

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİNDE
ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE KONUT DOKUNULMAZLIĞI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

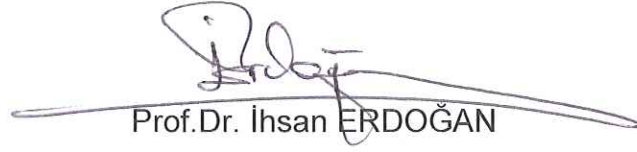
Hazırlayan
İbrahim OF

Tez Danışmanı
Prof Dr. Hasan Tunç

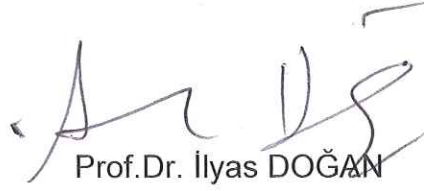
Ankara 2009

ONAY

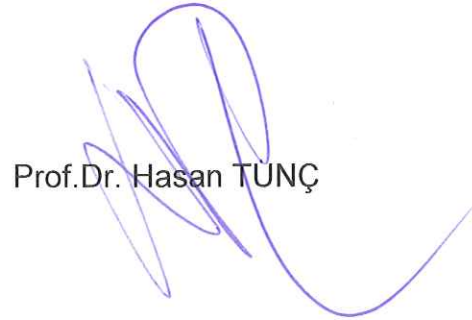
İbrahim Of tarafından hazırlanan "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Konut Dokunulmazlığı" başlıklı bu çalışma, 28.02.2009 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oy birliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.



Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN



Prof.Dr. İlyas DOĞAN



Prof.Dr. Hasan TUNÇ

ÖNSÖZ

İnsan hakları, dünyada insanlık tarihi boyunca çok tartışılıp konuşulsa da gerçek manasıyla yirminci yüzyılda bireyin ulusal hukuk öznesi olmasının yanında, yavaş yavaş uluslar arası hukuk öznesi durumuna gelmeye başlaması ile gelişmiştir.

Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı, bir çok yasa, anayasa, uluslararası bildiri ve sözleşme ile güvence altına alınmış insan haklarından birisidir. Özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavramdır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve diğer uluslar arası sözleşmelerde özel hayat tanımlanmadığından henüz içtihatlarla gelişen ve her somut olayda tekrardan somut olayın özelliklerine göre mahkeme tarafından yorumlanarak, teknolojik gelişmelere paralel olarak da bir çok konu bu hak kapsamında değerlendirilmiştir. Konumuzun bu durumu çalışmamızda zorluk çıkarmakla beraber mahkeme kararları ışığında konuyu ele almak zorunluluğundan çalışmamızı mahkeme içtihatlarına göre yönlendirmeye çalıştık.

Bu çalışmaya büyük bir titizlikle katkıda bulunan fakat sonucunu görmeye ömrü yetmeyen değerli hocam Doç. Dr. Mustafa Yıldız'a yaradandan rahmet diliyorum. Tezimi danışmanlığında tamamladığım değerli hocam Prof. Dr. Hasan Tunç'a, ayrıca her zaman destekleyen ve yanımda olan değerli eşim Emine Serin O'fa, maddi ve manevi yardımlarını esirgemeyen ve beni motive eden tüm meslektaşlarıma özellikle mesai arkadaşım Özgür Beyazıt'a çok teşekkür eder, çalışmamın yararlı olmasını temenni ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE KONUT

DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ TANIMI İÇERİĞİ VE UNSURLARI İLE İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİNDE GENEL GÖRÜNÜM

I. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI.....	3
A - ÖZEL HAYAT KAVRAMI VE KAPSAMI.....	3
B - ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI.....	8
C - ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKININ KORUDUĞU HUKUKİ DEĞERLER.....	9
D - DEVLETİN ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE KORUNMASI KONUSUNDA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	11
II - KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI	12
A – KAVRAM.....	12
B - KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI VE İHLALİ	14
III - İHAS'DA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI AÇISINDAN GENEL DURUM	16
A - TARİHSEL GELİŞİM.....	16
B - İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN GENEL DURUMU	20
C - AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ÖZELLİKLERİ ..	24
D - İHAS'IN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ	25
E- İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİNDE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN YERİ	27
F - İHAS MADDE 8 İLE İLGİLİ DURUM	29

İKİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİNDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI

I - İHAS 8/1'İN ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI ÇERÇEVESİNDE	
KORUDUĞU ALAN.....	32
A - GENEL OLARAK.....	32
B - YATAY VE DİKEY İLİŞKİLERDE 8. MADDENİN İHLALİ	35
C - İHAS'IN GENEL DURUMU	35
D - 8. MADDE İLE İLGİLİ DURUM.....	35
E - 8. MADDEYLE İLGİLİ OLARAK İNSAN HAKLARI AVRUPA	
MAHKEMESİNE YAPILAN BAŞVURULARIN İNCELENMESİ	36
1- Genel Olarak.....	36
2 – İncelemenin Birinci Aşaması.....	37
3 - İncelemenin İkinci Aşaması	38
F - DEVLETİN NEGATİF VE POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ	39
G - DEVLETİN TAKDİR YETKİSİ VE SINIRLARI.....	43
II - İHAS M. 8/1 İN ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI ÇERÇEVESİNDE	
KORUDUĞU ALAN.....	45
A - ÖZEL ALAN	47
B – KİMLİK HAKKI.....	48
1 – Ad	48
2 - Transeksüellerin Durumu	49
3 - Bireyin Kimliğine ilişkin Verilere Ulaşması.....	50
4 - Kıyafet Tercihi	52
C – RUHSAL VE FİZİKSEL BÜTÜNLÜK	52
1 – Çevre Hakkının Korunmasına İlişkin Davalar	53
2 – Bireyin Tedaviyi Reddetme ve Ölme Hakkı	54
D - KİŞİSEL VERİLERİN TOPLANMASI VE KULLANILMASI	55
1 – Tıbbi Verilerin Korunması	56

2 – Kolluk ve İstihbarat Güçleri Tarafından Bilgi Toplanması Ve Kullanılması.....	58
3 – Gizli olarak Dinleme ve İzleme	62
F – CİNSEL TERCİHLER	65
G – ÖZEL HAYATA İLİŞKİN BİLGİLERİN AÇIKLANMASI.....	67
1 – Basın Tarafından Özel Hayatın İhlali	68
2 – Kamusal Makamlar Tarafından Bilgilerin Açıklanması.....	71
III - İHAS 8/1’İN KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI ÇERÇEVESİNDE KORUDUĞU ALAN.....	72
A - KONUT KAVRAMI	72
B - KONUTA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI VE MÜDAHALE	73
IV - İHAS 8/2 ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ SINIRLANMASI VE GÜVENCELERİ.....	74
A - KANUNLARA UYGUNLUK	75
B - MEŞRU AMAÇ	76
C - DEMOKRATİK TOPLUM BAKIMINDAN GEREKLİLİK	76
D – İHAM’NE GÖRE KONUTA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKINA MÜDAHALE EDİLMESİ	78
1 - Kasıtlı Saldırıları	78
2 - Kamulaştırma ve Dönüşün Engellenmesi	78
3 - Arama ve El Koyma	79
4 - Terör Suçları.....	79
5 - Vergi Suçları.....	79
6 - İmar Uygulamaları	80
7 - Gürültü ve Çevre Kirliliği	80
E- MÜLKİYET HAKKI	80
V - İHAS 8. MADDESİ KONUTA SAYGI HAKKI ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE HAKKINDA VERİLEN KARARLAR.....	83
SONUÇ	94
KAYNAKÇA.....	96
ÖZET	100
ABSTRACT.....	101

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AİHD	: Avrupa İnsan Hakları Dairesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
Bkz.	: Bakınız
Cf.	: Karşılaştırınız
E.	: Esas sayısı
İHAK	: İnsan Hakları Avrupa Komisyonu
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
K.	: Karar sayısı
K.T.	: Karar Tarihi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: madde
pg	: parağraf
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: sayı
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakóltesi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: ve devamı
YÖK	: Yüksek Öğretim Kurulu

GİRİŞ

İnsan haklarının doğuşu ve gelişiminde bir çok belirleyici etken bulunmaktadır. Düşünceler tarihi, toplumsal mücadeleler, ulusal ve uluslar arası ölçekte hukuki düzenlemeler, hak ve özgürlüklerin bugünkü aşamaya ulaşmasını sağlamış bulunmaktadır. Hak ve özgürlüklerin toplumsal temelleri, onların sürekli evrim halinde olduklarını göstermiş ve bu gelişmeci özellikleri geçmişten günümüze gözlemlenebilmiş ve bu da devam etmektedir¹

İnsan haklarının kökeni; insan olma durumu, insanlık kavramı ve insanlık doğasıdır. Nasıl ki hukuki hakların kökeni; hukuk, sözleşmeden doğan hakların kökeni sözleşme ise insan haklarının kaynağı da insan hakları belgelerinde “insanlık” onuru diye ifadesini bulan insanlık doğasıdır.

Günümüzde insan haklarına ilişkin gerek büyük uluslar arası belgelerde gerekse anayasalarda hak ve özgürlükler tanınmıştır; ve konumuzu oluşturan özel hayatın gizliliği hakkı ve konut dokunulmazlığı hakları da bunlardan biridir.

Yüzyıllar boyunca yaşanan deneyimler, insan haklarının etkin bir biçimde korunmasını sağlamak için, sadece temel hakları belirlemenin yeterli olmadığını, bu hakların ayrıca somut koruma yöntemlerini güçlendirecek muhakeme hukuku temel kurallarıyla gerek ulusal gerek uluslar arası düzeyde güvence altına almak gerektiğini göstermiştir².

İnsan hakları, hem Anayasa hem uluslar arası hukuk kavramıdır. İnsan hakları deyiimi geniş kapsamlıdır; bir yandan insanların haklarının devlet organlarına karşı korunmasını, diğer yandan da çok boyutlu olan insan kişiliğinin geliştirilmesini içerir. İnsan hakları deyiimi ile kimi kez tüm insanlara tanınması gereken haklar anlatılmak istenir. Buna soyut anlamda

¹ İbriham Kabaoğlu, **Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı)**, Ankara, İmge Yayınları, 2002, s.12.

² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004, s. 1.

insan hakları da denir. Bu anlamda insan hakları olanı değil, olması gerekeni gösterir³.

Hak ve özgürlüklerin başlıca hukuki kaynağı anayasadır; tabi anayasal değer taşıyan başka kaynaklar da mevcuttur. “İnsan Hakları” Anayasa hukukunun büyük bir konusunu oluşturmaktadır. İnsanın bazı temel hak ve özgürlüklerinin ulusal hukuk dışında uluslararası alanda korunması düşüncesi özellikle II. Dünya Savaşı’ndan sonra savaş dönemindeki soykırım da dahil olmak üzere kitlesel insan hakları ihlallerine karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.

04.11.1950 tarihinde Roma’da imzalanan ve on devlet arasında 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunması Konusunda Avrupa Konvansiyonu bu alanda atılmış önemli bir adımı oluşturmaktadır. Ülkemizde ise insan haklarının ve hukuk devletinin tohumları, belli bir metin üzerinde, 3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanının da atılmıştır. Can, mal ırz güvenliklerini sağlayıcı; vergi ve yargı işlemlerinin adaletle sağlanması buyruğu; kanunsuz suç ve ceza olmaz, yargılamasız kimseye ceza verilmez ilkelerinin tanınması, hukuk devletine doğru ilk adımlar olarak nitelenebilir⁴.

Ülkemiz İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne (İHAS) taraftır. Bu sözleşmede özel hayatın gizliliği hakkı ve konut dokunulmazlığı hakkını düzenlenmiştir. Uluslar arası sözleşmelerin Anayasa’nın 90. maddesi hükmü uyarınca iç hukukumuzun yasası olduğu düşünülerek ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) ve Komisyonu’nun (İHAK) özel hayatın gizliliği hakkı ve konut dokunulmazlığı haklarına ilişkin geliştirdiği içtihatlardan yararlanılacaktır. İHAS’da birlikte yer alan özel hayat, konut dokunulmazlığı, haberleşme ve aileye saygı hakkı, çalışmamızda özel hayat ve konut dokunulmazlığı başlıkları altında incelenecektir.

³ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 480.

⁴ İbrahim Kabaoglu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, Legal Yayınları, İstanbul 2005,s.206.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ TANIMI İÇERİĞİ VE UNSURLARI İLE İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİNDEKİ GENEL GÖRÜNÜM

I. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

Bilindiği gibi insan hayatının iki temel yönü vardır. Bunlar; hayatın genel yönü ve özel yönüdür. Hayatın genel yönü, kişinin herkese açık olan aleni davranışlarıdır ve tezimizin konusunun dışında kalmaktadır. Hayatın özel yönü ise, özel hayat ve hayatın gizli alanı olarak iki ayrı bölüme ayrılmaktadır. Hayatın gizli alanı kişinin inançları, cinsel yaşamı, vicdani kanaati gibi kendisine özgü dünyası olup müdahalelere karşı etkili bir korumanın konusunu oluşturur. Özel hayat ise, daha çok aile bireyleri, yakın arkadaş çevresi ve akrabaları ile olan ilişkilerini içerir ve yine müdahalelere karşı koruma altında olmakla birlikte bu koruma hayatın gizli alanındaki korumaya göre daha gevşek bir korumadır⁵.

A - ÖZEL HAYAT KAVRAMI VE KAPSAMI

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve İHAM kararlarında da özel hayat kavramının tanımı yapılmamıştır. Ancak, Avrupa Konseyi Parlamenterler Danışma Asamblesinin 428 (19709) sayılı kararında, özel hayat, "zorunlu olarak bireyin kendi hayatını en az müdahale ile yaşamasını içerir: özel, aile ve ev hayatı, fiziksel ve moral bütünlüğü, onuru ve şöhreti, aldatılma durumunda olmaktan sakınmak, ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmaması, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanmaması, güvenilerek verilen

⁵ Öztürk, erdem, Özbek, s. 140.

veya alınan enformasyonun açıklanmasının engellenmesi" biçiminde tanımlanmıştır⁶.

İHAM' ye göre, özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavramdır⁷. Ancak bu kavram, açık bir biçimde mahremiyet hakkından daha geniştir ve herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmasını ve geliştirmesini sağlayan bir alanı içermekte olup, diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki geliştirmek hakkını da kapsar.

Doktrinde ise, özel hayat kavramı farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bunlara; "Kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünümüleri"⁸, "herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinmeyle sağlanan kişiye ait hususlar"⁹, "kişilerin gizli hayat alanlarında yapmış oldukları faaliyetlerin başkaları tarafından bilinmemesini istedikleri taraflar"¹⁰, "bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluştur(ul)duğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat üzerindeki hakkı"¹¹ tanımlarını örnek olarak gösterebiliriz. Tanımlarda ortak olan husus, bireyin, birtakım durumlarının, başkalarınca öğrenilmesinin istenmemesi noktasıdır. Yapılan tanımlar, bireyin kendi hâkimiyeti altındaki alanlarda, özgün bir yaşam sürdürmesinin önemini vurgulamaktadır.

Özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir iç alanla kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir.¹²

Yani özel hayat, diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki geliştirmek hakkını da içermelidir.

⁶ Sultan Üzeltürk, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s.168.

⁷ Costello Roberts- Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1993 tarihli karar, para.36.

⁸ Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Durumu**, İstanbul 1982, s.127.

⁹ Çetin Özek, **Basın Hukuku**, İstanbul 1978, s.259.

¹⁰ Aytekin Ataay, **Şahıslar Hukuku**, İstanbul, 1978, s.133.

¹¹ Ersan Şen, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, İstanbul, 1996, s.8.

¹² Niemietz-Almanya davası, 16 Aralık 1992 tarihli karar.

Özel hayat kavramı, yabancı gözlerden uzak yaşama hakkından öte, bir ölçüde bireyin kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirmek için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve devam ettirmek hakkı olarak ifade edilmektedir.¹³

Özel hayatın gizliliği kavramı, üzerinde ortak bir tanımda uzlaşılabilen, yeni gelişmelerle beraber yeni tartışmalara sahne olan bir konudur. Dolayısıyla, kesin bir tanıma varılamadığı gerçeği en ortak kanaattir¹⁴.

Özel hayat kavramı hakkında yapılan bu açıklamalardan sonra özel hayatın kapsamına nelerin, hangi hallerin girdiğine bakmak gerekir.

Bireyin nüfus kayıtları, güvenlik ve polis tespitleri gibi kimliğine ilişkin bilgi ve belgeler;¹⁵ kürtaj ve cinsel hayata ilişkin bilgiler;¹⁶ bireyin iradesine aykırı olarak yapılan bedensel psikolojik veya psikiyatrik, her türlü tıbbî müdahaleler ve deneyimler, alkol, kan ve DNA testleri gibi bireyin beden ve ruhsal bütünlüğüne ilişkin bilgiler;¹⁷ bireye ait ev, araç gibi özel yerlerin ve evrakın aranması ve el konulması işlemlerine ilişkin bilgiler;¹⁸ bireyin telefonlarının dinlenmesi ve konuşmalarının kaydı, mektuplarının açılması ve okunması işlemlerine ilişkin bilgiler;¹⁹ bireyin ismi, fotoğrafı, ünü ve şöhreti, şerefi, hayat tarzı, kamuya yanlış tanıtılması gibi hususlar da²⁰ özel hayat kavramı kapsamında yer almaktadır

Günümüzde teknolojik gelişmelere paralel olarak insanların özel yaşamı gidererek daralmaktadır. Özellikle kredi kartları, otomatik para çekme makineleri ve cep telefonlarının yerini gösteren baz istasyonları gibi teknolojik gelişmeler; takip edilmese bile böyle bir olasılığın olması dahi insanların psikolojileri üzerinde baskı oluşturmaya yetmektedir.

¹³ Bireyin maddi ve manevi bütünlüğü, bir kimliğe veya bir isme sahip olmak da özel hayat kavramı dahilindedir. (AİHK Kararı. Y-Belçika Davası. 13.5.1982.bn.8962/80.DR 28.s.112:AİHD Kararı. Castello-Roberts-Birleşik Krallık Davası. 25.3.1993. Seri A 247-C).

¹⁴ Sultan Üzeltürk, s.3.

¹⁵ AİHD Kararı. Gaskin-Birleşik Krallık Davası, 7.7.1989. Seri A 160.

¹⁶ İHAM Kararı. A.D.T. - Birleşik Krallık Davası. 31.7.2000. bn. 35765/97.

¹⁷ AİHD Kararı. Herezegrafvy-Avusturya Davası, 24.9.1992, Seri A 244.

¹⁸ AİHD Kararı. Cnapel-Birleşik Krallık Davası. 30.3.1989. Seri A 152-A, par.51.

¹⁹ AİHD Kararı. Malone-Birleşik Krallık Davası. 2.8.1984. Seri A 82, par. 64: İHAM Kararı, Rotaru-Romanya Davası, 4.2.2000, bn. 32869/96.

²⁰ AİHD Kararı. Stjerna-Finlandiya Davası, 25.11.1994. Seri A 299-B. par. 37.

İHAM kararları göz önüne alındığında esas itibariyle özel hayat kavramına dahil olan konular şöyle sıralanabilir;

- Koruyucu ebeveynler ve baktıkları çocuklar arasındaki ilişkiler²¹,
- Henüz evli olmayan taraflar arasındaki ilişkiler²²,
- Çocuklu olsun veya olmasın homoseksüeller ve partnerleri arasındaki ilişkiler²³

- Bir bireyin cinsel ilişkiler dahil çeşitli tür ilişkiler oluşturabilmesi ve cinsel kimliğini belirleme ve benimseme tercihi²⁴ (Ancak kapalı kapılar ardında yapılan her türlü cinsel faaliyet ise örneğin sado–mazoşist aktiviteler ise mutlaka 8. madde kapsamına girmemektedir²⁵.),

- Yapılan telefon konuşmasının içeriği ne olursa olsun, özel haberleşmeye müdahale amaçlı gizli teknolojik aletlerin kullanılması, bu bağlamda, bir görüşmenin kamu çıkarını ilgilendirmesi, görüşmenin özel olma özelliğini yitirmesine neden olmayacağı²⁶ gibi amacı iş ya da özel olsun bütün telefon görüşmeleri ve iş telefonları²⁷,

- Bir devlet tarafından bireyler hakkında rızaları alınmaksızın bilgi toplanması, bu bağlamda nüfus sayımı²⁸, polis kayıtları gizli olsa bile²⁹, polis tarafından parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi³⁰, tıbbî verilerin toplanması ve tıbbî kayıtların tutulması³¹, vergi makamlarının kişisel harcamaların detaylarını ve böylece özel hayatın detaylarını açıklama zorunluluğu getirmesi³² ve sağlık, sosyal hizmetler ve vergi gibi idari ve sivil konuları ele alan bireysel kimlik belirleme sistemi³³,

²¹ Appl. No. 8257/78, 10 Temmuz 1978, 13 DR 248.

²² Appl. No.15817/89, 1 Ekim 1990, 66 DR 251.

²³ Appl. No. 15666/89, Kerkhoven-Hollanda davası, 19 Mayıs 1992, yayınlanmamıştır.

²⁴ Dudgeon-Birleşik Krallık davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar.

²⁵ Laskey, Jaggard & Brown-Birleşik Krallık davası, 19 Şubat 1997 tarihli karar

²⁶ A- Fransa davası, 23 Kasım 1993 tarihli karar.

²⁷ Halford-Birleşik Krallık, 25 Haziran 1997 tarihli karar.

²⁸ Appl. No.9072/82, X-Birleşik Krallık davası, 6 Ekim 1982, 30 DR 229.

²⁹ Leander-İsveç davası, 26 Mart 1987 tarihli karar, Series A no. 116.

³⁰ Murray-Birleşik Krallık davası, 28 Ekim 1994 tarihli karar, Series A no.300-A.

³¹ Appl. No. 14661/81, 9 Temmuz 1991, 71 DR 141.

³² Appl. No. 9804/82, 7 Ara 1982, 31 DR 231.

³³ Ursula Kilkelly, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Sekizinci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Starzbourg, İnsan Hakları El Kitapları No. 1, 2001, s. 12.

_ Kişisel kimlik belirleme yöntemi olduğu için³⁴ ve bireylerin ailelerini ve ait oldukları toplulukları belirleme yöntemi olduğu için³⁵ bireyin adı ve soyadı,

_ Derecesi ne olursa olsun, mahkumlarda uyuşturucu için, şoförlerde alkol kontrolü için ve babalık davalarına taraf olanlara sonucu belirlemek için zorla yaptırılan kan ve idrar testleri³⁶, çocuklarda zorunlu aşılama, diş tedavisi, tüberküloz testleri veya röntgen³⁷ ve zorla besleme³⁸ gibi zorunlu tıbbî tedaviler³⁹,

_ Emniyet kemeri takmayı veya sanayide güvenliğe ilişkin önlemler alınmasını zorunlu kılmak gibi, devlet tarafından halkı çeşitli tehlikelere karşı korumak için alınan önlemler⁴⁰, 8. maddenin birinci fıkrasında belirtilen özel hayatın kapsamına girmektedir.

Burada değinilmesi gereken diğer bir husus, basının müdahaleleri veya özel hayatın aşırı kişisel, şöhrete hanel getirici olmayan detaylarının medya tarafından açıklanması konularında koruma olmamasının, İHAM'nde henüz yeterli düzeyde sorgulanmamış olmasıdır. Bununla birlikte, basın müdahalesinin söz konusu olduğu durumların özel hayat kapsamında ortaya çıkıp çıkmayacağını belirlenmesi, söz konusu kişinin ne kadar ilgi çekmeye çalıştığı, özel alana yapılan müdahalenin doğası ve derecesi ve çeşitli ulusal yöntemlerin etkin ve yeterli telafi etme özelliğine sahip olması gibi konulardan etkilenebilecektir⁴¹.

Telefon dinleme veya yazışmalara müdahale etme yöntemiyle haberleşmeye müdahale edilmesinin ise, genel olarak 8. maddenin birinci fıkrası tarafından korunan hakların birden fazlasını, genellikle de özel hayata ve haberleşmeye saygı haklarını ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır⁴².

³⁴ Stjerna-Finlandiya davası, 25 Kasım 1994 tarihli karar, Sri A. no. 299-B.

³⁵ Guillot-Fransa davası, 24 Ekim 1996, RJD 1996-V., No. 19.

³⁶ Appl. No. 8278/78, 13 Aralık 1979 18 DR 154 (kan testi); Appl. No. 21132/93, Peters-Hollanda davası, 6 Nisan 1994, 77-A DR 75 (idrar testi).

³⁷ Appl. No. 10435/83, 12 Temmuz 1978, 14 DR 31.

³⁸ Herczegfalvy-Avusturya, 24 Eylül 1992 tarihli karar

³⁹ Kilkelly, s. 14.

⁴⁰ Kilkelly, s. 14.

⁴¹ Gölcüklü – Gözübüyük, s. 336..

⁴² Kilkelly, s. 41.

B - ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

İnsanın toplum yaşamasının bir sonucu olarak diğer kişilerle ilişki hâlinde olmasının yanında, teknoloji ve bu arada ses ve görüntü alma araçlarındaki gelişme karşısında, kişilerin özel hayatlarının sınırlarının belirlenmesi ve korunması gerekir⁴³.

Modernleşmenin ve teknolojik gelişmelerin kişilerin özel hayatlarına müdahaleyi kolaylaştırması, kişisel gizlilik kavramının tehlikeye düşmesi, bir koruma tepkisini ve talebini de beraberinde getirmiş ve özel hayatın gizliliği hakkının gelişmesini sağlamıştır. Bu gelişmenin iki esaslı dayanağı sahiptir: Birincisi, modern toplumlarda başkalarının özel hayatına yönelik bir merak dürtüsünün hat safhaya ulaşması; ikincisi, teknolojik gelişmelerle bireyin özel hayatına karışacak araçların yaygınlaşmasıdır.

Kişinin kendi özel dünyasını başkalarından saklayabilmesi çok eski ve insani bir duygu olmasına rağmen bilim ve teknolojiye paralel ortaya çıkan araçların sanayinin malzemesi haline gelmesiyle insanın en özel alanına kadar müdahale imkanlarının ortaya çıkması özel hayatın gizliliğini de tehdit eder hale getirmiştir⁴⁴. Kamu makamları biyometrik yöntemler gibi uygulamalarla toplumun güvenliğine yönelik tedbirler alıyor olsalar da özel hayatın gizliliğinin kısıtlamaktadırlar. Nitekim kişilerin izlenmesi ve haklarında kişisel bilgilerin toplanması bireylerin bağımsızlığını ve onurunu doğrudan ilgilendirmektedir.

Bireyin çevresi ile ilişkileri iç benliğinden başlayarak iç içe geçmiş çembere benzetilmekte ve bu çember kamuya açık alanlara kadar genişlemektedir⁴⁵. Alman yazar Hubmann'ın bu konuyu anlatmak için yaptığı sınıflandırmaya göre, kişinin hayat alanı üç alandan oluşmaktadır. Birincisi, kişinin güvendiği az sayıda kimse ile paylaştığı diğerlerine kapalı olmasını istediği "giz alanı"; ikincisi, kişinin ailesi ve yakın arkadaşları gibi sınırlı

⁴³ Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Ankara, 2004, s. 31.

⁴⁴ Ersan Şen, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1996, s.1.

⁴⁵ Üzeltürk, s.3.

sayıdaki kişilerle paylaşmak istediği “özel alanı” ve üçüncüsü, kamuya açık “ortak alanı”⁴⁶.

Özel hayatın gizliliği hakkı; yaşama hakkı ve kölelik yasağı gibi geleneksel haklardan farklı olarak içtihatlar yoluyla oluşan bir hak kategorisidir. Özel hayatın gizliliği hakkının genel olarak tanınması 20. yüzyılda gerçekleşmiştir. Bir çok ulusal ve uluslar arası belgede özel hayatın gizliliği hakkı tanınmakla beraber özgürlüğün sınırlarının çizilmesinde belirsizlikler söz konusudur⁴⁷.

Özel hayatın gizliliği hakkı, hem anayasal ve insan hakları boyutu olan devlet ve birey ilişkilerinde, yani dikey ilişkilerde, hem de bireyler arası ilişkilerde, yani yatay ilişkilerde özel hayata yapılan müdahaleleri ve ihlalleri engelleme hakkı olarak nitelendirilebilir⁴⁸.

C - ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKININ KORUDUĞU HUKUKİ DEĞERLER

Özel hayatın gizliliği seçme özgürlüğünün şartlarının oluşturulmasına yardımcı olan bir değer olduğu için müdahaleden uzak olmalıdır . Birey, belirlenen bu alana girişleri meşru bir amaca dayanma istisnası dışında durdurarak, kendisini tüm gelenlere karşı savunup koruyabilecektir Birey kendisini özel yaşamına devlet müdahale etmediği zaman daha mutlu hissetmektedir. Bireyin izlenmesi ve onun hakkında izni olmadan kişisel bilgiler toplanması bireyin bağımsızlığı ve onuru alanında yer almakta ve bu durum "zihinsel ve duygusal güvenlik" olarak ifade edilmektedir⁴⁹.

