

**ÖZEL YAŞAMIN KORUNMASINA İLİŞKİN ANAYASA
NORMLARININ BİREYSEL BAŞVURU İÇTİHADINDA
SOMUTLAŞTIRILMASI**

Sümeyye Elif Biber

**Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı
Yüksek Lisans Tezi**


**Koç Üniversitesi
Aralık 2017**

Koc Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü

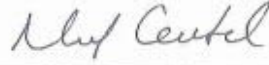
Sümeyye Elif Biber

tarafından hazırlanmış olan bu yüksek lisans tezini incelediğimi, tüm yönleriyle başarılı ve yüksek lisans derecesini elde etmek için yeterli bulduğumu onaylarım.

Jüri Üyeleri:



Prof. Dr. Bertil Emrah Oder



Prof. Dr. Nur Centel



Doç. Dr. Saadet Yüksel

Tarih:

7.12.2017

ÖZ

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru içtihadında özel yaşamın korunmasına ilişkin hakları, Anayasa'nın 17., 20., 21. ve 22. maddelerini esas alarak yorumlamaktadır. Özel yaşamın korunmasına ilişkin hakların kapsamının geniş olması zengin bir içtihat birikimi oluşturmuştur. Bu araştırmanın amacı, bireysel başvuru içtihadını inceleyerek, özel yaşamın korunmasına ilişkin anayasa normlarının somutlaşma biçimlerini açıklığa kavuşturmadır. Bu kapsamda araştırmanın ilk kısmında bireysel başvuru denetimi hakkında genel bilgiler verilmiştir. İkinci kısımda yöntemsel referansların yardımıyla bireysel başvuru kararlarında özel yaşamın korunmasına ilişkin normların somutlaştırılmasında kullanılan argümanlar incelenmiştir. Üçüncü kısım ve devamında ise özel yaşamın korunmasına ilişkin hakların somutlaşma biçimleri üzerinde durulmuştur.

Araştırma, TÜBİTAK 1001 Bilimsel Ve Teknolojik Araştırma Projelerini Destekleme Programı kapsamında, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunun Anayasal Yorumu, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Yorumuna ve Yargı Sistemine Etkileri: 2012-2017 Yıllarına İlişkin Yargısal Örüntülerin Karşılaştırmalı Analizi" başlıklı projenin desteğiyle yürütülmüştür.

Anahtar Kelimeler

Bireysel başvuru içtihadı, özel yaşamın korunması, anayasa normlarının somutlaştırılması, anayasa hukuku, temel hak ve özgürlükler

ABSTRACT

The Turkish Constitutional Court interprets the rights to protect private life in the individual application case law based on Articles 17, 20, 21, and 22 of the Turkish Constitution. The broad scope of the rights to protect private life has created a rich case law. The purpose of this research is to examine the individual application case law in detail and shed light on the forms of concretization of constitutional norms concerning the protection of private life. In this context, in the first part of the thesis gives an outline of individual application procedure. In the second part examines the arguments used to concretize norms concerning the protection of private life in the individual application case law with the help of methodological references. In the third part and in the following emphasizes the forms of concretization of rights concerning the protection of private life.

The research carried out with the support of the project titled “The Impact of the Right to Individual Petition on Constitutional Interpretation, Interpretation of International Law and the Turkish Judicial System: A Comparative Analysis of the Judicial Patterns of the Turkish Constitutional Court Case-Law between 2012-2017” under the TUBITAK 1001 Scientific and Technological Research Projects Funding Program.

Keywords

Individual application case law, protection of private life, concretization of constitutional norms, constitutional law, fundamental rights and freedoms

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1
1. ANAYASA YARGISINDA BİREYSEL BAŞVURU DENETİMİ	5
2. ÖZEL YAŞAMIN KORUNMASINA İLİŞKİN ANAYASA NORMLARININ SOMUTLAŞTIRILMASINDA KULLANILAN ARGÜMANLAR	7
2.1. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Anayasa Normlarının Somutlaştırılması.....	7
2.2. Özel Yaşamın Korunmasına İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Kullanılan Argümanların Derecelendirilmesi.....	9
2.2.1. Kararların Kanıtlama Stili.....	10
2.2.2. İHAM İçtihadı.....	14
2.2.2.1. Anayasa Mahkemesi'nin İHAS'a ve İHAM'ın Takdir Yetkisi Doktrinine Yaklaşımı	14
2.2.2.2. İHAM İçtihadının Argüman Dereceleri.....	21
2.2.3. Norm Denetimi İçtihadı	22
2.2.3.1. Anayasa Mahkemesi'nin Norm Denetimi İçtihadına Yaklaşımı	22
2.2.3.2. Anayasa Mahkemesi'nin Norm Denetimi İçtihadının Argüman Dereceleri	24
2.2.4. İHAS Dışındaki Uluslararası Metinler.....	25
2.2.4.1. Anayasa Mahkemesi'nin İHAS Dışındaki Uluslararası Metinlere Yaklaşımı	25
2.2.4.2. İHAS Dışındaki Uluslararası Metinlerin Argüman Dereceleri.....	27
2.2.5. Anayasa'nın Bütünselliği İlkesinin Argüman Derecesi.....	28
2.2.6. Adil Denge Ölçütünün Argüman Derecesi	31
3. MADDİ VE MANEVİ VARLIĞI KORUMA VE GELİŞTİRME HAKKININ SOMUTLAŞTIRILMASI	33
3.1. Kimlik Bilgileri ile Aile Bağlarıyla İlgili Bilgiler ve Bunlarda Değişiklik ve Düzeltme Yapılmasını İsteme Hakkı.....	33
3.1.1. Evli Kadının Soyadı.....	33

3.1.2. Nüfus Kütüğündeki Kayıtlar.....	37
3.2. Çevre Hakkı	40
3.2.1. ÇED Kararları	40
3.2.2. Baz İstasyonları.....	45
3.2.3. Sabah Ezanı Uygulaması	46
3.3. Hasta Hakları	48
3.3.1. Tıbbi Müdahaleyi Ret Hakkı	48
3.3.2. Tıbbi Tedaviden Önce Bilgilendirilme Hakkı	52
3.4. Şeref ve İtibarın Korunması Hakkı.....	54
3.4.1. Unutulma Hakkı.....	54
3.4.2. Basındaki Haberler.....	58
3.5. Hükümlünün Beslenme Hakkı.....	62
3.6. Mobbing Şikayetleri.....	65
4. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ SOMUTLAŞTIRILMASI	67
4.1. Mahremiyet Hakkı	67
4.1.1. Özel Hayatın Mesleki Hayata Etkisi.....	67
4.2. İstihbarı Nitelikteki Raporun Delil Olarak Kullanılması.....	70
4.3. Hükümlünün Ziyaretçi Listesi	71
5. AİLE HAYATINA SAYGI HAKKININ SOMUTLAŞTIRILMASI	73
5.1. Çocuğun İsim Hakkı	73
5.2. Çocuk Kaçırma	76
5.3. Ebeveyn ile Çocuk Arasında Kişisel İlişki Tesisi.....	80
5.4. Velayet Kararının İcrası.....	85
5.5. Yakın Akrabalar Arasında Verasete İlişkin Uyuşmazlıklar.....	89
5.6. Aile Konutu.....	91
5.7. Atamanın Aile Yaşamına Etkisi.....	92
6. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKININ SOMUTLAŞTIRILMASI ...	93
6.1. GBT Kayıtlarının Silinmesi Talebinin Reddi	94
6.2. Yargılamanın Gizli Yürütülmesi Talebinin Reddi.....	96
7. KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ SOMUTLAŞTIRILMASI.....	97
7.1. Kamulaştırma İşlemi Sonrası Tahliye.....	97
8. HABERLEŞME HÜRRİYETİNİN SOMUTLAŞTIRILMASI.....	98
8.1. Tutuklunun Avukatı ile Görüşmesi ve Dış Dünya ile Teması.....	98

8.2.	Tutuklunun Mektuplarına El Koyulması	101
8.3.	Telefon Dinleme Kayıtları	102
9.	HABERLEŞME HÜRRIYETİNİN VE ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ	
	SOMUTLAŞTIRILMASI	106
9.1.	E-posta Yazışmaları	106
10.	ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ VE AİLE HAYATINA SAYGI	
	HAKKININ SOMUTLAŞTIRILMASI	109
10.1.	Evlenme Hakkı.....	109
10.2.	Tutukluların Yakınının Cenazesine Katılma Talebi	111
10.3.	Çocuk Sahibi Olma Hakkı	113
11.	ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN MÜDAHALESİ.....	114
SONUÇ		123
SOMUTLAŞMA BİÇİMLERİNE İLİŞKİN GÖRSELLER		126
KAYNAKÇA		131
KARARLAR		131
RAPORLAR		136
LİTERATÜR		136

KISALTMALAR

Aarhus Sözleşmesi	Çevre Konularında Bilgiye Erişim, Karar Vermeye Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi (“ <i>Convention on Access to Information, Public Participation in Decision making and Access to Justice in Environmental Matters</i> ”)
ACCC	Aarhus Sözleşmesi Uyum Komitesi (“ <i>Aarhus Convention Compliance Committee</i> ”)
AYM	Anayasa Mahkemesi
AYMKD	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
bkz.	Bakınız
CEDAW	Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (“ <i>The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women</i> ”)
CO	Sonuç Gözlemleri (“ <i>Concluding Observations</i> ”)
CPT	Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza ve Muamelenin Önlenmesi Komitesi (“ <i>European Committee for the Prevention of Torture and Inhumane or Degrading Treatment or Punishment</i> ”)
CRC	Çocuk Hakları Sözleşmesi (“ <i>Convention on the Rights of the Child</i> ”)
ÇED	Çevresel Etki Değerlendirmesi
E.	Esas

İHAM	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
K.	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
KBB	Kararlar Bilgi Bankası
Lahey Sözleşmesi	Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (<i>“Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction”</i>)
s.	Sayfa
TÜBİTAK	Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu
Vd.	Ve diğerleri
Y12HD	Yargıtay 12. Hukuk Dairesi
Y18HD	Yargıtay 18. Hukuk Dairesi
Y8HD	Yargıtay 8. Hukuk Dairesi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurul

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında, Anayasa'nın 17/1., 20., 21. ve 22. maddelerinde düzenlenen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının, özel ve aile hayatına saygı hakkının, konut dokunulmazlığının ve haberleşme hürriyetinin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkına karşılık geldiğini belirtmektedir.¹ Mahkeme'nin bu değerlendirmesiyle birlikte 8. maddenin kapsamlı özellikleri bireysel başvuru içtihadında da gözlemlenmeye başlamış, içtihadta, özel yaşamın korunması hakkına ilişkin pek çok somutlaşma biçimi incelenmiştir.

