> adresinden 21.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0966.pdf> 03.07.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Küçük/Türkiye-İsviçre,33362/04, 17/05/2011 kararın özet çevirisine <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121837> adresinden 23.09.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

L./Litvanya, 27527/03, 11/09/2007. kararın özet çevirisine. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"l litvanya\"\],\"itemid\":\[\"001-119496\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) adresinden 25.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Laduna/Slovakya, 31827/02, 13/12/2011, kararın özet çevirisine <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119498> adresinden 23.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

LGBT Davaları AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları.(2012).İstanbul, Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği,19. http://www.festuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf 28.08.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Maric/Hırvatistan,50132/12, 12/06/2014. kararın özet çevirisine [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"display\":\[\"0\"\],\"languageisocode\":\[\"TUR\"\],\"appno\":\[\"50132/12\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) adresinden 21.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Mehmet Nuri Özen ve diğerleri, 15672/08, 11/01/2011, kararın özet çevirisine <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124071>.adresinden 26.11.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Mustafa ve Armağan Akın/Türkiye,4694/03, 06/04/2010 kararın özet çevirisine <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-123921> adresinden 21.09.2015 tarihinde ulaşılmıştır

Paşaoğlu/Türkiye,8932/03, 08/07/2008, kararın özet çevirisine <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124314> adresinden 26.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Pretty/Birleşik Krallık, 2346/02, 29/04/2002, kararın özet çevirisine <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=3024> adresinden 24.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Sarı ve Çolak/Türkiye,42596/98 ve 42603/98, 04/04/2006 kararın özet çevirisine <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-1254> adresinden 24 15.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Schwizgebel/İsviçre,25762/07, 10/06/2010 kararın özet çevirisine <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119609> adresinden 01.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Şen, E. "Önleme Dinlemesine İlişkin Birkaç Not" <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1333502-onleme-dinlemesine-iliskin-birkac-not> 13/11/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

T.Ç ve H.Ç/Türkiye, 34805/06, 26/07/2011 kararın özet çevirisine bkz.[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-125013\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) adresinden 01.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Tavlı/Türkiye, 11449/02, 09/11/2006, kararın özet çevirisine [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-125028\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) adresinden 03.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli. 2011. Ankara https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf 13/04/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Tysiac/Polanya, 5410/03, 20/03/2007 kararın özet çevirisine <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119624> adresinden 21.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Üçpınar, H. (2013). Ünal Tekeli Türkiye Kararının Uygulanması-İzleme Raporu, Ankara: İnsan Hakları Ortak Platformu, http://www.aihmiz.org.tr/files/02_Unal_Tekeli_Rapor_TR.pdf 25.06.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Y.F/Türkiye, 24209/94, 22/07/2003 kararın özet çevirisine <http://aihmgoster.asp?id=3834> adresinden 22.10.2015 tarihinde ulaşılmıştır.

AİHM KARARLARI***A**

A,B ve C/İrlanda, 25579/05, 16/02/2010.

A.D.T/Birleşik Krallık, 35765/97,
31/07/2000.

A/Fransa,14838/89, 23/11/1993.

Abdulaziz,Cabales ve Balkandalı/Birleşik
Krallık, 9214/80,9473/81,9474/81,
28/05/1985.

Akdıvar ve diğerleri/Türkiye, 21893/93,
16/09/1996.

Aksu/Türkiye 4149/04, 41029/04.

Amann/İsviçre, 27798/95, 16/02/2000.

Amrollahi/Danimarka, 56811/00,
11/07/2002.

Axel Springer AG/Almanya, 39954/08,
07/02/2012.

Ayşe Ünal Tekeli/Türkiye 29865/96,
16/11/2004.

Alkaya/Türkiye,42811/06, 09/10/2012.

B

B/Fransa, 13343/87, 25/03/1992.

Beck, Copp ve Bazeley/Birleşik
Krallık,48535/99, 48536/99, 48537/99,
22/10/2002.

Beldjoudi/Fransa,12083/86, 26/03/1992.

Boultif/İsviçre,54273/00,02/08/2001.

Brualla Gomez de la

Torre,155/1996/774/975, 19/12/1997.