Kişisel özerklik, özel yaşamın bağımsızlığı ve gizliliğidir. Bağımsızlık ise, kişinin en geniş anlamda yaşam biçim ve türünü, davranışlarını, kişisel eylemlerini ve ilişkilerini tercih etme hakkı olarak ifade edilirken, gizlilik ilkesi,

⁴⁶ Üzeltürk, s.3.

⁴⁷ Üzeltürk, s.5.

⁴⁸ Cüneyd Er, *Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.78.

⁴⁹ Araslı, s.24.

üçüncü kişilerin merak alanı dışında tutulan varlık ortamı olup, her bireyin kişisel, ilişkisel ve ailesel yaşam alanına dışarıdan müdahaleye karşı mahremiyettir⁵⁰.

Bazı düşünürler özel hayatın gizliliği hakkı ile varılmak istenen amacın dört çeşit haksız fiile karşı kişinin çıkarlarını korumak olduğunu savunmaktadır: Kişinin sukûnetinin, yalnızlığının, gizlerinin ve özel yaşamının ihlali halinde kişinin manevi bütünlüğünün; kişinin özel yaşamına ilişkin utanç verici durumların kamuya açıklanması halinde şeref ve haysiyetin; kişinin topluma yanlış tanıtılması halinde şöhreti ve adının; kişinin adının ve resminin çıkar sağlamak amacıyla kullanılması halinde ise kişinin adından ve resminden doğan maddi çıkarları korunmaktadır⁵¹.

Bazı düşünürler ise özel hayatın gizliliği hakkının hukuki temelini "insan onuru" kavramında bulmaktadırlar⁵².

Özel hukuk açısından özel hayatın gizliliği kavramına "kişilik hakkı" penceresinden yaklaşılmaktadır. Kişilik hakkının doktrinde ikiye ayrıldığı görülmektedir. Kişinin hayatı, sağlığı, vücut tamlığı ve hareket özgürlüğüne ilişkin olan alan olarak nitelendirilen "maddi kişisel değerler"⁵³ veya "iç kişisel değerler"⁵⁴, kişinin maddi kişisel değerleri içinde bireye yapılan tıbbi müdahaleler, organ ve doku nakli, cinsel hayat ve üretim fonksiyonuna ilişkin müdahaleler ve kişinin ölümünden sonra cesedi üzerindeki tasarrufları saptama hakkı da yer almaktadır⁵⁵.

Kişinin manevi kişisel değerleri içinde ise⁵⁶, kişinin ruhi bünyesi ile ilgili değerler, kişinin toplum içindeki yeri ile ilgili değerler yer almaktadır. Kişinin mesleki ve ticari kişisel değerleri ise toplum içindeki yeri ile ilgili olmakla birlikte ekonomik sonuçları sebebiyle ayrı değerlendirilmektedir⁵⁷, Özel hayat

⁵⁰ İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s.292-293.

⁵¹ Araslı, s.45.

⁵² Üzeltürk, s. 8.

⁵³ Özel, s. 29.

⁵⁴ Araslı, s. 47.

⁵⁵ Özel, s. 30.

⁵⁶ Araslı, s. 47.

⁵⁷ Özel, s. 34.

ise, kişinin toplum içindeki değerleri içinde adı, görüntüsü, şeref ve haysiyeti bağlamında korunan bir kavram olarak yer almaktadır.

Bir başka yaklaşım ise özel hayatın gizliliği hakkının neden hukuki korumaya değer bulunduğunu ifade özgürlüğüne benzer bir yaklaşımla belirtmektedir. Buna göre doğruya veya gerçeğe ulaşmak ortak bir uzlaşmanın sonunda olmaktadır. Bu uzlaşma özgür ve eşit tartışma ortamı ile mümkün olabilmektedir. Özgür açık tartışma ortamının doğru oluşabilmesi için korunması gereken değerlerden birisi de özel hayatın gizliliğidir⁵⁸. Bu sebeple özel hayatın gizliliğinin liberal bir Anayasanın ifade özgürlüğü kadar önemli bir parçası olduğu savunulmaktadır.

Özel hayatın gizliliği hakkı ile korunmak istenen hukuki değerın çağdaş ulusal ve uluslararası metinlerle de bağlantısının kurulmasından hareketle "insan onuru" olarak nitelendirilmesi mümkündür. İnsan onuru bir üst kavram olarak diğer unsurları da kavrar görünmektedir. Bu sayede özel hayatın gittikçe gelişen çerçevesini de hukuki koruma altına almak mümkün olabilecektir.

D - DEVLETİN ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE KORUNMASI KONUSUNDA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Genel olarak özel hayatın gizliliği hakkının negatif ve pozitif yönü vardır. Hakkın negatif yönü yalnız kalma hakkıdır⁵⁹. Hakkın pozitif yönü ise daha anlaşılması zor ve tartışmalıdır. Bazı düşünürler pozitif yükümlüğü iki kategoride toplamaktadır:

Birincisi Devletin ve diğer bireylerin özel hayatın gizliliği hakkının kullanılabileceği şartların sağlanması yükümlülüğü vardır.

İkinci olarak pozitif yükümlülükler, bir başkasının özel ilişkilerine müdahale edilmesine karşı konulma hakkının yanı sıra hassas ve bağımsız

⁵⁸ Üzeltürk, s. 9.

⁵⁹ Üzeltürk, s. 11.

karar verme imkanını etkileyecek, hükümet veya özel kişilerce elde edilmiş bilgilere ulaşma hakkını da içermektedir⁶⁰.

II - KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI

A – KAVRAM

İnsanın yaşamını güzel, sağlıklı ve huzurlu sürdürmesi onun toplu yaşamasına bağlıdır, ki bu toplu yaşam, insanı doğaya karşı güçlü kılmaktadır. Ancak bu toplu yaşam bir takım zorlukları da beraberinde getirir. Özellikle bireyi topluma ve devlet gücüne karşı koruyan ona bir çeşit “dokunulmaz alan” ayıran haklar ve özgürlüklerin güvence altına alınması gibi. Bu haklardan biri de kişi dokunulmazlığının doğal sonucu olan konut dokunulmazlığıdır⁶¹.

Sözlüklerde, genellikle konut için aynı anlamlar verilmiştir. Türk Dil Kurumunun sözlüğünde “Bir insanın yatıp kalktığı, iş zamanı dışında eyleştiği ya da tüzel kişiliği olan bir kuruluşun bulunduğu ev, apartman gibi yer, eylek, mesken, ikametgah” olarak ya da ‘bir veya daha çok insanın ikamet ettiği, ev,mesken olarak’ tanımlanmıştır⁶². Ceza Hukukunda ise konut bir kimsenin geçici veya sürekli olarak fiilen oturduğu her yer, diye tanımlanmıştır⁶³. Konut dokunulmazlığının ihlali de, kişi hürriyeti ve kişinin güven ve huzurunun korunması ile sağlanan durumun ihlal edilmesidir.

En yalın tanımı ile konut, yerleşmek kast ve niyeti olmaksızın yaşanılan veya kalınan yerdir. İHAM, genel anlamıyla konutu, “kişinin özel hayatını sürdürdüğü yer olarak tanımlanmıştır. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ve Mahkemesi meslek ve ticaret faaliyetinin yürütüldüğü yeri de

⁶⁰ Üzeltürk, s. 11.

⁶¹ Naci Şensoy, **Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürmü**, İÜHFM, 1945 S 3-4

⁶² Türk Dil Kurumu, <http://www.tdk.gov.tr/TR/Arama.aspx?>, E.T. 20.03.2008.

⁶³ Ali Rıza Çınar, **Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları**, Turhan Kitabevi, Ankara 1999

konut saymıştır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında konut kavramına ev ve işyerlerinin ayırım yapılmaksızın dahil olacağını belirtmiştir⁶⁴.

“Konut” ile “ikametgah” karıştırmamalıdır. Bazı yazarlar ikametgah için de konut kelimesini kullanmakta iseler de büyük çoğunluk karışıklığa neden olduğu için bu kullanıma karşı çıkmaktadır. Konut, kişinin özel yaşamını sürdürdüğü, çevreden ayrılmış yerdir. İkametgah bazen konut olabildiği gibi konut da ikametgah olabilir. Konut, tek değildir, zorunlu değildir ve bir yerin konut sayılabilmesi için yerleşmede süreklilik aranmaz.

Konut dokunulmazlığı, kişi hürriyetlerinin bir parçasıdır. Kişi hürriyetleri ise, kamu hürriyetlerinin bir alt grubudur, dolayısı ile kamu hürriyetlerinin tanıma ve korumadaki gerekçe ne ise konut dokunulmazlığını tanıma ve koruma gerekçesi de aynıdır. Konut dokunulmazlığında korunan konutun kendisi değil, kişinin orada tecelli eden iradesi ve hürriyetidir⁶⁵. Kişi hürriyetlerinin tam ve etkin olarak gerçekleşebilmesi için konut dokunulmazlığını tanımak şarttır. Zira insanın kişiliğinin tam olarak gerçekleştirebildiği ve geliştirebildiği tek yer konutudur. Konutun korunması, insanın kişiliğini serbestçe gerçekleştirmesi ve geliştirmesi bakımından şarttır. Konutu korumadan mahrum olan kişinin kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi söz konusu olmayacaktır. Kişinin konutu her türlü tecavüzden korunmalıdır ki kişi de korunmuş olsun, konut dokunulmazlığı kişi dokunulmazlığı hakkı ile paralellik arz eder; biri etkin olarak korunduğu ölçüde diğeri de korunabilir. Birinin etkin şekilde korunuyor olması, diğeri de korunamaması sonucunu doğurur. Konut dokunulmazlığı, kişinin, diğer bireylere, topluma ve hatta devletin müdahalelerine karşı korunmasının ve kişiliğini serbestçe gerçekleştirip geliştirmesinin ön şartıdır.

⁶⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 25.04.1974 tarihli, 1973/1E., 1974/14 K. Sayılı Kararı için Bkz., AMKD, sayı 12, Ankara 1977 s. 145.

⁶⁵ Erem, Faruk, **Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, C. III, Ankara 1985

B - KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI VE İHLALİ

Konut dokunulmazlığı fikrini çok eski devirlere kadar götürmek mümkündür. Konut dokunulmazlığı, sözlük manası ile bir kimsenin konutuna zorla girilmemesini ifade eder, daha doğru bir ifade ile konut dokunulmazlığını ihlal eskiden sadece zorla girilme halinde kabul edildiğinden, bu ihlali koruyan konut dokunulmazlığı kavramı da bunun etkisi ile sözlüklerde zorla girilememe olarak tanımlanmıştır⁶⁶. Oysa ki günümüzdeki tanımında yalnız zorla giriş değil, rızaya aykırı olarak her türlü konuta giriş veya rıza ile girdikten sonra rızaya aykırı olarak her türlü konutta kalmalar, konut dokunulmazlığı hakkının ihlali sayılmaktadır.

Konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı ilkesi ile de iç içedir. Konut her çeşit saldırıdan korunmadıkça özel hayatın korunması olanağı yoktur. Bu nedenle ulusal ve uluslararası belgelerde çok eski zamanlardan beri konut dokunulmazlığı koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Nitekim 1982 Anayasası m.21 de kimsenin konutuna dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Konut dokunulmazlığı kişinin temel haklarından ve kişi özgürlüğünün devamı niteliğindedir. Konut dokunulmazlığı, özel yaşamın korunmasına ilişkin ilkelere de sıkı sıkıya bağlıdır ve konut özel yaşamın bir sahnesi olup her türlü saldırıdan korunmadıkça özel yaşamda korunmamış olur. Konut kişinin kendisini huzur ve güvencede duyduğu bir yerdir, bu nedenle konut dokunulmazlığı kişi dokunulmazlığının da doğal bir sonucudur. Modern hayatta bir insanın oturduğu bir yer yani konutu olması gerekir ve konut dokunulmazlığı ile insanların oturduğu konuta, rızaya aykırı, her türlü giriş ve rıza ile girdikten sonra rızaya aykırı her türlü kalma önlenmektedir.

Konut dokunulmazlığı çağdaş yönetimlerde başlıca temel hak ve özgürlüklerden sayılmaktadır. Kişinin temel haklarından olması dolayısı ile taşıdığı önemden dolayı konut dokunulmazlığı hemen bütün Anayasalarda

⁶⁶ Çınar, s. 4.

ve uluslar arası siyasi belgelerde yer almıştır ve bu nedenle konut dokunulmazlığı kavramı aynı zamanda evrensel nitelikte bir kavramdır⁶⁷.

Konut dokunulmazlığı hakkı Anayasamızda yer alan klasik haklardan olup, 1982 Anayasasında da bu hakkın bulunduğu kısım “kişinin hakları” bölümüdür. Bu bölümde yer alan haklar kişinin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve hürriyetlerdir ve kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanın sınırlarını çizer ve kişiyi devlete karşı korur⁶⁸. Konut dokunulmazlığı hakkı negatif statü haklarından, çünkü devlet kişiye tanıdığı bu hürriyet alanına dokunamaz. Kişi bu dokunulamaz alanda her türlü ve her kaynaktan gelen tecavüzlere karşı tam bir koruma altındadır. Bu koruma sayesinde ve bu korunaklı alanda kişiliğini dilediği gibi gerçekleştirme, faaliyetlerine dilediği gibi devam etme hürriyetine sahiptir.

Çağımızda konut dokunulmazlığının temel kişi haklarından biri olduğu anlaşılmış, bu nedenle hem ulusal hem de uluslararası metinlerde bu hak tanınarak güvence altına alınmıştır. Bütün çağdaş anayasalarda tanınan bu hakkın ihlali, ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmek suretiyle ulusal düzeyde; uluslar arası metinlerde yer verilmek suretiyle uluslar arası düzeyde korunmaya çalışılmaktadır. Konut dokunulmazlığına bütün önemli uluslararası belgelerde yer verilmekle, bunun insan hakları ve temel hürriyetler kapsamında bir hak olduğu kabul ve ilan edilmiş olmaktadır. Çünkü konut dokunulmazlığı hakkı yoksa kişi hakları da yoktur ve kişi hakları yoksa kişi de yoktur. Yani konut dokunulmazlığı hakkının reddi veya ihlali kişinin reddine kadar varabilecek ciddi sonuçlar doğurabilecektir.

Anayasamızın 21.maddesinde güvence altına alınan konut dokunulmazlığı hakkı, kişinin kendisine özgü, barış ve sükununu ve yuvasındaki yaşamını sulh ve selametle cereyanı için varolması gerekli güvenlik duygusunun sarsılmasını ifade etmektedir. Hatta bu hakkın korunmasını sağlamak için ceza hukuku açısından da, bireylere karşı

⁶⁷ Çınar, s. 5.

⁶⁸ Necmi Yüzbaşıoğlu, **Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 20.

işlenen ve aynı zamanda onların muhtaç oldukları güvenlik ve sükunu ihlali eyleyen bu fiillerin, hürriyete karşı işlenen suçlar arasında bir suç olarak tanımlanması uygun görülmüştür⁶⁹.

III - İHAS'DA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI AÇISINDAN GENEL DURUM

A - TARİHSEL GELİŞİM

Yirminci yüzyılda insan hakları alanında en önemli gelişme, bireyin ulusal hukuk öznesi olmasının yanında, yavaş yavaş uluslar arası hukuk öznesi durumuna gelmeye başlamasıdır⁷⁰.

İkinci Dünya Savaşı'nın doğurduğu acı sonucun, insanın insan olarak değerini, insanlar arasındaki eşitliği reddeden görüşün, yeniden ortaya çıkmaması için, insan haklarına saygılı bir düzenin kurulması zorunlu görülmüştür. Bu yaklaşım, Birleşmiş Milletler'in doğuşunda da etkili olmuştur⁷¹.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, 1945 yılında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nı imzalayan devletler, insanlığa ve insan haklarına yapılagelen saldırıların önlenmesi amacı ile tüm halk ve ulusların benimseyeceği kuralların saptanması için yeni bir çaba içine girmişlerdir. Bunun sonucu olarak 10 Aralık 1948 de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından İnsan hakları Evrensel Bildirisi kabul edilmiştir. Bu bildiri, dünya toplumunun özlediği durumu yansıtır. Böyle olmakla birlikte, Birleşmiş Milletler'ce, Bildiri

⁶⁹ Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, T.C. Adalet Bakanlığı, Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara Mart 2007, s. 242.

⁷⁰ Adem Çelik, **Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.16.

⁷¹ Gözübüyük, s. 480.

de yer alan tüm özgürlük ve hakları uygulamaya koyacak, bunları gerçekleştirecek bir düzen kurabilmiş değildir⁷².

İnsan hakları zamanla ahlaki-felsefi bir ilgi meselesi olmaktan çıkarak bir yandan uluslar arası belge ve bildirilerin konusu haline gelmiş bir yandan da hukuk düzenleri tarafından tanınmaya başlamışlardır. Modern çağda insan haklarının gelişiminin ilk önemli adımı, 1688 “Büyük Devrim”i sonrasında kabul edilen “haklar bildirisi”dir⁷³.

İkinci Dünya Savaşı’nı takip eden yıllarda, baskıcı rejimlere duyulan nefretin etkisiyle insan hakları düşüncesi yeniden güçlenmeye başladı. Ama bu sefer insan hakları sınırsız talepler olarak düşünölmeye başlamıştı. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 10.12.1948’de kabul ve ilan ettiğı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi oldukça geniş bir insan hakları listesi içeriyordu. İkinci Dünya Savaşı’nı izleyen dönemde somutlaşan insan hakları ihlallerinin uluslar arası denetimi çeşitli uluslararası düzenlemelere konu olmuştur. Bunların başında Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri gelir. Bunlara örnek olarak, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi sayılabilir.

Her ne kadar bir uluslar arası hukuk kurumu olan Birleşmiş Milletler tarafından kabul ve ilan edilmişse de, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi hukuki açıdan bağlayıcılığı ve zorunlu uygulanabilirliği bulunmayan bir belgedir; onu imzalayan veya ona katılanlar için ahlaki bir taahhüdtür, bir tür niyet beyanıdır⁷⁴.

10 Aralık 1948 tarihinde, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin ilanıyla birlikte, insan hakları, devletlerin iç işi olmaktan çıkarak evrenselleşmiştir. Bu bildiri, devletleri hukuksal hiçbir yükümlölük altına sokmamakla birlikte, Birleşmiş Milletlerin içinde ve dışında bir çok sözleşmeye ilham kaynağı olmuştur⁷⁵.

⁷² Gözübüyük, s. 481.

⁷³ Erdoğan, s. 68.

⁷⁴ Erdoğan, s. 70.

⁷⁵ Ergöl, Ergin, T.C. Adalet Bakanlığı, Adalet Dergisi, Y. 94, S, 16, Temmuz 2003, s. 39.

Ülkemizde ise insan haklarının pozitif hukukun düzenleme alanına girmesi, anayasacılığın gelişimi ile paralel gitmiştir. İlk Anayasamız olan 1876 tarihli Kanuni Esasi klasik sivil hakların başlıcalarını tanımıştır⁷⁶.

İnsan hakları ile ilgili evrensel gelişme bölgesel düzeylerde de kendini göstermiştir. Bunların konusu bakımından genel sayılabilecek olanları arasında İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (1950, 1953)⁷⁷ ve ona bağlı Protokoller ile Avrupa Sosyal Yasası (1961, 1965), Amerika Kıtası İnsan Hakları Sözleşmesi (1969, 1978) ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi (1981, 1986) sayılabilir. Bunlardan Avrupa Sözleşmesi ve Amerika Kıtası Sözleşmesi sivil ve siyasi hakları, Avrupa Sosyal Yasası iktisadi ve sosyal hakları düzenlemiştir. Afrika Sözleşmesi ise hem (barış ve kalkınma hakkı gibi) kolektif haklara yer vermiş olması hem de bireyin ödevlerini özel olarak vurgulanmış olması bakımından ilginç bir belgedir⁷⁸.

Günümüzde insan hakları ihlalleri artık ülkelerin tümüyle bir iç hukuk sorunu olmaktan çıkmış ve dış müdahaleyi meşru sayan bir haldir. Ancak geleneksel uluslararası hukuk anlayışı devletlerin egemenliğine saygı ilkesini hala korumaktadır⁷⁹.

Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'da meydana gelen siyasi, sosyal ve ekonomik çöküntü nedeniyle yeni bir Avrupa kurulması düşüncesi ile oluşturulacak birliğin yeni diktatörlüklerin doğmasını ve Avrupa'nın savaşı içine yeniden düşmesini önlemek amacı ile Avrupa'nın ilk siyasi kuruluşu olan Avrupa Konseyi'ne ilişkin statü on devlet tarafından 5.5.1949 tarihinde Londra'da imzalanmış ve 3.8.1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz ise bu statüyü kurucu üye olarak 5456 sayılı Kanun ile 12.12.1949 tarihinde kabul etmiş, 8.8.1949 tarihinden geçerli olmak üzere Avrupa Konseyi üyesi olmuştur⁸⁰.

⁷⁶ Erdoğan, s. 71.

⁷⁷ Parantez içindeki ilk tarih belgenin imza tarihini, ikinci tarih ise onay veya yürürlük tarihini göstermektedir.

⁷⁸ Erdoğan, s. 71.

⁷⁹ Erdoğan, s. 72.

⁸⁰ Erdem –Tezcan - Sancaktar, s. 3.

Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanan insan hakları alanındaki sözleşmeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi, Bölgesel ve Azınlık Dilleri Avrupa Şartı, Milli Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi ve Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesidir.

1949 yılında kurulan Avrupa Konseyi ve Avrupa Konseyi'ni oluşturan devletlerin hazırlayıp onayladıkları ve Kısaca İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi olarak adlandırılan 4.11.1950 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme iyi bir örnektir ve etkili olabilmek için somut yaptırımlara yol açacak denetim mekanizması getirilmiş ve 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 no'lu protokol ile denetim mekanizması yeniden yapılandırılmıştır. Sürekli görev yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi oluşturulmuştur. Sözleşmedeki denetim mekanizması, bireysel ve devletlerarası olmak üzere iki tür şikayet başvurusu usulü öngörmektedir. Bunlardan bireysel şikayet başvurusu usulüne katılıp katılmama-devletlerin tam bağımsız iradeleri dikkate alınarak-tarafların isteklerine bırakılmıştır. 1.11.1998 yılında yürürlüğe giren 11 numaralı protokol öncesi bireysel başvuru ile ilgili bölümü kapsayan hükümlere Türkiye Cumhuriyeti katılmamıştı. Avrupa Konseyi'nin bütün üyelerinin yargıç verdikleri mahkemelerde çalışan, pek çok sözleşmeyi imza edip gereklerini yerine getiren Türkiye'nin bu tutumu, eleştiri konusu olmuş ve nihayet 1987 yılında Türkiye Cumhuriyeti Devleti Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine bireysel başvuru Bakanlar Kurulu kararı ile 3 yıl için kabul edilmiş, üç yıl sonunda bu süre tekrar 3 yıl uzatılmıştır.

İkinci Dünya Savaşı sonrasının barışçıl ortamında bölgesel siyasal örgütlenmeyi ön plana çıkaran Avrupa Konseyi bünyesinde üye devletlerin egemenlik haklarından önemli fedakarlıkta bulunmalarını zorunlu kılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile başlangıçta sınırlı sayıda korunan hak ve özgürlüklerin çerçevesi, zaman içinde, bir yandan, Ek Protokollerle diğer yandan da Divanın içtihatları ile geliştirilmiş ve zenginleştirilmiştir⁸¹.

⁸¹ Tezcan – Erdem - Sancaktar, s. 1.

Avrupa Konseyi'nin amaçları arasında yer alan ilkelerin en önemlisi kuşkusuz, insan haklarının ve temel özgürlüklerin geliştirilmesi ve korunmasıdır, Avrupa Konseyi Statüsünün 3. maddesinde her üye devletin hukukun üstünlüğü ilkesini ve kendi yetki alanı içinde bulunan herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma ilkesini, kabul ettiği açıkça belirtilmiştir. Statüde ayrıca, 8. maddesinde de insan haklarına ve temel özgürlüklere uymayan, bunları ciddi bir biçimde çiğneyen üye devletlerin Konseyden çıkarılması yolunu öngörerek, insan haklarına saygılı olmayı bir yaptırıma bağlamıştır⁸².

B - İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN GENEL DURUMU

İnsan haklarının, uluslararası hukuk alanında korunması çalışmaları, uluslar arası hukukun niteliğini de değiştirmiş, devletlerin çıkarları göz önüne alınarak hazırlanan bir devletler arası hukuk olmak yanında, uluslararası hukukun görevleri arasında, üstün ve ortak değerler adına insan haklarını sağlamak ve korumak da dahil edilmiştir. Uluslararası hukuk bu görevi yükleyince ortaya çıkan çok taraflı, süresiz, özel çıkar ilişkilerinden daha çok, ortak değerleri düzenleyen kurumsallaşmış sözleşmelerden oluşan uluslar arası insan hakları hukukunun hükümleri, devletle insanlar arasındaki ilişkilere de uygulanabilir hale gelmiştir. Bu sebeple, uluslararası hukuk, devletlere, yetki alanlarındaki tüm insanlara karşı yerine getirmesi gereken yükümlülükler getirmiş ve böylece, insanların da hem kendi milli makamları önünde, hem de uluslar arası organlar önünde, insan hakları belgelerine dayanarak, bu haklarını iddia edebildikleri bir duruma geçilmiştir⁸³.

Şu an için 15 üye devlete sahip olan⁸⁴ Avrupa Birliği (AB), ulus ile federal devlet modelleri arasındaki bir örgütlenme biçimidir. Avrupa'nın

⁸² Gözübüyük, s. 481.

⁸³ Bilal Çalışkan, Adalet Dergisi, Y,1995, Ocak 2004, S-18, s. 51.

⁸⁴ Bu devletler; Almanya, Fransa, İtalya, Belçika, Hollanda, Lüksemburg, İngiltere, Danimarka, İrlanda, Yunanistan, İspanya, Portekiz, Avusturya, Finlandiya ve İsveç'ten oluşmaktadır.

bütünleşmesini amaçlayan teşebbüslerin sonucu olarak ortaya çıkmış olan AB, bu bütünleşmenin niteliğine yönelik üye devletler arasındaki görüş ayrılıkları ve farklı yaklaşımlardan kaynaklanan uzun ve zor bir süreç sonunda şu anki durumuna ulaşmıştır⁸⁵.

Günümüzde, çağdaş ülkelerin iç ve dış politikalarında insan hakları, göz önünde tuttukları en önemli ölçütlerden birisi haline gelmiştir. İnsan haklarını temel alarak hareket etmek ülkelerin meşrulukları açısından önemli bir ölçüt olmuştur. Avrupa Birliği (AB) ülkeleri özellikle II. Dünya Savaşından sonra, savaşların yaşlı kıtaya vermiş olduğu tahribatın giderilmesinin, ancak bu kıtada ortak kabul görececek bir takım değerlerin yaratılması ile mümkün olduğunu algılamışlardır. Bu nedenle bir yandan Avrupa’da “siyasal bütünleşmeye” doğru adımların çekirdeğini atmakla meşgul olurken, bir yandan da demokrasi ve insan hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi adına önemli adımlar atmaya başlamışlardır. Bu süreçte üye ülkeler, temel hak ve özgürlükler konusunda bireysel olarak bir takım düzenlemeler yapmış ve Avrupa’nın insan hak ve özgürlüklerine saygıyı merkeze alan bir coğrafya olmasında önemli katkıda bulunmuşlardır⁸⁶.

Avrupa Konsey girişimleri ile 04.11.1950 tarihinde, uluslararası alanda ilan edilen hakların etkili bir biçimde korunması modelini getiren, resmi adı “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi” olan ve yaygın adıyla “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” olarak anılan sözleşme ortaya konulmuş ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bunu daha sonra Sözleşme’de tanınan kimi hakları açıklayıcı veya tamamlayıcı ve koruma mekanizmasını etkinleştirici on üç Protokol’ün yürürlüğe girmesi izlemiştir. Sözleşmenin en önemli özelliği, Sözleşme ve protokolleriyle öngörülen bu güvenceler çerçevesinde, aleyhine başvuru olan sözleşmecinin sözleşmenin ihlali nedeniyle hukuki açıdan bağlayıcı olan mahkumiyeti sonucuna yol açabilecek, yoğun insan hakları iddiasına dayalı devlet başvuruları yanında, bireysel başvuru yoluyla uluslar arası denetim

⁸⁵ Mustafa Fişne, **Avrupa Birliği Ortak Politikaları ve Türkiye, “Avrupa Birliği’nin Doğuşu ve Gelişimi”**, Beta Yayınları, s. 55.

⁸⁶ Mehmet Özcan, Tezcan Ercüment, Özlem Yonar, **Avrupa Birliği Ortak Politikaları ve Türkiye, “Avrupa Birliğinde İnsan Haklarının Gelişimi”**, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 393.

mekanizması oluşturmasıdır. Bu aynı zamanda bireyin uluslararası hukuk içindeki statüsünün ne olduğu sorusunu da gündeme taşımıştır⁸⁷.