Maddi ve manevi varlığın korunması hakkına ilişkin en dikkat çekici konulardan olan ve norm denetimi içtihadında da gözlemlenen evli kadının soyadına ilişkin şikayetler, bireysel başvuru yoluyla da Mahkeme'nin önüne gelmeye devam etmiştir. Maddi ve manevi varlığın korunması hakkını öne çıkaran dikkat çekici diğer bireysel başvuru kararları; tıbbi müdahaleyi ret hakkına, tıbbi tedaviden önce bilgilendirme hakkına, şeref ve itibarın korunması hakkı bağlamında ele alınan unutulma hakkına, hükümlünün beslenme hakkına ve mobbing şikayetlerine ilişkindir.

Özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilen mahremiyet hakkı bakımından dikkat çekici başvurular, özel hayatın mesleki hayat ile ilişkisinin değerlendirildiği başvurular hakkındadır. Aile hayatına saygı hakkı bakımından çocuğun isim hakkı, çocuk kaçırma, ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişki tesisi, velayet kararının icrası, yakın akrabalar arasında veraset uyuşmazlıklarına ilişkin başvurular dikkat çekmektedir.

Anayasa Mahkemesi kişisel verilerin korunması hakkını da bireysel başvuru içtihadında incelemiştir. Bu konuda, kamu makamlarının tuttuğu kayıtlar ve yargı makamlarının yürüttüğü yargulamaların aleniliği yönünden ileri sürülen şikayetler dikkat çekmektedir. Haberleşme

¹ Anayasa'nın 17. maddesinin İHAS'ın 8. maddesine karşılık geldiği yönünde bkz. Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par.30; Anayasa'nın 20. maddesinin İHAS'ın 8. maddesine karşılık geldiği yönünde bkz. Şengül Kayan, 2013/1614, 3.4.2014, par. 37; Anayasa'nın 21. maddesinin İHAS'ın 8. maddesine karşılık geldiği yönünde bkz. Hayrettin Aktaş, 2013/1205, 17.9.2013, par. 49; Anayasa'nın 22. maddesinin İHAS'ın 8. maddesine karşılık geldiği yönünde bkz. Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16.4.2015, par. 47.

hürriyeti bakımından ise tutuklunun avukatı ile iletişimi, dış dünya ile teması ve mektupları hakkındaki kararlar dikkat çekmektedir.

Görüldüğü üzere bireysel başvuru içtihadında özel yaşamın korunmasına ilişkin hakların somutlaşma biçimleri oldukça çeşitlidir. Diğer taraftan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarında benimsenen “özel yaşam” kavramı bakımından tüketici tanım yapmama tercihinin incelediğimiz bireysel başvuru kararlarında da benimsenmesi, özel yaşamın korunmasına ilişkin hakların somutlaşma biçimlerinin zenginliğini koruyacağını göstermektedir.² Özel yaşamın korunmasına ilişkin hakkın somutlaşma biçimlerinin çeşitliliği literatürün zenginliğinden de anlaşılmaktadır.³

² Diğer birçok kararın yanında bkz. Şengül Kayan, 2013/1614, 3.4.2014, par. 35; Serap Tortuk, 2013/9660, 21.1.2015, par. 34; Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016, par. 57.

³ Diğer birçok eserin yanında bkz. AKYÜREK, G., Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu Çeşitli Hukuk Davalarında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Seçkin, 2014; ARASLI, O., Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C Anayasasında Düzenlenişi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1979; ARSLAN-ÖNCÜ, G., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta, İstanbul, 2011; ARSLAN-ÖNCÜ, G., “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, İNCEOĞLU, S. (Ed.). Ankara, Avrupa Konseyi, 2013; BAŞALP, N., Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin, Ankara, 2004; BAYRAKTAR, K., “Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 119, 2007; BERNAL, P., Internet Privacy Rights: Right to Protect Autonomy, Cambridge University Press, 206, 2014; BRADY, K., “New Convention on Access to Information and Public Participation in Environmental Matters”, Environmental Policy and Law, 28/2, 1998; CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT Ö., Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta, İstanbul, 2016; DİNÇ, G., “Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam”, Özel Yaşamın Gizliliği, Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel, Ankara, 15-54, 2008; ESPINOSA, M. J. C., “Privacy”, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, ROSENFELD, S., SAJO A. Oxford, Oxford University Press, 2012, 966-981; FAWCETT J.J., SHÜLLEABHÁIN M. N., SHAH, S., Human Rights and Private International Law, Oxford University Press, Oxford, 2016; GÖLCÜKLÜ F., GÖZÜBÜYÜK, Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, Turhan, 2002.; GÜNTÜRK, M. S., Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Seçkin, Ankara, 2012; HARRIS, D.J., O’BOYLE, M., BATES, E. P., WARBRICK, C. M., Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2014; HELVACI, S., Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar: (MK md. 24/a fıkra I / İMK md. 28a fıkra I), Beta, İstanbul, 2001; İLKNUR, S., Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Seçkin, Ankara, 1999; İNCEOĞLU, S., “ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 19-20, 173-186. 1997-1998; KANADOĞLU, K., “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Özel Yaşam”, Özel Yaşamın Gizliliği, Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel, Ankara, 2008, 55-99; MEULDERS-KLEIN, M., DEECH, R., VLAARDINGERBROEK, P., Biomedicine, The Family, and Human Rights, New York: Kluwer Law International, 2002; MORTAŞ, S., ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması: Aileye Multidisipliner Bir Yaklaşım, Adalet, Ankara, 2016; ODER, B. E., “Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İchtihat ve Hukuk Politikası”, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar, Derleyenler: DURUDOĞAN H., GÖKŞEN, F., ODER B. E., YÜKSEKER D., Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014; OKUR, Z., İş Hukuku’nda Elektronik Gözetleme, Legal, İstanbul, 2013; ÖZBUDUN, E., Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, C.1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977, 265-296; ÖZEL, S. Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması. Ankara, Seçkin, 2004; RENGEL, A., Privacy in the 21st Century. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013; SADURSKI, W., Rights Before

Çalışmamızda amaçlanan, bireysel başvuru içtihadını inceleyerek özel yaşamın korunmasına ilişkin anayasa normlarının somutlaşma biçimlerini açıklığa kavuşturmadır. Bu kapsamda ilk bölümde karşılaştırmalı modellerde “anayasa şikayeti” olarak anılan bireysel başvuru denetimi hakkında genel bilgiler verilmiş, bireysel başvurunun temel özelliklerine dikkat çekilmiştir. İkinci olarak, özel yaşamın korunmasına ilişkin bireysel başvuru içtihadında kullanılan argümanlar incelenmiş ve bu argümanların incelenen normun somutlaştırılmasındaki işlevi sorgulanarak, argümanların derecelerine ilişkin bir sınıflandırma denemesi yapılmıştır. Üçüncü kısım ve devamında sırasıyla maddi ve manevi varlığın korunması hakkının, özel hayata saygı hakkının, aile hayatına saygı hakkının, kişisel verilerin korunması hakkının, konut dokunulmazlığı hakkının ve haberleşme hürriyetinin bireysel başvuru kararlarında somutlaşma biçimleri incelenmiştir. Mahkeme’nin bazı kararlarında bir başvuruya ilişkin olarak özel yaşamın korunmasına ilişkin hakları birlikte incelediği gözlemlenmiş, bu kararlar çalışmamızda, haberleşme hürriyetinin ve özel hayata saygı hakkının somutlaştırılması, özel hayata saygı hakkının ve aile hayatına saygı hakkının somutlaştırılması ve üçüncü kişinin müdahalesi olmak üzere ayrı başlıklarda ele alınmıştır.⁴ Bu başvuruların ayrı başlıklarda ele alınmasının sebebinin çalışmamızın ana eksenini belirleyen belirtecin bireysel başvuru içtihadı olmasından kaynaklandığı belirtilmelidir. Bu sebeple çalışmada içtihadta gözlemlediğimiz tek başvuruda birden fazla unsura ilişkin denetim örnekleri dikkate alınmış ve bu başvuruların ayrı

Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe, Springer, New York, 2014; SEVİMLİ, A., İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal, İstanbul, 2006; SIRABAŞI, V., İnternet ve Radyo ve Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz. Adalet, Ankara, 2003; SOLOVE, D., J., Understanding Privacy, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2009; ŞİMŞEK, O., Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta, İstanbul, 2008; TINTA, F., The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child: Protecting the Most Vulnerable at the Edge, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2008; TURAN, M., Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması, Adalet, Ankara, 2017; WEAVER, R. L., DÖRR, D., The Right to Privacy in the Light of Media Convergence: Perspectives From Three Continents, Du Gruyter, Berlin, 2012; YAVUZ C., İnternet’teki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması Unutulma Hakkı, Seçkin, Ankara, 2016; YÜKSEL, S., Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, Beta, İstanbul, 2012; ZAFER, H., Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, Beta, İstanbul, 2010; ZENGİN, M.A., Biyoloji Uygulamaları Ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet, Ankara, 2012.