Brüggeman ve Scheuten/Almanya,
6959/75, 12/07/1977.

Buckley/Birleşik Krallık, 20348/92,
25/09/1986.

Bulgakov/Ukrayna, 59894/00, 11/09/2007.

Burghartz/İsviçre, 16213/90, 22/02/1994.

C

Camenzind/İsviçre, 21353/93, 16/12/1997.

Carlson/İsviçre, 49492/06, 06/11/2008.

Cengiz Kılıç/Türkiye,16192/06 ,
06/12/2011.

Chappell/Birleşik Krallık, 10461/83,
30/03/1989.

Christine Goodwin/İngiltere, 28957/95,
11/07/2002.

Ciubotaru/Moldovya,27138/04,
27/04/2010.

Codona/Birleşik Krallık, 485/05,
07/02/2006.

Colas Est Şirketi ve diğerleri/Fransa,
37971/97, 16/04/2002.

Costello-Roberts/Birleşik Krallık,13134/87,
25/03/1993.

Cusan ve Fazzo/İtalya, 77/07, 07/01/2014.

D

Dalia/Fransa, 26102/95, 19/92/1998.

Dees/Macaristan, 2345/06, 09/11/2010.
 Demades/Türkiye, 16219/90, 31/07/2003.
 Dickson/Birleşik Krallık, 44362/04,
 04/12/2007.
 Dudgeon/Birleşik Krallık, 7525/76,
 22/01/1981.

E

Ebru ve Tayfun Engin Çolak/Türkiye,
 60176/00, 30/05/2006.
 Egeland ve Hanseid/Norveç, 34438/04,
 16/07/2009.
 Elçi ve diğerleri/Türkiye,
 23145/93, 25091/94, 13/11/2003.
 Elli Poluhas Dödsbo/İsveç, 61564/00,
 17/01/2006.
 Elsholz/Almanya, 25375/94, 13/07/2000.
 Ezzouhdi/Fransa, 47160/99, 13/02/2001.
 Friedl/Avusturya, 15225/89, 31/01/1995.

G

Gas ve Dubois/Fransa, 25951/07,
 31/08/2010.
 Gaskin/Birleşik Krallık, 10454/83,
 07/07/1989.
 Giacomelli/İtalya, 59909/00, 02/11/2006.
 Gillow/Birleşik Krallık, 9063/80,
 24/11/1986.
 Girard/Fransa, 22590/04, 30/06/2011.
 Gnahore/Fransa, 40031/98, 19/09/2000.

Guerra ve diğerleri/İtalya, 14967/89,
 19/02/1998.
 Guillot/Fransa, 22500/93, 24/10/1996.
 Gülmez/Türkiye, 16330/02, 20/05/2008.
 Güzel Erdagöz/Türkiye, 37483/02,
 21/10/2008.

H

Hadri-Vionnet/İsviçre, 55525/00,
 14/02/2008.
 Halford/Birleşik Krallık, 20605/92,
 25/06/1997.
 Hämäläinen/ Finlandiya, 37359/09,
 16/07/2014.
 Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık,
 36022/97, 08/07/2003.
 Herczegfalvy/Avusturya, 10533/83,
 24/09/1992.
 Hokkanen/Finlandiya, 19823/92, 23/09/19.
 Hurtado/İsviçre, 17549/90, 28/01/1994.
 Huvig/Fransa, 11105/84, 24/04/1990.

I-İ

Ignaccolo-Zenide/Romanya, 31679/96,
 25/01/2000.
 Işıldak/Türkiye, 12863/02, 30/09/2008.
 İletmiş/Türkiye, 29871/96, 06/12/2005.
 I/Birleşik Krallık, 25680/94, 11/07/2002.

J

Johnston ve diğerleri/ İrlanda davası,
9697/82, 18/12/1986.

Juhnke/Türkiye, 52515/99, 13/05/2008.

K

K ve T/Finlandiya, 25702/94, 12/07/2001.

K.H ve Diğerleri/Slovakya, 32881/04,
28/04/2009.

Karhuvaara ve Iltalehti, 53678/00,
16/11/2004.

Keegan/İrlanda, 16969/90, 26/05/1994.