İHAS'ın amacı, hakları teorik veya yapay biçimde değıl somut ve etkin bir şekilde korumaktır. Sözleşmenin en önemli özelliğı Sözleşme ve ek protokollerle öngörülen bu güvenceler çerçevesinde, aleyhine başvuru olan Sözleşmecî Devletin Sözleşme'nin ihlali nedeniyle hukuki açıdan bağlayıcı olan mahkumiyeti sonucuna yol açabilecek, yoğun insan hakları ihlali iddiasına dayalı devlet başvuruları yanında, bireysel başvuru yoluyla uluslararası denetim mekanizması oluşturmasıdır. Bireye insan hakları ihlallerine karşı etkili bir hukuki koruma sağlanması ve böylece bireyin uluslararası hukukun pasif sujesi olmaktan çıkarılıp etkin bir konuma getirilmesi bugün diğeri uluslararası insan hakları sözleşmelerinin hiçbirisinde yer almamaktadır.

Bugün Sözleşmeye taraf 46 üye devlet ve 800 milyon nüfusa hitap eden bir koruma sistemi vardır. Bu koruma sistemine itici gücü veren ve belki de diğeri sözleşmelerle karşılaştırıldığında İHAS'ın bu derece etkin bir koruma sistemi getirmesinde bireysel başvurunun ayrıcalıklı bir yeri olduğu kuşkusuzdur. Ancak kimi zaman sözleşme ile koruma altına alınmayan haklarla ilgili kimi zaman son derece basit ve gereksiz konularda ve çoğunlukla da bir temyiz mahkemesi görölerek Mahkemeye başvurulmaktadır. Bu Mahkeme'nin iş yükünü hiç olmadığı kadar arttırmış ve getirilen koruma sisteminin itici gücü belki bir anlamda sistemi de tıkamıştır. Bu nedenle yakın zamanda Türkiye Cumhuriyeti'nin de imzaladığı Ek Protokol 14 yürürlüğe girecek ve özellikle kabul edilmezlik veya kayıttan düşürme kararlarında tek yargıç, komitelerin genişletilmiş yetkileri, sözleşme ve protokollerle bağdaşmayan açıkça başvuru hakkını kötüye kullanan başvurular için kabul edilmezlik kararının verilmesi gibi denetim mekanizmasında yeniden yapılanmaya gidilecektir⁸⁸.

⁸⁷ Ali Osman, Kaynak, **Uluslar arası Sözleşmeler Işığında Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara Barosu Dergisi, Y- 65, S- 1, s. 120.

⁸⁸ Barış Kaşka, **Avrupa Sözleşmesine Bakış**, www.acikhukuk.com, Erişim Tarihi - 25.03.2008

Uluslar arası insan hakları hukukunun pozitif niteliği, kaynağı olan normların uygulanıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nitelikteki belgelerin en somut örneği olan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İHAS) de güvenceye alınan haklar, sadece teorik olarak kalmamış, bu hakların her gün uygulanan, korunan ve yaşanan haklar olarak hayat bulması için gereken mekanizmalar da getirilmiştir⁸⁹.

Topluluk hukuk düzeninde temel hakların yer alması, 1960'lı yılların sonlarında başlayan ve son derece ağır gelişen bir süreç sonunda sağlanmıştır. İlk yapılan kurucu antlaşmalarda⁹⁰ temel haklarla ilgili düzenleme olmamasına karşın, Avrupa Bütünleşmesi'nin hızla gelişen doğası, temel hakların Topluluk hukuku kapsamında korunmasını kaçınılmaz kılmıştır. Topluluk hukukunun giderek daha fazla alanı kapsamaya başlaması, Avrupa Tek Senedi ile tek pazarın gündeme gelmesi, Avrupa Vatandaşlığı kavramının tesisi, üye devlet ulusal hukuklarının temel haklarla ilgili hükümlerinin tartışılmaz etkisi ve bu hükümlerin ulusal mahkemeler tarafından yarattığı olumlu sonuçlar ile, topluluk hukuku düzeninde temel hakların yer alması yönünde gelişen sürecin arkasındaki temel etkenler arasında sayılabilir.

Netice olarak anlaşmalara temel haklarla ilgili hükümler serpiştirilmiş ve Avrupa Birliği için bir Temel Haklar Şartı hazırlanarak kabul edilmiştir. Temel hakların Topluluk hukuk düzeni ile bütünleşme sürecinin başlamasında ve birbirini izleyen geçiş dönemleri sonucunda Topluluk hukukunun yorumunda temel hakların da ağırlığının hissedilmesinde Avrupa Adalet Divanı'nın da katkısı büyüktür⁹¹.

Sadece İHAS'de değil, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde de özel yaşamın gizliliği, ki bunun doğal sonucu da konut dokunulmazlığı hakkının korunmasıdır, korunduğu

⁸⁹ Sudre, F., **Droit International et Europe des Droits de l'homme**, Février, 1995, s. 21 - Nak. Mustafa, Çakır, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Diğer Uluslar arası Normlarla İlişkisi, Kocaeli Ün., Hukuk Fakültesi Dergisi, Y- 2, S- 2, s. 308-309.

⁹⁰ Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Anlaşmaları

⁹¹ Adalet bakanlığı, **Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeninde Temel Hakların Gelişimi**, Adalet Dergisi S- 29, Eylül 2007, s. 50.

görülebilir. Evrensel Beyanname'nin 12 maddesi: *“Hiç kimse özel yaşamı, ailesi, konutu veya yazışması konularında keyfi müdahalelere, onur ve şanına karşı saldırılara maruz tutulamaz. Herkesin bu gibi müdahale ve saldırılara karşı yasal yoldan korunmaya hakkı vardır.”* İHAS'nin ötesinde “kişinin onuru ve şöhretine saldırıyı da” bu çerçevede koruma altına almıştır. İHAS ile Evrensel Beyanname arasında sadece, Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 17 maddesindeki yasal korumaya fazladan yapılan vurgu ve ikiye ayırma dışında aynı yönde bir koruma söz konusudur⁹². Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile İHAS metni karşılaştırdığında en önemli farkı, özel hata saygı⁹³ ifadesindedir, bu da İHAS'nin koruma alanını zayıflatmaktadır.

C - AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ÖZELLİKLERİ

- Sözleşme insan haklarını uluslararası düzeyde güvence altına alır. Sözleşmeyle birlikte bölgesel bir koruma sistemi yaratılmıştır. Sözleşme insan haklarını ulus devletlerin içişleri olmaktan çıkarmakta ve devletlerin isledikleri insan hakları ihlallerinin uluslararası alana taşınmasına imkan tanımaktadır.
- Sözleşmenin getirdiği “devletler arası başvuru” ve “ bireysel başvuru” yoluyla sözleşmeye taraf devletler ve bireysel başvuru hakkına sahip olanlar (şahıslar, şahıs toplulukları) sözleşmeye taraf olan bir devlete karşı, sözleşmede bulunan hak ve özgürlükleri ihlal ettiği gerekçesi ile İHAM’ de dava açma hakkına sahiptirler.
- AIHS sadece kendisini onaylayan devletler için bağlayıcıdır. İHAS hukuk tekniği açısından uluslararası bir anlaşmadır ve

⁹² Üzeltürk, s. 157.

⁹³ “özel hayata saygı” ifadesi 1982 Anayasasının 20 maddesinde de vardır.

sözleşmeye taraf olan devletler bakımından bağlayıcı sonuç doğurur.

- Sözleşme insan hakları ve özgürlüklerinin korunması amacıyla bir denetim mekanizması oluşturdu. Denetim sistemi, yürürlüğe giren 11. Protokol ile tek mahkeme sistemine dönüştü.
- AIHS, uluslararası alanda insan hak ve özgürlüklerinin korunmasının en önemli hukuksal aracıdır⁹⁴.

Avrupa Birliği ülkelerinin bireysel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmaları sayesinde Birlik yurttaşlarının temel hak ve özgürlüklerine karşı yöneltilen bir saldırı durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurma haklarının olması AB içinde insan hak ve özgürlüklerinin korunması konusundaki eksikliği ya da açığı bir sorun olmaktan çıkarmıştır⁹⁵.

D - İHAS'IN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, taraf devletlere, Sözleşme'de düzenlenen insan hakları ve hürriyetlerini tanımak ve korumak konusunda hukuki zorunluluk yüklemektedir. Başka bir deyişle taraf devletler bu yükümlülük bakımından milletlerarası kurumların denetimine tabi tutulmuşlardır. İHAS'ne, iç hukukumuzda 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun'la dahil edilmek suretiyle, Türk hukuku bakımından da kanun gibi bağlayıcılık kazandırılmıştır. Ay. Mad. 90 gereği de Anayasaya aykırılığı ileri sürülememektedir⁹⁶.

İHAS'nin iç hukukumuzdaki statüsü, insan hakları ile ilgili milletler arası yükümlülükler, anayasal bir güvenceye sahiptir (Ay. Mad. 15). İHAS

⁹⁴ S-İnsan Hakları, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Vikipedi Özgür Ansiklopedi, http://tr.wikipedia.org/wiki/Avrupa_E_T,25.03.2008

⁹⁵ Özcan - Tezcan - Yonar, s. 393.

⁹⁶ Said Vakkas Gözlüğü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 352.

açısından, sözleşmede yer alan hak ve hürriyetlerin korunması, temelde Sözleşme'ye taraf devletlere ait bir yükümlülüktür⁹⁷.

1982 tarihli Anayasamız hazırlanırken İHAS esas alınmıştır. Nitekim Anayasa'nın "Temel Haklar ve Ödevleri" kısmının "genel gerekçe" sinde şöyle denmektedir; "İnsan hakları ve temel hürriyetlerin düzenlendiği bu bölüm hükümlerinde, insan hakları doktrinin günümüzdeki gelişmesi ve durumu, geçirmiş bulunduğumuz kötü deneyimlerden çıkarılan sonuçlar, insan hakları konusunda Türkiye'nin imzalayıp onaylamış bulunduğu ve bu sıfatla milli hukukumuzda dahil sayılan uluslar arası anlaşma ve sözleşmeler, özellikle 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve 1950 İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi göz önünde tutulmuştur." Ülkemizde 18.05.1954 tarihinde onaylanan İHAS, Anayasa'nın 90 maddesi gereğince, kanun gücündedir ve mahkemelerimizce uygulanması gerekir. Sözleşmenin ilk derece hakimi milli hakimdir. İHAS'nin yargılama organı olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine (İHAM) ancak, iç hukuktaki yasal yollardan sonuç alınamadığı takdirde başvurulabilmektedir⁹⁸.

1982 Anayasamızın 90.maddesinin son fıkrasında: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.madde) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." denmektedir. Bu hükme göre, bir milletler arası antlaşma olan İHAS'nin iç hukukumuzun " ayrıcalıklı" bir parçası olarak kabulü gerekir⁹⁹.

Türkiye Büyük Millet Meclisince onaylanmış antlaşmaların iç hukukta uygulanması için başka bir hukuki tasarruf gerekmemektedir. Böylelikle iç hukuk ve uluslararası antlaşma tek bir hukuki sistemin parçaları olmaktadır.

⁹⁷ Gözlüğü, s. 360.

⁹⁸ Ergül, s. 39.

⁹⁹ Çalışkan, s. 58.

Bunun sonucu birey, uluslararası hukuktan doğan haklarını ulusal yargı organları önünde ileri sürebilecek, ulusal yargı organları uluslararası antlaşmaları resen dikkate alabileceklerdir. Bu bağlamda göz önünde tutulması gereken bir husus da Anlaşma'nın ilgili maddesinin iç hukuk düzeninde doğrudan doğruya uygulanabilecek nitelikte olup olmadığıdır. Söz konusu madde somut bir olaya ulusal makamlarca ek önlemler alınmasına gerek bulunmadan uygulanabiliyorsa, bu koşulun yerine geldiği kabul edilmektedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin birinci bölümünde yer alan hak ve özgürlüklerin doğrudan uygulanabilir nitelik taşıdığı konusunda bir görüş birliği vardır.

Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin temel niteliklerinden birisi olarak "insan haklarına saygılı" olduğunun belirtilmesi, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile değişiklik ile, Anayasanın, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılamaması" başlıklı 14. maddesindeki değişiklikle "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz" ifadesinin eklenmesi ve Anayasa'nın 15 maddesindeki "Olağanüstü durumlarda, uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin ihlal edilemeyeceği" hükmü de dikkate alınarak, mahkemeler yorum yaparak bu yolla, İHAS'nin iç hukuka karşı üstünlüğünü hayata geçirerek anayasal temel bulabilirler¹⁰⁰.

E- İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİNDE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN YERİ

İHAS, hukuk tekniği açısından uluslar arası bir antlaşmadır. Bu sözleşmeyi imza eden Devletler bazı yükümlülükler altına girmişlerdir. Bu sözleşmenin özelliği, bireye alışılmış hakların dışında haklar tanımasıdır.

¹⁰⁰ Çalışkan, s. 58.

Sözleşme bireye haklarını çiğneyen Devlete karşı, İnsan Hakları komisyonu'na başvurma yolunu açmıştır¹⁰¹.

İHAS, bireyi uluslararası hukukun bir kişisi haline getirmiştir. Sözleşmenin başlangıcında insan haklarına saygıda ortak anlayıştan ve hukukun üstünlüğüne dayalı bir ortak mirastan söz edilmiştir. Sözleşme hem iç hem de uluslararası hukuku kapsamakta olup kural koyucu bir sözleşme niteliğindedir. Bireye bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Bireyin sözleşmede öngörülen haklardan yararlanabilmesi için ulusal iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekir¹⁰². Aynı zamanda İHAS, hükümetlerin, kendi yetki alanları içinde bulunan bireylerin hak ve özgürlüklerinin, sözleşmeye uygun olarak korunmasından sorumlu tutulmuştur¹⁰³.

Başlangıçta sırf ekonomik bir amaç izlemesi nedeniyle bireylerin temel hakları açısından bir tehlike görülmediği için birliğin kendine özgü kanunlaştırılmış bir temel hak katalogu bulunmamaktaydı. Bununla beraber son zamanlarda suçlulukla mücadelede Avrupa kovuşturma organları arasındaki bağlantının giderek genişlemesine bağlı olarak, ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında AB işlemlerinin zorunlu olarak bireylerin temel haklarına müdahale oluşturduğunun anlaşılması ile birlikte, Avrupa düzeyinde de temel hak ve özgürlüklerin etkili biçimde korunmasına yönelik talepler giderek daha fazla dile getirilmeye başlanmıştır¹⁰⁴.

Temel hakları koruma yükümlülüğü, ilk olarak ve ağırlıklı bir şekilde Birlik organları bakımından söz konusu olmakla birlikte, sınırlı bir çerçevede Birlik Hukukunun uygulanması bakımından üye devletler için de geçerlidir. Buna karşılık eğer üye devlet, birlik hukuku dışında bir faaliyet gösteriyorsa, yalnızca kendi ulusal hukuku ile bağlıdır¹⁰⁵.

¹⁰¹ Gözübüyük, s. 485.

¹⁰² Tezcan- Erdem- Sancaktar, s. 26.

¹⁰³ Gözübüyük, s. 486.

¹⁰⁴ Tezcan – Erdem – Sancaktar, s. 4.

¹⁰⁵ Tezcan - Erdem - Sancaktar, s. 5.

F - İHAS MADDE 8 İLE İLGİLİ DURUM

Özel hayatın korunması hakkı, İHAS'nin 8. maddesinde düzenlenmiştir. İHAS'nin 8/1 maddesinde yer alan haklar aslında, bir bütün teşkil eden özel hayat kavramının farklı unsurlarıdır¹⁰⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'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." demektedir.

Bu düzenlemeye göre, herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, 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 yasa ile öngörülmüş olmak koşulu ile söz konusu olabilir.

Sözleşme, bir kimsenin özel hayatına, aile hayatına ve bunlarla ilgili olarak meskenine saygı gösterilmemesini¹⁰⁷ veya telefon görüşmeleri ve yazışmalarının denetlenmesi veya açığa vurulmasını insan haklarına aykırı saymıştır. Sözleşme bu madde ile göçmen, işçilerin yerleşme hakkından sınır dışı etmeye veya yabacıların ülkeye kabulüne, telefon dinlenmesinden kürtaja kadar bir çok konuyu kapsamaktadır¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Gözübüyük A. Şeref - Gölcüklü A. Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Ankara 2003, s. 331.

¹⁰⁷ Chappell - Birleşik Krallık Davası, mesken kişinin özel hayatını yaşadığı yer ve mesleki ve ticari faaliyetlerin bulunduğu yeri de kapsar, Gözlügöl, s. 187.

¹⁰⁸ Gözlügöl, s. 188.

Özel hayatın ve aile hayatını korunmasını düzenleyen sözleşmenin 8 maddesi, var olan, kurulmuş ve veya kurulmakta olan bir aileyi, hayatı korumaktadır¹⁰⁹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İHAS 8. maddesinin ilk fıkrasında kişinin özel ve aile yaşamı, konut dokunulmazlığı ve muhaberatın gizliliği bir insan hak ve özgürlüğü olarak kabul edilmiştir. İkinci fıkra bu hak ve özgürlüklere getirilebilecek sınırlamalar genel bir ifade ile açıklanmıştır.

Maddeden de anlaşılacağı üzere, 1. bentte özel hayata müdahalenin önlenmesine kişinin talep etme hakkının olduğu kabul edilmiş, 2. bentte ise bu kuralın istisnaları sayılmıştır. Kongre bu hakkın sınırlandırılması bakımından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine taraf olan ülkeleri, bu sözleşme amacına göre serbest bırakmıştır. Sözleşmenin 8. maddesinin ilk fıkrası "Her şahıs özel ve aile yaşamına, konutuna ve muhaberatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir" şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddede, özel yaşamın, bireyin kişiliğini oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir alan olarak kabul edilmiştir. Bu amaçla bireyin diğer insanlar ile ilişkileri de bu madde kapsamına girmektedir. Bu maddeye göre istisnaların geçerli olabilmesi için, istisnalarda belirtilen nedenler ile yasa ile ve demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde bir sınırlandırma yapılması gerekmekte olup, bu sınırlandırmaların 8. madde kapsamında olup olmadığı yönünden takdir hakkı ise İHAM'e aittir.

İHAS'nin 8. maddenin 1. fıkrasında konuta saygı hakkı düzenlenmiştir. Bu madde anlamında konut bir kişinin yaşadığı yer olarak kabul edilmekte olup, kişinin evi, tatil evleri, yurtları, geçici veya uzun süreli diğer konaklama yerleri, kiralık veya mülkiyeti altında bulunsun her türlü yer bu madde anlamında konut sayılmaktadır. İş yerlerinin konut olarak bu madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda, mahkeme kesin bir karar vermemiş, ancak bazı başvurularda, bu konuda değerlendirmelerde bulunmuştur. Bazı işlerinin aranması bağlamında

¹⁰⁹ Gözübüyük A. Şeref - Gölcüklü A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 343.

konut kapsamına girebileceği belirtilmiştir. Örneğin, meslek sahibi bir kişinin bürosunun da konut kapsamına girdiği, ayrıca mesleğe ait faaliyetlerinin özel konutunun bir bölümünde yapılması halinde de 8. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme bir kararında özel yaşamın, bireyin kişisel yaşamını istediği gibi oluşturabileceği ve dış dünyaya tamamen kapatabileceği dar bir alan ile sınırlı olmadığını, aksine özel yaşama saygı hakkına başka insanlar ile ilişki kurmak ve bu ilişkileri geliştirmek hakkının da girdiğini, dış dünya ile bu şekilde ilişkinin meslek yaşamında da kurulduğunu, meslek yaşamının özel yaşamdan ayrı düşünülmemeyeceğini belirtmiş ve iş yerine yapılan müdahalenin de 8. madde kapsamında olduğunu belirtmiştir¹¹⁰.

Ancak 8. maddenin 2. bendinde belirtilen durumlarda bu hakkın kısıtlanması ve sınırlandırılması yönünden ilgili sözleşmecî devletlerin de takdir hakkı olduğu kabul edilmektedir. Bu takdir hakkı hem sözleşmecî devletlerin kanun koyucu organlarını hem de yürürlükteki kanunları yorumlama ve uygulama durumunda olan adli veya diğer kurumlara verilmişti¹¹¹. Ancak bu takdir hakkının sınırsız olmadığı da İHAM'nin çeşitli kararlarında belirtilmiştir. Mahkeme sözleşmecî devletlerin takdir haklarını 8. maddedeki koşullarda kullanıp kullanmadığını denetlemektedir.

Sözleşme maddenin 2 fıkrası ile, demokratik bir toplumda hoş görülen ölçüyü aşmamak ve kanunla öngörülmek şartıyla milli güvenlik, kamu düzeninin korunması, suçların önlenmesi, sağlık veya ahlakın ve başkasının hak ve hürriyetlerini korumak gibi zorunlu durumların varlığı ile bu hakların kullanımına kamu otoritesinin müdahalesi kabul edilmiştir. Bu halde de bu madde fıkrası, mutlak nitelikte olmayıp bir takım sınırlamalara konu olabilmektedir. İç hukukumuz bakımından da Anayasamızın 15, 16 ve 17 maddeleri, Sözleşme'nin bu maddesi ile uyumlu bir haldedir¹¹².

¹¹⁰ Tezcan- Erdem- Sancaktar, s. 236.

¹¹¹ Ursula, Kilkelly, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı- İHAM'nin 8. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları, No.1 Avrupa Konseyi, 2001, s. 8.

¹¹² Gözlügül, s. 189.

İKİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİNDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI

I - İHAS 8/1'İN ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI ÇERÇEVESİNDE KORUDUĞU ALAN

A - GENEL OLARAK

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesi "Özel Yaşama, Aile Yaşamına Ve Haberleşmeye Saygı Hakkı" başlığını taşımaktadır. Buna göre:

"Herkes, özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın müdahalesi demokratik bir toplumda ancak milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olduğu ölçüde ve yasayla mümkündür".

Sadece İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde değil, İnsan hakları Evrensel Beyannamesi ve Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde de özel yaşamın gizliliğinin korunduğu görülebilir. Evrensel Beyannamenin 12. maddesi "m.12: "Hiç kimse özel yaşamı, ailesi, konutu veya yazışması konularında keyfi müdahalelere, onur ve şanına karşı saldırılara maruz tutulamaz. Herkesin bu gibi müdahale ve saldırılara karşı yasal yoldan korunmaya hakkı vardır." İHAS'ın ötesinde kişinin onuru ve şöhretine saldırıyı da bu çerçevede koruma altına almıştır. Kişisel ve Siyasi Haklar sözleşmesinin 17. maddesinde de "M. 17: "1-Hiç kimsenin özel yaşantısına, ailesine, konutuna yada haberleşmesine keyfi yada kanunsuz olarak dokunulamaz; hiç kimsenin onuruna yada toplumda, sahip olduğu onur ve

şöhretine yasal olmayan müdahalede bulunulamaz. 2-Herkesin. bu gibi müdahalelere yada saldırılara karşı yasalarca korunmasını isteme hakkı vardır.” yasal korumaya fazladan yapılan vurgu ve ikiye ayırma dışında Evrensel Beyanname de yer alan korumanın aynısı bulunmaktadır¹¹³. 1991 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde de 16. madde Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesine benzer düzenlemeler getirilmektedir. Ayrıca AB Temel Haklar Şartının 7. maddesinde de “herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.” hükmü yer almaktadır. İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi m.11/2, Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı m. 29 da özel hayatın korunmasını düzenlemektedirler. AGİT sürecinde de bireyin özel hayatının Moskova belgesi ile korunduğu görülmektedir. Belge elektronik iletişimin korunmasını da bu kapsamda değerlendirmektedir¹¹⁴.

Özel hayatın korunmasında en kapsamlı korumanın Kişisel ve Siyasal Haklar sözleşmesinin 17. maddesinde yer aldığı görülmektedir. Ayrıca bu sözleşmede özel hayatın dayandığı temel değer demokrasi veya başka özel hayatın dayandırıldığı kavramlar değil "insan onuru" dur.

İHAS da ise, Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesinden farklı olarak öncelikle “privacy” yerine “özel yaşam = private life” kavramı kullanılmıştır. Bu durum bir çok yazar tarafından önemli bir farklılık olarak görülmemektedir. Ancak bazı yazarlara göre ise ilk kavramda "gizlilik" esasının, ikincisinde ise "birey" in ön plana çıktığı belirtilmektedir? Bu yaklaşım daha isabetli görünmektedir. Çünkü özel hayat geniş bir yelpazedir ve bu alanın ancak bir kısmını bireyin yaşamının giz alanı oluşturmaktadır.

Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile İHAS metni karşılaştırıldığında bekli de en önemli fark, özel hayata "saygı" ifadesidir¹¹⁵. Bu durum İHAS'ın koruma alanını zayıflatmaktadır. İHAS'ın kabul ediliş sürecine bakıldığında durum daha iyi anlaşılabilir. Buna göre, önce "dokunulmazlık" önerilmiş,

¹¹³ Üzeltürk, s.157.

¹¹⁴ Gökçen Alpkaya, **AGİK Sürecinden AGİT'e İnsan Hakları**, Kavram yayınları, İstanbul 1996, s.71.

¹¹⁵ Üzeltürk, s.158.

sonra "hukuk dışı müdahalelerden bağışık olma" haline gelmiş ve nihayet kabul edilen metin "saygı gösterilmesi" şeklinde olmuştur¹¹⁶.

İHAS 8. maddenin sözleşmenin diğer hükümleriyle de bağlantısı vardır. Bu çerçevede 10. madde bağlantısı komisyon kararlarında da kurulmaktadır. Komisyon 8. maddede öngörülen özel yaşam hakkının aynı zamanda bireyin kişiliğinin oluşması için diğer bireylerle ilişkiler kurma ve geliştirmeyi de belli ölçüde içerdiğinden hareketle 8. madde ile 10. madde arasında bağlantı kurmaktadır. Ayrıca, "başkalarının şöhretinin korunması" ve "gizli bilgilerin açıklanması" 10/2 ye göre bir sınırlama sebebidir. Komisyon kararına göre, birinin şöhretinin korunması Sözleşmenin 6/1. maddesi anlamında bir "medeni hak" tır. Adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü, evlenme hakkı ilk bakışta 8. madde ile ilgileri kurulabilen haklardır. Sözleşmenin 8. maddesi ile sığınma hakkı bağlantısıyla yaşama hakkı ve 3. maddedeki insanlık dışı muamele arasında da bağlantı kurulmaktadır. Sözleşmenin 8. maddesi zaman zaman 14. madde bağlamında ayrımcılık yasağı ile gündeme gelmekte, bazen de 5. madde çerçevesinde bağlantı kurulmaktadır.

Sözleşmenin 8. maddesi sözleşme sistemi içerisinde "nitelikli haklar" kategorisinde yer almaktadır. Bunun anlamı, 8. maddenin ve diğerlerinin sınırlanmasında sınırlama sebeplerinin belirtilmesidir. Nitelikli olmayan haklarda ise, bunların bazıları mutlak (yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı, suç ve cezanın kanuniliği) bazıları ise değildir. Nitelikli olmayan haklarda birey devletin belirtilen hakkı ihlal ettiğini ispat ederse, mahkeme artık üye devlet açısından müdahalenin haklılığını tartışmamaktadır. Nitelikli haklarda ise, birey belirtilen hakkının ihlal edildiğini ispat edecek, Mahkemede bunu haklı bulmuşsa ispat yükü üye devlete dönecektir. Devlet bu aşamada, müdahalenin yasallığını, müdahalenin meşru bir amaca dayandığını ve demokratik bir toplumda gerekliliğini ispat etmek durumundadır¹¹⁷.

¹¹⁶ Üzeltürk, s.158.

¹¹⁷ Üzeltürk, s.159.

B - YATAY VE DİKEY İLİŞKİLERDE 8. MADDENİN İHLALİ

Özel yaşama ilişkin ihlaller modern yaşamın sonucu olarak birey ve kurumlardan gelebilir. Bu konuda kitle iletişim araçları, özel dedektiflerin durumu ve sanayi sektöründe sırların çalınması buna örnek olarak gösterilebilir. İHAS 8. maddenin bu bağlamda ortaya çıkan ihlalleri kapsayıp kapsamadığı önemli bir tartışma konusudur¹¹⁸.

C - İHAS'IN GENEL DURUMU

Genel olarak Sözleşmenin tanıdığı koruma araçları devlete karşı geliştirilmiştir. Ancak, aynı koruma araçları bireyler arası ilişkiler ve yatay ilişkiler açısından da geçerlidir. X ve Y Hollanda'ya karşı davasında Mahkeme, Sözleşmeden doğan pozitif yükümlülükleri zikrettikten sonra "bu yükümlülüklerin bireyin kendi aralarındaki ilişkiler açısından dahi özel yaşamın gizliliği hakkını garanti eden yükümlülüklerin kabul edilmesi ile ilgili olabileceğini" belirtmiştir¹¹⁹.

D - 8. MADDE İLE İLGİLİ DURUM

Özel hayatın daha iyi korunması konusunda oluşturulan Danışma Kurulu (Consultative Assembly) devletten başka kurumlarca da özel yaşama müdahale yapılabileceğinden bahsetmektedir. 17. Danışma Kurulunun hazırladığı tavsiye (recommendation) kararında bir protokol ile 8. maddenin sadece kamu otoritelerine değil, özel kişiler ve medya karşısında da etkili bir şekilde korunmasının sağlanması istenmiştir. Dava yolu ile bu durum

¹¹⁸ S.Batum, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye*, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996, s. 30-32.