⁴ Çalışma, Prof. Dr. Bertil Emrah Oder’in yürütücüsü olduğu, benim de araştırmacısı olduğum TÜBİTAK 1001 Bilimsel Ve Teknolojik Araştırma Projelerini Destekleme Programı kapsamında, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunun Anayasal Yorumu, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Yorumuna ve Yargı Sistemine Etkileri: 2012-2017 Yıllarına İlişkin Yargısal Örüntülerin Karşılaştırmalı Analizi” başlıklı projenin desteğiyle yürütülmüştür. Projede izlenen yöntemlerin yardımıyla toplamda 419 lider karara ulaşılmıştır. Bunlardan 56 karar özel yaşamın korunmasına ilişkindir. Projede izlenen yöntemlere ve ulaşılan verilere “<https://anayasatakip.ku.edu.tr>” adresinden ulaşılabilir.

başlıklarda incelenmesi uygun görülmüştür. Son olarak çalışmamızda incelediğimiz özel yaşamın korunmasına ilişkin normların somutlaşma biçimlerine görseller üzerinden ayrıca dikkat çekilmiştir.⁵

Çalışmamız tez danışmanımın yürütücüsü olduğu benim de araştırmacısı olduğum, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'nun (TÜBİTAK) Bilimsel Ve Teknolojik Araştırma Projelerini Destekleme Programı kapsamında, “*Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunun Anayasal Yoruma, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Yorumuna ve Yargı Sistemine Etkileri: 2012-2017 Yıllarına İlişkin Yargısal Örüntülerin Karşılaştırmalı Analizi*” başlıklı projenin desteğiyle yürütülmüştür. Böyle bir projede bana çalışma fırsatı veren değerli danışmanım Prof. Dr. Bertil Emrah Oder'e ve projenin yürütülmesine destek olan TÜBİTAK'a yürekten teşekkür ederim. Tez savunma jürimde yer alarak değerli yorumlarını benimle paylaşan Prof. Dr. Nur Centel'e ve Doç. Dr. Saadet Yüksel'e ayrıca teşekkür ederim. Araştırmalarım sırasında bazı kaynaklara ulaşmamda desteğini esirgemeyen Heidelberg Üniversitesi'nden değerli arkadaşım Mimi Shishkova'ya teşekkürü bir borç bilirim. Şüphesiz her zaman yanımda olan ve beni destekleyen sevgili anneme, babama ve kardeşime teşekkürüm yaşam boyudur.

Sarıyer, Aralık 2017

⁵ Somutlaşma biçimlerine tez savunması için hazırlanan sunumda yer verilmiş, jürinin tavsiyesi üzerine çalışmaya eklenmiştir.

1. ANAYASA YARGISINDA BİREYSEL BAŞVURU DENETİMİ

Anayasa mahkemelerinin kanunların anayasallığını denetim görevi yanında anayasalarda koruma altına alınmış temel hak ve özgürlükleri kamu makamlarına karşı koruma görevi bulunmaktadır.⁶ Bu görevin yerine getirilmesi adına anayasa mahkemelerine bazı ülkelerde “anayasa şikayeti” kurumu ile kamu makamlarına karşı ileri sürülen temel hak ve özgürlük ihlallerine ilişkin iddiaları inceleme yetkisi verilmiştir. Anayasa mahkemelerine verilen bu yetki kişilere, temel hak ve özgürlük ihlallerinin ortadan kaldırılması için doğrudan başvuracakları bir yol açmaktadır.⁷

Kurumun uygulandığı Avrupa ülkelerinden Almanya, Çek Cumhuriyeti, İspanya, Macaristan ve Polonya örneklerine karşılaştırmalı bakıldığında, anayasa şikayeti prosedürünün başlatılmasından mahkemenin karar vermesine kadar aralarında bazı benzerlikler ve farklılıklar olduğu gözlemlenmiştir. Örneğin şikayet türleri, şikayete konu olabilecek temel hak ve özgürlüklerin kapsamı, hakkında bir veya birden fazla temel hak ve özgürlüğü ihlal iddiası bulunan “kamu makamı” ile kastedilenin hangi makam olduğu, kimlerin “şikayetçi” olabileceği, kabul edilebilirlik kriterleri ve sürecin başlatılabilmesi için öngörülen süre ülkeden ülkeye değişmektedir.⁸ Bu farklar arasında en dikkat çekici olanı anayasa şikayetine konu olan ilgili kamu makamıdır. Almanya, Çek Cumhuriyeti, İspanya ve Macaristan’da kişiler, yargının veya idarenin konuyla ilgili bir kanunu temel hak ve özgürlüklere aykırı yorumlaması veya uygulaması durumunda “şikayetçi” olarak temel hak ve özgürlük ihlalinin giderimi amacıyla anayasa şikayeti prosedürünü başlatabilirken, Polonya’da anayasa şikayetine, mahkemeler veya idare tarafından uygulanan yasal düzenlemelere karşı başvurmak mümkündür. Tüm bu

⁶ VISSER, M., *Constitutional Review in Europe A Comparative Analysis*, Bloomsbury, 2015, s. 142.

⁷ Türkçe literatürde anayasa şikayeti kurumunun tanımı için bkz. PEKCANITEZ, H., *Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti*, Anayasa Yargısı 12, Ankara, 1995, s. 260; GÖZTEPE, E., *Anayasa Şikayeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 45, 1998, s. 16-25; TANÖR, B., YÜZBAŞIOĞLU, N., *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta, 2015, s. 527-528; ŞİRİN, T., *Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, On İki Levha, 2013, s. 11; *Bireysel başvurunun tanımlandığı eserler için bkz. ÖZBEY, Ö., Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu*, Adalet, 2013, s. 69; HAMDEMİR, B., *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Seçkin, 2015, s. 23; URAL, S. S., *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru*, Seçkin, 2013, s. 122-123; KORKMAZ, R., *Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, On İki Levha, 2014, s. 11.

⁸ Her ne kadar şikayet için öngörülen süreler ülkeden ülkeye değişmekte ise de incelenen tüm ülkelerde anayasa şikayeti prosedürü için belli bir sürenin tayin edilmiş olması esasında ülkelerin ortak özelliğidir.

farklılıkların yanında, anayasa şikayetinin karakteristiği ikincilik ilkesi ile bağlantılı olan süreci başlatmadan önce tüm hukuk yollarının tüketilmesi kuralı ise usulün beş ülkede uygulanan ortak özelliğidir. Bunun yanında, bu beş Avrupa ülkesinin ortak sorununun anayasa şikayeti kurumu ile gelen ağır iş yükü olduğunu da belirtmek gerekir.⁹

Almanca literatürde “*die Verfassungsbeschwerde*”, İngilizce literatürde “*constitutional complaint*”, Türkçe literatürde ise istikrarlı olarak “*anayasa şikayeti*” olarak ifade edilen¹⁰ bu kurum ülkemizde ise, 2010 yılında 5982 sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*’da öngörülen değişikliklerin halk oylamasına sunulması ve kabulü ile “*bireysel başvuru*” olarak adlandırılmıştır.¹¹ Usulün bireysel başvuru olarak adlandırılması her ne kadar Türk öğretisinde tartışma konusu olsa da,¹² çalışmamızın esas konusu “*özel yaşamın korunmasına ilişkin anayasa normlarının bireysel başvuru içtihadında somutlaştırılması*” olduğu için çalışmada bu kurum “bireysel başvuru” olarak anılmıştır.

Bireysel başvuru incelemesine konu olabilecek temel hak ve özgürlükler diğer ülkelerde olduğu gibi Türk Anayasası’nda da belirlenmiştir. Kurum anayasal dayanağını, 1982 Anayasası’nın 148. maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarından almaktadır.¹³ Kurumun kapsamını belirleyen Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*” Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru içtihadında anılan hükmü dikkate alarak özel yaşamın

⁹ Anılan ülkelerdeki anayasa şikayeti kurumunun karşılaştırmalı değerlendirmesi için bkz. VISSER M., s. 142-155.

¹⁰ Almanca literatürdeki kavram için bkz. ZUCK, R., *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, Verlag C. H. Beck München, 2013, s. 13; WIENBRACKE, M., *Einführung in die Grundrechte mit wirtschaftsjuristischem Schwerpunkt und dem Recht der Verfassungsbeschwerde*, Springer Gabler, 2013, s. 291; İngilizce literatürdeki kavram için bkz. ROSENFELD, M., SAJÓ, A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Court*, Oxford University Press, 2012, s. 811. Türkçe literatürdeki kavram için bkz. ŞİRİN, T., s. 6.

¹¹ Bireysel başvuru usulünü içeren 07.05.2010 tarihli 5982 sayılı Yasa Cumhurbaşkanı tarafından 12.05.2010 tarihinde halk oylamasına sunulmuş ve Yüksek Seçim Kurulu’nun 846 sayılı kararına göre 12.09.2010 tarihinde yapılan halkoylamasında % 57,88 oranında evet oyu çıkmıştır. Sonuçlar 23.09.2010 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmış ve anılan yasada öngörülen anayasal değişiklikler 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹² ŞİRİN T., s. 9-10; ÖZBEY Ö., s. 65-69; HAMDEMİR B., s. 23-24.

¹³ Anayasa’nın 149. maddesinde ve geçici 18. maddesinde bu usule atıf yapılmıştır.

korunmasına ilişkin başvuruları, Anayasa'nın 17/1., 20., 21., 22. maddelerinde düzenlenen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti üzerinden incelemektedir.¹⁴

2. ÖZEL YAŞAMIN KORUNMASINA İLİŞKİN ANAYASA NORMLARININ SOMUTLAŞTIRILMASINDA KULLANILAN ARGÜMANLAR

2.1. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Anayasa Normlarının Somutlaştırılması

Bir kararın işlenişi, yasa malzemelerinin, öğreti kitapların, şerhlerin, monografik araştırmaların, içtihatların ve karşılaştırmalı hukuk belgelerinin yardımıyla norm metniyle özdeş olmayan (“özdeşmezlik tezi”) ve bunun ötesine geçen çok sayıda metinle gerçekleşir.¹⁵ Genel ve soyut nitelikler taşıyan temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlar söz konusu olduğunda bu durum daha net gözlemlenmektedir. Zira temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa normlarının genellik ve soyutluk düzeyi ile normları oluşturan sözcüklerin anlamlarına ve normun gramatik yapısına odaklanan “sözel yorum”un işlevi arasında ters orantılı bir ilişki vardır.¹⁶ Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa normlarının genellik ve soyutluk düzeyindeki artış, sözel yorumun işlevini azaltmaktadır. Bu sebeple yargıç, normun anlamını açıklayan, tamamlayan veya koşullandıran materyallere yönelmekte,¹⁷ başka bir deyişle “olması gereken”in (“*sollen*”)

¹⁴ Diğer birçok kararın yanında bkz. Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013; Marcus Frank Cerny, 2013/5126, 2.7.2015; Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16.4.2015; Hayrettin Aktaş, 2013/1205, 17.9.2013.