Kemal Taşkın ve diğerleri
30206/04,37038/04,43681/04,45376/04,
12881/05,28697/05, 02/02/2010.

Kıbrıs/Türkiye, 25781/94, 10/05/2001.

Klass ve diğerleri/Almanya, 5029/71,
06/09/1978.

Kopp/İsviçre,23224/94,25/03/1998.

Kroon ve diğerleri/Hollanda, 18535/91,
27/10/1994.

Kruslin/Fransa, 11801/85, 24/04/1990.

Kučera/Slovakya, 48666/99, 17/7/2007.

Kuharec also known as Kuhareca,
71557/01, 07/12/2004.

Küçük/Türkiye-İsviçre, 33362/04,
17/05/2011

L

L ve V/Avusturya, 39392/98, 09/04/2003.

L./Litvanya, 27527/03, 11/09/2007.

Labita/İtalya, 26772/95, 06/04/2000.

Laduna/Slovakya, 31827/02, 13/02/2011.

Lambert/Fransa, 23618/94, 24/08/1998.

Laskey ve diğerleri/Birleşik Krallık,
21627/93,21628/93,21974/93,
19/02/1997.

Leander/İsviçre, 9248/81, 26/03/1987.

Levent Abdulkadiroğlu/Türkiye, 7971/07,
28/5/2013.

Lopez Ostra/İspanya, 16798/90,
09/12/1994.

Lustig-Praen ve Backet/Birleşik Krallık,
31417/96,32377/96, 27/12/1999.

Lüdi/İsviçre, 12433/86, 15/06/1992.

M

M.S/İsveç,20837/92, 27/08/1997.

Malone/Birleşik Krallık, 8691/79,
02/08/1984.

Marsalek/Çek Cumhuriyeti, 8153/04,
04/04/2006.

Martinez Martinez/İspanya, 21532/08,
18/10/2011.

Maslov/Avusturya, 1638/03, 23/06/2008.

Mater/Türkiye, 54997/08, 16/07/2013.

Mcleod/Birleşik Krallık, 24755/94,
23/09/1998.

Mehmet Nuri Özen ve diğerleri/Türkiye,
15672/08, 11/01/2011.

Mehmet Şirin Ağaoğlu/Türkiye, 27310/95,
06/12/2005.

Menteş ve
diğerleri/Türkiye, 58/1996/677/867,
28/11/1997.

Mentzen also known as Mencena/Letonya,
71074/01, 07/12/2004.

Messina/İtalya (No. 2), 25498/94,
28/12/2000.

Miailhe/Fransa, 12661/87, 25/02/1993.

Mikulic/Hırvatistan, 50132/12,
12/06/2014.

Mileva ve diğerleri/Bulgaristan, 43449/02,
21475/04, 25/11/2010.

Mitkus/Litvanya, 7259/03, 02/10/2012.

Mizzi/Malta, 26111/02, 12/01/2006.

Moreno Gomez/İspanya, 4143/02,
16/11/2004.

Murray/Birleşik Krallık 14310/88,
28/10/1994.

Mustafa ve Armağan Akın/Türkiye,
4694/03, 06/04/2010.

N

Negrepontis-Giannisis/Yunanistan,
56759/08, 03/05/2011.

Neulinger ve Shuruk/İsviçre, 41615/07,
06/07/2010.

Niemietz/Almanya, 13710/88, 16/12/1992.

Norris/İrlanda, 10581/83, 26/10/1988.

O-Ö

O'Rourke/Birleşik Krallık, 39022/97,
26/06/2001.

Odievre/Fransa, 42326/98, 13/02/2003.

Olsson/İsveç(no.1), 10465/83, 24/03/1988.

Öcalan/Türkiye(no.2), 24069/03, 197/04, 61
01/06 et 10464/07, 18/03/2014.

Österreichischer-Rundfunk/Avusturya,
57507/00, 25/05/2004.

P

P.G ve J.H/Birleşik Krallık, 44787/98,
25/09/2001.

Peck/Birleşik Krallık , 4647/98, 28/01/2003.

Perkins ve R./ Birleşik Krallık,
43208/98, 44875/98, 22/01/2003.

Peter Sutter /İsviçre, 8209/78 11/12/2003.