¹¹⁹ Üzeltürk, s.160.

tanınmasına rağmen Kurulun isteği doğrultusunda bir gelişme olmamıştır¹²⁰. Ancak bu noktada dava yolu ile bazı gelişmeler yaşanmaktadır. Bunun en yeni örneği olarak, medya karşısında özel hayatın gizliliği hakkının korunduğu Hannover¹²¹ kararı verilebilir.

E - 8. MADDEYLE İLGİLİ OLARAK İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİNE YAPILAN BAŞVURULARIN İNCELENMESİ

1- Genel Olarak

İHAS'nin 8. maddesi kapsamında yapılan başvurularda karar verme, iki aşamalı bir test yapılmasını gerektirmektedir. Birinci aşama, 8. maddenin uygulanabilirliği; ikinci aşama ise yapılan müdahalenin maddenin ikinci fıkrasına uygun olup olmadığıdır¹²².

Bir şikayetin, İHAS'nin 8. maddesinin korumasına tâbi olması için, söz konusu hükümde korunan özel hayat, aile hayatı, konut veya haberleşme kişisel haklarından birini veya birden fazlasını ilgilendirmesi gerekir¹²³.

8. maddenin asıl amacı bireyi kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak olmasına rağmen İHAM, bu maddenin içindeki değerlere etkili bir biçimde saygı gösterilmesinin tabiatında yatan pozitif yükümlülükler de olabileceğini belirtmiştir¹²⁴.

İHAM'nin X & Y – Hollanda davasında vermiş olduğu kararında ifade edildiği üzere; “(8. madde) sadece devleti ... müdahale etmekten kaçınmaya zorlamaz: bu aslen negatif taahhüdün yanı sıra, özel hayata ve aile hayatına etkin biçimde saygı gösterilmesinin doğasında olan pozitif yükümlülükler de olabilir... Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki

¹²⁰ Üzeltürk, s.160.

¹²¹ Case of von Hannover v. Germany, 59320/00, 24.06.2004, pg.43-81

¹²² Gölcüklü – Gözübüyük, s. 331; Kilkelly, s. 8.

¹²³ Kilkelly, s. 9.

¹²⁴ Kroon-Hollanda davası, 27 Ekim 1994, para. 31; Tezcan – Erdem – Sancakdar, s. 281.

ilişkiler alanında bile, özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler almayı içerebilir¹²⁵.”

Bu nedenle İHAS, bazı şartlar altında devletin bireylere 8. maddenin öngördüğü hakları sağlamak için bazı önlemler almasını, ayrıca bir özel kişinin bir başkasının haklarını etkin biçimde kullanmasını önleyecek faaliyetlerine karşı koruma sağlamasını şart koşabilir¹²⁶. Başka bir ifadeyle, İHAS, devletlere sadece, müdahale etmeme görevini yüklememiş, bunun yanında maddede düzenlenen hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasına imkân verecek tedbirleri alma yönünde pozitif bir yükümlülük de yüklemiştir¹²⁷.

İHAM’e göre pozitif bir yükümlülüğün olup olmadığını belirlemek için, toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakılmalıdır.

2 – İncelemenin Birinci Aşaması

İHAM’ne bir şikayette bulunulduğunda, şikayetin maddenin birinci fıkrasında korunan haklardan birinin kapsamına girip girmediği, giriyorsa, devletin bu konuda pozitif yükümlülüğü var mı ve söz konusu yükümlülük yerine getirilmiş mi konuları birinci aşamada incelenmektedir¹²⁸.

Korumaya çalışılan hakkı belirlemek ve 8. maddenin birinci fıkrasına göre söz konusu hakkı İHAM’ne sunmak, davacının sorumluluğundadır¹²⁹.

¹²⁵ X & Y-Hollanda davası, 26 Mart 1985 tarihli karar.

¹²⁶ Kilkelly, s. 20.

¹²⁷ Ünal, s. 212.

¹²⁸ Kilkelly, s. 8.

¹²⁹ Kilkelly, s. 9.

3 - İncelemenin İkinci Aşaması

İHAM'ne bir şikayette bulunulduğunda, 8. maddede düzenlenen haklara müdahale edilip edilmediği; edilmişse, bu müdahalenin kanunlara uygun olup olmadığı; müdahalenin meşru bir amacının bulunup bulunmadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konuları ikinci aşamada incelenmektedir¹³⁰.

8. maddede düzenlenen haklara müdahale olduğunun kanıtlanması da davacıya aittir. Ancak, söz konusu müdahalenin gerçekleşmiş olma olasılığının ortaya konulması yeterli olabilecektir¹³¹. Bu bağlamda, bireyin özel hayatını sürekli ve doğrudan etkileyebilecek hâllerde bir kanunun varlığı, bu konuda hiç dava açılmamış olsa bile yeterli kabul edilebilmektedir¹³².

Söz konusu haklarla ilgili olarak alınan önlemlerin, 8. maddeye uygun olup olmadığı değerlendirilirken, ilgili devlete “*takdir hakkı*” adı verilen belirli bir yetki tanınmıştır. Buna, ilk defa, 10. madde kapsamındaki *Handyside* kararında değinilmiştir. Ancak, bu prensip 8. maddeyle ilgili olarak açılan davalar bakımından da geçerlidir¹³³. Verilen karar göre;

“... devlet yetkilileri, ülkelerindeki önemli güçlerle doğrudan ve sürekli temasları nedeniyle, uluslararası hakimlere kıyasla ... bir ‘sınırlama’ veya ‘cezanın gerekliliği’ ... konusunda daha iyi karar verebilecek durumdadır ... bu bağlamdaki ‘gereklilik’ kavramında ima edilen acil toplumsal ihtiyacın gerçeklik düzeyi konusunda, ilk değerlendirmeyi ulusal yetkililer yapmalıdır.

Bu nedenle madde 10/2 taraf devletlere belirli bir takdir hakkı bırakmaktadır. Söz konusu pay, hem ulusal kanun koyucuya ... hem de

¹³⁰ Kilkelly, s. 8.

¹³¹ Campbell-Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1992 tarihli karar.

¹³² Dudgeon-Birleşik Krallık davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar; İHAM, Klass-Almanya davasında, bireyin alınan önlemlerin kendisine karşı kullanıldığını iddia etmek zorunda kalmadan, sırf gizli önlemler veya gizli önlemlere izin veren kanunlar olması nedeniyle, ihlale mağdur olduğunu iddia edebileceğine karar vermiştir. Ancak Mahkeme, bu durumun sadece belirli şartlar altında gerçekleşebileceğini açıkça ifade etmiştir. İlgili şartlar, çığnendiği iddia edilen İHAS’nden kaynaklanan hakka, itiraz edilen önlemlerin gizlilik özelliğine ve davacı ile söz konusu önlemler arasındaki bağa göre belirlenecektir. Kilkelly, s. 23.

¹³³ Kilkelly, s. 6.

yürürlükteki kanunları yorumlama ve uygulama durumunda olan adli veya diğer kurumlara verilmiştir¹³⁴.”

Ancak bu yetkinin akit devletlere sınırsız bir takdir hakkı vermediği de İHAM’ca belirtmiş ve devletlerin, İHAS’ın öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmekle sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle, bu konuda nihai karar verme yetkisi İHAM’a ait olup, milli makamlara verilen takdir hakkının doğru kullanılıp kullanılmadığı, mevcut şartlara, konuya ve konunun geçmişine göre değişiklikler gösterecektir¹³⁵.

Kural olarak takdir hakkının kapsamı, dava konusu olaya göre değişmektedir. Örneğin çocukların korunması konusunda kapsam oldukça geniş tutulmuştur. Ayrıca İHAM, ulusal düzeyde belirlenen hassas ve karmaşık konulara yakınlığından dolayı, ulusal yetkililerin bir davanın şartlarını daha iyi değerlendirebileceğini ve atılacak en uygun adımları daha iyi belirleyebileceğini kabul etmiştir¹³⁶. Bunun sonucu olarak devlet, 8. madde kapsamında aile hayatına ve özel hayata saygı gösterilmesi yöntemleri konusunda belirli bir takdir yetkisi kullanma hakkına sahiptir; bu durum, müdahale ve müdahalenin amacı arasındaki dengenin değerlendirilmesine de yansımaktadır¹³⁷.

F - DEVLETİN NEGATİF VE POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Devletin 8.maddede belirtilen hakların korunması yönünden negatif bir sorumluluğunun olduğu zaten kabul edilmektedir. Yani devlet, bu hakların kısıtlanması ve sınırlandırılması sırasında belirtilen kural ve ölçülere göre hareket etmek zorundadır. Ancak zorunlu hallerde ve zorunlu koşulların yerine getirilmesi şartıyla belirli hakların sınırlandırılması ve kısıtlanması söz konusu olacaktır.

¹³⁴ Handyside-Birleşik Krallık davası, 7 Aralık 1976 tarihli karar, para. 48-49.

¹³⁵ Kilkelly, s. 7; Göçer, s. 114-115; Ünal, s. 223.

¹³⁶ Olsson (No. 2)-İsveç davası, 30 Ekim 1992 tarihli karar.

¹³⁷ Kilkelly, s. 31.

Bunun yanında devletin 8.maddede belirtilen hakların korunması yönünde pozitif yönden, yani bu hakları güvenceye alacak mekanizmalar oluşturmak suretiyle yükümlülükleri vardır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 8. maddenin 1. paragrafına ilişkin olarak yaptığı incelemede öncelikle başvurunun Sözleşmenin 8/1. maddesindeki haklardan birinin ihlali içinde değerlendirilebileceği kanaatine varırsa devletin bireyin bu hakkı üzerinde pozitif yükümlülüğünün olup olmadığı ve eğer yükümlülüğü varsa yerine getirilip getirilmediğini incelemektedir.

Sözleşmenin 8. maddesi özel hayatın gizliliğine “saygı” hakkından söz etmektedir. 8. maddede taraf devletlere yüklenen pozitif yükümlülüklerin “özel hayatın gizliliğine saygı hakkı” çerçevesinde kabul edilip edilmediği tartışma konusu olmuştur. İHAM birçok kararında 8. maddenin devlete pozitif yükümlülük de yüklediği yolunda kararlar vermiştir.

Bu yükümlülüğün kaynağı Sözleşmenin 8/1. maddesinin ifadesinden çıkarılmaktadır. Çünkü madde metninde sayılan değerlerin (özel yaşam, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme) her birinin korunmasına “saygı” yükümlülüğü getirmektedir¹³⁸.

İHAM kararlarında, devletin pozitif yükümlülüğüne 3 kategoride karar verilmektedir. Birincisi, hukuku veya idari uygulamayı değiştirme yükümlülüğü; ikincisi, finansal yardım yükümlülüğü; üçüncüsü, Sözleşme ile korunan hakkın bireyler arasındaki özel ihlallerine engel olma yükümlülüğüdür¹³⁹.

Üçüncü kategori pozitif yükümlülüğe örnek olarak X. Y. Hollanda'ya karşı¹⁴⁰ davası verilebilir. Akıl hastası olan Y, B tarafından cinsel tacize uğramıştır. Ancak mahkemede ceza davası açamamaktadır. Çünkü Hollanda yasalarına göre bu tür bir dava açma ehliyetine sahip değildir. Bayan Y'nin İHAS 8. maddede yer alan özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğini iddiası İHAK ve İHAM tarafından haklı bulunmuştur. Mahkeme,

¹³⁸ Üzeltürk, s.162.

¹³⁹ Üzeltürk, s.162.

¹⁴⁰ X&Y v. Nederlands, 26 Mart 1985

kararında 8. maddenin konusunun öncelikle bireyin kamu otoritelerinin müdahalesine karşı korunması olmasına rağmen, sadece de devleti müdahale etmekten alıkoymak olmadığını ve bu negatif yükümlülüğe ek olarak devletin özel veya aile yaşamına saygıyı garanti edecek pozitif yükümlülükleri olduğunu belirtmektedir¹⁴¹.

Gaskin davasında¹⁴² da 8. madde çerçevesinde taraf devlete bireyin geçmişine ilişkin bilgilere ulaşabilmesi için o kayıtları hazırlayan tarafın yanıt veya rıza vermediği durumlarda bilgiye erişim için izin verilip verilmeyeceğine karar vermek üzere bir bağımsız idari otorite oluşturulması yüklenmekte ve bu durum taraf devlete pozitif bir yükümlülük getirmektedir. Gaskin davasında devletin, hukuku değiştirme pozitif yükümlülüğü söz konusu olmuştur.

Ayrıca, HIV pozitif olan bir mahkumun kendine ait sağlık bilgilerinin cezaevi idaresi tarafından izinsiz olarak açıklandığından bahisle Komisyona götürdüğü T.V. Finlandiya'ya karşı¹⁴³ davasında Komisyon, bir mahkumun HIV pozitif olmasından cezaevi personelinin tedbir almak üzere haberdar edilmesini izin verilebilir bir durum olarak görülmüştür. Bu durumda devletin ilgili bireyleri haberdar etmemesi 8. maddenin ihlali anlamına gelebilecektir.

Bulgaristan'a karşı M.C, davasında¹⁴⁴ da Mahkeme 14 yaşını sadece bir ay geçmiş bir kıza yapılan tecavüzün, ulusal yasada 14 yaşın üzerindeki için tecavüz fiilinin kabul edilmesi cinsel ilişkinin zorla yapılması şartına bağlı olduğu ve bu durum delillendirilemediği için cezalandınamamasını devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getiremediği şeklinde yorumlamıştır. Kararda Mahkeme, devlete pozitif yükümlülükler yüklenmesinin 8. maddedeki özel hayata saygı hakkının etkili bir şekilde kullanılmasının doğasında var olduğunu belirtmiş ve bu yükümlülüklerin bireylerin birbirleriyle ilişkileri alanında da (yatay ilişkilerde de) tedbir almayı gerektirdiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre 8. maddedeki hakların korunmasında devletlerin takdir hakkı vardır, ancak, tecavüz gibi vİHAM bir hareketle özel hayatın esaslı, temel bir değeri tehlikeye atılıyorsa etkili ceza

¹⁴¹ Üzeltürk, s.162.

¹⁴² Gaskin v. U.K., 10454/83, 7.7.1989.

¹⁴³ T.V.v. Finland, 21780/93, 2 3.1994.

¹⁴⁴ Case of M.C. v. Bulgaria, 39272/98, 3.3.2004. pg.148-187.

hukuku hükümlerine ihtiyaç vardır. Ayrıca Mahkeme, 8. madde çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüklerinin bireyin fiziki bütünlüğünü garanti etme olasılığının ceza soruşturmasının etkili yapılmasına da genişleyeceğini gözardı etmemektedir. Bu veriler olaya uygulandığında Mahkeme öncelikle kültürel, yerel ve geleneksel ortamı dikkate almıştır. Karşılaştırmalı hukuku irdeleyerek öncelikle, Avrupa ülkelerinde mağdurun tecavüzü fiziksel olarak reddetme durumu artık yasalarda yer almamaktadır. Bir çok Avrupa ülkesinde şiddet veya tehdit kullanma tecavüzün nitelendirilmesinde kullanılmaktadır, ancak, tecavüz suçu için zorlamanın değil, iznin olmaması yeterlidir. Mahkeme bu gelişmeleri toplumun etkili bir eşitlik ve bireyin cinsel özerkliğine saygı konusunda gelişimi olarak görmektedir ve tecavüz suçunun gerçekleşmesinin bu kadar katı kurallara bağlanmasının bireyin cinsel özerkliğinin etkili bir biçimde korunmasını tehlikeye attığı kanaatindedir. Bu alandaki çağdaş gelişmelerin sonucunda devletin, mağdur fiziken zorlanmasa dahi iznin verilmediği cinsel ilişkilerin suç olarak düzenlenmesi konusunda pozitif yükümlülüğü olduğu sonucuna varmıştır. Sonuçta taraf devlet pozitif yükümlülüğü yerine getirmediği için 8/2. madde ihlal edilmiştir.

Hırvatistan'a karşı Mikulic kararlarında 37 evlilik dışı doğan çocuğun babası olduğunu düşündüğü kişiye açtığı babalık davasında, söz konusu kişinin altı kez talep edilmesine rağmen DNA testi yaptırmayı reddetmesi olayında devletlerin pozitif yükümlülüğünün olup olmadığının tespiti için yapılan adil denge değerlendirmesinde kimliğine ilişkin hayati bir karar için bekleyen çocuğun çıkarlarını üstün tutmuş ve Hırvat yetkililerin dolaylı olarak Sözleşmeden doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğine karar vermiştir. Mikulic davasında da hukukun değişmesi yükümlülüğü söz konusudur.

Devletin 8. madde çerçevesinde pozitif ve negatif yükümlülüğünün kesin tanımını yapmak mümkün değildir. Ancak kararlarda baş vurulan prensipler benzerdir. Böyle bir yükümlülüğün olup olmadığını belirlemek için genel çıkar ile bireyin çıkarları arasındaki adil dengenin varlığı gerekir.

Yarışan bu çıkarları dengelemek için Mahkeme bireyin hayatının en mahrem alanını oluşturan konulara özel vurgu yapmaktadır¹⁴⁵.

Devletin pozitif yükümlülüğünün ne zaman işlerlik kazanacağı hususunda genel bir ayırım yapmak çok zordur. Burada, her olaya göre devletin, toplumun genel çıkarları ile kişinin özel çıkarı arasındaki dengenin kurulması için ortaya koyacağı işlem ve düzenlemelere dair hareket tarzı önem kazanmaktadır.

Genel olarak toplumun çıkarları, kişinin çıkarlarından daha ağır gelmekte ise de, kişi kendi çıkarının daha baskın olduğunu iddia ediyor ise, bunu göstermeli, kendisinin kısıtlandığı ve ihlal edildiğini iddia ettiği hakkının toplum çıkarından daha üstte olduğunu, bu nedenle devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini isteyebilir. Kişinin iddia ettiği kadar bir hak talebi ya da baskınlığı yok ise, devletin pozitif yükümlülüğü de söz konusu olmayacaktır.

Devletin pozitif yükümlülüğü, açıklandığı gibi her olaya göre değişkenlik göstermektedir. Önceliklerin belirlenmesinde, devletin olaya göre takdir hakkı değişiklik göstermektedir.

G - DEVLETİN TAKDİR YETKİSİ VE SINIRLARI

Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri kendi yargı yetkileri içinde tanımak öncelikle üye devletlerin yükümlülüğüdür (m. 1). İHAM'ın yargılaması ise, bu yükümlülüğün Sözleşmeye uygunluğunun denetlendiği, tali bir yetkidir¹⁴⁶. İHAM, Handyside kararında “devletin takdir yetkisi” kavramını açıklığa kavuşturmuştur¹⁴⁷. “...Devletin yetkili resmi mercileri, ülkelerinin yaşamsal gerçekleriyle doğrudan ve devamlı temas halinde olmaları nedeniyle, söz konusu yaşamsal koşulların gereklerinin belirgin

¹⁴⁵ Case of van Kück, v. Germany, 35968/97, 12.9.2003. final, pg.71-72.

¹⁴⁶ F. Gölcüklü, Ş. Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, Ankara, s.15.

¹⁴⁷ Gözübüyük, Gölcüklü, s.146.

içeriği ve bu ihtiyaca cevap teşkil edecek kısıtlama veya müeyyidenin gerekli niteliği konusunda karar vermek için uluslararası yargıçtan ilke olarak daha elverişli durumda ve yetkilidirler ... "

Rasmussen kararında da Mahkeme devletin takdir yetkisinin şartlara, konuya ve konunun geçmişine göre şekilleneceğini ve üye devletler arasında ortak hukuk düşüncesinin şekillenmediği alanlarda devletin takdir yetkisinin genişleyeceğine işaret etmektedir¹⁴⁸.

Norris ve Dudgeon kararları devletin takdir yetkisinin belirlenmesi konusunda ölçü olan kararlardandır. Mahkeme, Dudgeon davasında yetişkinler arası homoseksüel ilişkinin suç kabul edilmesini onaylamamasına rağmen ne Mahkeme ne de Komisyon 21 yaş altı erkeklerle isteğe bağlı homoseksüel faaliyetin yasaklanmasının Sözleşmenin ihlalini oluşturduğuna karar vermemiştir. Tersine, bu tedbirler açıkça özel yaşamın ihlali olmasına rağmen, 8/II' ye göre genel ahlakın korunması açısından haklı bulunmuştur. Devletler cinsel alanda özel yaşamın düzenlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptirler¹⁴⁹.

Transeksüellere ilişkin kararlarında Mahkeme, bireyin özel hayatının en mahrem alanında kendisine cinsiyet değişikliğini de içeren tıbbi tedavinin gerekliliğini ispat yükünü orantısız bulmuş ve devletin takdir yetkisini aştığına karar vermiştir¹⁵⁰.

Mahkeme müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını belirlerken devletin takdir yetkisinin sınırını da hesaba katmaktadır¹⁵¹.

¹⁴⁸ Naz Çavuşoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara, 1994, s. 54.

¹⁴⁹ Üzeltürk, s.166.

¹⁵⁰ Case of Van Kück v. Germany. 35968/97, 12.9.2003, pg. 84-85.

¹⁵¹ Case of Camenzind v. Switzerland. 21353/93. 16 Aralık 1997, pg.44

II - İHAS M. 8/1 İN ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI ÇERÇEVESİNDE KORUDUĞU ALAN

Mahkeme öncelikle önüne gelen davada söz konusu müdahalenin 8. maddenin koruma alanında olup olmadığını değerlendirmektedir. Bu çalışma açısından yapılacak değerlendirme yapılan müdahalenin “özel hayat” çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde “özel hayat” kavramı tam olarak tanımlanmamaktadır. Ne Komisyon, ne de Mahkeme tarafından 8/1. madde de yer alan (özel hayat, aile, konut, haberleşme) tanımlanmaya çalışılmamıştır. Bu belirsizliğin hem olumlu, hem de olumsuz yanı vardır. Olumlu yanı 8/1. maddenin teknolojik ve sosyal gelişmelere bu sayede uyarlanabilmesidir. Olumsuz yanı ise, her bir davada bir çok ayrı kavramın gündeme gelmesi, devletlerin takdir yetkilerinin sınırının belirlenmesi, davaların sonucunda genelleme yapmayı zorlaştırmaktadır¹⁵². Bu durumda sadece görülen davalar açısından ve onunla sınırlı olarak bir değerlendirme yapmak mümkün olmaktadır. Ancak şu da bir gerçektir ki, özel hayata ilişkin Komisyon ve Mahkeme önüne giden davalar çok sayıda değildir.

8. Maddeyle koruma altına alınan dört kavramın anlamı belirgin değildir ve İHAM, bu kavramların yorumu konusunda kesin kurallar belirlemekten kaçınmaktadır. Özellikle 8. maddenin uygulanabilir olup olmadığını ve böylece bir şikayetin korunan hakların kapsamına girip girmediğini belirlerken İHAM'nin yaklaşımı, söz konusu kavramlara İHAS'ne özgü özerk birer anlam yüklemekle beraber, davanın durumuna göre karar vermek olmuştur. Bu durum, söz konusu hakları ve bunların kapsamına nelerin girdiğini kategorik olarak tanımlamayı zorlaştırmaktadır¹⁵³. Başka bir ifadeyle, İHAM, maddenin uygulanmasında “*kazüvistik*” bir metod kabul ederek, önüne gelen her olayda, o olayın koşullarını değerlendirdikten sonra, günün gerçeklerini ve ihtiyaçlarını da dikkate alarak, geliştirici ve ileriye

¹⁵² Üzeltürk, s.168.

¹⁵³ Kilkelly, s. 9.

götürücü yorumlar yapmak suretiyle maddeyle korunan haklara belirli bir içerik kazandırmıştır¹⁵⁴.

Ancak, özel hayatın 'gizliliği kavramı Avrupa Konseyi Parlamenterler Danışma Asamblesinin 428(19709) sayılı Kararında (resolution) tanımlanmıştır¹⁵⁵:

“Özel hayat zorunlu olarak bireyin kendi hayatını en az müdahale ile yaşamasını içerir: özel, aile ve ev hayatı, fiziksel ve moral bütünlüğü, onuru ve şöhreti, aldatılma durumunda olmaktan sakınmak, ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmaması, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanması, güvenilir olarak verilen veya alınan enformasyonun açıklanmasının engellenmesi.”

Öğretide özel hayata ilişkin unsurlar sayılarak bir belirleme denemesi yapılmıştır. Buna göre özel hayat şu hususları içermektedir¹⁵⁶:

- Bireyin fiziksel mental dokunmazlığının ve kişinin moral ve entelektüel özgürlüklerinin korunması,
- Bireyin onuru veya şöhretinin haksız fiillere karşı korunması,
- Bireyin adının kimliğinin veya resminin yetkisiz kullanımlara karşı korunması,
- Bireyin gözetlenme, izlenme veya tacize karşı korunması,
- Mesleki sır kavramına giren bilginin açıklanmasına karşı koruma.

İHAM, kararlarında bireyin fiziki ve sosyal kimliğini¹⁵⁷, ismini¹⁵⁸, fiziki ve ruhsal bütünlüğünü¹⁵⁹, kişisel bilgilerini¹⁶⁰, cinsiyetini¹⁶¹, kişisel özerk alanını¹⁶², iş ilişkilerini¹⁶³, dış dünyada insanlarla ilişkiler geliştirmesini¹⁶⁴, kişisel

¹⁵⁴ Gözübüyük – Gölcüklü, s. 330-331.

¹⁵⁵ Üzeltürk, s.168.

¹⁵⁶ Şen, s. 6-7.

¹⁵⁷ Case of Miculic v. Croatia, 53176/99, 7.2.2002, pg.53.

¹⁵⁸ Burghartz v. Switzerland, 16213/90, 22.2.1994, pg. 24.

¹⁵⁹ X and Y v. Netherlands, 8978/80, 26.03.1985, pg.22.

¹⁶⁰ Leander v. Sweden, 9248/81. 26.3.1987

¹⁶¹ Case of B v. U. K., 2346/87, 25.03.1992, pg. 63.

¹⁶² Case of Pretty v. U.K. 2346/02, 29.4.2002, pg. 61.

¹⁶³ Case of Niemetz v. Germany, 13710/93, 12.16.1992

¹⁶⁴ Friedl v. Austria, Commission Report, pg. 45.

gelişmesini ve fiziksel ve moral güvenliğini¹⁶⁵, sosyal faaliyetlerini¹⁶⁶, özel hayatına ilişkin bilgilerin açıklanmasını “özel hayat” kavramı içerisinde görmüştür¹⁶⁷. Sözleşme sistemi çerçevesinde aile hayatı kapsamına girmeyen koruyucu ebeveyn ve baktıkları çocuklar arasındaki ilişkiler, henüz evli olmayan taraflar arasındaki ilişkiler, çocuklu olsun veya olmasın homoseksüeller ve eşleri arasındaki ilişkiler özel hayat kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir¹⁶⁸. Özel hayat, bir evcil hayvan ve sahibi arasındaki ilişkiyi kapsamamaktadır.¹⁶⁹

A - ÖZEL ALAN

Özel alanın nasıl belirlendiği konusu hem devletin birey hakkında bilgi toplaması halinde, hem de medya ve özel dedektifler gibi resmi olmayan kimselerin özel hayata müdahalesi olasılığı karşısında devletin özel hayata saygı hakkını garanti etmesi açısından önemlidir. Bu konuda Strazburg içtihatları yeterli değildir. Niemietz¹⁷⁰ davasında mahkeme özel-resmi alan ayırımı için her zaman “mekan” ın belirleyici olmadığı kanaatindedir¹⁷¹.

Friedl Avusturya'ya karşı¹⁷² davasında komisyon başvurusunun polis tarafından bir siyasi gösteride fotoğrafının çekilmesini özel hayatın ihlali olarak görmemiştir. Murray¹⁷³ davasında ise bu kez resmi bir alanda başvurusunun gözaltında rızası dışında fotoğraflarının alınması yine 8. maddenin ihlali olarak kabul edilmemiştir. Ayrıca Harfold¹⁷⁴ davasında iş yerinden yapılan telefon görüşmelerinin dinlenmesi de birey “makul bir özel alan beklentisi” içinde olduğu için 8. maddenin ihlali olarak kabul edilmiştir.

¹⁶⁵ Case of Christine Goodwin v. U.K., 11.7.2002, pg. 90.

¹⁶⁶ McFeeley v. U.K., 8317/78, 15.5.1980, s.161.

¹⁶⁷ Kenan, Özdemir, **Bireysel Hayatın Korunması, İnsan Hakları Avrupa sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumunda Sunulan Tebliğ**, Yargıtay, Ankara, 2003, s. 1.

¹⁶⁸ Kilkelly, s.9.

¹⁶⁹ Appl. No. 6825/75, 4 Mart 1976, 5 DR 86.

¹⁷⁰ Niemietz v. Germany, 13710/88, 16. 12.1992.

¹⁷¹ Üzeltürk, s. 172.

¹⁷² Friedl v. Austria. 15225/89, 31.1.1995.