¹⁵ MÜLLER, F., “Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts” in: Enzyklopädie der Geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, R. Oldenburg Verlag München und Wien, 1971, 123-190'den çeviri: “Anayasa Hukukunda Çalışma Yöntemleri”, Yayına Hazırlayan: Fazıl Sağlam, Çev. Bertil Emrah Oder, Korkut Kanadoğlu, Osman Can, Eşgüdüm: Fazıl Sağlam, T.C. Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2009, s. 24. Ayrıca karar işlenişinin; hukuk metinlerinin toplanması, kaynaştırılması, çürütülmesi veya bu metinlere yeni anlamlar kazandırılmasıyla işleyen ve mekanik nitelikler taşımayan bir süreç olduğu yönünde bkz. LA TORRE, M., Constitutionalism and Legal Reasoning, Springer, Dordrecht, 2010, s. 46.

¹⁶ Sözel yorumun sözcüklerin anlamına ve normun noktalama işaretlerini de kapsamak üzere gramatik yapısına odaklanan iki unsur içerdiği yönünde bkz. ODER, B. E., Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta, İstanbul, 2010, s. 34. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal normların çoğunlukla soyut nitelik taşımasının sözel yorumun işlevini azalttığı yönünde bkz. ODER, B. E., “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, TBB Yayınları, 236 (Hazırlayan Ozan Ergül), Ankara, 2012, s. 121-213.

¹⁷ TRIPATHI, K. P., “Foreign Precedents and Constitutional Law”, Colombia Law Review, Vol. 57, No.3, 1957, s. 320.

ne olduğunu bulmak adına norm metni ile özdeş olmayan “argüman” arayışına çıkmaktadır.¹⁸ Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa normları ne kadar genel ve soyut güvenceler içerirse, yorumda “argümanların çeşitlilik gösterme potansiyeli” o kadar yüksek olur.

Kararda yer alan argümanlar kanıtlama aşamalarının yaratılmasında rol oynarlar. Argümanın kanıtlama aşamalarında, sağlam bir kanıtlama sunup sunmadığı hukuksal yorum yöntemlerini referans alarak oluşturup oluşturulmadığına bağlıdır.¹⁹ Başka bir deyişle, argümanın hukuksal yorum yöntemleri referans alınarak oluşturulup oluşturulmaması, kanıtlamadaki gerekliliğinin sınanmasında “turnusol kağıdı”dır. Dolayısıyla yargıcın “argüman” arayışı rastlantısal veya keyfi değil, yöntemsel bir etkinliktir. Anayasa normlarının “yargısal yorumu”, brikolaj (“*bricolage*”) etkinliği gibi “elde bulunan” ancak birbiriyle kaynaşık olmayan araçların metodik kullanımıyla gerçekleşir.²⁰

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa normları söz konusu olduğunda bu etkinlikte baskın olan yöntemlerin; pozitif dayanağını hukuk devleti ilkesi ile kanun önünde eşitlik ilkesinden alan ve normun diğer normlarla birlikte oluşturduğu bağlamdan çıkan anlama -normun nerede ve nasıl düzenlendiğinden bağımsız olarak- odaklanmayı ifade eden “sistemik yorum”; yaşamın gerçekliğine ve iyi sınanmış neden-sonuç ilişkisine olabildiğince uygun yorumlanması gereken yapısal unsurlar (“*eşyanın doğası*”), anayasal kural ve ilkeler, genel hukuk ilkeleri ve bu ilkelerle desteklenen adaletin gerekleri, toplumun üzerinde anlaştığı adalet anlayışı, toplumsal etik gibi ölçütleri araştırarak normun nesnel amacını ortaya koymayı hedefleyen

¹⁸ Hukuksal yorumun yorumcu aracılığı ile “olması gereken”in ne olduğunu belirleyen etkinlik olduğu yönünde bkz. ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 6.

¹⁹ Yorum ve kanıtlama ilişkisi için bkz. ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 5-9.

²⁰ Fransızca “*bricolage*” kelimesinden türetilen ve Türkçe’ye “yaptakçılık” olarak çevrilen bu etkinlik, Claude Lévi-Strauss tarafından oluşturulmuştur. Buna göre, mühendisin kafasında tasarladığı projenin tamamlanması, tasarladığı projeye ilgili olan hammadde ve aletlerin elde edilmesine bağlıdır. Ancak “yaptakçının” (“*bricoleur*”) araç evreni kapalıdır ve yapacağını “elde bulunanlarla”, yani her an sınırlı sayıda ve ayrışık araç ve gereçlerle yapmaya çalışır. Lévi-Strauss’un “mühendislik” mesleği ile kıyaslayarak yaptığı “yaptakçılık” tanımı için bkz. LÉVI-STRAUSS, C., Yaban Düşünce (“*La Pensée sauvage*”), Çev. Tahsin Yücel, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s. 42-43; LÉVI-STRAUSS, C., The Savage Mind, The University of Chicago Press, 1966, s. 17-18. “Yaptakçılık” etkinliğinden hareketle, entelektüel ve siyasal dünyanın “yorumcu”ya, kaynaşık olmayan “elde bulunanlar” konseptini sağladığı yönünde bkz. TUSHNET, M., “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”, Yale Law Journal, Vol.108, 1999, s. 1285-1286.

“nesnel-teleolojik yorum” ve sisteme uygun yorumun bir türü olarak “uluslararası insan haklarına uygun yorum” yöntemi olduğu belirtilmektedir.²¹

Yargıcın anılan yorum yöntemlerini kullanarak yarattığı argümanlar, normun “somutlaştırılmasına” hizmet ederler. Böylece soyut klozlar içeren temel hak ve özgürlük normları somut olayda “uygulanabilir” hale gelir.²²

2.2. Özel Yaşamın Korunmasına İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Kullanılan Argümanların Derecelendirilmesi

Özel yaşamın korunmasına ilişkin bireysel başvuru kararlarında Anayasa Mahkemesi çeşitli argümanlar kullanmaktadır. Bu bölümümüzün esas konusu da özel yaşamın korunmasına ilişkin bireysel başvuru kararlarında Anayasa normlarını somutlaştırarak onları somut olayda uygulanabilir hale getiren argümanların soruşturulmasıdır. Bu soruşturma sürecinde, özel yaşamın korunmasına ilişkin bireysel başvuru kararlarının kanıtlamalarında rol oynayan argümanlar incelenmiş, bu argümanların incelenen temel hak ve özgürlüğün somutlaştırılmasındaki işlevi sorgulanarak, argümanların derecelerine ilişkin bir sınıflandırma denemesi yapılmıştır. Buradaki amacımız, pek çok argümandan oluşan bireysel başvuru kararlarının kanıtlamalarındaki karmaşıklığı berraklığa kavuşturmak ve kanıtlamalarda kullanılan argümanları yöntemsel yönden analiz etmektir.²³

Bu kapsamda kararlarda sıklıkla gözlemlenen argümanlar; “otoriter” , “rehber”, “aksesuar” ve “değişken” olmak üzere dört aşamada derecelendirilmiştir. “Otoriter argüman”, kanıtlama sonucuna ulaşılmasında etkili kriterleri belirleyen veya varlığıyla kanıtlama sonucunu

²¹ ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 55-63, 102-119, 193-223; sistematik yorumunun normun konumu yanında, ilkelerle ve diğer normlarla olan mantıksal ve teleolojik ilişkisine odaklandığı yönünde bkz. ALEXY, R., A Theory of Legal Argumentation, The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification, Oxford University Press, Translated by Ruth Adler and Sir Neil MacCormick, 2011, s. 240; Uluslararası insan haklarına uygun yorum yönteminin, temel hak ve özgürlük alanının hukukun etik ilkeleri ile bağlantısı ve evrensellik savı nedeniyle öne çıktığı yönünde bkz. ODER, B. E., Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, s. 121-213.

²² ODER, B. E., “Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması”, s. 121-213.

²³ Birçok bileşenden oluşan bir şeyin düşüncede en basit olan tüm parçalarına bölünmesi ve her bir parçaya ayrı ayrı bakılması durumunda tüm karışıklığın ortadan kalkacağı yönünde bkz. SPINOZA, B., Tractatus de Intellectus Emendatione- Anlama Yetisinin Düzeltilmesi Üzerine İnceleme, Çev. Emine Ayhan, 2. Baskı, Dost, 2017, s. 62. Eserin 1658-1661 yılları arasında yazıldığı tahmin edilmektedir.

doğrudan etkileyen argümana işaret eden bir tespittir. “Rehber argüman”, kanıtlama sonucuna doğrudan bir etkisi olmamakla birlikte, kanıtlama sonucuna ulaşmada yol gösterici işleve sahip argümandır. “Aksesuar argüman”, argümanın kanıtlama sonucuna ulaşılmasındaki etkisinin gözlemlenemeyecek kadar az olduğuna işaret etmektedir. Son olarak “değişken argüman” ise, kullanımındaki metodun anlaşılmadığı, değişken özellikler gösteren argümanı etiketlemektedir. Anayasa Mahkemesi içtihatlarında gözlemlenen bu argümanlar, bireysel başvuru kararlarının temel argümanları olarak karşımıza çıkan beş kategori üzerinden incelenmiştir. Birinci kategoride İHAM içtihadının, ikinci kategoride Anayasa Mahkemesi’nin norm denetimi içtihadının, üçüncü kategoride İHAS dışındaki uluslararası metinlerin, dördüncü kategoride Anayasa’nın bütünselliği ilkesinin, son olarak beşinci kategoride de adil denge ölçütünün argüman dereceleri soruşturulmuştur. Bu argümanların örnekleri, özel yaşamın korunmasına ilişkin öncü kararlar arasında olan beş karar üzerinden incelenmiştir. Bunlar; maddi ve manevi varlığın korunması hakkının incelendiği Sevim Akat Eşki, özel yaşamın gizliliği hakkının incelendiği Şengül Kayan, aile hayatına saygı hakkının incelendiği Selim Adıyaman, Hayriye Özdemir ve Fatma Julia Ekinciler başvurusu üzerine verilen kararlardır.²⁴ Bu kararların seçiminde kararlarda gözlemlenen argüman çeşitliği de dikkate alınmıştır. Anılan argüman derecelerinin beş bireysel başvuru kararında gözlemlenen örneklerine geçmeden önce kararlarda gözlemlenen kanıtlama stiline dikkat çekilerek, kanıtlamayı oluşturan bileşenlerin oluşturduğu “büyük resim” ortaya konulmuştur. Kararların kanıtlama stiline ardından İHAM ve Anayasa Mahkemesi’nin norm denetimi içtihadı, İHAS dışındaki uluslararası metinler, Anayasa’nın bütünselliği ilkesi ve adil denge kriteri üzerinden argümanları derecelendirme soruşturmamız derinleştirilmiştir.