Petrina/Romanya, 78060/01, 14/10/2008.

Pfeifer/Almanya, 12556/03, 15/11/2007.

Powell ve Rayner/Birleşik Krallık, 9310/81,
21/02/1990.

Pretty /Birleşik Krallık, 2346/02
29/04/2002.

Prokopovitch/Rusya, 58255/00,
18/11/2004.

Rees/Birleşik Krallık, 9532/81, 17/10/1986.

R

Reklos And Davourlis/Yunanistan, 1234/05
15/01/2009.

Roche/Birleşik Krallık, 32555/96
19/10/2005.

Rotaru/Romanya, 28341/95, 04/05/2000.

S

S ve Marper/Birleşik Krallık 30562/04,
04/12/2008.

S.L/Avusturya, 45330/99, 09/04/2003.

Sabanchiyeva ve diğerleri/Rusya,
38450/05, 06/09/2013.

Salonen/Finlandiya, 27868/95,
02/06/1997.

Sarı ve Çolak/Türkiye, 42596/98 ve
42603/98, 04/04/2006.

Schenk/İsviçre, 10862/84, 12/07/1988

Schüssel/Avusturya, 42409/98,
21/02/, 2002.

Schüth/Almanya, 1620/03, 23/12/2010.

Schwizgebel/İsviçre, 25762/07,
10/06/2010.

Sciacca/İtalya, 50774/99, 11/01/2005.

Selçuk ve Asker/Türkiye, 12/1997/796/998-
999, 24/04/1998.

Shofman/Rusya, 74826/01, 24/11/2005.

Slivenko/Litvanya, 48321/99, 09/01/2003.

Smith ve Grady/Birleşik Krallık, 33985/96,
33986/96, 27/12/1999.

Sophia Gudrun Hansen/Türkiye, 36141/97,
23/09/2003.

Standard Verlags
GMBH/Avusturya, 13071/03, 02/11/2006.

Stjerna/Finlandiya 18131/91, 25/11/1994.

T

T.P ve K.M/Birleşik Krallık, 28945/95,
10/05/2001.

Tan/Türkiye, 9460/03, 3/7/2007.

Tanbay Tüten/Türkiye, 38249/09,
10/12/2013.

Taşkın ve diğerleri/Türkiye, 46117/99,
10/11/2004.

Tavlı/Türkiye, 11449/02, 09/11/2006.

Tejedor Garcia/Spain, 142/1996/761/962,
16/12/1997.

The Association For European Integration
And Human Rights ve
Ekimdzhev/Bulgaristan, 62540/00,
28/6/2007.

Tuncer Güneş/Türkiye, 26268/08,
3/10/2013.

Tysiac/Polanya, 5410/03, 20/03/2007.

V-Y-Z

Valenzuela Contreras/İspanya, 27671/95,
30/07/1998.

Verlagsgruppe News
GmbH/Avusturya(no2)10520/02,
14/12/2006.

Vlasov/Rusya, 78146/01, 12/6/2008.

Von
Hannover/Almanya(no2),40660/08,60641/
08, 07/02/2012.

Y.F/Türkiye, 24209/94, 22/07/2003.

Y.Y/Türkiye 14793/08, 10/03/2015.

Z/Finlandiya, 22009/93, 25/02/1997.

X-W

W./Birleşik Krallık, 9749/82, 08/07/1987.

Wallov ve Walla/Çek Cumhuriyeti,
23848/04, 26/10/2006.

Wieser ve Bicos Beteiligungen
GMBH/Avusturya, 74336/01, 16/10/2007.

X ve diğerleri/Avusturya, 19010/07,
19/02/2013.

X ve Y/Hollanda, 8978/80, 26/03/1985.

X,Y,Z/Birleşik Krallık, 21830/93,
22/04/1997.

X/Birleşik Krallık, 9702/82, 06/10/1982.

X/Finlandiya, 34806/04, 03/07/2012.

*AİHM kararlarına HUDOC ana sayfasından
erişim sağlanmış Türkçe çeviri veya Türkçe
özet şeklinde ulaşılan kararların adresleri
ayrıca internet kaynakları altında
belirtilmiştir.