¹⁷³ Murray v. U.K., 14310/88, 28.10.1994.

¹⁷⁴ Harfold v. U. K., 20605/92, 25.6.1997.

B – KİMLİK HAKKI

Özel hayat kavramının en önemli boyutu bireyin kimliği hakkında karar verebilmesidir. Bu kavram, bireyin kendini idrak etme ve bireysel kimliğini seçme hakkıdır¹⁷⁵. Bu hak başkalarına kendini bu şekilde ifade etmek hakkını da içermektedir.

Smirnova Rusya'ya karşı davasında¹⁷⁶ günlük yaşamda önemli bir belge olan başvurucunun pasaportunun kendisine verilmemesinin 8. maddenin ihlali anlamına geldiği iddia edilmektedir. Başvurucu ülkesinde bir çok günlük işin (telefon hattı almak, bilet almak, döviz bozdurmak, tıbbi tedavi görmek gibi) pasaportun gösterilmesini gerekli kıldığını belirtmiş, Hükümet ise, ikiz olan başvurucunun kardeşinden ayırt edilmesi için bu tedbire başvurulduğunu kendisine sunulan belgeyi ve pasaportunu almaya da gelmediğini belirtmiştir. Mahkeme ise, Rusya'da pasaportun günlük yaşamdaki önemine dikkat çekmiş ve pasaportuna 1995 yılından 1999 yılına kadar el konulmasının başvurucunun özel hayatına devam eden bir müdahale olduğuna karar vermiştir. Müdahalenin hukukla düzenlenmesi konusunda ise, ilk şart olan müdahalenin iç hukukta bir temeli olması şartı gerçekleşmediği için 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

1 – Ad

8. Madde'de adlardan sarıh bir biçimde bahsedilmemesine rağmen, bir bireyin adı kişisel kimlik belirleme yöntemi olduğu için, bireyin özel ve aile hayatını ilgilendirmektedir. Adların düzenlenmesinde kamusal bir fayda olması, bir bireyin adının özel ve aile hayatının kapsamından çıkartılması için yeterli değildir.¹⁷⁷ Soyadları bireylerin ailelerini ve ait oldukları toplulukları

¹⁷⁵ Üzeltürk, s. 172.

¹⁷⁶ Case of Smirnova v. Russia. 46133/99, 24.10.2003, pg.89.

¹⁷⁷ Stjerna-Finlandiya davası, 25 Kasım 1994 tarihli karar, Sri A. no. 299-B.

belirleme yöntemi olduğu için, özel hayat ve aile hayatının kapsamına girer; yani aynı prensip soyadları için de geçerlidir.¹⁷⁸

İHAM, ad değişiklikleri konusunda sözleşmeye taraf ülkeler arasında ortak bir zemin bulmanın güçlüğünden hareketle devletlere geniş bir takdir alanı tanımaktadır.

Alman Medeni kanununa göre evlenen çiftin, kadının soyadını aile soyadı olarak almasına İsviçre makamlarının izin vermemesi ile ilgili olarak Mahkeme, tersi mümkün olan bu durumu 8. madde ile birlikte ayrımcılık yasağının ihlali olarak görmektedir¹⁷⁹.

Stjerna davasında¹⁸⁰ adını “Tawastsjerna” olarak değiştirmek isteyen başvurucunun bu talebinin iç hukukta reddi sonucunda önüne gelen davada Mahkeme, ismin postada ve telaffuzda zorluk yarattığı ve garip olduğu konusunda ikna olmamış, lakap takılması ve çarpıtılmanın bir çok isimde söz konusu olduğuna dikkat çekerek özel hayata saygının ihlal edilmediği kanaatine varmıştır.

2 - Transeksüellerin Durumu

Bir transseksüelin, ismini ve cinsiyet değişimini yansıtacak biçimde resmi evraklarını değiştirmesine izin verilmemesi ile ilgili konuların, 8/1. Madde 1. kapsamındaki özel hayata saygı hakkını ilgilendirdiğine karar verilmiştir.¹⁸¹

Transeksüellere ilişkin davalarda devletin bir transeksüelin kimliğine saygı duyma yükümlülüğünün sınırları belirlenmemiştir. Ancak, konunun özel hayat alanına girdiği ve hukuki korumanın sadece kişinin bu konudaki kararını değil, ayrıca bu durumun başkaları tarafından bilinmesini de içerdiğini vurgulanmaktadır.

¹⁷⁸ Guillot-Fransa davası, 24 Ekim 1996, RJD 1996-V., No. 19.

¹⁷⁹ Burghartz v. Switzerland, 16213/90, 22.2.1994

¹⁸⁰ Stjerna v. Finland, 18131/91. 25.11.1994

¹⁸¹ B-Fransa davası, 25 Mart 1992 tarihli karar, Series A no.232-C.

Bir transeksüelin doğum sertifikasının yetkililer tarafından değiştirilmemesine ilişkin Rees davasında¹⁸² Komisyon oybirliği ile, Mahkeme de büyük çoğunlukla 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermişlerdir. Mahkeme davada karara ulaşırken üye devletlerin hukuk sistemlerinde transeksüalizme nasıl bakıldığını araştırmış ve üye devletlerin bu alanda geniş takdir yetkisi kullanıldığını belirtmiştir. Mahkeme kararında, transeksüellerin tıbbi durumunun bilim adamları tarafından araştırıldığını ve tıbbi ve cerrahi yardım ile bu sonunun yatıştırılabileceğini de vurgulamaktadır¹⁸³. Sonuç olarak sözleşmenin bugünkü durumun ışığında yorumlanması ve uygun yasal tedbirlerin alınmasının denetim altında tutulmasına karar verilmiştir. Bu karar transeksüellerin durumunun Rees kararında çözümlenmediğini göstermektedir.

Fransa'ya karşı B davası¹⁸⁴ transeksüelliğin belirsizliği ve cerrahi müdahalenin haklılığının sorgulanmasının sürdüğü bir davadır. Erkek olarak doğan B, hormon tedavisi görmüş ve ardından ameliyatla kadın olmuştur. Ancak, Fransız makamları B'nin yeni cinsiyetini tanımamışlar ve kimlik bilgilerini değiştirmemişlerdir. Mahkeme davada 8. madde çerçevesinde "özel yaşam hakkı"nın ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme özel yaşamın en mahrem alanında bireyin cerrahi müdahaleyi de içeren tıbbi tedavinin gerekliliğini ispat yükünün olmasını orantısız görmüş ve 8. maddenin ihlaline karar vermiştir. Bu dava ile transeksüelitenin tedavisi için cerrahi müdahale de dahil olmak üzere sosyal güvenlik sistemlerinin devreye sokulmasının da yolu açılmaktadır.

3 - Bireyin Kimliğine ilişkin Verilere Ulaşması

Bireyin kimliğine ilişkin veriler özel hayatının bir parçasıdır. Bu çerçevede hem kişisel verilere ulaşmamak özel hayata bir müdahale olarak

¹⁸² Case of Rees v. U.K. 9532/81, 17.10.1986.

¹⁸³ Kilkelly, s.46.

¹⁸⁴ B. v. France, J3343/87, 25.3.1992, pg.48-55-62.

değerlendirilecektir, hem de başkalarının bu bilgilere ulaşmasının özel hayata müdahale olarak kabul edilmesi ve gerekli tedbirlerin alınması gerekir.

Bir devletin yetkili temsilcileri tarafından bir birey hakkında rızası alınmaksızın bilgi toplanması her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendirir ve bu nedenle; cinsiyet, medeni hal, doğum yeri ve diğer kişisel bilgilerle ilgili yanıtlanması zorunlu sorular içeren resmi nüfus sayımı¹⁸⁵, 8/1. Madde kapsamına girer.

Gaskin davasında¹⁸⁶ başvuru küçük yaşta devletin bakımı altına alınmış ve reşit olana kadar burada kalmıştır ve istediği şey bu döneme ait tüm dosyalarına kayıtlara katkıda bulunanların rızası olmadan da erişebilmektir. Mahkeme kararında, devletin 8. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüğünü saptamak için sosyal hizmet kayıtlarını gizli bir sistemde tutmaktan doğan kamu yararı ile kişinin özel hayatı hakkındaki bilgilere erişmesi konusundaki bireysel hakkı arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme. kişilerin kendi çocukluklarını ve erken gelişim dönemlerini bilmek ve anlamak için gerekli bilgilere ulaşmak konusunda bir temel hakka sahip olduklarını belirtmektedir.

Odievre Fransa'ya karşı davası¹⁸⁷, bireyin doğal anne ve babasının kim olduğunu öğrenmesi hakkı ile annenin kimliğini saklama hakkı arasındaki dengenin Büyük Daire tarafından kurulmasına ilişkin bir karardır. Karar aynı zamanda Mahkemenin bireyin kimliğine ilişkin verilere ulaşmasında farklı tutum sergilediği bir karardır¹⁸⁸. Annesi tarafından terk edilen başvuru annesi doğumun gizli tutulmasına ilişkin bir belge de imzalamıştır. Daha sonra çocuk başkaları tarafından evlat edinilmiştir. Aralık 1990 da Çocuk Hizmetleri Kurumundan dosyası gelmiş. fakat kimliğine ilişkin bilgiler “gizli” tutulmuştur. Bu konuda Fransa'da yasal planda değişiklik yapılmış, ancak annenin kimliğinin açıklanmasını reddetme hakkı korunmuştur. Başvuru, doğal ailesi hakkında kimliğine ilişkin bilgilere ulaşamadığını ve bu yüzden kişisel geçmişini bulmasının engellendiğini ifade etmektedir.

¹⁸⁵ Appl. No.9072/82, X-Birleşik Krallık davası, 6 Ekim 1982, 30 DR 229.

¹⁸⁶ Gaskin v. U.K., 10454/83, 7.7.1989.

¹⁸⁷ Case of Ovidre v. France, 42326/98., 13.2.2003.

¹⁸⁸ Üzeltürk, s. 181

Mahkeme, öncelikle kararda, özel hayat kavramının kişisel gelişmeyi koruduğunu, bunun da kişinin bir insan olarak kimliğine ilişkin ayrıntılı bilgiye ulaşmayı da içerdiğini hatırlatmaktadır. Kararda, bireyin gerçek ailesini bilme hakkının olduğunu ve bunun özel hayat kavramının geniş yorumlanmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bu kapsamda, çocuğun kişisel gelişimi için hayati çıkarlarının Sözleşme tarafından korunduğunu, diğer yandan, sağlıklı tıbbi koşullarda doğum yapmak isteyen ve anonim kalmak isteyen bir kadının çıkarlarının da reddedilemeyeceğini belirten Mahkeme, annenin çocuğu hiç görmeyi talep etmediğini, artık bir yetişkin-çocuk ilişkisinden değil, bir yetişkin-yetişkin ilişkisinden bahsedilebileceğini vurgulamaktadır.

4 - Kıyafet Tercihi

Bireyin kıyafeti de kimlik hakkı içerisinde değerlendirilmektedir. Bir mahkumun cezaevinde kendi giysilerini giymek istemesine ilişkin başvuruda¹⁸⁹ İHAK, cezaevi giysileri giyme zorunluluğunun 8. maddeden kaynaklanan hakka müdahale olduğunu ve 8/2 ye göre haklı sebebe dayanması gerektiğini ifade etmektedir. Komisyon cezaevi kıyafeti giymeyi; hukuki, demokratik toplumda kamu güvenliği, düzensizliğin ve suçun önlenmesi sebepleri ile gerekli ve orantılı bulmuştur.

C – RUHSAL VE FİZİKSEL BÜTÜNLÜK

Bir kişinin fiziksel şahsiyetiyle ilgili bazı müdahaleler, özel hayatına tecavüz olabilmesine rağmen, bu durum bütün müdahaleler için geçerli değildir. İHAM bireyin moral ve fiziksel bütünlüğüne müdahalelerin bazı durumlarda özel hayat hakkının ihlali olduğunu ifade etmektedir¹⁹⁰.

¹⁸⁹ McFeeley v. U.K., 8317/78, 15.5.1980., s. 161

¹⁹⁰ Üzeltürk, s. 182.

Costello Roberts-Birleşik Krallık¹⁹¹ davasında küçük bir çocuğa verilen bedensel cezanın 8. Madde'yle uyumluluğu ele alınmıştır. Mahkeme; bazı şartlarda eğitim konusunda alınan önlemlerin, özel hayata saygı hakkını etkileyebileceğini ancak bir bireyin fiziksel veya manevi şahsiyetini olumsuz yönde etkileyebilecek bütün hareketler veya önlemlerin, mutlaka böyle bir müdahale durumu olduğu anlamına gelmediği, davacının şikayet ettiği muamelenin, fiziksel veya manevi şahsiyetini 8. Madde çerçevesindeki yasağın kapsamına girecek kadar olumsuz yönde etkilemediği yönünde karar kurmuştur.¹⁹²

Mahkeme Botta davasında, bir özel işletmenin özürlü kişilerin plaja ve denize ulaşmasını sağlayacak imkanlar sunmamasına karşılık devletin tedbir almamasının 8. maddenin ihlali olmadığına karar vermiş, bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünde 8. maddenin sunduğu garantinin öncelikle bir dış müdahale olmadan her bir bireyin diğer insanlarla ilişkilerindeki gelişmeyi garanti etmeyi amaçladığını belirtmiştir¹⁹³.

Bireyin ruhsal ve fiziki bütünlüğü açısından iki tür dava 8. maddenin kapsamının genişletilmesi açısından ilginçtir. Çevrenin korunması ve tedaviyi reddetme, ölme hakkı.

1 – Çevre Hakkının Korunmasına İlişkin Davalar

Sözleşmede açıkça çevre hakkı düzenlenmemekle beraber, bu alana ilişkin bazı davalar 8. maddenin korumasından yararlandırılmaktadır. Rayner kararında¹⁹⁴ Komisyon, yoğun ve sürekli uçak sesinin özel hayatı çekilmez hale getirdiği iddiasının karşısında, "şüphesiz yüksek gürültü bireyin fiziksel iyiliğini etkiler ve özel hayatına müdahaledir" şeklinde karar vermiştir.

¹⁹¹ Costello Roberts-Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1993 tarihli karar.

¹⁹² Costello Roberts-Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1993 tarihli karar, para 36.

¹⁹³ Botta v. Italy, 21439/93, 24.2.1998, pg.32.

¹⁹⁴ Rayner v. U.K., 9310/81, 1986.

Mahkeme ise, Heathrow Havaalanının gün boyu süren gürültüsünün özel hayatı etkilediğini kabul etmiştir.

Lopes Ostra'nın¹⁹⁵ evinin yakınında bulunan tabakhaneden yayılan pis koku, hastalık ve duman nedeniyle özel ve aile hayatının ihlal edildiği iddiasını Mahkeme haklı bulmuş, 8. maddenin ciddi çevre kirliliğinden koruma hakkını da içerdiğini, çünkü, böyle bir problemin bireyin esenliğini etkileyebileceğini ve sağlıkların ciddi biçimde tehlikeye atmasa da özel hayatına engel olabileceğine karar vermiştir.

İtalya'ya karşı Guerra davasında¹⁹⁶, davacıların yaşadığı kasabanın yakınında bulunan ve kimyasal maddeler üreten fabrikanın üretim sırasında çok miktarda parlayıcı gaz, sülfür dioksit, nitrik asit, sodyum, amonyak ve arseniktrioksidin havaya kanştığını ve önlem alınmadığı için Sözleşmenin 2. ve 8. maddesi çerçevesinde yaşamlarına ve fiziksel bütünlüklerine saygı hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Mahkeme, kararında 8. maddeyi uygulamış ve şiddetli çevre kirliliğinin kişilerin özel ve aile hayatlarını olumsuz etkileyerek evlerinde huzur içinde yaşamalarına engel olduğunu ve olayda sorumlu kamu otoritelerinin fabrikanın faaliyeti ve bir kaza meydana geldiğinde yörede yaşayanların karşılaşılabileceği risk konusunda bilgilendirme pozitif yükümlülüğünü yerine getirilmediğine hükmetmiş ve İtalya'yı mahkum etmiştir. Guerra davası çevresel bilgi edinme hakkının tanınması açısından Mahkemenin önemli kararlarından biridir.

2 – Bireyin Tedaviyi Reddetme ve Ölme Hakkı

Özel hayat kavramı bireyin vücudu üzerinde tasarruf etme hakkını da içermektedir. Bu çerçevede belli bir tedavinin reddi veya ölüm oruçlarında zorla beslenmenin reddi ve hatta ölme hakkı bu çerçevede değerlendirilebilir¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Lopez Ostra v. Spain, 16798/90, 9.12.1994, pg.51.

¹⁹⁶ Case of Guerra and Others v. Italy, 14967/89, 19.2.1998, pg.25-27.

¹⁹⁷ Üzeltük, s. 187.

Komisyonu göre, bireyin kendisi için belli bir tıbbi tedaviye karar vermesi özel hayat kavramı içerisinde yer alır. Bu sebeple de devlet yetkililerinin emri ile veya devlet kurumunda gözetim altındaki kişiye zorla tıbbi tedavi uygulanması bu hakka müdahaledir. Herzegfalvy¹⁹⁸, davasında Mahkeme başvurusunun psikolojik sorunları ve kendi kararlarını verme konusundaki yetersizliğinden hareketle zorla beslemenin özel hayata müdahale oluşturmadığına karar vermiştir.

Bir başka ilginç dava ise, ölümcül bir hastalığa yakalanan başvurusunun intihar etme olanağının ancak birinin yardımı ile mümkün olması halinde eşinin intihara yardımının İngiliz hukukunda suç olarak düzenlenmesini, yaşama hakkının yaşama son verme hakkını da içermesi gerektiğini belirten başvuru, bireyin "kendi kaderini tayin hakkı"nın tanınmamasının 8. maddenin de ihlali olduğunu iddia etmektedir. Hükümet, özel yaşama saygı hakkının bireyin ölmesine yardım etme hakkını içermediğini vurgulamaktadır. Başvuru ise intihara yardım konusunda geniş kapsamlı bir yasağın orantısız olduğunu iddia etmektedir. Sonuçta Mahkeme, müdahalenin orantısız olmadığına ve demokratik toplumda gerekli olduğuna karar vererek İngiltere'nin 8. maddeyi ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır¹⁹⁹

D - KİŞİSEL VERİLERİN TOPLANMASI VE KULLANILMASI

Devletin, kişinin rızası olmaksızın hakkında ne kadar kişisel bilgi toplayabileceği, saklayabileceği ve bu bilgileri ne kadar kullanabileceği, söz konusu durumun 8. Madde'ye uygunluğuna bağlıdır²⁰⁰.

İHAS m. 8 Sözleşmede en dinamik maddelerden birisidir. Bilgi toplama ve bu bilginin kullanılması da 8. maddenin en farklı alanları kapsayan

¹⁹⁸ Cas e of Herzegfalvy v. Austria, 10533/83,24.4.1992.

¹⁹⁹ Case of Pretty v.U.K., 2346/02, 29.4.2002, pg.57-78.

²⁰⁰ Kilkelly, s. 31.

kısmı olarak ifade edilebilir. Mahkeme bu kararlarında sıkça makul beklenti testini de kullanmaktadır²⁰¹.

Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanıp kabul edilen "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme" nin 28.1.1981 tarihinde Strazburg'da imzaya açıldığı ve aynı tarihte Türkiye tarafından da imzalandığı belirtilmişti. Söz konusu Sözleşme çerçevesinde sadece öneriler getirmek üzere bir "Danışma Komitesi" oluşturulmasının sağlanması, güçlü bir Sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi mekanizmasından yoksun olduğunun belirtisi olarak yorumlanmaktadır²⁰².

Resmi makamların birey hakkında rızası dışında bilgi toplaması da özel hayat alanına girmektedir. Bu çerçevede resmi nüfus sayımı²⁰³, poliste parmak izi ve fotoğraflarının alınması²⁰⁴, birey hakkında tıbbi bilgilerin tutulması, bireyin izlenmesi, dinlenmesi, haberleşmesine müdahale özel hayat çerçevesinde değerlendirilmektedir.

1 – Tıbbi Verilerin Korunması

Kişisel veriler konusunda tıbbi veriler önemli bir kategori oluşturmaktadır. Sözleşme mekanizmaları tıbbi verilerin korunmasını da özel hayat kapsamı içinde değerlendirmektedirler.

Tıbbi verilerin ifşası konusunda Z v. Finlandiya²⁰⁵ davasında başvurunun eşi hakkında açılan davada HIV pozitif olan başvuru ve eşinin sağlık danışmanlarından mahkemede delil vermesinin istenmesi, başvurunun rızası olmaksızın sağlık raporlarına el konularak soruşturma dosyasına sokulması, sağlık belgeleri üzerinde gizliliğin on yıl sonra

²⁰¹ Üzeltürk, s.188.

²⁰² Üzeltürk, s.188.

²⁰³ X. v. U.K., 9702/87, 1982.

²⁰⁴ Murray v. U.K., 14310/88.28.10.1994, pg. 84.

²⁰⁵ Z. v. F.niand. 22009/93, 25 Ocak 1997.

kaldırılması, başvurunun kimliğinin mahkeme kararında yer alarak alenileşmesi dava konusu edilmiştir. Davada Mahkeme sağlık danışmanından delil istenmesini ve başvurunun sağlık raporlarına elkonulmasını 8. maddenin ihlali olarak görmemiş, ancak oybirliği ile tıbbi danışman tarafından sunulan belgelerin on yıl sonra kamuya açık hale gelecek olmasının ve başvurunun kimliğinin ve sağlık durumunun Helsinki Temyiz Mahkemesi tarafından açıklanmasının 8. maddenin ihlali anlamına geldiği hususunda karar vermiştir.

Mahkeme bu karar verirken önemli tespitler de bulunmuştur. Mahkemeye göre, kişisel ve tıbbi bilgilerin korunması 8. maddede yer alan özel ve aile hayatının korunması kavramı içinde yer almaktadır. Sağlık bilgilerinin güvenliğinin sağlanması üye devletler için hayati bir önem taşımaktadır ve bu önem sadece hastanın özel hayatına saygı duyma anlamında değil, genel olarak tıp mesleği ve sağlık hizmeti ile de ilgilidir. Mahkeme aksi halde tıbbi yardıma ihtiyacı olanların bundan uzak durabileceği konusundaki tedirginliğini belirtmiş ve bu durumun sadece söz konusu kişilerin sağlığını tehlikeye atmakla kalmayıp, bulaşıcı salgın hastalık halinde toplumun sağlığını da tehlikeye atacağını vurgulamıştır. Kararda Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen iki belgeye atıfta bulunulmuştur: Avrupa Konseyi 1981 Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşmesine, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı (R 89/149 ve Sağlık Hizmeti ve Sosyal Alanda HIV Enfeksiyonunun Etik Konularına). Bunun anlamı 8. madde aracılığı ile Avrupa Konseyi bünyesindeki metinlerin etkili hale getirilmesidir²⁰⁶

Tıbbi verilerin bir sigorta şirketine verilmesi ile ilgili olarak ise İHAM bireyin sigortadan yararlanması için bir kamu kurumunda bulunan tıbbi geçmişine ait bilgilerin yine bir başka kamu kurumu olan sosyal sigortaya verilmesini haklı bulmuştur²⁰⁷.

²⁰⁶ Üzeltürk, s.190.

²⁰⁷ Kilkelly, s.42

2 – Kolluk ve İstihbarat Güçleri Tarafından Bilgi Toplanması Ve Kullanılması

Kişilere ilişkin bilgiler polis tarafından suçun önlenmesi ve belirlenmesi amacıyla toplanan ve saklanan bilgiler ve ulusal güvenliğin korunması amacıyla güvenlik güçleri tarafından tutulan dosyalardır.

Bu durum kuşkusuz özel hayata müdahaledir. Bu çerçevede özellikle milli güvenlik, suçun önlenmesi meşru amaçlarına dayanılmaktadır.

Rotaru²⁰⁸ davasında başvuru hakkında gizli bilgiler içeren ve Romen İstihbarat Teşkilatı görevlileri tarafından tutulan, yanlış ve küçük düşürücü bilgiler içerdiği iddia edilen bir dosyanın bulundurulması ve bu bilgilerin ortadan kaldırılmaması söz konusudur. Mahkemeye göre öncelikle bireyin özel hayatına ilişkin bilgilerin gizli bir kayıt altında tutulması ve bu tür bilgilerin açıklanması ve bu bilgileri çürütmeye izin verilmemesi 8/1. madde anlamında özel hayata müdahaledir²⁰⁹. Mahkeme ayrıca iş hayatı ve mesleki aktiviteleri de özel hayat kapsamında görmektedir. Sadece özel bilgilerin değil hükümetin iddia ettiği gibi toplanan kamusal bilgilerin de eğer kamusal otoriteler tarafından sistematik olarak toplanıyorsa özel hayata saygı kapsamında olduğu ve bireyin uzak geçmişi hakkındaki bilgiler için de aynı sonucun geçerli olduğu Mahkeme tarafından belirtilmektedir. Mahkeme, gizli servislerin demokratik bir toplumlarda kabul edildiğini ancak, gizli izlemeye tolerans gösterilebilmesinin ancak demokratik kurumları korumak için ciddi bir biçimde gerekli ise mümkün olabileceğini hatırlatmaktadır.

Polis tarafından fotoğraf çekilmesinin bir bireyin özel hayatına müdahale sayılıp sayılmayacağı, konunun bir özel olayla mı, yoksa kamu olayıyla mı ilgili olduğuna ve elde edilen malzemenin kısıtlı olarak mı kullanılacağına, yoksa kamuya da açıklanma olasılığının olup olmadığına bağlıdır²¹⁰.

²⁰⁸ Rataru v. Romania, 28341/95, 4/5/2000, pg.42-60.

²⁰⁹ Leander v. Sweden, 9248/81, 26.3.1987, pg.48., Kopp v. Switzerland, 23224/94. 25.3.1998. pg.53.

²¹⁰ Kilkelly, s.32.

Friedl²¹¹ davasında, evsizlerle ilgili izinsiz gösteri sırasında Viyana polisinin başvuru hakkında soruşturma yapabilmek amacıyla iradesi dışında fotoğraflarının alınması söz konusudur. Polis daha sonra davacının kimliğini belirlemiş, bu kişisel bilgileri kaydederek dosyalamıştır. Sonuçta İHAK özel yaşama saygı hakkının ihlal edilmediğine hükmederken; resmi otoritelerin başvuru evine girip fotoğraf çekmesi gibi bir "özel hayatın iç alanına" müdahale olmadığına, fotoğrafların başvuru istegi ile katıldığı kamuya açık ve birden fazla kişinin katıldığı bir gösteriden alındığı ve yine fotoğrafların konuyla ilgili suçların daha sonra soruşturulması amacıyla sadece gösterinin özelliğini ve gösteriye katılan kişilerin davranışlarını kayda geçmek amacıyla çekildiği sebeplerine dayanarak karar vermiştir.

Komisyon, geçmişteki ceza davaları hakkında kayıtlar tutulmasıyla bir bireyin özel hayatına müdahale edilmesinin göreceli olarak hafif olduğu ve suçun önlenmesi için modern bir demokratik sistemde gerekli olarak değerlendirilebileceği görüşündedir²¹².

Murray²¹³, kararında ise ağabeyi terör nedeniyle mahkum olan başvuru makul şüphe üzerine evinde arama yapılmış ve gözaltına alınmıştır. Gözaltında iradesi dışında polisler tarafından fotoğrafları çekilmiş ve kaydedilmiştir. Mahkemeye göre, polis istasyonunda bir kişinin rızası dışında fotoğraflarının alınması özel hayata müdahaledir ve bu müdahaleyi meşru kılacak sebepler olmalıdır²¹⁴. Davada bu sebepler suçun niteliği ile ilişkilendirilmiştir. Mahkemeye göre kaydedilen kişisel bilgilerin hepsi tutuklama ve soruşturma prosedürüyle alakalıdır ve başvuru kişisel bilgilerinin ve fotoğraflarının kaydedilmesi terör suçlarının meşru sınırları içindedir²¹⁵.

²¹¹ Friedl v. Austria. 15225/89.31.1.1995.

²¹² Kilkelly, s.36.

²¹³ Murray v. U.K .. 14310/88,28.10.1994.83-95.

²¹⁴ Feldman, "Information and Privacy", 5.308.

²¹⁵ Kilkelly, s.37.