2.2.1. Kararların Kanıtlama Stili

Bireysel başvuru kararlarının “Değerlendirme” kısmında gözlemlenen kanıtlama stilli bir tablo üzerinden şöyle gösterilebilir:²⁵

²⁴ Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013; Şengül Kayan, 2013/1614, 3.4.2014; Hayriye Özdemir, 2013/3434, 25.6.2015; Selim Adıyaman, 2013/8846, 9.3.2016; Fatma Julia Ekinciler, 2013/2758, 17.2.2016.

²⁵ Metne ilişkin stilden söz etmenin, eserin nasıl oluşturulduğunu, nasıl ilerlemekte olduğunu, neden belli bir alımlama sunduğunu ve neden ve nasıl o alımlamayı sağladığını göstermek anlamına geldiği ve bir sayfanın stilini tüm çıplaklığıyla gözler önüne sermek için yüzlerce sayfanın incelenmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. ECO, U., Edebiyata Dair, Çev. Betül Parlak, Can Yayınları, 2016, s. 196-200.

Başvurucunun İddiası veya Hakkın Tespiti
Adalet Bakanlığı'nın Görüşleri ve Başvurucunun Beyan Dilekçesi
“Ortak Koruma Alanı” Vurgusu
Anayasa'nın İlgili Hükümü
İHAS'ın İlgili Düzenlemesi
Konuyla İlgili İHAM ve Anayasa Mahkemesi İçtihadı, Uluslararası Metinler
Somut Olaya Özgü Değerlendirme
Hüküm

Anayasa Mahkemesi kanıtlamasına, başvurucunun iddiası veya olaya uygulanacak hakkın tespiti ile başlamaktadır.²⁶ Başvurucunun iddiası ile kanıtlamanın başladığı bir karara Sevim Akat Eşki başvurusu üzerine verilen karar örnek gösterilebilir:

“b. Esas İnceleme

18. Başvurucu evli kadınların yalnızca evlilik öncesindeki soyadlarını kullanmasını engelleyen 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanılarak yapılan uygulama nedeniyle, Anayasa'nın 17. ve 20. maddesinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.”²⁷

Kanıtlamanın hakkın tespiti ile başladığı kararlarda ise “ihlal iddialarının mahiyeti” dikkate alınarak olaya uygulanacak Anayasa normları belirlenmektedir:

“B. Değerlendirme

19. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Başvurucu tarafından Anayasa'nın 10., 36., 40. ve 153. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddia edilmiş olmakla beraber, ihlal iddialarının mahiyeti gereği

²⁶ Değerlendirmenin başvurucunun iddiası ile başladığı kararlar için bkz. Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par. 18; Şengül Kayan, 2013/1614, 3.4.2014, par. 25; Murat Atılğan, 2013/9047, 7.5.2015, par. 16.

²⁷ Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par. 18. Kanıtlamanın başvurucunun iddiası ile başladığı kararlar için bkz. Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par. 18; Şengül Kayan, 2013/1614, 3.4.2014, par. 25; Murat Atılğan, 2013/9047, 7.5.2015, par. 16; Halime Sare Aysal, 2013/1789, 11.11.2015, par. 39.

Anayasa'nın 10., 20. ve 36. maddeleri açısından değerlendirme yapılması uygun görülmüştür.”²⁸

Mahkeme'nin hakkın tespitine ilişkin değerlendirmesinde, olayların hukuki tavsifini kendisinin takdir edeceği yönündeki Tahir Canan başvurusu üzerine verdiği bireysel başvuru kararını sıklıkla takip ettiği de belirtilmelidir:

“B. Değerlendirme

34. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvuru tarafından Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddia edilmiş olmakla beraber ihlal iddialarının mahiyeti gereği Anayasa'nın 17. maddesi açısından değerlendirme yapılması uygun görülmüştür.”²⁹

Başvurucunun iddiası ardından Adalet Bakanlığının görüş sunup sunmadığına bağlı olarak Bakanlığın görüşüne, başvuru Bakanlığın görüşüne karşı beyan dilekçesi sunup sunmadığına bağlı olarak başvuru beyan dilekçesine yer verilmektedir.³⁰

Kanıtlanmanın başlangıç stilini, başvuru iddiası, hakkın tespiti ve Adalet Bakanlığı görüşleri üzerinden şekillendiren Mahkeme, bu konulara ilişkin değerlendirmelerin ardından Onurhan Solmaz başvurusu üzerine verdiği kararda geliştirdiği, Anayasa ve İHAS'a ilişkin “ortak koruma alanı” kriterine dikkat çekmektedir:

²⁸ Hayriye Özdemir, 2013/3434, 26.6.2015, par.19; aynı yönde diğer kararlar için bkz. Marcus Frank Cerny, 2013/5126, 2.7.2015, par. 28; Sinem Hun, 2013/5356, 8.5.2014, par. 26.

²⁹ Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016, par. 34; Tahir Canan, 2012/969, 18.9.2013, par. 18; 18.10.2017 tarihi itibarıyla Tahir Canan başvurusunun numarası Anayasa Mahkemesi'nin internet sayfasında yer alan Kararlar Bilgi Bankası'nda (KBB) arandığında 248 karara ulaşılmaktadır. Tahir Canan başvurusuna atıf yaparak kanıtlanmanın hakkın tespiti ile başladığı aynı yönde diğer bir karar için ayrıca bkz. Fatma Julia Ekinciler, 2013/2758, 17.2.2016, par. 46.; hakkın tespitine yönelik değerlendirmenin uzun olduğu dikkat çekici kararlar için bkz. Şehmus Özsubaşı, 2013/2582, 3.3.2016, par. 33-39; T.A.A., 2014/19081, 1.2.2017, par. 51-66. Kanıtlanmanın Adalet Bakanlığı görüşü ile başladığı istisnai bir örnek için ayrıca bkz. D.Ö., 2014/3977, 30.6.2016, par. 22.

³⁰ Marcus Frank Cerny, 2013/5126, 2.7.2015, par. 31; Sinem Hun, 2013/5356, 8.5.2014, par. 36-39, Halime Sare Aysal, 2013/1789, 11.11.2015, par.40-41; Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016, par.37-38; Fatma Julia Ekinciler, 2013/2758, 17.2.2016, par. 49.

“Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/11/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (Onurhan Solmaz, B. No. 2012/1049, 26/3/2013, § 18)”³¹

Ortak koruma alanına ilişkin bu değerlendirmeden sonra başvuru konusuyla ilgili Anayasa ve İHAS hükümlerine yer verilmektedir.³² Bu aşamada Anayasa ve İHAS dışında başka bir hukuki metne yer verilmediği vurgulanmalıdır.

Kanıtlamada Anayasa ve İHAS hükümlerini, henüz olay değerlendirmesine geçmeden önce konuyla ilgili olabilecek İHAM içtihatları, Anayasa Mahkemesi içtihatları ve ilgili uluslararası metinlere yapılan atıflar izlemektedir.³³ Somut olaya ilişkin değerlendirmeler ise kanıtlamanın

³¹ Murat Atılğan, 2013/9047, 7.5.2015, par. 18; Onurhan Solmaz, 2012/1049, 26.3.2013, par.18; aynı yönde diğer kararlar için bkz. Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par. 22; Şengül Kayan, 2013/1614, 3.4.2014, par. 27; Halime Sare Aysal, 2013/1789, 11.11.2015, par. 42; Fatma Julia Ekinciler, 2013/2758, 17.2.2016, par. 50; Marcus Frank Cerny, 2013/5126, 2.7.2015, par. 32. 18.10.2017 tarihi itibarıyla Onurhan Solmaz başvurusunun numarası Anayasa Mahkemesi'nin internet sayfasında yer alan KBB'de arandığında 811 karara ulaşılmaktadır.

³² Kanıtlamada art arda gelen Anayasa ve İHAS hükümleri için bkz. Marcus Frank Cerny, 2013/5126, 2.7.2015, par. 33-34; Hayriye Özdemir, 2013/3434, 25.6.2015, 35-36; Fatma Julia Ekinciler, 2013/2758, 17.2.2016, par. 51-53; Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016, par. 40-43. Ortak koruma alanı kriterinden önce art arda gelen Anayasa ve İHAS hükümleri için ayrıca bkz. Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16.4.2015, par. 46-48.