AYM KARARLARI**

Abdulahap Kavak, 2013/7477, 06/10/2015.

Adnan Oktar, 2013/1123, 02/10/2013.

Akif İpek, 2013/9456, 24/06/2015.

Aslı Kırmızı Demirseren, 2013/5680, 15/04/2014.

Ayhan Seviktek, Mehmet Oran, 2016/43, 08/01/2016.

Demir Dinipak, 2013/7983, 26/06/2014.

E.1997/61, K.1998/59, 29/9/1998.

E.2001/33, K.2002/56, 19/06/2002.

E.2006/167, K.2008/86, 20/03/2008.

E.2008/30, K.2009/96, 25/06/2009.

E.2009/85, K.2011/49, 10/03/2011.

E.2010/119, K.2011/165, 08/12/2011.

E.2011/34, K.2012/48, 30/03/2012.

E.2013/114, K.2014/184, 04/12.2014.

E.2013/122, K.2014/74, 09/04/2014.

E.2013/62, K.2013/115, 10/10/2013.

E.2014/149, K.2014/151, 02/10/2014.

E.2014/164, K.2015/12, 14/01/2015.

E.2014/180, K.2015/30, 19/03/2015.

E.2015/32, K.2015/102, 12/11/2015.

Emel Leloğlu, 2013/3512, 17/07/2014.

Ercan Kanar, 2013/533, 09/01/2014.

Esra Nur Özbey, 2013/7443, 20/05/2015.

Hayrettin Aktaş, 2013/1205, 17/09/2013.

Hayriye Özdemir, 2013/3434, 25/06/2015.

Işıl Yaykır, 2013/2284, 15/04/2014.

İbrahim Uysal, 2014/1711, 23/7/2014.

İlhan Cihaner, 2013/5574, 30/06/2014.

Jakop Gabriel, 2013/2392, 15/04/2015.

Kamil Çakır, 2013/997, 15/10/2014.

Marcus Frank Cery, 2013/5126, 02/07/2015.

Mehmet Arif Kılınç, 2013/1656, 16/07/2014.

Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16/04/2015.

Mesut Özbezen, 2013/8175, 15/04/2014.

Murat Atılğan, 2013/9047, 07/05/2015.

Murat Karayel, 2013/2125, 16/09/2015.

Musa Kaya, 2013/2351, 16/09/2015.

Nilgün Halloran, 2012/1184, 16/07/2014.

Özkan Kart, 2013/1201, 20/05/2015.

Recep Ünal, 2014/12984, 26/02/2015.

Salih Karakoç, 2013/2954, 19/12/2013.

Serap Tortuk, 2013/9660, 21/01/2015.

Sevim Akat Eski, 2013/2187, 19/12/2013.

Şehnaz Ayhan, 2013/6229, 15/04/2014.

Şengül Kayan, 2013/1614, 03/04/2014.

Turan Günana, 2013/3550, 19/11/2014.

Yasemin Çongar, Markar Eseyan, Mehmet Baransu, Ahmet Hüsrev Altan, 2013/7054, 06/01/2015.

Yusuf Burak Çelik, 2013/2538, 20/11/2014.

**AYM kararlarına <http://www.anayasa.gov.tr/> adresinden erişim sağlanmıştır.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : KARADENİZ, Ramazan Onur
 Uyruğu : Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı
 Doğum tarihi ve yeri : 20/03/1990, Denizli
 Medeni hali : Evli
 Telefon : 05544963948
 e-posta : rokdeniz@gmail.com

Eğitim Derecesi	Okul/Program	Mezuniyet Yılı
Yüksek Lisans	Gazi Üniversitesi	2016
Lisans	Gazi Üniversitesi	2012
Lise	Lütfi Ege Anadolu Öğretmen Lisesi	2008

İş Deneyimi, Yıl	Çalıştığı Yer	Görev
2012,Devam Ediyor	KHO	Öğretim Görevlisi

Yabancı Dil

İngilizce

Yayınlar

Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Tutuklu ve Hükümlülerin Haberleşmesi **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20 (Dergi halen yayım aşamasındadır.)

Hobiler

Kitap okumak, futbol basketbol oynamak



GAZİ GELECEKTİR..