Polis tarafından DNA örneği alınması ve kan testi yapılması ile ilgili olarak ise²¹⁶. İngiliz vatandaşı başvuru 1982 yılında hırsızlık ve yaralama suçlarından mahkum olmuştur. 1988 de polisin bir cinayet soruşturmasında olay yerinden elde ettiği kanı başvuru 1982 deki kan örneği ile karşılaştırılmıştır. Başvuru o zaman kan örneği verdiğini bilmemektedir. Başvuru cinayet şüphesi ile gözaltına alınmış ve kendisinden yeni kan örneği istenmiştir. Sonuçta başvuru soruşturma dışı kalmıştır. 10 Haziran 1989 da 1984 Suç Delilleri Yasasına uygun bir şekilde polis kan örneğini yok etmiştir. Fakat başvuru sonradan örneğin DNA analizlerinin Metropolitan Polisinin bilgisayarındaki veri kayıtlarında olduğunu fark etmiştir. Polis bilgisayar kayıtlarının 29 Temmuz 1991'de (olması gereken tarihten iki yıl sonra) silindiğini kabul etmiştir. Başvuru hala 1982 ve 1988 de verdiği kan örneklerinin polisin kağıtlardaki bilgilerinde var olduğu şüphesini taşımaktadır. Bu sebeple de davayı Komisyon önüne getirmiştir. Komisyon kan örneğinin alındığından on bir ay sonra yok edildiğini ve bu sürenin de cinayet soruşturması için sebepsiz olmadığını ve bu süre içinde kan örneğinin başka amaçlar için kullanılmadığını hatırlatmaktadır. DNA bilgilerinin dosyalanması riski karşısında Komisyon Başvuru önyargı ile karşılanan bir mağdur olmadığı için Sözleşmenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Gözaltında parmak izinin veya fotoğrafların veya kan alınması gibi tıbbi testlerin veya bireyin cinsel hayatı gibi özel hayata ilişkin bilgilerin polis soruşturmasında sorulmaları²¹⁷ özel hayata müdahale olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple de meşru bir sebebe ihtiyaç vardır.

Sovyet elçiliği ile yapılan telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve fişlenmesine ilişkin Amann kararında ise²¹⁸, başvuru bu durumun 8. maddeyi ihlal ettiğini iddia etmektedir. Mahkeme özel hayata ilişkin bilgilerin saklanması Sözleşmenin 8/1. maddesi kapsamında olduğunu hatırlatmaktadır. Ayrıca, özel hayatın dar anlamda alınmaması gerektiğini ve diğer insanlarla ilişki kurmak ve geliştirmeyi de içerdiğini hatırlatarak fişlemeyi

²¹⁶ Roy Williams. 19404/92.21 Ocak 1992.

²¹⁷ Lustig-Prean v. U.K. 31417/96, 27.

²¹⁸ Amann v. Switze~land. 27798/95, 16.2.2000. pg.64-80.

de 8. madde kapsamında değerlendirmiştir(pg. 657). Fişteki bilgilerin birey hakkında hassas bilgiler olmadığı savunmasını Mahkeme haklı bulmamış, önemli olanın bilginin fişlenmesi olduğunu belirtmiş ve sonraki kullanımın hakka müdahale olduğu durumunu değiştirmeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme hem fişin hazırlanması, hem de saklanması konusunda İsviçre hukukunun başvurusunun özel hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini, çünkü yasanın kamu otoritelerinin yetkilerinin alanlarını ve şartlarını yeterli açıklıkta ortaya koymadığını belirtmiştir(pg.72-80).

Sokak ve meydanlara yerleştirilen kameralara ilişkin olarak Peck v. Birleşik Krallık davasında²¹⁹ başvuru kamuya ait bir caddede intihar girişiminde bulunmuş, sokak, kapalı devre televizyon sistemi ile izlendiği için görevli, başvurusunun elindeki bıçağı görüp polisi haberdar etmiş, olaya müdahale eden polis tıbbi tedaviden sonra başvurusu salmıştır. Ancak, yerel otoriteler kapalı devre televizyon sisteminin faydalarını anlatmak üzere yüzünü kapatmadan başvurusunun görüntüsünü yayınlamışlar ve basın da onu izlemiştir. Mahkeme, özel yaşama ait beklentilerin zayıf olduğu kamusal bir alanda sadece film alınmasının özel hayata müdahale olmadığını, ancak, bilgilerin kaydedilmesinin ve sistematik veya geçici olarak saklamanın özel hayata müdahale olduğuna karar vermiştir.

Kolluk kuvvetleri tarafından gözaltında iken video filmine kaydedilmesine ilişkin olarak İHAM önüne giden davada²²⁰, Hükümet, polis istasyonunun özel alan olmadığını ve kameraların güvenlik sebebiyle çalıştığından başvurusunun filme alındığını anlayabilecek durumda olduğunu ve bu durumda "makul bir özel hayat beklentisi" nin olamayacağını ileri sürmektedir.

²¹⁹Case of Peck v. U.K. .. 44647/98, 28.1.2003.

²²⁰Case of Perry v. U. K., 63737/00,17.10.2003, pg.36.

3 – Gizli olarak Dinleme ve İzleme

Bireyin izlenmesi ve evinin, işyerinin veya telefonlarının dinlenmesi özel hayata müdahale edilen alanlardır. Özel haberleşmeye müdahale amaçlı gizli teknolojik aletlerin kullanılarak yapılan dinleme ve izlemede, yapılan telefon konuşmasının içeriği ne olursa olsun özel hayatın kapsamına girmektedir.

Halford-Birleşik Krallık²²¹ davasında, bu hakkın kapsamına, amacı iş ya da özel olsun, bütün telefon görüşmeleri ve iş telefonlarının kullanılması sokulmuştur.

A-Fransa²²² davasında hükümet, bir cinayetin planlanmasıyla ilgili görüşmelerin kaydedilmesinin özel hayat kapsamına girmediğini iddia etmiştir. Komisyon, bir görüşmenin kamu çıkarını ilgilendirmesinin, görüşmenin özel olma özelliğini yitirmesine neden olmadığını belirtmiştir. Mahkeme de bu görüşü kabul etmiştir.

Diğer yandan davacının sivil havacılıkta kullanılan bir radyo kanalını kullandığı durumda, söz konusu görüşme diğer kullanıcıların da erişebileceği bir dalga boyunda yapıldığı için, haberleşmeye yapılan müdahale özel hayata müdahale sayılmamıştır ve özel haberleşme olarak nitelendirilmemiştir.²²³

İHAM'ın bir başka önemli kararı ise İngiltere'ye karşı P.G. ve J. H. kararıdır²²⁴. Kararda bir sabıkalının soygun yapacağına dair istihbarat alan polisler yasal bağlayıcılığı olmayan ve kamunun doğrudan "ulaşamayacağı bir "rehber-guidelines" e dayanarak başvurucunun izlenmesine, dairesine dinleme cihazı yerleştirilmesine ve telefonda kimlerle konuştuğunun tesbitine önce sözlü, sonra da geriye dönük yazılı emirle karar vermişlerdir. Ayrıca İngiliz Telekomünikasyon İdaresinden kimlerle konuştuğuna dair liste istemişlerdir. İlk başvuru çalıntı otomobilde yakalanmış, otomobilin bagajında soygun malzemeleri olduğu düşünülen araçlar ele geçmiştir. Polis sorgusunda başvuru konuşma örneği vermeyi reddetmiştir. Kasetteki ses

²²¹ Halford-Birleşik Krallık, 25 Haziran 1997 tarihli karar.

²²² A-Fransa davası, 23 Kasım 1993 tarihli karar.

²²³ Appl. No. 21353/93, 27 Şubat 1985.

²²⁴ P.O and J.H. Y. U.K., 44787/98.25.9.2001.

ile karşılaştırabilmek için ses testine ihtiyaç vardır ve bu sebeple başvurucunun hücrelerine dinleme cihazı yerleştirilerek tetkik yapılmıştır. Bu tetkikin sonucunda uzmanlar sesin ilk başvuru için "muhtemelen" ikinci başvuru için "oldukça muhtemelen" onlara ait olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme, başvurucunun dairesine dinleme cihazı yerleştirilmesine ilişkin olarak tedbirin uygulandığı dönem zarfında hukukilik unsurunun yerine getirilmediğini, çünkü İçişleri bakanlığı tarafından hazırlanan ve hukuki bir bağlayıcılığı olmayan ve kamunun ulaşabilir olmadığı bir belgeye dayanarak özgürlüğe müdahale edildiğini belirtmiştir.

Başvurucunun telefon kayıtları kullanılarak bilgi toplamaya gelince, Mahkeme bu işlemin kendiliğinden 8. maddenin ihlali anlamına gelmeyeceğini, fatura amacı ile bu işlemin yapılmasında ihlalin olmadığını belirtmiştir. Ancak sonuçta Bilgi Toplama Yasasına dayandığından yasallık ilkesinin yerine getirildiğine ve bilginin silahlı soygun şüphesi ile bir soruşturma ve dava ile ilgili olarak elde edilip kullanıldığı için orantısız olmadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olduğuna karar vermiştir²²⁵.

Polis karakolunda ses örneği almak için başvurucunun dinlenmesi konusunda ise, Mahkeme özel hayata saygı hakkına müdahale olduğuna karar vermiştir. Mahkeme keyfiliğin önlenmesi mümkün olmadığı içintedbirin yasallık ilkesine uygun olmadığına ve bu yönden Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (pg.61-63).

Bireyin rızası dışında görevlilerin bazen hileye başvurarak elde ettikleri sese ve resim kayıtlarının Mahkeme tarafından özel hayata müdahale olarak değerlendirildiği görülmektedir²²⁶.

İngiltere'ye karşı yeni kararlardan biri olan Lewis davasında²²⁷, uyuşturucu kaçakçısı olduğu düşünülen başvuru ve eşinin evi 28 gün gizli kayıt cihazı ile dinlenmiş ve bu kayıtlara dayanarak başvuru mahkum edilmiştir. Bu sırada Birleşik Krallık'da gizli dinlemeye ilişkin yasal düzenleme yoktur. Olaydan yaklaşık bir yıl sonra yasa çıkmıştır, ancak olayın

²²⁵ F.O and J.H. Y. U.K., 44787/98, 25.9.2001, pg.49-51.

²²⁶ Cf. Perry Kararı

²²⁷ Michael Gove v. U.K., 27237/95, 14.1.1998, pg. 62.

gerçekleştiği sırada yasallık ilkesi yerine getirilmediği için 8. maddenin ihlali söz konusudur.

Telefonların dinlenmesi ve gizli izleme konusunda bir kısım davalar da Fransa aleyhine Mahkeme önüne getirilmiştir. *Kruslin*²²⁸, *Huvig*²²⁹, *Lambert*²³⁰, davalarının hepsinde yasallık şartı yerine getirilmediği için Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Doerga kararı²³¹, Hollanda Polisnin içlerinde başvurusunun da bulunduğu bazı mahkumların ceza evinden rehine alarak kaçacaklarına dair yanlış ihbar alması üzerine telefonların dinlenmesi ve kaydedilmesi ve bu kayıtların saklanmasına ilişkindir. Bu sırada başvurusunun eski eşinin aracında bir patlama olmuş ve oğlu ve kendisi yaralanmıştır. Başvurusunun kız kardeşi ile yaptığı telefon konuşmalarında da eski eşinin aracına binmemesi ve yaklaşmamasını söylediğinden hareketle hakkında dava açılmış ve mahkum olmuştur. Mahkeme kararında, yasallık ilkesine göre öncelikle müdahalenin ulusal hukukta bir temeli olması gerektiği ikinci olarak ise, yasanın ulaşılabilir olması, bireyin davranışının sonucunu görmesi ve hukukun üstünlüğü ile bağdaşır olma şeklinde ifade edilen hukukun kalitesi kavramını hatırlatmıştır. Olayda ulusal hukukta mahkumlara ait telefon kayıtlarının cezaevinin konuya ilişkin sorumlular tarafından dinlenir dinlenmez silinmesine ilişkin hüküm vardır. Ancak Yüksek Mahkeme bu düzenlemeyi "tehlike vuku bulur bulmaz" şeklinde yorumlamıştır. İHAM yasanın kalitesini değerlendirirken açıklık ve detaylardan yoksun olduğu kanaatine varmış, bu kanaatini de ulusal hukuktaki düzenlemeye Yüksek mahkeme tarafından getirilen yorumla delillendirmiştir. Burada Yüksek mahkemenin kayıtların tehlike vuku bulana kadar saklanması sekiz ay kayıtların saklanması anlamına gelmiştir. Mahkeme mahkumların dışarıyla ilişkilerinin ve bu arada telefon görüşmelerinin olağan olarak veya bir sebebe dayanarak izlenmesinin gerekli olabileceğini, ancak, yeterince açık ve detaylı bir korumanın keyfi müdahalelere engel olmak için gerekli olduğunu

²²⁸ *Kruslin v. France*, 11801/85, 24. 4. 1990.

²²⁹ *Huvig v. France*, 11105/84, 24. 4. 1990.

²³⁰ *Lambert v. France*, 23618/94, 24.8.1998.

²³¹ *Case of Doerga v. Nedherlands*, 50210/99, 27.4.2004. pg.31-54.

belirtmektedir. Sonuçta Sözleşmenin 8/2. maddesindeki yasallık ilkesi yerine getirilmediği için özel hayat ve haberleşme ye saygı hakkı ihlal edildiğine dair karar verilmiştir.

Görüldüğü gibi telefonların dinlenmesi ve gizli izlemeye ilişkin davalarda sorun büyük ölçüde bu alandaki düzenlemelerin ya hiç olmaması ya da yeterli açıklıkta olmamasından kaynaklanmaktadır. Kararlara genel anlamda bakıldığında mahkemenin cinsel tercihlerde olduğu gibi telefon dinleme konusuna da ciddiyetle yaklaşmıştır. Telefonların dinlenmesi sadece haberleşmeye saygı hakkını değil, özel hayatı da ihlal etmektedir. Davalarda tedbirin iç hukukta bir dayanağının olması aranmış, ancak milli otoritelerin bu alanda daha yetkin oldukları da kabul edilmiştir. Ardından yasanın ulaşılabilir olması aranmış ancak, bu konuda pek bir sorun yaşanmamıştır. Asıl karar yoğunluğu yasanın öngörülebilirliğinde odaklanmıştır. Mahkeme yasanın kalitesi veya niteliği olarak gördüğü bu alanda bireyin hakkına müdahale edildiğinde kamu otoritelerinin bu alandaki yetkilerinin bireyin kendini ayarlayabilecek açıklıkta olmasını beklenmiştir. Bu açıklık gerektiğinde uygun bir tavsiye ile de olabilecektir²³².

F – CİNSEL TERCİHLER

Sözleşme çerçevesinde homoseksüelliğin cezalandırılması tartışmalı bir konudur. Komisyon kararlarında homoseksüel faaliyeti suç sayan Alman hukukunu 8. madde çerçevesinde özel yaşama müdahale olarak görmüş, ancak bu müdahalenin meşru bir sebebe dayandığına karar vermiştir. Bu sebepler genel sağlık ve genel ahlaktır. Sonraki kararlar olan Norris ve Dudgeon kararlarında da yetişkinler arası homoseksüel ilişkinin suç olması 8. maddenin ihlali olarak görülmüştür.

²³² Üzeltürk, s.208.

Dudgeon-Birleşik Krallık²³³ davasında, bir kişinin bireysel alanının temel unsurlarından biri olan özel cinsel davranışların, sırf başkalarında şok etkisi yarattığı veya rahatsız ettiği için yasaklanamayacağı kararlaştırılmıştır. Özel hayatın bu kadar mahrem bir boyutunda, herhangi bir müdahalenin açıklanabilmesi için özellikle ciddi nedenlerin olması şarttır. Mahkeme bu bağlamda demokratik bir toplumun iki ana özelliği olarak hoşgörü ve açık fikirliliğin altını çizmiştir. Bu nedenle Dudgeon davasında, rızası olan erkekler arasındaki homoseksüel davranışların suç sayılmasının, davacının özel hayatına haklı görülemez bir müdahale olduğuna karar vermiştir.

Norris-İrlanda²³⁴ davasında Mahkeme, homoseksüel davranışları suç sayan İrlanda kanunu hakkında da aynı sonuca ulaşmıştır ve Devletlerin belirli bir toplumda ahlakın korunmasında geniş takdir hakkına sahip olması gerektiği iddiasını reddetmiştir. Ancak gençlerin korunması konusunda, rıza yaşının belirlenmesi dahil uygun önlemlerin alınmasında Taraf Devletlere belirli bir takdir hakkı bırakılmıştır.

ADT-Birleşik Krallık²³⁵ davasında, eşcinsel olan başvuru evinde yapılan aramada aralarında kendisinin de bulunduğu dört kişinin eşcinsel ilişkilerinin video kasetlerinin ele geçirilmesi ve adaba aykırılık suçundan mahkum olmalarının özel yaşama saygı hakkını ihlal ettiği ileri sürülmektedir. Başvurucunun cinsel faaliyetlerini video kasetlere kaydetmesi nedeniyle kovuşturma başlatılmasının, bu kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına haksız bir müdahale olup olmadığı Mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. Mahkeme, bir noktada Hükümete katılarak cinsel faaliyetlerin bazı biçimlerinin devletin müdahalesini haklı kılabileceğini kabul etmekle beraber, bu davada böyle bir durumun söz konusu olmadığına karar vermiştir. Özellikle davacının bu cinsel faaliyetleri sınırlı sayıda arkadaşıyla ve başkalarının olanları anlama olasılığının çok düşük olduğu şartlarda yapmış olması dikkate alınmıştır. Bu faaliyetler video kasetlere kaydedilmesine rağmen Mahkeme, davacının kayıtlar veya bu kayıtların

²³³ Dudgeon-Birleşik Krallık davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar.

²³⁴ Norris-İrlanda davası, 26 Ekim 1988 tarihli karar.

²³⁵ ADT-Birleşik Krallık davası, 31 Temmuz 2001 tarihli karar.

kamunun eline geçmesi riskinden dolayı değil, faaliyetlerin kendisinden dolayı dava edilmesine önem vermiştir. Mahkeme, hem yürürlükteki kanunlara uymanın, hem de başvuru aleyhine dava açıp başvuru cezalandırmanın, ahlaki koruma hedefiyle ve 8. Madde 2. fıkradaki başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla orantılı olmadığına karar vermiştir.

Laskey, Jaggard ve Brown²³⁶ davasında başvuru grup halinde sado-mazoşist ilişkilerinin gösterildiği video kasetlerinin bulunması sebebiyle kasten yaralama eyleminden mahkum olmuşlardır. Başvurular bu sebeple mahkum olmalarının Sözleşmenin 8. maddesini ihlal anlamına geldiğini ifade etmektedirler. Mahkemeye göre, başvuru mahkumiyetleri özel yaşama saygı hakkına bir müdahaledir. Ancak, olayda yasa ile öngörülmüş meşru bir amaç olan sağlık ve ahlakın korunması söz konusudur. Mahkeme müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığını incelemiştir. Başvurular sado-mazoşist faaliyetlerin kendi özel cinsel alanlarını ilgilendirdiğini ve bu alana devletin müdahale etmemesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme buna katılmamaktadır. Çünkü bu faaliyetler beden üzerinde ağır yaralanmalara yol açmıştır ve Devletin yalnızca gerçek zararı değil, potansiyel zararı da takdir etmek yetkisine sahiptir. Sonuçta müdahale haksız ve orantısız değildir²³⁷.

G – ÖZEL HAYATA İLİŞKİN BİLGİLERİN AÇIKLANMASI

Özel hayata ilişkin bilgiler özel kurumlar ya da kamusal makamlar özellikle de basın tarafından açıklanabilmektedir.

²³⁶ Laskey, Jaggard and Brown v. U.K., 21627/93, 19.2.1997.

²³⁷ Kilkelly, s.46.

1 – Basın Tarafından Özel Hayatın İhlali

Özel hayatın gizliliği hakkının büyük problemi ifade ve basın özgürlüğü arasındaki dengenin kurulmasıdır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi medya karşısında özel hayatın korunmasını sağlayan bir deklarasyon yayınlamıştır. Bu deklarasyon içinde 1970 tarihli bir Kararı(resolutionu)da barındırmaktadır²³⁸ ve bu metinde özel hayata müdahalenin en az seviyede olması gereğinin altı çizilmektedir²³⁹.

Gizli yaşam alanına basın yoluyla yapılan saldırılar, kural olarak hukuka aykırıdır. Kişi, gizli yaşam alanındaki yaşam olaylarının hiç kimse tarafından bilinmesini arzu etmez. Bu olayları, sadece kendisi bilip, yaşamak ister. Fakat, kişinin bu yaşam olaylarını güvendiği bir ya da iki gibi, sınırlı sayıda kişilerle paylaşması, bu olayların gizli yaşam alanına ait olma niteliğini değiştirmez. Bu anlamda, kişinin cinsel, duygusal yaşamı, aile yaşamı, mektupları, ruhsal durumu gizli yaşam alanına girer. Kişi, ancak arzu ettiği takdirde, bu gizli dünyasının sırlarını, dilediği biçim ve oranda ve dilediği kişilerle paylaşabilir²⁴⁰.

Kişinin gizli yaşam alanına ait bilgilerin *rızası dışında* edinilmesi, teknik araçların kullanımı yolu ile sözkonusu olabilir. Bu durumda, bu bilgiler, sadece öğrenilmekle kalmayıp, ses bandına, filme veya fotoğrafa geçirilerek tespit edilmektedir. Teknik gelişmeler sonucu ortaya çıkan araçlar, özellikle medya sektörü tarafından oldukça rağbet görmüş ve kullanım alanı bulmuştur. Bu gelişim nedeniyle, günümüzde neredeyse, kişinin yalnız kalma hakkı olarak ortaya çıkan gizli yaşam alanı, ortadan kalkma tehlikesiyle karşı karşıyadır⁷².

Günümüzdeki teknik gelişmeler sonucunda, kişilere fark ettirilmeden, konuşma ve görüntüler tespit edilebilmektedir. Örneğin; minyatür radyo alıcı ve aktarıcılarla, yüzlerce metre uzaktan, hatta enfaruj ışınlarıyla karanlıkta fotoğraf çekebilen fotoğraf makineleriyle, gizli televizyon alıcılarıyla, düğme

²³⁸ N.F. v. Italy, 37119/97, 2.8.2001, pg. 35-40.

²³⁹ Üzeltük, s.223.

²⁴⁰ İlknur SERDAR, *Radio ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s.87.

iliklerinde, şapka bantlarında, telefon ağızlığında, dolma kalemde, madeni para biçiminde, gözlük saplarında bulunan farkedilmeyen mini alıcı ve aktarıcılarla, kişilerin gizli yaşam alanına sızmak mümkün hale gelmektedir⁷³.

Bunun yanında, örneğin; uzaktan ses ve görüntü alan dürbün, teleskop fotoğraf makinesi, teyp, telsiz, video gibi araçlarla gizli yaşam alanına ait olaylar hakkında, kişinin rızası dışında bilgi edinilebilir.

Teknik araçların dışında, kişiyi gizlice kapı veya pencereden seyretme, dinleme, ev veya işyerine girerek, mektuplarını, anılarını, gizli belgelerini okuma gibi "geleneksel sızma yolları" ya da, kişilerin gizli yaşam alanındaki olaylar hakkında, rıza dışı bilgi edinilmesi söz konusudur.

Örneğin; bir kişinin geçimsiz bir yaşam sürdüğü, çocuklarını ihmal ettiği, iş yaşamında başarısız olduğu, eve devamlı olarak geç geldiği gibi olayların, basın yoluyla açıklanması, kişinin dar anlamda özel yaşamına saldırı oluşturur²⁴¹.

Buna göre, teknolojiadaki gelişmeler ve kitle iletişim araçlarında geline son nokta özel hayatın korunması bu araçlar karşısında özel olarak korunmasını zorunlu kılmış ve Galler Prensesini'n paparazzilerden kaçarken trajik bir biçimde ölmesi de bu konuda bir çalışma yapılması tartışmasını ortaya çıkarmıştır. Sorun ifade özgürlüğü karşısında özel hayatın korunması sorunudur. Bu konuda Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi özel hayatın korunması hakkı çerçevesinde yaptığı 26 Haziran 1998 tarihli toplantıda öncelikle Galler Prensesinin ölümünden birkaç hafta sonra yapılan Eylül 1997deki toplantılara atıfta bulunmaktadır. Burada da tartışılan konu özel hayat ve ifade özgürlüğü ikilemi çerçevesinde olmuş ve bu konuyu açıklamak üzere resmi katılımın, temsilcilerin ve medyanın da katıldığı bir toplantı organize edilmiştir. Ancak bu iki önemli hakkın birinin diğerine hiyerarşik üstünlüğünün olmadığını ve her ikisinin de mutlak olmadığını, 8. maddede özel hayatın gizliliği hakkının bireyi sadece devlete karşı değil, medya gibi özel kurumlara karşı da koruyacağını ve Sözleşmeyi tüm ülkeler

²⁴¹ Gölcüklü, Gözübüyük, s. 300.

onayladığı ve birçok ulusal hukuk alanında da koruma sağlandığı için yeni bir sözleşme sunmaya gerek olmadığına karar verilmiştir.

Basın özgürlüğüne karşı özel hayata saygı hakkının korunması açısından 8. maddeden kaynaklanan korumayı somutlaştıran en önemli kararlardan biri Von Hannover kararıdır²⁴².

Von Hannover Kararında Monaco Prensesi Alman Mahkemeleri karşısında basında yer alan yalnız, çocukları veya arkadaşları ile birlikte yer alan bazen tatilde, alışverişte, spor yaparken bazen de gözlerden uzak bir restoranda bir arkadaşı ile yemek yerken yayınlanan fotoğrafları için dava açmıştır, Ancak çocukları ile olan fotoğrafları için ailenin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde gizli bir restoranda yemek yerken yayınlanan fotoğrafları için de kamusal bir alanda bulunmadığı için başarılı olmuş, ancak diğer fotoğraflar için aynı sonuca ulaşamamıştır. İHAM kararında, sadece iç hukuk da başarı olunamayan kamuya açık alandaki fotoğraflar için değerlendirme yapmıştır, Mahkeme öncelikle bireyin fotoğraflarının da özel hayat kapsamında olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, fotoğraflara ilişkin olarak, Komisyon fotoğrafları kamusal veya özel alana ilişkin olup olmadığı ve materyalin. sınırlı bir kullanım için mi yoksa genel kamu için mi planlandığının göz önünde bulundurulması gerektiğini hatırlatmaktadır (pg. 52) ve başvurusunun özel hayatına saygı hakkına müdahale edildiğini belirtmektedir. Mahkeme kararında 8. maddenin üye devletlere sadece negatif yükümlülükler değil, pozitif yükümlülükler de yüklediğini ve bu noktada bireyin çıkarları ile kamunun çıkarları arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini ve her iki durumda da devletin takdir hakkı olduğunu belirtmiştir. Basın özgürlüğünün demokratik toplum açısından önemine değinen İHAM bu özgürlüğün sınırlama sebepleri arasında yer alan başkalarının şöhret veya haklarının korunmasının yer aldığına dikkat çekmekte ve ifade özgürlüğünün fikirler için olduğu kadar imajlar için de geçerli olduğunu belirtmektedir.

²⁴² Case of Von Hannover v. Germany. 59320/00,246.2004, pg.43

Sonuç olarak Mahkeme, ifade özgürlüğü ve özel hayatın korunması dengesinde kararı etkileyen hususun basılan fotoğrafların ve makalelerin genel yarar düşüncesine sağladığı katkıda yatmakta olduğuna karar vermiştir. Olayda başvuru resmi bir görev ifa etmediği ve fotoğraflar ve makaleler özel hayatın detaylarına ilişkin olduğu için böyle bir katkı söz konusu değildir. Neticede başvurunun özel hayata saygı hakkı etkili bir biçimde korunmamıştır. Alman mahkemeleri, başvurunun çıkarı ile kamunun çıkarları arasında adil bir denge kuramamışlar ve üye devlete tanınan sınırı aşmışlardır. Bu sebeplerle 8. maddenin ihlali vardır.

2 – Kamusal Makamlar Tarafından Bilgilerin Açıklanması

Bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması sırasında başvurucuya ait olan ve polis dosyalarında bulunan bilgilerin üçüncü kişilere gösterilmesine ilişkin olarak Hollanda'ya karşı Doorsan davasında²⁴³, Komisyon, sanığın fotoğraflarının tanıklara gösterilmesinde suçu önlemeyi amaçlayan bir müdahalenin olduğunu ve fotoğraf sadece soruşturma amaçlı kullanıldığı genel olarak kamunun erişimine açık olmadığı için ve fotoğraflar daha önceki bir tutuklama sırasında polis tarafından yasalara uygun ve özel hayata müdahale etmeyen bir biçimde çekildiği için müdahalenin orantılı olduğuna karar vermiştir²⁴⁴.

Özgür masonların üyesi olan başvurunun -savcının ofisinde üyelerin listesini vermesinden sonra- üyeliğine ilişkin bilgilerin basına, yansması konusunda Mahkeme, özel hayatın bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü de içerdiğini ve 8. maddenin sunduğu bu garantinin öncelikle bir dış müdahale olmadan her bir bireyin diğer insanlarla ilişkilerindeki gelişmeyi garanti etmeyi amaçladığını belirtmiştir. Olayda, başvuru basın tarafından mason üyesi

²⁴³ Doorson v. Nedherlans, 20524/92, 26.3.1996.