³³ Halime Sare Aysal, 2013/1789, 11.11.2015, par. 45-63; atıf yapılan İHAM içtihatları için bkz. X ve Y / Hollanda, 8978/80, 26.3.1985, par. 23, 24, 27; Koch / Almanya, 497/09, 19.7.2012, par. 51; Schmidt / Almanya, 32352/02, 5.1.2006; X. / Avusturya, 8278/78, 13.12.1979, par. 4; Glass / Birleşik Krallık, 61827/00, 9.3.2004, par. 70; Y. F. / Türkiye, 24209/94, 22.7.2003, par. 34; Solomakhin / Ukrayna, 24429/03, 15.3.2012, par. 33; Boffa vd. / San Marino, 26536/95, 15.1.1998, par. 4; Silver vd. / Birleşik Krallık, 5947/72, 25.3.1983, par. 86-88; Malone / Birleşik Krallık, 8691/79, 2.8.1984, par. 66-68; Rotaru / Romanya [BD], 28341/95, 4.5.2000, par. 55; atıf yapılan Anayasa Mahkemesi içtihatları için ayrıca bkz. Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par. 26; Ercan Kanar, 2013/533, 9.1.2014, par. 52; Serap Tortuk, 2013/9660, 21.1.2015, par. 31. Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016, par. 44-69; atıf yapılan İHAM içtihatları için bkz. Bor / Macaristan, 50474/08, 18.6.2013, par. 24; Brincat vd. / Malta, 60908/11, 24.7.2014, par. 103-117; Powell ve Rayner / Birleşik Krallık, 9310/81, 21.2.1990; Hatton vd. / Birleşik Krallık, 36022/97, 2.7.2003; Lopez Ostra / İspanya, 16798/90, 9.12.1994; Koch / Almanya, 497/09, 19.7.2012, par. 51; Fadeyeva / Rusya, 55723/00, 9.6.2005, par. 69; Mileva vd. / Bulgaristan, 43449/02, 25.11.2010, par.88; Krytatos / Yunanistan, par. 41666/98, 22.5.2003, par. 52, 53; Ali Rıza Aydın / Türkiye, 40806/07, 15.5.2012, par. 27-29; Taşkın vd. / Türkiye, 46117/99, 10.11.2004, par. 115vd.; Moreno Gomez / İspanya, 4143/02, 16.11.2004, par. 59, 60; Ruano Morcuende / İspanya, par. 75287/01, 6.9.2005; Fagerskiöld / İsviçre,

son aşamalarında gözlemlenmiştir.³⁴ Hüküm kısmında da kanıtlamada ulaşılan sonuca yer verilmektedir.

2.2.2. İHAM İctihadı

2.2.2.1. Anayasa Mahkemesi'nin İHAS'a ve İHAM'ın Takdir Yetkisi Doktrinine Yaklaşımı

Özel yaşamın korunmasına ilişkin kararlarda atıf yapılan bireysel başvuru kararlarından en dikkat çekici olanı, kanıtama stilinin incelenmesinde de karşımıza çıkan Onurhan Solmaz başvurusu üzerine verilen karardır.³⁵ Mahkeme ilk defa bu kararda “ortak koruma alanı” kriterini geliştirmiştir. Araştırma kapsamında, “ortak koruma alanı”nın sınırlarının açık ve kesin olarak belirlenmesine yönelik bir değerlendirmenin yer aldığı karara rastlanılmamıştır. “Ortak koruma alanı”nın belirlenmesinde hakların hangi özelliklerinin dikkate alınacağına yönelik geliştirilen bir metot da bulunmamaktadır. Mahkeme, İHAS ile Anayasa’da düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin normatif yapıları arasındaki farklıların “ortak koruma alanı”nın belirlenmesindeki etkisine yönelik bir değerlendirme de yapmamaktadır.³⁶ Ancak koruma alanının “ortaklığı”, Sözleşme ve Anayasa arasındaki ortaklıkların veya kesişimin dikkate alınmasını ve “ortak” olanın “yorum” yolu ile somutlaştırılmasını gerektirmektedir. Sözleşme’nin 53. maddesinde bu kesişimi ilgilendiren bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, *“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf’ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel*

37664/04, 26.2.2008; Oluic / Hırvatistan, 61260/08, 20.5.2010, par. 52-62; Mileva vd. / Bulgaristan, par. 93-95; atıf yapılan Anayasa Mahkemesi içtihatları için bkz. E.2013/89, K.2014/116, 3.7.2014; Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19/12/2013, par. 26; E.2013/89, K.2014/116, 3.7.2014; E.2006/99, K.2009/9, 15.1.2009; E.2011/110, K.2012/79, 24.5.2012; Rio Bildirisi’nin (10) numaralı ilkesine ve Aarhus Sözleşmesi’ne yapılan atıflar için bkz. Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016, par. 62.

³⁴ Kanıtlamanın kararın 32. paragrafında başladığı ancak olay değerlendirmesinin kararın 63. paragrafında başladığı karar için bkz. Hayriye Özdemir, 2013/3434, 25.6.2015, par. 63-70; kanıtlamanın kararın 48. paragrafında başladığı ancak olaya ilişkin değerlendirmenin kararın 100. paragrafında başladığı karar için bkz. Fatma Julia Ekinciler, 2013/2758, 17.2.2016.

³⁵ Onurhan Solmaz, 2012/1049, 26.3.2013, par. 18. 18.10.2017 tarihi itibarıyla Onurhan Solmaz kararının başvuru numarası Anayasa Mahkemesi’nin Kararlar Bilgi Bankası’nda (KBB) arandığında 811 karara ulaşıldığı belirtilmelidir. Onurhan Solmaz başvurusuna ilişkin kararın kanıtama stilindeki yerine ilişkin açıklamalarımız 1.2.1. numaralı başlıkta yer almaktadır.

³⁶ Anayasa’da temel hak ve özgürlüklere ilişkin normları normatif yapısına göre sınıflandıran özgün bir çalışma için bkz. ODER, B. E., Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, s. 121-213.

özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.” Bu hükme ilişkin olarak İHAM’ın bir kararında farklı görüş sunan yargıç, 53. maddeyle, Sözleşme’nin sınırlı hak kataloğunun asgari standartları sağladığına işaret ederek farklı bir belgenin Sözleşme’den daha yüksek seviyede koruma sağlayabileceğinin kabul edildiğini belirtmiştir.³⁷ İHAM’ın başka bir kararında da, Sözleşme’nin 6. maddesinde yer alan “medeni hak” kavramının, Sözleşme’nin 53. maddesi bağlamında iç hukukta uygulanabilir bir hakkın kısıtlaması olarak yorumlanamayacağına dikkat çekilmiştir.³⁸ Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarında, “ortak koruma alanı”nın İHAM’ın 53. madde hakkındaki yaklaşımları ile ilişkisine yönelik bir değerlendirmeye de rastlanılmamıştır.

Diğer taraftan Mahkeme’nin bu “belirsiz alan”ı somutlaştırma eğiliminin olmadığı da belirtilmelidir. Örneğin Mehmet Kurt başvurusu üzerine verilen bireysel başvuru kararında çevre hakkı her ne kadar alana dahil edilse de, kriter üzerinden çevre hakkının varlığına ulaşılmaması dikkat çekmektedir.³⁹ Çalışma hakkı bakımından da benzer bir durum söz konusudur. E-posta yazışmaları dikkate alınarak sözleşmesinin yenilenmemesinin kamu hizmetine girme ve çalışma hakkının ihlal edildiği iddiasının ileri sürüldüğü kararda İHAM’ın, çalışma hakkına ilişkin şikayetlerin Sözleşme’de korunan diğer hakları da ilgilendirmesi durumunda ilgili haklarla bağlantı kurarak bir inceleme yaptığı yönündeki yaklaşımı dikkate alınarak, başvurusunun çalışma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının incelenebileceği kabul edilmiştir.⁴⁰ Ancak başvurusunun astsubaylıktan subaylığa geçiş imkanının tanınmaması nedeniyle, “hayat seviyesini yükseltme hakkı”nın elinden alındığını belirterek Anayasa’nın 49. maddesinde düzenlenen çalışma hakkının ihlal edildiği iddiasını ileri sürdüğü kararda, hayat seviyesini yükseltme hakkının diğer haklarla bağlantısı üzerinde bir değerlendirme yapılmamış, “alan”ın belirsizliği başvurusunun iddiasının göz ardı edilmesine neden olmuştur:

³⁷ Wojtyczek’in farklı görüşü için bkz. National Union Of Rail, Maritime And Transport Workers / Birleşik Krallık, 31045/10, 8.4.2014; İHAS’ın 53. maddesinin yorumu için ayrıca bkz. SCHABAS, W., The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford University Press, 2015, s. 903.

³⁸ Okyay vd. / Türkiye, 36220/97, 12.7.2005, par. 68.

³⁹ Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016; benzer yönde başka bir karar için bkz. Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Karlık, 2013/6587, 24.3.2016.

⁴⁰ Bülent Polat, 2013/7766, 10.12.2015, par. 41-43; atf yapılan İHAM içtihatları için ayrıca bkz. Sidabras ve Dziautas/Litvanya, 55480/00, 27.7.2004, par. 46, par. 67; Dahlab/İsviçre, 42393/98, 15.2.2001.

“Başvurucu, astsubaylıktan subaylığa geçiş imkânının tanınmaması nedeniyle, hayat seviyesini yükseltme hakkının elinden alındığını belirterek Anayasa'nın 49. maddesinde düzenlenen çalışma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Anılan Anayasa ve Kanun hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

Bireyin dilediği alanda çalışma özgürlüğü ve çalışma hakkı Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınmış olmakla birlikte AİHS'de düzenlenen haklardan değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de kamu hizmetine girme ya da dilediği kamu görevinde çalışma hakkının Sözleşme'de ya da protokollerinde korunan bir hak olmadığını açıkça ifade etmektedir (B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 24).

Açıklanan nedenlerle, başvurunun başvuru dilekçesinde ifade ettiği şekliyle ihlal edildiğini ileri sürdüğü astsubaylıktan subaylığa geçerek hayat seviyesini yükseltme hakkı, Anayasa ve AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerin ortak koruma alanına girmediğinden, başvurunun bu iddiasının "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”⁴¹

Kanıtlama stiline yönelik açıklamalarımızda da yer verdiğimiz üzere, Onurhan Solmaz kararına yapılan atıf ile birlikte Mahkeme, iddia edildiği ileri sürülen hakkın Anayasa'daki ve Sözleşme'de yer alan düzenlemelerine birbirini takip edecek şekilde yer vermiş, ilgili düzenlemelerin birbirinin karşılığı olduğunu belirterek kanıtlamasına devam etmiştir.⁴² Kararlarda özel yaşamın korunması bağlamında Sözleşme'nin 8. maddesinin Anayasa'nın 17.,

⁴¹ Cem Furuncu, 2012/774, 10.12.2014, par. 38-41.

⁴² Kanıtlamada ardada gelen Anayasa ve Sözleşme hükümleri için ayrıca bkz. B. U., 2013/2414, 6.1.2016, par. 33-34; Aslan Faruk Toprak, 2013/2957, 24.3.2016, par. 32-33.