²⁴⁴ Kilkelly, s.46.

olduğunun açıklanmasının bu çerçevede bireye zarar vermediğine ve bir müdahale olmadığına karar vermiştir

III - İHAS 8/1'İN KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI ÇERÇEVESİNDE KORUDUĞU ALAN

A - KONUT KAVRAMI

Bir yerin, İHAS 8. madde kapsamında “konut” olduğu belirlendikten sonra, bu maddenin korumasından yararlanılır. Konut, kişinin özel hayatını sürdürdüğü yer²⁴⁵ olarak tanımlanabileceği gibi İHAS'nin 8. madde de konut, bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yer olarak da tanımlanabilir²⁴⁶. Genel tanımıyla konut kişinin özel hayatını sürdürdüğü yer olup Komisyon ve Mahkeme de meslek ve ticaret faaliyetinin yürütüldüğü yeri de bu madde anlamında konut saymıştır²⁴⁷. İHAM bir yerin konut olup olmadığını, her olay için olaya özgü olarak değerlendirmektedir. Mahkeme, konut kavramını bireyin özel hayatını sürdürdüğü yer olarak ifade edilmektedir. Mesleki ve ticari faaliyetlerin yürütüldüğü yerler de konut sayılmaktadır²⁴⁸.

Madde 8, temel olarak, bir bireyin konutuna devlet veya temsilcileri tarafından yapılan saldırılara karşı bireye koruma hakkı sağlar²⁴⁹. Bu madde anlamında konut genel olarak , bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yerdir. Bu nedenle yaşanan her yer konut olabilir, yani kişinin özel hayatını devam ettirdiği yerdir denilebilir²⁵⁰

İHAM, konut kavramını bazı işyerlerini de kapsayacak biçimde genişletmiştir. Konut kavramına huzur içinde yaşamak da dahil olduğundan,

²⁴⁵ Gözübüyük, Gölcüklü, s. 340

²⁴⁶ Kilkelly, s.18

²⁴⁷ Gözübüyük A. Şeref – Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Ankara 2007

²⁴⁸ Niemietz- Almanya Davası, 16.12.1992, par., 30-31

²⁴⁹ Kilkelly, s. 55

²⁵⁰ Gözübüyük, Gölcüklü, 2003, s. 340

8 madde özel hayat ve konutun ses, gürültü veya rahatsızlıkla ihlal edilmesine de karşı da koruma sağlanmıştır²⁵¹.

B - KONUTA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI VE MÜDAHALE

Madde 8'e göre, yaşanan bütün yerler konut olabilir. Oturulan ev, her şeyden önce konut kavramının kapsamında yer almaktadır. Kişinin konutun mülkiyetine sahip olması durumunda hem 8. maddeden hem de mülkiyete saygı gösterilmesi hakkının korunmasından yararlanacaktır. İHAM'ne göre, konut kavramına, söz konusu yerde huzur içinde yaşamak da dahildir²⁵². Madde kapsamında, mesleki ve ticari faaliyetlerin yürütüldüğü yerler de konut sayılmıştır.

Sözleşme, madde 8 ile devlete bireyi konut sahibi yapmak mükellefiyeti yüklemeyi²⁵³.

Taraf devletlerin konutun korunması hakkı bağlamında pozitif yükümlülüğü, özel kişilerden gelebilecek müdahalelere karşı da bu hakkı koruyacak tedbirlerin alınmasıdır²⁵⁴.

Bireyin ister kiralık ister mülkiyetinde olan her türlü konut, İHAS'nin madde 8/1 'in öngördüğü korumadan yararlanır. Hatta kiraya verilmiş bir konut da eğer malik buraya geri dönmek istiyor ve kamu makamları tarafından engelleniyorsa, bu da madde 8 kapsamına girer. Ayrıca konutun eklentileri de konut gibi maddenin korunmasında yararlanır. Ancak işyerlerinin korunduğuna yönelik açık bir düzenleme yoktur. İHAM bir kararında bireyin hem işyeri hem de konut olarak kullandığı yerin aranmasını, 8/1'e müdahale olarak nitelendirmiş ve yine bir çok kararında, meslek yaşamını özel yaşamla

²⁵¹ Özdemir, Kenan, Türk Hukukunda ve İHAS ile İHAM kararlarında Özel Hayatın Gizliliği, T.C. Adalet Bakanlığı, Adalet Dergisi, S-23, s. 22 (Powell & Rayner- Birleşik Krallık Davası, 24 Kasım 1986 tarihli karar)

²⁵² Powell ve Rayner-Birleşik Krallık Davası, 21.02.1990, p.45. bkz. www.echr.coe.int

²⁵³ Gözübüyük – Gölcüklü, 2007 s. 338

²⁵⁴ Gözlügel, s. 191

bir arada düşünmüş ve konuta saygı hakkı bakımından ihlal olarak nitelenmiştir²⁵⁵.

Cezaevleri, madde 8/1 anlamında da konut sayılmaz ise de, buraya yönelik müdahalelerin mesela aramanın her halde özel yaşam müdahale oluşturmaktadır²⁵⁶.

Konuta yönelik müdahaleler, genellikle göçe zorlama, arama, konutun yakılması ve yıkılması ve konuta girişin engellenmesi biçiminde karşımıza çıkmaktadır²⁵⁷.

IV - İHAS 8/2 ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ SINIRLANMASI VE GÜVENCELERİ

İHAS, güvence altına aldığı özgürlüklerin, demokratik bir toplumda, sınırsız olarak kullanılamayacağı ilkesini benimsemiştir. Temle hak ve özgürlükler niteliklerine göre, ulusal güvenliğin, ülkenin ekonomik çıkarlarının, kamu sağlığının, genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin ya da kamu düzeninin korunması, suçluluğun önlenmesi gibi nedenlerle kısıtlanabilecektir. Her hakkı düzenleyen madde, aynı zamanda o hakka getirilebilecek özel kısıtlamaları da belirlemiştir²⁵⁸.

İHAS, ayrıca savaş ya da ulusun varlığını tehdit eden diğer olağanüstü durumlarda, Devletlerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden bir kısmını askıya alabilmelerine olanak sağlamıştır(İHAS m.15). Buna karşın sözleşme, hiçbir Devlete, olağanüstü durumlar da bile, kişinin yaşam hakkına saygı gösterme yükümlülüğünden ya da işkence ve kölelik yasağından veya suç ve cezaların hukukiliğinden kurtulma olanağı

²⁵⁵ Tezcan – Erdem - Sancaktar, s. 235

²⁵⁶ Tezcan – Erdem - Sancaktar, s. 236

²⁵⁷ Tezcan – Erdem - Sancaktar, s. 236.

²⁵⁸ Gözübüyük, s. 493.

vermemiştir. Devletler olağanüstü durumlarda bile, bu haklara saygı göstermek zorundadırlar²⁵⁹.

İHAS'nin madde 8/2'de konut dokunulmazlığı hakkın sınırlanmasının sınırına ilişkin güvenceler yer almaktadır. Bunlardan ilki yasallık ilkesi, sonra meşru amaç ilkesi ve son olarak da bu müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olmasıdır²⁶⁰.

Maddede düzenlenen haklar konusunda İHAM'nin yaklaşımını da burada ifade etmek gerekirse, 8. maddenin birinci fıkrasında hükme bağlanan haklara yapılan müdahalenin, İHAS'ye uygun olması için, kanunlara uygun olması, meşru bir amaç taşıması ve demokratik toplum bakımından gerekli olması zorunludur²⁶¹. Bu zorunluluğa uymak koşuluyla devlet ancak millî güvenlik, suç ve suçlulukla mücadele, kamu sağlığı ve ahlâkın korunması amacıyla müdahalede bulunabilir.

A - KANUNLARA UYGUNLUK

Konut dokunulmazlığı hakkına edilen müdahalenin yasal bir dayanağı olmalıdır. Bunun yanında söz konusu kanun yeterince kesin olmalı ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir önlem içermelidir. Bu nedenle kanunla özel yetki verilmeyen, idari uygulamalarla olan veya bağlayıcı olmayan rehber kurallarla düzenlenen önlemler bu açıdan sorunlu kabul edilmektedir²⁶². Öncelikle yasa parlamentoda açık görüşme ve tartışma yöntemleri ile hazırlanmalıdır, bu sayede özgürlükler açık bir forumda ve kamuoyunun denetimi altında sınırlanma güvencesine sahip olacaktır. Bundan sonra yasa ile herkes için geçerli kurallar konulacak ve bu sayede sınırlamalar objektif bir biçimde ortaya çıkacaktır²⁶³. Madde 8 anlamında kanunlara uygunluk şartında söz konusu kanun aynı zamanda

²⁵⁹ Gözübüyük, s. 493.

²⁶⁰ Üzeltürk, s. 232.

²⁶¹ Gölcüklü - Gözübüyük, s. 331.

²⁶² Kilkelly, s. 24.

²⁶³ Munci, Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 230-231.

ilgili bireyler tarafından ulaşılabilir olmalıdır. Bu açıklıkta bireyleri keyfi müdahaleden koruyacak düzeyde açıklıkla yazıldığı sürece, bu yetkiyi veren bir kanun 8 maddeyi ihlal eder nitelikte olmayacaktır²⁶⁴.

B - MEŞRU AMAÇ

Burada önemli olan hakta yapılan müdahalenin meşru bir amacı olmalıdır. Bu amaçlar, “milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması olarak sıralanmaktadır.

Sözleşmenin 8/II maddesinde konut dokunulmazlığı anlamında, sınırlamayı mümkün kılacak meşru sebepler sayı ile sınırlı olarak sayılmıştır; “ülkenin ekonomik refahı, milli güvenlik ve kamu emniyeti, düzensizliğin ve suçun önlenmesi, sağlık ve ahlakın korunması ve başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması” olarak sayılmıştır. Ancak burada sayılan amaçlar oldukça genel anlamlar yüklenebilecek kavramlardır ki bu da devletlere geniş bir hareket alanı tanımaktadır. Bu sebeptendir ki birliğe üye devletlerin meşru amaç olmadığından mahkumiyetine hiç rastlanmamıştır²⁶⁵.

İHAM’ne göre ise, neyin makul gerekçe, yani meşru amaç olduğu somut olaya göre değerlendirilmelidir.

C - DEMOKRATİK TOPLUM BAKIMINDAN GEREKLİLİK

Madde 8 anlamında müdahalenin son değerlendirilmesinde ise, müdahalenin ‘demokratik bir toplumda gerekli’ olup olmadığıdır. Müdahalenin gerekli olması demek, bunun devlet tarafından bazı nedenlerinin olması yeterli görülmemektedir. Sözleşmede metninde

²⁶⁴ Özdemir, s. 30. “ Olsson-İsveç Davası, 24 Mart 1988”

²⁶⁵ Üzeltürk, s. 238.

“demokratik bir toplumda gerekli olma” kriteri yer almaktadır. Müdahalenin hangi meşru amaçla yapılmasını göstermek de olduğu gibi sınırlama yapılması için gerekli sosyal ihtiyaç baskısını göstermekte devletin görevidir. Müdahale demokratik bir toplumda zorunlu olmalıdır ve sınırlama gerekli olduğu ölçüde yapılmalıdır²⁶⁶.

İHAS'nin güvenceleri ise, sözleşme uluslar arası hukukta yeni gelişmelere yol açan bir sözleşmedir. İnsan haklarının çiğnenmesinden dolayı Devletin uluslar arası yargının önüne çıkarılması, uluslar arası adaletin, ulusal adalete benzetilmesi ancak İHAS ile sınırlı bir biçimde gerçekleştirilmiştir. Böylece birey, uluslar arası hukukta da hak sahibi durumuna gelmiştir²⁶⁷. İnsan haklarının, sözleşmenin benimsediği düzende, iç hukukta korunması asıldır. Uluslar arası koruma, tali niteliktedir. Bu nedenle, bireyin sözleşmenin öngördüğü güvenceden yararlanabilmesi için, iç hukuk yollarını tüketmesi gerekecektir. Sözleşmenin öngördüğü koruma, tamamlayıcı bir korumadır. Bireysel başvuru hakkı, sözleşme ile getirilen denetim sisteminin en önemli parçasıdır.

Sözleşmenin bir diğer güvencesi ise ortaklaşa güvence olan Devlet başvurusu mekanizmasıdır. Yani sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin korunmasından, her sözleşmeci Devletin tek tek sorumlu olması anlaşılmalıdır.

Sözleşme ile bir Avrupa kamu düzeni oluşturulmaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin getirdiği güvence sistemi Devletlerin öznel haklarına ya da karşılıklılık ilkesine dayanmaz²⁶⁸.

²⁶⁶ Üzeltürk, s. 243.

²⁶⁷ Gözübüyük, s. 491.

²⁶⁸ Gözübüyük, s. 492.

D – İHAM'NE GÖRE KONUTA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKINA MÜDAHALE EDİLMESİ

1 - Kasıtlı Saldırılar

Devlet tarafından konuta kasıtlı olarak saldırılması, örneğin devlet veya temsilcileri tarafından köy ve evlerinin yakılması ve bu nedenle kişilerin başka yerlere taşınmaya zorlanması mahkemece konuta saygı gösterilmesi hakkının ihlali sayılmıştır²⁶⁹.

Konuta saygı gösterilmesi hakkı konusunda devletlerin negatif (müdahale etmeme) yükümlülükleri olduğu gibi, pozitif yükümlülükleri de vardır. Devlet, özel kişilerden bu hakkın ihlaline yönelik saldırılara karşı koruyucu tedbirleri alacaktır.

2 - Kamulaştırma ve Dönüşün Engellenmesi

İHAS, oturulmakta olan evin kamulaştırılmasını konuta saygı gösterilmesi hakkına müdahale olarak nitelendirmekte ise de bu müdahalenin hukuka aykırı olup olmadığı 8. maddenin 2. fıkrasındaki ölçülere göre değerlendirilecektir.²⁷⁰ Şunu da belirtmek gerekir ki, kamulaştırma konusunda devletlere sosyal, siyasi ve ekonomik nedenlerle geniş bir takdir hakkı tanınmıştır²⁷¹.

²⁶⁹ Akdivar ve diğerleri-Türkiye, 1.04.1998, Karar metni için bakınız: Yargı Mevzuatı Bülteni, 11.11.1998, S-64.

²⁷⁰ Gözübüyük-Gölcüklü, s. 340.

²⁷¹ Kilkelly, s. 56.

3 - Arama ve El Koyma

Konutun aranması ve konuttaki eşyalara el konulması da müdahale hallerinden biridir. İHAS, yapılan müdahalenin 8/2. fıkraya göre uygunluğunu denetler. Devletçe yapılacak aramanın kötüye kullanılıp kullanılmadığı konusunda devletin durumun gerektiği yeterlikte ve etkin koruma sistemi sağlaması, aramayı haklı gösterecek yeterli şüphenin bulunup bulunmadığı ve orantılılık ilkesi inceleme konusu yapılacaktır.

Arama ve el koyma karşısında devletçe gerekli yasal düzenlemenin yapılarak konuta saygı gösterilmesi hakkının güvenceye alınması gerekmektedir.

Bazen mahkemeden aramadan önce mahkeme kararı alınmasına rağmen 8. maddenin ihlali söz konusu olabilir. Bu husus orantılılık ilkesinin ihlal edildiği durumlarda olur.

4 - Terör Suçları

Terör suçları nedeniyle yapılan soruşturmalarda “makul şüphe” kavramı karşımıza çıkar. Bir devletin özellikle terör örgütlerinin yarattığı tehlikeden vatandaşlarını ve kurumlarını koruma yönündeki sorumluluğunu ve terör suçları nedeniyle şüpheli görülenlerin tutuklanıp gözaltına alınmasına ilişkin özel zorlukları değerlendirmiştir²⁷².

5 - Vergi Suçları

Konuta saygı gösterilmesi hakkına müdahalenin uygun görülebileceği bir başka konu da vergi kaçırılması ve yurtdışına sermaye kaçışının

²⁷²Kaya, Mine, “İHAS’de Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı”, Makale, www.inhak-bb.adalet.gov.tr/İHAS/madde8.htm - 24k, Erişim, 31.12.2007

önlenmesi durumudur. İHAM, ulusal sınırların kolayca aşılabilmesi, finansal konuların çok uluslu boyutu ve diğer zorlukları nedeniyle kambiyo denetimi suçlarında kanıt toplanması amacıyla konutun aranması ve el koymanın gerekli olabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu konudaki yasal düzenlemelerin uygun ve yeterli teminatları içermesi gerekir²⁷³.

6 - İmar Uygulamaları

İmar uygulamaları konusunda devletlere geniş takdir hakkı tanınmasına rağmen 8. maddenin ihlali mümkündür. İmar planlarına ilişkin kararların içeriğini değerlendirmek İHAM'nin görevi olmadığı ve devletlere bu konuda geniş takdir hakkı tanınması Buckley-Birleşik Krallık davasında irdelenmiştir²⁷⁴.

7 - Gürültü ve Çevre Kirliliği

Gürültü ve çevre kirliliği nedeniyle konuta saygı gösterilmesi hakkının ihlali mümkündür. İHAM, çevre kirliliği yanında sağlığı tehdit eden risklerin bulunması durumunda bu risklerden etkilenebilecek kimselere bu riskler konusunda bilgi verilmemesini bile konuta saygı gösterilmesi hakkının ihlali saymıştır.

E- MÜLKİYET HAKKI

Konumuz ile ilgisi bakımından açıklanması gereken bir diğer konu, Ek Protokolde madde 1 de düzenlenen mülkiyet hakkıdır.

²⁷³ Kaya, s. 15

²⁷⁴ Kaya, s. 16

Ek protokollerde kabul edilen hakların başında mülkiyet hakkı gelmektedir. Bu hak İHAS'ne ek 1 no'lu protokolde düzenlenmiştir. Protokolün 1. maddesinde mülkiyet hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

Her gerçek ve tüzel kişi, mallarının dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Her hangi bir kimse ancak kamu yararı sebebiyle ve kanunda öngörülen şartlar ve uluslar arası hukukun genel ilkeleri dahilinde mülkünden yoksun bırakılabilir²⁷⁵.

Ek protokol m 1/1. cümle, “mülkiyete saygı hakkını”nı ve aynı zamanda 2 cümle ile de “mülkiyetten yoksun bırakılma ile ilgili gerekli koşulları” göstermiştir. Bu da mülkiyet hakkının tamamen dokunulmaz bir hak olmadığını, kamu yararı amacıyla sınırlamalara konu olabileceğini belirtmektedir. Cümle 2 uyarınca da “kamu yararı nedeniyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslar arası hukukun genel ilkelerine uygun olarak” kişi mülkiyet hakkından yoksun bırakılabilecektir, bu da bu hakka müdahale için üç koşul getirildiğini göstermektedir²⁷⁶.

İHAS kapsamında, mülkiyet hakkı mutlak nitelikte değildir, kamu yararı amacıyla kısıtlanabilir niteliktedir. Bu hükümdeki mülkiyete saygı ilkesi, maddenin açıkça izin verdiği özel müdahale şekilleri dışındaki her türlü müdahaleyi yasaklayan niteliktedir. Bu sayede mülkiyet hakkına genel bir koruma getirilmiştir. Mülkiyet hakkına müdahale, haktan yoksun bırakma halinde kamu yararı, hakkın kullanımın düzenleme halinde ise genel menfaat

²⁷⁵ Gözlügöl, s. 228.

²⁷⁶ Tezcan – Durmuş – Sancaktar, s. 321.

amacıyla yapılabilir. Mülkiyet hakkından yoksun bırakma, ancak kanunla ve uluslar arası hukukun genel ilkelerine uygun olarak yapılabilir²⁷⁷.

İHAM, mülkiyet hakkıyla ilgili yapılan başvurularda mülk kavramını çok geniş yorumlamaktadır. Mülk kavramı taşınır ve taşınmaz mallar, elle tutulabilir veya tutulamaz varlıklar, hisseler, patentler, tahkim kararları, emeklilik maaşı hakkı, ev sahibinin kira olma hakkı, bir mesleği icra etme hakkı gibi haklar mülk kavramı içine girmektedir. Mülkiyet hakkına müdahalenin haklı olabilmesi için bunun kamu veya genel çıkarlar doğrultusunda meşru bir amaca hizmet etmesi gerekmektedir; bunun yanında müdahalenin amaçla orantılı olması da gereklidir. Bu konuda İHAM, İsveç'e karşı Sporrang kararında, mahkemenin toplumun genel çıkarlarının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması arasında adil bir dengenin korunup korunmadığını değerlendirilmesi gerektiği, bu dengenin İHAS'nin tamamında bulunduğunu belirterek bir ilke ortaya koymuş, bu ilkeye uygun olarak yaptığı değerlendirmede, mülk sahibinin yapılan düzenleme sonucunda aşırı bir yük üstlenmemesi gerektiği sonucuna ulaşmış ve ihlal kararı vermiştir.

Mülkiyet hakkı ile ilgili Türkiye hakkında yapılan başvuruların çok büyük çoğunluğu, kamulaştırma davaları ile ilgilidir. Bu başvuruların büyük çoğunluğunda ihlal kararı verilmiştir. Kararların gerekçesinde genel olarak kamulaştırma dolayısıyla başvurularda mallarının değerinden daha az kamulaştırma bedeli verildiği ayrıca kamulaştırma bedellerinin geç ödendiği ve uygulanan faiz oranlarının adil olmadığı gerekleridir. Bu hususu düzeltmek üzere 24.04.2001 tarihli 4650 sayılı yasa ile Kamulaştırma Yasasında önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin başında yasanın kamulaştırma koşullarını düzenleyen 3. maddenin son fıkrası gelmektedir. Buna göre yeterli ödenek ayrılmadan kamulaştırma işlemlerine başlanamaz. Yapılan diğer bir değişiklikte 7. maddenin 3. fıkrasının son tümcesidir. Buna göre; yönetim tarafından, kamulaştırma kararının tapuya şerh tarihinden itibaren altı ay içinde 10. maddeye göre kamulaştırma bedelinin tespitiyle

²⁷⁷ Gözlügöl, s. 228 vd.

idare adına tescili isteğinde bulunulduğuna ilişkin mahkemeden alınacak belge tapu idaresine verilip, şerh edilmediği takdirde, bu şerh tapu idaresince resen sicilden silinir. Bu düzenleme de Mülkiyet hakkının gereksiz yere tarihi belirsiz biçimde sınırlandırılmasını engelleyecek niteliktedir. Yasada İHAM'nin gerekçeleri doğrultusunda düzenlemeler yapılmış hak ihlalleri büyük oranda engellenmiştir. Ancak uygulamada sorunlar yaşanmakta ve davalar kısa sürede bitmemektedir. Bu yönden ilerde açılacak davalarda ihlal kararları verilmesi olasılığı bulunmaktadır.

Ülkemiz hakkında mülkiyet hakkı ihlaline yönelik başvuruların büyük çoğunluğu, kamulaştırma kararlarından kaynaklanmaktadır. Diğerleri de, olağanüstü hal döneminde Güneydoğu bölgesindeki köy yakma olayları ile ilgili olarak yapılan başvurulardır. Kamulaştırma yasasında yapılan değişiklik ile kamulaştırma nedeniyle açılan davalar sonucunda İHAM'nce verilen kararların gerekçeleri doğrultusunda kamulaştırma yasaları değiştirilmiş ve Avrupa normlarına uyum sağlanmıştır²⁷⁸.

Anayasamız mülkiyet hakkına daha geniş ve ileri bir güvence getirmiştir. Anayasa hükmüne göre, herkes mülkiyet ve miras halklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Bu hakkın kullanımı, toplum yararına aykırı olamaz (An. mad. 35) Anayasamızın bu hükmü mülkiyet hakkının sınırlanması açısından Sözleşme ile paralellik göstermektedir²⁷⁹.

V - İHAS 8. MADDESİ KONUTA SAYGI HAKKI ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE HAKKINDA VERİLEN KARARLAR

Maddede düzenlenen haklar konusunda İHAM'nin yaklaşımını özet olarak belirtmek gerekirse;

²⁷⁸ Gözlügöl, s. 229, İHAM Kararı, Akça- Türkiye Davası, 2.7.2001 19640/92

²⁷⁹ Gözlügöl, s. 229.

Akdıvar ve Diğerleri Davası,²⁸⁰ davada konutla ilgili olarak İHAM, davasında güvenlik güçlerinin, davacıların evlerinin yakılmasından ve evlerinin kaybı nedeniyle köylerini terk edip başka yere taşınmak zorunda kalmalarından sorumlu olduğuna karar vermiştir. Evlerin ve içindekilerin kasıtlı olarak yakılmasının, 8. madde kapsamında aile hayatına ve konutuna saygı gösterilmesi hakkına ciddî bir müdahale oluşturduğu konusunda herhangi bir şüphe olmadığı ve devlet tarafından bu müdahaleler konusunda herhangi bir açıklama getirilmediği gerekçesiyle, 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir²⁸¹.

Menteş davasında ise,²⁸² yine köy yakma ve göçe zorlama olayları ile ilgili olarak Mahkeme, evin mülkiyetinin başvurucuda olması şartının aramamıştır. Mahkemeye göre, evin başvurucusunun kayınpederinin olması ve söz konusu eve onun sahip olmamasına rağmen yılın belirli zamanlarında köyü ziyaret edip orada yaşamasını yeterli görmüştür. İHAM, güçlü aile bağları ve ikamet şekli düşünüldüğünde olayın gerçekleştiği gün evde olması nedeniyle madde 8 çerçevesinde özel hayat, aile hayatı ve konuta saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Ayder kararında ise,²⁸³ başvurucunun güvenlik güçleri tarafından evi ve mülklerinin yıkıldığını ve göçe zorlandıklarını belirtmiş ve mahkeme bunu mülkiyetin barışçıl kullanımına ve özel ve aile hayatına ve konuta saygı hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir. Mahkemece, bir evde yaşamının o evin sahibi olmak anlamına geldiğini belirterek madde 8 in ihlal edildiğini kabul etmiştir.

Dulaş davasında ise,²⁸⁴ burada ise İHAM, başvurucların haklarının ihlal edildiğine karar verirken Akdıvar kararındaki formülü kullanmış, ilaveten evlerinden çıkarılmaları ve köylerine dönememelerinin yaşam stillerine ve mülkiyetin barışçıl amaçlarla kullanma haklarının sürekli şekilde ihlal edildiğine karar vermiştir.

²⁸⁰ Case Of Akdıvar and Others v. Turkey, 21893/93, 16 Eylül 1996

²⁸¹ Kilkelly, s. 55.

²⁸² Case Of Mentés v. Turkey, 58/ 1996/ 677/ 867, 28 Kasım 1997

²⁸³ Case Of Ayder and Others v. Turkey, 23656/94, 8.4.2004

²⁸⁴ Case Of Dulas v. Turkey, 2580194, 30 Ocak 2001

Selçuk ve Asker Türkiye davasında, güvenlik güçlerinin başvuruçuların evlerini ve eşyalarını bayan Selçuk'un ortağı bulunduğu değirmeni onları köyü terke zorlamak için kasten tahrik ettiğinin sabit olduğunu anımsatan mahkeme, bu eylemlerin başvuruçunun özel ve aile yaşamına ve konutuna saygı haklarına müdahale olduğunu belirtmektedir. Mahkeme Bilgin davasında da müdahaleyi 'ağır ve haksız' bularak aynı gerekçelerle madde 8 in ihlal edildiğine karar vermiştir²⁸⁵.

Waldberg davasında ise²⁸⁶ komisyon, başvuruyu kabul edilemez nitelikte bulmuştur. Alman vatandaşı olan başvuran, Habur sınırında yakalanmış, eşyaları güvenlik güçlerince aranmış ve neticede el konulmuştur. El konulan eşyalar arasında bireyin ajandası, PKK faaliyetlerine ilişkin flama, doküman, fotoğraf, mektup ve kaset gibi eşyaları olduğunu belirtmiştir. Başvuruçunun diğer şikayetleri yanında arama ve el koymanın sözleşme madde 8 de kaynaklanan hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Komisyon incelemesinde, öncelikle yapılan müdahalenin kanuna uygun olması gerektiği için öncelikle bu şartı aramış ve TCK'ya dayandığını saptamıştır. Yine başvuruçuyu ya da bir başkası tarafından gelecekte bazı yasa ihlalleri yapılmasının önlenmesi olduğunu tespit etmiş ve bunu suç işlenmesinin önlenmesi, amacı ile meşru amaç şartının olduğunu saptamıştır. Komisyon üçüncü aşama olarak demokratik bir toplumda gereklilik şartının oluşup oluşmadığını değerlendirerek bu alanda devletin bir takdir yetkisine sahip olduğunun da altını çizerek başvuruçunun PKK yataklık ve yardım yapmaktan mahkum olduğuna da dikkat çekmiştir. Komisyon terörle mücadele gibi bir durumda özel koşulların bulanabileceği ve önlemlerin suçların önlenmesi ve ulusal güvenlik bakımından demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğuna karar vermiştir. Bu netice ile de başvuruçuya karşı alınan önlemlerin devletin takdir yetkisinin ötesine

²⁸⁵ Üzeltürk, s. 251.

²⁸⁶ Stephan waldberg v. Turkey, 22909 /93, Mehmet Semih Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye-1- Kabul Edilebilirlik Kararları, Beta, İstanbul 1997, s. 813, Üzeltürk, s. 252.

gitmediği ve iddianın temelsiz olduğundan bahisle davanın reddine karar vermiştir.

Kıbrıs davası,²⁸⁷ demografik ve kültürel çevre manipülasyonu iddiası yönünden konuta saygı hakkının ihlali iddiası incelemenin gerekli olmadığına, haberleşme hakkının ihlal edilmediğine, aile yaşamına saygı hakkının ihlal edilmediğine, yerlerinden edilmiş Kıbrıslı Rumların Kuzey Kıbrıs'taki evlerine dönmelerinin reddedilmesi nedeniyle konuta saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir²⁸⁸.

Mahkeme kararında mobilyalı ve donanımlı olan evin başvuru ve ailesi tarafından düzenli olarak kullanıldığını ve yılın önemli bir bölümünde bu kullanımın söz konusu olduğunu belirtmiştir. Ev başvuru tarafından “konut” olarak algılanmıştır. Ev ayrıca, misafir ağırlama, akrabaların ve arkadaşların ve başvuru kişinin iş faaliyetleri ile ilgili kişilerin eğlenmesi amacıyla da kullanılmaktadır. Mahkemeye göre bu durumda her zaman kesin bir sınır çizmek mümkün olmayıp, kişinin zamanın iki ev arasında paylaştırabileceğini ve ikinci evle de arasında güçlü duygusal bağlar olabileceğini ve onu ev gibi algılayabileceğini belirtmektedir. Bu nedenle ev kavramına dar bir yorumla yaklaşmak “özel hayata” dar yaklaşmak ile aynı riski taşımaktadır. Buna göre mahkeme başvuru kişinin ‘ev’ ini 8. madde anlamında konut olarak görmüştür.

Mahkeme 1974'ten beri başvuru kişinin konutuna giriş ve kullanımının mümkün olmadığını not etmektedir. Kıbrıs davasına atıfta bulunarak Kıbrıs Rumlarının haklarının tamamen reddi 8. maddenin sürekli ihlali anlamına geldiğini ve konuta saygı hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir²⁸⁹.

Powell ve Rayner davasında, İHAM'nin, İngiltere'ye karşı ve İspanya'ya karşı Lopez Ostra kararlarında İHAS madde 8 kapsamında aşırı kirlilik ve gürültüye karşı da bir koruma sağlamıştır. Sözleşme çevre hakkını 8. madde çerçevesinde değerlendirilmemiş ve 8. maddeden hareketle POwell ve Rayner davasında (Heatrow Havaalanı yakınında oturan iki

²⁸⁷ Kıbrıs-Türkiye, (25781/94), 10 Mayıs 2001

²⁸⁸ Üzeltürk, s. 256

²⁸⁹ Üzeltürk, s. 256

kişinin uçak gürültüsüne ilişkin olarak açılan davada) Adalet Divanı uçak gürültüsünün özel yaşamın kalitesini azaltarak bozduğunu kabul etmiştir.

Hatton ve diğerleri, davasında İngiltere'ye karşı karar verilen bu davada Sözleşme'nin temiz ve gürültüsüz bir çevrede yaşama önünde açık bir hak içermediği, ancak bir kişinin doğrudan doğruya ve ciddi olarak gürültü ve çevreye yönelik başkaca kirlenmeden dolayı rahatsız edildiğinde, İHAS madde 8'in uygulanabilir olduğu donucuna varmıştır. Çevre sorunlarında madde 8'in uygulanabilirliği, doğrudan devletin yol açtığı bir kirlenmeden ileri gelebileceği gibi, devletin özel sektörü uygun biçimde düzenleme yükümlülüğüne uymamasından da kaynaklanmış olabilir²⁹⁰.

Yöyler Türkiye Davası²⁹¹ bu davada mahkeme, madde 3,13, 8 ve 1. protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği kanısına varmıştır. Olayda, başvuru Celalettin Yöyler, 1941 doğumlu bir Türk vatandaşı olup İstanbul'da yaşamaktadır. Başvuru daha önce Muş iline bağlı Malazgirt ilçesinin Dirimpınar kasabasında yaşamakta olup, başvuru 1966 ve 1994 tarihleri arasında köyün imamlığını yapmıştır. Bir çok siyasi örgütte yer almasının bir sonucu olarak, bölge liderliğini yürüttüğü gerekçesi ile, bir çok gerekçe ile tutuklanmıştır. Başvuru köyünü terk etmiş ve söz konusu olaylar nedeni ile geri dönmemiş, ölümle tehdit edildiğini iddia etmiştir. Devletin güvenlik güçlerinin 6 köylünün evi ile birlikte evini ve mülkünü harap ettiği iddiasına ilişkin olarak başvuruda bulunmuştur.

Taraflar olay hakkında birbirinden farklı bilgiler vermektedirler. Yöyler'e göre 1994 tarihinde Yöyler'in geniş ailesinde yer alan 3 köylü genç kadın PKK'ye katılmaya karar vermişti. Bir jandarma komutanı bu kişileri kendisine teslim etmediği takdirde köyü yakacağı tehdidinde bulunmuştur. Bunun üzerine Yöyler'in ailesi ve genç kadınların aileleri kaçmıştır. Jandarmalar 18 Eylül 1994 tarihinde köye baskın düzenlemiş ve evini yakmıştır. Hükümete göre Yöyler köyünü kendi isteği ile terk etmiş ve eşini ve çocuklarını alarak köyden ayrılmıştır. Jandarmalar söz konusu gece

²⁹⁰ Tezcan – Erdem - Sancaktar, s. 236.

²⁹¹ Case Of Yöyler, 26973/95, 24.07.2003/404

Dirimpınar'da değildiler ve evinin yakılmasından sorumlu tutulamazlar, başvurucunun evi özel bir tartışma nedeniyle yakılmış olabilir.

23 Eylül 1994 tarihinde Yöyler, İzmir'de bulunan Karşıyaka Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunmuştur. 8 Kasım 1994 tarihinde cumhuriyet savcısı Malazgirt'te bulunan jandarma Komutanlığına bir mektup yollayarak başvurucunun iddialarına sebebiyet veren olaylar hakkında rapor gönderilmesi talebinde bulunmuşlardır. 2 Mart 1995 tarihli bir raporda Malazgirt'e bulunan Jandarma Genel Komutanlığı aldıkları ifadelerin onaylı kayıtlarını savcılığa göndermiştir. Savcı 1995 mayıs ayında başka bir açıklama yapmış ve 1995 Kasım ve haziran aylarında jandarma Komutanlığına yönelik soruşturma başlatmıştır. 1995 Kasım ayından bu yana bu soruşturma hakkında herhangi bir gelişme kaydedilmemiştir.

Yöyler 18 Eylül 1994 tarihinde güvenlik güçlerince evinin ve mülkiyetinin yakıldığını iddia etmiştir. Başvurusu Sözleşmenin 3., 6., 8., 13., 14. ve 18. maddeleri ve 1 No'lu Protokolün 1. maddesine dayanmaktadır.

Şikayete sebebiyet veren bu olayın başvurucunun aile ve özel yaşamına saygı duyulması hakkını ve mülkiyetinden yararlanma hakkına yönelik bir ihlal oluşturduğuna şüphe olmadığını ve böylelikle madde 8 in ihlal edildiğinin kaydetmiştir²⁹².

Bilgin kararında ise,²⁹³ başvuru 1993 yılında, Diyarbakır'ı bir köyündeki evinin ve diğer mallarının güvenlik güçlerince yakıldığını ve şikayetlerini bertaraf edecek iç hukuk yolları olmadığını belirtmiştir.

İHAM, başvuru hükümete sunulduktan sonra C.Savcısının başvuranın iddialarıyla ilgili soruşturma başlatıldığını ve başvuran ve birkaç köylünün, askerlerin köylülerin eşyalarına zarar verdiklerini belirttiği, önceki jandarma ifadelerinde ise, kimliği belirsiz kişilerce verildiğini belirttiği, bazı köylülerin, jandarmaların köylülerin eşyalarına zarar verdikleri iddiasını reddettiği olay yeri inceleme tutanağında başvuranın evinin çatısının, pencerelerinin ve çerçevelerinin olmadığını belirtildiği, yangının bir emaresi olarak çatının ve

²⁹² <http://www.ihd.org.tr/İHAM/yoyler.htm>, İnsan Hakları Derneği, 2003 Yılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Yöyler / Türkiye Davası (Erişim, 30 Mart 2008)

²⁹³ Case Of Bilgin, 23819/94, 16.11.2000

duvarların isle kaplı olduğuna dikkat çekildiği, iare kurulunun 1998 yılında, güvenlik güçleri hakkında soruşturma yapılmasına gerek olmadığı kararına vardığı, bu bölgede uygulanan soruşturma sistemindeki aksaklıkların, ceza hukuku korumasının etkinliğini zedelediği, bu durumun, güvenlik güçlerinin, İHAS ile güvence altına alınan demokratik bir toplumdaki temel hak ve özgürlükleri ihlal eden eylemlerinden dolayı sorumlu tutulamamalarına yol açtığı ve bu sorumsuz konumlarını güçlendirdiği, idari makamların güneydoğuda bağımsız ve etkiden uzak bir soruşturma yürütme ehliyetleri hususunda da ciddi şüpheler taşıdığı, soruşturmanın, sadece başvuranın işaret ettiği belli tarihlerde işlendiği iddia edilen suçlarla sınırlandığı, başvuranın okuma - yazma bilmediği de düşünülürse, başka tarihlerde de vuku bulmuş olayların olabileceği sorusunun akla gelebileceği, soruşturmada, olayların hangi tarihte vuku bulduğu değil, bu olayların gerçekten meydana gelip gelmediği, buna cevap alındıktan sonra, suçun kesin olarak hangi tarihte işlendiğinin tespitinin anlamlı olacağı, jandarma karakollarının kayıtlarının söz konusu davayı soruşturmakla görevli C.Savcısı tarafından değil, sadece askeri yetkililerce teyit edildiği, jandarma karakoluna bağlı diğer jandarmalardan ifade almadığı, soruşturmanın kapsamlı ve etkili olmadığı, tazminat talebi de dahil olmak üzere diğer mevcut iç hukuk yollarını da etkilediği nedeniyle, 8. ve 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Murray-Birleşik Krallık davası, 28 Ekim 1994 tarihli kararda ise, İHAM kararlarında, terörizmle savaşan devletlerin, başka zamanlarda 8. maddenin ikinci fıkrasına göre haklı bulunamayacak bazı önlemleri almaya hakkı olduğu kabul edilmektedir. Murray-Birleşik Krallık davasında İHAM, demokratik bir toplumda seçimle iş başına gelmiş bir hükümetin, örgütlü terörizmin yarattığı tehlikelere karşı vatandaşlarını ve kurumlarını koruma sorumluluğunu ve terörizme bağlı suçlarda şüpheli olan kişilerin tutuklanmasına ve göz altına alınmasına ait özel sorunları göz önünde bulundurmuş; bu iki faktörün, bireyin 8. maddenin birinci fıkrasınca teminat altına alınan haklarını kullanması ile devletin, 8. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında terörizm suçlarını önlemek için alması gereken etkin önlemler

arasındaki adil dengeyi etkilediğini belirtmiştir. Bayan Murray'nin terörizmle ilgili bir suç işlediğinden gerçekten ve dürüst bir biçimde şüphelenildiği sonucuna ulaşan İHAM, bu şüphenin İHAS'nin 5. maddesi kapsamında makul bir şüphe olduğunu kabul etmiştir. Böylece İHAM, prensipte yetkililerin Bayan Murray'yi tutuklamak üzere Murray Ailesinin konutuna girme ve konutu arama ihtiyacının var olduğuna karar vermiş ve bu konuda yetkililerin kullandığı yöntemlerin, hedeflenen amaçla orantısız olduğuna katılmamıştır.

“İHAM, terörizmin, demokrasi için bir tehdit oluşturduğunu, Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasının da, millî güvenlik, kamu düzeni ve suçların önlenmesi amacıyla bu maddede öngörülen hakların sınırlandırılmasına imkân tanıdığını açıklamıştır. Mahkemeye göre; günümüzde demokratik toplumlar, çok karmaşık biçimlerde casusluk ve terörizmle tehdit edilmektedir. Devletin bu tehditlere karşı etkili bir biçimde mücadele edebilmesi için, yıkıcı faaliyet içinde yer alanları gizlice gözetlemek yetkisine sahip olması zorunludur.

Bununla birlikte; devlet, casusluk ve terörizmle mücadele gerekçesiyle uygun bulacağı her tedbiri alıp uygulayamaz. Ancak bu uygulamalara, demokratik bir toplumda gerektiği ölçüde başvurulmasına titizlikle dikkat edilmelidir. Hangi gözlem biçimi seçilmiş olursa olsun, mutlaka kötü kullanıma karşı güvenceler belirlenmiş olmalıdır. Dolayısıyla Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasıyla getirilen sınırlamanın dar yorumlanması gerekir. Vatandaşları gizlice gözleyebilme yetkisi, polis devletine has bir özellik olup, Sözleşmeye göre ancak demokratik kurumların korunması amacıyla hoş görülebilir²⁹⁴.

Miailhe-Fransa²⁹⁵ davasında ise İHAM, başka konularda da devletin konutu arama veya elkoyma gibi önlemler alması gerekebileceğini belirtmiştir. Özellikle yurt dışına sermaye kaçışını ve vergi kaçırılmasını önlemek için devletin, bankacılık sisteminin ve finansal kanalların boyutu ve karma-

²⁹⁴ Ertan Beşe, Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 23, Özdemir, s. 16.

²⁹⁵ Miailhe-Fransa davası, 25 Temmuz 1993 tarihli karar. Benzer davalar için aynı Fransız İçtihat Hukuku konularını ele alan Funke-Fransa davası, 25 Şubat 1993 tarihli karar ve Cremieux-Fransa davası, 25 Şubat 1993 tarihli karar, Özdemir, s. 14.

şıklığı nedeniyle ve ulusal sınırların göreceli olarak kolay aşılmasından dolayı daha da kolaylaşan uluslararası yatırım yapma uygulamalarının geniş kapsamı nedeniyle ciddî zorluklarla karşılaştığına dikkat çekilmiştir. İHAM bu nedenle, devletin kambiyo denetimi suçları için fiziksel kanıt toplamak amacıyla evleri araması ve bazı şeylere el koyması gerekebileceğini ve gerekirse sorumlular aleyhine dava açabileceğini kabul etmiştir. Ancak ilgili kanunlar ve uygulamalar, istismara karşı yeterli etkin güvenceler içermelidir. Söz konusu davada, durum böyle değildir. Mahkeme özellikle yetkililerin çok geniş yetkilere sahip olduğuna ve mahkemeden alınmış arama kararı şartı olmadığı için, kanunlarda belirtilen sınırlandırmaların ve şartların, davacıların haklarına yapılan müdahalenin hedeflenen amaçla orantılı olamayacağı kadar aşırı gevşek ve hukukî boşluklarla dolu olduğuna karar vermiştir. İHAM ayrıca, davacıların mekanında yapılan el koyma uygulamasının, gümrük yetkililerinin binlerce belgeyi soruşturmayla ilgisi olmadığı için davacılara iade etmesini gerektirecek kadar kapsamlı ve ayırım yapmadan yapılmasını da eleştirmiş ve 8.maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Camenzind-İsviçre davası, 16 Aralık 1997 tarihli kararda ise, konutla ilgili olarak belirtilmesi gereken diğer bir husus ise bu hakkın, devlete özel kişilerden gelebilecek tecavüzleri önleme mükellefiyeti de yüklediğidir²⁹⁶. Arama ve el koyma konularında ise İHAM, İHAS'ye taraf devletlerin bazı suçlar hakkında fiziksel delil bulmak için konutların aranması ve mallara el konması gibi önlemlere başvurması gerekebileceğini kabul etmektedir. Bu tür önlemler normalde bir bireyin 8. maddenin birinci fıkrası çerçevesindeki, özel hayat veya aile hayatına dair haklarına müdahale anlamına gelmesine rağmen, bu önlemleri açıklamak için kullanılan nedenler ilgili ve yeterli olmalıdır ve hedeflenen amaca göre orantısız olmamalıdır. İHAM ayrıca, ilgili kanunların ve uygulamaların istismara karşı bireylere yeterli ve etkin koruma mekanizmaları sağladığı konusunda tatmin olmayı da aramaktadır. İHAM'nin içtihatları, aramaların "yasal" olması ile keyfiliğe ve istismara karşı usul açısından yeterli mekanizmalara sahip olması şartlarına odaklanmıştır. Bu

²⁹⁶Gölcüklü - Gözübüyük, Velosa Barreta - Portekiz davası, 21 Kasım 1995 tarihli karar, s. 341.

itibarla, taraf devletler belirtilen konuda takdir hakkına sahip olmasına rağmen, ulusal kanunların yetkililere mahkemeden alınmış arama kararı olmadan arama emri verme ve arama yapma izni verdiği durumlarda, mahkemeler özellikle titiz davranmalıdır.

İHAM'ye göre, bireyler 8. maddede teminat altına alınan haklar konusunda yetkililerin keyfi müdahalesine karşı korunacaksa, bu tür yetkiler konusunda çok sıkı sınırlardan oluşan bir çerçeve olmalıdır. İkinci olarak, mahkeme her bir davada geçerli olan özel şartlara bakarak, söz konusu davada ele alınan müdahalenin hedeflenen amaca uygun olup olmadığını değerlendirmelidir²⁹⁷.

Funke-Fransa davasında,²⁹⁸ gümrük yetkilileri davacının yurt dışındaki malları hakkında bilgi edinmek için evini aramışlar ve Fransız kanunlarına göre kanun dışı özellikler taşıyan gümrük suçlarıyla ilgili olarak yurt dışındaki banka hesapları hakkında belgelere el koymuşlardır. O dönemde yürürlükte olan Fransız kanunlarına göre gümrük yetkililerinin, aramaların aciliyeti, sayısı, uzunluğu ve kapsamını değerlendirme konusunda münhasır yetkinlik dahil çok kapsamlı yetkileri vardı. İHAM, bu davada Mahkemeden arama emri çıkartılmasının gerekli olmadığı bir durumda, kanunen belirlenen sınırlamalar ve şartlar, davacının haklarına yapılan müdahalenin hedeflenen meşru amaçla tamamen orantılı olarak görülemeyeceği kadar gevşek ve hukukî boşluklarla dolu gibi görünmektedir şeklinde karar vermiştir. Bu davada İHAM, arama ve el koyma için mahkemeden yetki alınmasının esas olduğunun altını çizmiş olmasına rağmen, mahkemeden arama emri alınmış olmasını 8. maddenin ikinci fıkrasına uyum için her zaman yeterli görmemiştir.

Niemietz-Almanya²⁹⁹ davasında, İHAM, avukata ait mekanın bir suçla ilgili davada kullanılmak üzere belge bulmak amacıyla aranmasının, önceden mahkemeden izin alınmış olmasına rağmen, düzenin bozulması ve suçun önlenmesi ile başkalarının haklarının korunması hedefleriyle orantılı

²⁹⁷ Kilkelly, s. 58.

²⁹⁸ 25 Şubat 1993 tarihli karar

²⁹⁹ 16 Aralık 1992 Tarihli Karar

olmadığına; arama emrinin aşırı kapsamlı ifadelerle hazırlandığına ve yapılan aramanın, incelenen malzemelerin bazılarının tâbi olduğu meslekî gizlilik ilkesini çiğnediğine karar vermişti³⁰⁰

³⁰⁰ KilKelly, s. 60

SONUÇ

Bireyin modernleşmesi hukuk alanında da modernleşmeyi ve farklı talepleri beraberinde getirmiştir. Bu gelişmeden payını alan bir hak kategorisi olarak özel hayatın gizliliği hakkı ifade edilebilir. Medenileşme ile birlikte bireyin yoğun entelektüel ve duygusal yaşam alanının genişlemesi özel hayatın boyutlarını da farklılaştırmıştır. Sanayi ve teknoloji alanındaki gelişmeler ile özel hayatın gizliliğine duyulan talep arasındaki ilişki ilginçtir. Teknik gelişmeler arttıkça bireyin özel hayatının gizliliği hakkı için beklediği saygı artmakta ve fakat yine söz konusu teknolojik gelişmeler ile bireyin özel hayatına giriş olanakları da artış göstermektedir.

Bireyin özel hayatının gizliliği hakkını bu çerçevede garanti edecek tek olmasa da en önemli araç şüphesiz hukuktur. Bu sebeple önce anayasalar ve sonra uluslar arası ve ulusalüstü belgeler özel hayatın gizliliği hakkına duyarlı olmak durumunda kalmışlardır. 20. yüzyılın ortalarına kadar Anayasalarda tanınması seyrek olan bu hak artık hem ulusal hem de uluslar arası ve ulusalüstü alanda karşılaşılan ve kapsamını genişleten bir hak haline gelmiştir. Bu genişleme özel hayatın gizliliği hakkının klasik haklar arasında yer almakla beraber üç kuşak hak ile de yakın bağlantısını kurmaktadır.

Özel yaşamın gizliliği hakkının felsefi temellerini ise farkı kaynaklarda bulmak mümkündür. Buna göre, kişisel özellik, faydacı yaklaşım ve bireyin bağımsızlığı ve onuru özel hayatın gizliliği hakkının hukuken korunmasının ardında yatan temellerdir.

Bu çerçevede İHAS'ın 8. maddesi ile korunan özel hayatının gizliliğine saygı hakkı ulusalüstü alanda en etkin korumayı sağlayan mekanizmadır. Sözleşmenin getirdiği koruma sistemi Avrupa açısından bile kimi zaman yasal korumanın gerçekleşmediği alanları ortaya çıkarmakta ve hakkın korunmasını garanti etmektedir. Sözleşme çerçevesinde özel hayata saygı hakkı kapsamında yasallık ilkesinin yerine getirilmesi nedeniyle yaşanan ihlallerin yoğunluğu bu sebebe dayanmaktadır. İHAS ın Avrupa'da özel hayata saygı hakkının yapılanmasına büyük katkıları olduğunu söylemek yanlış olmaz. Özellikle de uluslararası hukukun çevre hakkı gibi zayıf

noktaları bireyin özel hayatına saygı hakkı çerçevesinde dolaylı da olsa koruma görebilmektedir. Ya da yine ulusal hukuklarda cinsel kimlikleri sebebiyle bazı haklardan yararlanma gülüğü yaşayanların sığınağı da söz konusu madde olabilmektedir. İHAS bünyesinde belki de en fazla ve farklı hakları bünyesinde barındıran hüküm olarak 8. madde bu sebeple ifade edilebilir. Ancak İHAS ın koruma sistemi yine de ikincil ve dar bir alana hitap etmektedir.

İHAS sistemi içinde yapılan değerlendirme öncelikle devletlerin özel hayatın belirlenmesinde takdir yetkilerine ilişkindir. Değerlendirme yapılacak konuda subjektif unsurlar söz konusu ise değerlendirme serbestisi geniş tutulurken, evrensel standartlarda bunun dar olduğu görülür. Ancak özel hayatın gizliliği hakkı açısından bireyin cinsel tercihleri gibi mahrem alanlarda veya telefonların dinlenmesi gibi özel hayata müdahalenin ciddi olduğu konularda bu yetkinin dar yorumlandığı görülmektedir.

Özel hayatın gizliliği hakkı devletlere müdahale etmeme negatif yükümlülüğü getirdiği gibi, bir edimde bulunma pozitif yükümlülüğü de getirmektedir. Bu noktada devletin karşı karşıya kaldığı yükümlülükler hukuku ve idari uygulamayı değiştirme, finansal yardım ve bireyler arasında özel ihlallere engel olma yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır. 8. madde çerçevesinde zaman zaman bireyler arası ihlalinde koruma görmesi maddeyi özel bir konuma getirmektedir.

İHAS 8 de korunan özel hayat çerçevesinde “makul beklenti testi”nin de kullanıldığı görülmektedir. Bu çerçevede özel hayatın koruma alanı, kamuya açık olan bazı durumlarda da korunabilmektedir.

İHAS sistemi içinde yasanın yeri bir gelişme olarak ise özel hayatın gizliliği hakkının ifade özgürlüğü karşısındaki durumunda özel hayatın gizliliği hakkı lehine yaşanan gelişmedir. Bu bağlamda mahkeme, gerçeklerin bildirilmesi ile bireyin özel hayatına dair görüntülerin rapor edilmesini birbirinden ayırmış, ilkinin basın özgürlüğü çerçevesinde korurken, ikincisinin toplumun genel çıkarlarına hizmet etmediğini belirtmiştir. Bu nokta basın özgürlüğü, özel hayatın gizliliği çatışmasında geline yeni bir aşamadır.

KAYNAKÇA

- adalet bakanlığı : **Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeninde Temel Hakların Gelişimi**, Adalet Dergisi S- 29, Eylül 2007
- ALPKAYA, Gökçen : **AGİK Sürecinden AGİT'e İnsan Hakları**, Kavram yayınları, İstanbul
- ATAAY, Aytekin : **Şahıslar Hukuku**, İstanbul, 1978
- BATUM, Suheyl : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye**, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996
- BEŞE, Ertan : **Terörizm Avrupa Birliği ve İnsan Hakları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002
- ÇALIŞKAN, Bilal : Adalet Dergisi, Y,1995, Ocak 2004,S-18,
- ÇAVUŞOĞLU, Naz : **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler üzerine**, Ankara, 1994
- ÇELİK, Adem : **Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2007
- ÇINAR, Ali Rıza : **Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları**, Turhan Kitabevi, Ankara 1999
- ER, Cüneyd : **Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007
- EREM, Faruk : **Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, C. III, Ankara 1985

- ERGİN, Ergül : T.C. Adalet Bakanlığı, Adalet Dergisi, Y. 94, S.16, Temmuz 2003
- FİŞNE, Mustafa : **Avrupa Birliği Ortak Politikaları ve Türkiye, “Avrupa Birliği’nin Doğuşu ve Gelişimi”**, Beta Yayınları
- GÖLCÜKLÜ A.Feyyaz, GÖZÜBÜYÜK A.Şeref : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitapevi, Ankara 2002
- GÖZLÜGÖL, Said Vakkas : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002
- GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, GÖLCÜKLÜ A.Feyyaz : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref : **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005
- KABAOĞLU, İbrahim : **Anayasa Hukuku Dersleri**, Legal Yayınları, İstanbul 2005
- KABAOĞLU, İbrahim : **Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı)**, Ankara, İmge Yayınları, 2002
- KAPANİ, Munci : **Kamu Hürriyetleri**, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 1993
- KAŞKA, Barış : www.acikhukuk.com, **Avrupa Sözleşmesine Bakış**, Erişim Tarihi - 25.03.2008
- KAYA, Mine : **“İHAS’de Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı”**, Makale, www.inhak.bb.adalet.gov.tr/

- İHAS/ madde 8.htm-24k, Erişim,
31.12.2007
- KAYNAK, Ali Osman : **Uluslar arası Sözleşmeler Işığında Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara Barosu Dergisi, Y- 65, S- 1
- ÖZCAN Mehmet, ERCÜMENT Tezcan, YONAR Özlem : **Avrupa Birliği Ortak Politikaları ve Türkiye, “Avrupa Birliğinde İnsan Haklarının Gelişimi”**, Beta Yayınları, İstanbul, 2003
- ÖZDEMİR, Kenan : **Bireysel Hayatın Korunması, İnsan Hakları Avrupa sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumunda Sunulan Tebliğ**, Yargıtay, Ankara, 2003
- ÖZDEMİR, Kenan : **Türk Hukukunda ve İHAS ile İHAM kararlarında Özel Hayatın Gizliliği**, T.C. Adalet Bakanlığı, Adalet Dergisi, S-23,
- ÖZEK, Çetin : **Basın Hukuku**, İstanbul 1978
- ÖZEL, Sibel : **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, Ankara, 2004,
- ÖZSUNAY, Ergün : **Gerçek Kişilerin Durumu**, İstanbul 1982
- SERDAR, İlknur : **Radio ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999
- ŞEN, Ersan : **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1996

- ŞENSOY, Naci : **Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürmü**, İÜHFM,1945 S 3-4
- TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, SANCAKTAR Oğuz : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004
- TÜRK DİL KURUMU : www.tdk.gov.tr/TR/Arama.aspx?, E.T. 20.03.2008.
- URSULA, Kilkelly : **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Sekizinci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, Starzbourg, İnsan Hakları El Kitapları No. 1, 2001
- ÜZELTÜRK, Sultan : **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre özel HayatınGizliliği Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınları, 2004
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi : **Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003

ÖZET

OF, İbrahim, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Konut Dokunulmazlığı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009

Özel hayatın korunması hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, 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 yasa ile öngörülmüş olmak koşulu ile söz konusu olabilir.

Anahtar Sözcükler

- 1- Özel hayat
- 2- Konut
- 3- Özel hayatın gizliliği
- 4- Özel hayatın ihlali
- 5- Özel hayatın sınırlanması

ABSTRACT

OF, İbrahim, The Violation of the Privacy and the Privacy of the Home in European Convention on Human Rights, Master Dissertation, Ankara, 2009.

The right of protection of private life is regulated in European Convention on Human Rights art. 8. As to the Regulation, every person has the right to claim respect of his or her privacy, family life, privacy of the home and communication. Supreme Power as to urgent measure of democratic society and legal arrangement, can be discussed to intervene only protection of national security, public interest, welfare of state, public order, to prevent to commit an offense, health and moral or right an freedom of others.

Key Words:

1. Private Life
2. Domicile
3. Privacy
4. Violation of privacy
5. Restriction of privacy