20., 21., 22. maddelerine karşılık geldiğini belirtmekle yetinilmektedir. Bu konuda Mahkeme'nin ilk kararlarından olan Sevim Akat Eşki başvurusu üzerine verilen karar örnek gösterilebilir. Olayda başvurunun evlilik öncesi soyadını tek başına kullanma talebi derece mahkemelerince reddedilmiştir.⁴³ Anayasa Mahkemesi başvurunun iddialarının Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında değerlendirilmesini "uygun görmüş"⁴⁴ ve anılan maddenin Sözleşme'nin 8. maddesine karşılık geldiğini belirtmiştir.⁴⁵ Bu konuda dikkat çeken diğer bir karar Mehmet Kurt başvurusu üzerine verilen bireysel başvuru kararıdır. Kararda sağlıklı bir çevrede yaşam hakkının Anayasa'nın 17., 20. ve 21. maddeleri ile bağlantılı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş, İHAM içtihatlarında da sağlıklı bir çevrede yaşam hakkı ile özel yaşam, aile yaşamı ve konuta saygı hakkı arasında bağ kurulduğu ifade edilmiştir.⁴⁶ Şeref ve itibarın korunması hakkı bakımından N. B. B. başvurusu üzerine verilen bireysel başvuru kararı da bu konuda dikkat çekmektedir. Kararda, kişisel itibarın korunması hakkının Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altında olduğunun belirtilmesinin akabinde, bir kimsenin itibarının korunması hakkının "özel yaşam" kapsamında kabul edildiğine ilişkin İHAM içtihatları referans gösterilmiştir.⁴⁷

Özel yaşamın gizliliği bakımından da İHAS ile Anayasa arasında kurulan bağ Şengül Kayan başvurusu üzerine verilen karar ile kendini göstermeye başlamıştır. Mahkeme, Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkının, Sözleşme'nin 8. maddesinde

⁴³ 2.1.1. numaralı "Evli Kadının Soyadı" isimli başlıkta bu kararın detaylı bir değerlendirmesi yapılmıştır.

⁴⁴ Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par. 21.

⁴⁵ Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par. 30; maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının değerlendirildiği benzer yöndeki diğer kararlar için bkz. Aslan Faruk Toprak, 2013/2957, 24.3.2016, par. 34; Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016, par. 44; S. K., 2013/1778, 15.12.2015, par. 39; Halime Sare Aysal, 2013/1789, 11.11.2015, par. 47; Ahmet Acartürk, 2013/2084, 15.10.2015, par. 47; Işıl Yaykır, 2013/2284, 15.4.2014, par. 31; Yusuf Burak Çelik, 2013/2538, 20.11.2014, par. 20; Şehmus Özsubaşı, 2013/2582, 3.3.2016, par. 60; Mehmet Ergin, 2013/2891, 5.11.2015, par. 26; Emel Leloğlu, 2013/3512, 17.7.2014, par. 26; Osman Konuktar, 2013/5670, 23.3.2016, par. 22; Gülşin Oral, 2013/6129, 16.9.2015, par. 35; Şehnaz Ayhan, 2013/6229, 15.4.2014; Ayla (Şenses) Kara, 2013/7063, 5.11.2015, par. 31; Mesut Özbezen, 2013/8175, 15.4.2014, par. 28; Nurcan Yolcu, 2013/9880, 11.11.2015, par. 30; Ümit Yalçın, 2014/12984, 26.2.2015, par. 50.

⁴⁶ Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016, par. 46, 56; atıf yapılan İHAM içtihatları için bkz. Powell ve Rayner / Birleşik Krallık, 9310/81, 21.2.1990; Hatton vd. / Birleşik Krallık, 36022/97, 2.7.2003; Lopez Ostra / İspanya, 16798/90, 9.12.1994.

⁴⁷ N. B. B., 2013/5653, 3.3.2016 par. 33-34; atıf yapılan İHAM içtihatları için bkz. Preifer/ Avusturya, 12556/03, 15.11.2007, par. 35; Axel Springer AG / Almanya, 39954/08, 7.2.2012, par. 83; White / İsveç, 42435/02, 19.12.2006, par. 19; Minelli/İsviçre (k.k.), 14991/02, 14.06.2005.

düzenlenen özel yaşama saygı hakkına karşılık geldiğini belirtmektedir.⁴⁸ Aile hayatına saygı hakkı ve haberleşme özgürlüğü bakımından ise sırasıyla Mahkeme'nin ilk kararlarından olan Hayriye Özdemir ve Mehmet Koray Eryaşa kararları örnek gösterilebilir. Mahkeme özel yaşamın korunmasına ilişkin diğer haklara benzer şekilde, aile hayatına saygı hakkı ve haberleşme hürriyeti bakımından da Anayasa ile İHAS arasındaki paralellik vurgusunu yinelemektedir.⁴⁹

Mahkeme'nin Anayasa'daki bir hükmün İHAS'daki karşılığını aramaya yönelik bu arayışı bizi, Mahkeme'nin özel yaşamın korunmasına ilişkin haklar bakımından, Sözleşme ile Anayasa arasında “özdeşlik kurma arayışı” içerisinde olduğu tespitine ulaştırmıştır. Bu tespit, Anayasa'da düzenlenen bir normun İHAS'da da yer alıp almadığının araştırılması neticesinde, Anayasa'nın ve Sözleşme'nin özdeş düzenlemelere sahip olduğu sonucuna işaret eden bir tespittir.⁵⁰ Bu arayışın bir diğer kanıtı, Anayasa'nın 17/1., 20., 21. ve 22. maddelerinde

⁴⁸ Şengül Kayan, 2013/1614, 3.4.2014, par. 37; aynı yönde başka kararlar için bkz. Serap Tortuk, 2013/9660, 21.1.2015, par. 36; G. G., 2014/16701, 13.10.2016, par. 42; İlknur Yüksel, 2014/7738, 13.7.2016, par. 31; Deniz Gebeş, 2014/12862, 13.7.2016, par. 39; K. Ü., 2014/15792, par. 36.

⁴⁹ Hayriye Özdemir, 2013/3434, 25.6.2015, par. 43; Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16.4.2015, par. 49; aile hayatına saygı hakkı bakımından benzer yönde diğer kararlar için bkz. Gülbu Özgüler, 2013/7979, 11.11.2015, par. 39; Marcus Frank Cerny, 2013/5126, 2.7.2015, par. 36; Murat Atılgan, 2013/9047, 7.5.2015, par. 22; Cengiz Kılıç, 2013/3181, 3.2.2016, par. 69; Selim Adıyaman, 2013/8846, 9.3.2016, par. 40; M. M. E. ve T. E., 2013/2910, 5.11.2015, par. 116; Nurcan Yolcu, 2013/9880, 11.11.2015, par.32; haberleşme hürriyeti yönünden benzer yönde başka kararlar için bkz. Ahmet Temiz, 2013/1822, 20.5.2015, par. 31; Mehmet Seyfi Oktay, 2013/6367, 10.12.2015, par. 44.

⁵⁰ “Özdeşlik kurma arayışı”na ilişkin tespitimize, Schleiermacher'in “psikolojik yorumlama” (“*psychologische Interpretation*”) programı dikkate alınarak yaklaşılmalıdır. Bu programda; biliş süreci içinde “kendini kaybetme” fikrinin, başka insanların anlamlarını hatırlamak amacıyla kendini unutmamanın ve “yerli kategoriler” için önyargısız araştırma stratejisinin tohum halinde yer aldığı belirtilmektedir. Schleiermacher'in “psikolojik yorumlama” programı ve Gadamer'in bu programın “tohumsal karar” olduğu yönündeki yaklaşımı için bkz. BAUMAN, Z., *Hermeneutik ve Sosyal Bilimler Anlama Dair Yaklaşımlar* (“*Hermeneutics and Social Science Approaches to Understanding*”), Çev. Hüseyin Oruç, Ayrıntı, 2017, s. 38. Schleiermacher'in “psikolojik yorumlama” programı açısından ayrıca bkz. WARNKE, G., *Gadamer Hermeneutics Tradition and Reason*, Stanford University Press, Stanford, California, 1987, s. 10-15. Yazar anılan eserde Schleiermacher'in anlama sanatını “özensiz pratik” ve “özenli pratik” olmak üzere ikiye ayırdığına dikkat çekmiştir. “Özensiz pratik” anlamın kendiliğinden ortaya çıktığı öncülünden hareket ederken, “özenli pratik” yanlış anlamın kendiliğinden ortaya çıktığı öncülünden hareket etmektedir. Schleiermacher'e göre, doğru anlam özenli bir yorumlama sürecini gerekli kılmaktadır. Bu açıdan dikkate alınabilecek metotlar “gramatik yorumlama” ve “psikolojik yorumlama”dır. Gramatik yorumlama, bir metnin dil bilimi üzerinden analiz edilmesidir. Gramatik yorum, cümle yapılarına ve kelime anlamlarına odaklanmıştır. Psikolojik yorumlama ise Bauman'ın eserinde de belirtildiği üzere yazarı yazmaya yönlendiren en temel motivasyon yani “tohumsal karar” üzerinde çalışır. Bu iki yorum programı birbirini hem tamamlar hem de kontrol eder. Gramatik ve psikolojik yorumların örnek durumlar üzerinden incelendiği çalışma için bkz. SCHLEIERMACHER, F., *Hermeneutics and Criticism and Other Writings*, Edited by Andrew Bowie, Cambridge University Press, Cambridge, 1998. Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi içtihatlarında gözlemlenen Anayasa ile ilgili uluslararası göndermenin “uyumluluğuna” ilişkin tespit niteliğindeki “özde uyum” yaklaşımı için ayrıca bkz. ODER, B. E., “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Anayasal Yorumunda 1983-2007 Bilançosu: Örnekler

düzenlenen hakların Sözleşme'nin 8. maddesine karşılık geldiğinin belirtilmesinin akabinde, Anayasa'da ve Sözleşme'de yer alan düzenlemeler arasında bir farklılık olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmenin yapılmamış olmasıdır.⁵¹ Ayrıca 1.2.5. numaralı “*Anayasa'nın Bütünselliği İlkesinin Argüman Derecesi*” isimli başlıkta üzerinde durduğumuz, Anayasa'nın 56. maddesinin ve 41. maddesinin yalnızca pozitif yükümlülükler bağlamında dikkate alınması “özdeşlik kurma arayışı” bakımından dikkate değerdir. Mahkeme Mehmet Kurt başvurusu üzerine verdiği kararda çevre hakkını Anayasa'nın 56. maddesi temelinde değil, Anayasa'nın 17/1. maddesi üzerinden değerlendirmiştir. Selim Adıyaman başvurusu üzerine verdiği kararda da Mahkeme, çocuğun ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma hakkını Anayasa'nın 41. maddesi temelinde değil, Anayasa'nın 20. maddesi üzerinden değerlendirmiştir. Bu durum kararların hüküm kısmında açıkça gözlemlenmektedir.⁵²

“Özdeşlik kurma arayışı” bakımından dikkat çekici başka bir eğilim, derece mahkemelerinin takdir yetkisinin vurgulandığı paragraflarda gözlemlenmiştir. Mahkeme, başvuru konusu bakımından derece mahkemelerinin takdir yetkisine vurgu yaparak denetim yapacağını belirtmesinin akabinde İHAM'ın aynı yöndeki yaklaşımına yer vermekte ve kendi vurgusuna İHAM içtihatlarından dayanak aramaktadır:

“Mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek, öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. Çocuğun üstün yararı söz konusu dava grubu açısından en önemli unsur olup olayın tüm tarafları ile doğrudan temas hâlinde bulunan derece mahkemelerinin olayın koşullarını değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu hususu tartışılmaz. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin koruma tedbirlerine ilişkin

ve Ana Yönelim”, Festschrift für Ali Ülkü Arzak zum 75. Geburtstag / Ali Ülkü Arzak'a Armağan, Sayhan S. / Karlıklı Y. (Ed.), Basım yeri: İstanbul, 2008, s. 279-416; bu konuda çalışmada örnek verilen Anayasa Mahkemesi içtihatları için bkz. E. 1997/62, K. 1998/52, 16.9.1998, AYMKD 36/I, s. 271; E. 1997/1, K. 1998/1, 16.1.1998, AYMKD 34/2, s. 1031-1032; E. 1990/30, K.1990/31, 29.11.1990, AYMKD 27/I, 58/59, s. 61; konuyla ilgili daha güncel bir değerlendirme için ayrıca bkz. ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 218-219.

⁵¹ Diğer birçok kararın yanında bkz. Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par. 30; Mehmet Kurt, 2013/2552, par. 46; N. B. B., 2013/5653, 3.3.2016, par. 33-35; Hayriye Özdemir, 2013/3434, 25.6.2015, par. 43-44; Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16.4.2015, par. 47-49.

⁵² Anılan kararlar için bkz. Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016; Selim Adıyaman, 2013/8846, 9.3.2016.

mevzuat hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin görevi, koruma tedbirleri ve bunların uygulanması hususunda derece mahkemelerinin yerini almak olmayıp kamusal makamların takdir hakları kapsamında aldıkları kararların, aile hayatına saygı hakkı bağlamında söz konusu olan güvenceler açısından değerlendirilmesidir (Bronza/İtalya, B. No: 22430/93, 9/6/1998, § 59; Hokkanen/Finlandiya, § 55).

Bu bağlamda *AIHM de* ulusal mahkemeler tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle ulusal mahkemelerin mevzuat hükümlerini yorumlayıp uygularken Sözleşme'deki ve özellikle 8. maddedeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahip olduğunu vurgulamakta, yaptığı denetime temel aldığı önemli bir ilke olan ikincilik ilkesi gereği, ulusal mahkemelerin mevzuat hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin takdirini değerlendirmeye tabi tutmamakta, ancak ulusal mahkemeler tarafından ulaşılan sonucun Sözleşme'nin 8. maddesinde öngörülen standartlara uygun bir denge sağlayıp sağlamadığını ve ulaşılan sonucun bu yönüyle aile hayatının korunması hakkının ihlali anlamına gelip gelmediğini incelemektedir.⁵³

Değerlendirmede yer alan “de” bağlacı özellikle vurgulanmalıdır. Birçok kararda derece mahkemelerinin takdir yetkisine vurgunun yapıldığı değerlendirilmeden sonra gözlemlenen bu eğilim, “AIHM de” veya “AIHM içtihatlarında da” şeklinde karşımıza çıkmıştır.⁵⁴ Dolayısıyla İHAS ve Anayasa arasında gözlemlediğimiz özdeşlik kurma arayışının, İHAM'ın derece mahkemelerinin takdir yetkisine olan yaklaşımı açısından da arandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu durum Mahkeme'nin İHAM içtihatlarında kabul edilen takdir yetkisi doktrinini benimsediğini göstermektedir.⁵⁵

⁵³ M. M. E. ve T. E., 2013/2910, 5.11.2015, par. 135-136. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

⁵⁴ M. M. E. ve T. E., 2013/2910, 5.11.2015, par. 135-136; Cengiz Kılıç, 2013/3181, 3.2.2016, par. 88-89; Fatma Julia Ekinciler, 2013/2758, 17.2.2016, par. 67-68; Ömür Kara ve Onursal Özbek, 2013/4825, 24.3.2016, par. 55-56.

⁵⁵ Takdir yetkisi doktrinini bakımından kapsamlı bir çalışma için bkz. LEGG, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 2012.

2.2.2.2. İHAM İctihadının Argüman Dereceleri

Anayasa Mahkemesi'nin İHAS'a ve İHAM'ın derece mahkemelerinin takdir yetkisine yaklaşımı bakımından gözlemlenen "özdeşlik kurma arayışı", İHAM içtihadı söz konusu olduğunda soyut kalmaktadır. Ne Mahkeme'nin İHAM içtihadı ile kendi içtihadı arasında özdeşlik kurma arayışı içerisinde olduğu ne de Mahkeme'nin İHAM içtihadını takip etmediği söylenebilir. Bu durumun sebebi esas aldığımız beş bireysel başvuru kararının esas değerlendirmelerinde İHAM içtihatlarının, otoriter, rehber ve aksesuar argüman derecelerinde gözlemlenmiş olmasıdır.

Aile hayatına saygı hakkı bakımından İHAM'ın "otoriter argüman" rolü oldukça belirgin biçimde gözlemlenmektedir. Selim Adıyaman başvurusu üzerine verilen kararda başvurucunun şikayeti, çocuğu ile kişisel ilişki kurması isteminin gerekçe gösterilmeksizin reddedilmesidir. Mahkeme, İHAM'ın ebeveyn ile çocuk arasında kurulması öngörülen kişisel ilişkinin uygulanabilir ve etkili olması gerektiğine ilişkin Gluhakovic / Hırvatistan ve hakka müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ayrıntılı ortaya koyulması ve ulaşılan sonuçların yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi objektif verilere dayandırılması gerektiğine ilişkin Saviny / Ukrayna davalarına atıf yapmış; somut olayda, çocuk ve baba arasında şahsi ilişki kurulmasını kolluk kuvvetinin eşlik edilmesi şartıyla uygun gören sosyal inceleme raporuna neden itibar edilmediğinin derece mahkemesi kararlarında açıklanmaması nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁵⁶

Özel yaşam ile mesleki yaşam ilişkisinin incelendiği Şengül Kayan başvurusu üzerine verilen karara bakıldığında da, "otoriter argüman" derecesinde İHAM içtihadı bulunmaktadır. Kararda kamusal makamların cinsellik ve mahremiyet hakkı söz konusu olduğunda takdir yetkisinin dar tutulmasına yönelik Dudgeon / Birleşik Krallık davasına atıf yapılmış, neticede başvurucu hakkında yargısal sürece konu edilen davranışların mesleki faaliyet ile ilgisi olmayan mahrem alanına dahil özel yaşam eylemleri olduğu dikkate alınarak, başvurucu hakkındaki devlet

⁵⁶ Selim Adıyaman, 2013/8846, 9.3.2016; atıf yapılan İHAM kararları için için bkz. Gluhakovic / Hırvatistan, 21188/09, 12.4.2011, par. 60-80; Saviny / Ukrayna, 39948/06, 18.12.2008, par. 56-58.

memurluğundan çıkarma cezasının özel hayatın gizliliği hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.⁵⁷

Evli kadının soyadına ilişkin Sevim Akat Eşki başvurusu üzerine verilen karara bakıldığında ise, isim hakkının Sözleşme'nin 8. maddesi ile ilişkisine ve soyadının bireyi dış dünyaya tanıtmaya fonksiyonu taşıdığına yönelik atıf yapılan İHAM içtihatlarının yol gösterici işlevi, onları, "rehber argüman" derecesine dahil etmektedir.⁵⁸ Diğer taraftan aynı kararda, ayrımcılık yasağı bakımından ihlal sonucuna varılan İHAM içtihatlarına yer verilmekle birlikte, ayrımcılık yönünden bir değerlendirme yapılmamıştır. Dolayısıyla söz konusu içtihatlar, "aksesuar argüman" derecesini aşmamaktadır.⁵⁹

Sonuç olarak incelediğimiz kararlarda İHAM içtihadının otoriter ve rehber argüman dışında aksesuar argüman derecesinde gözlemlenmesi, Mahkeme'nin İHAM içtihadına yaptığı atıfların her zaman yönetsel olmadığını göstermektedir.

2.2.3. Norm Denetimi İctihadı

2.2.3.1. Anayasa Mahkemesi'nin Norm Denetimi İctihadına Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında norm denetimi içtihadına yaklaşımı çoğunlukla iki aşamada karşımıza çıkmıştır. İlk olarak Mahkeme, normun kapsamının belirlenmesinde, ikinci olarak, sınırlama nedenlerinin açıklanmasında norm denetimi içtihadına başvurmaktadır.

⁵⁷ Şengül Kayan, 2014/1614, 3.4.2014, par. 52, 66; atıf yapılan İHAM içtihadı için bkz. Dudgeon / Birleşik Krallık, 7525/76, 22.10.1981, par. 52.

⁵⁸ Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par. 29; atıf yapılan İHAM içtihatları için bkz. Burghartz / İsviçre, 16213/90, 22.2.1994, par. 24; Stjerna / Finlandiya, 18131/91, 25.11.1994, par. 37; Niemietz / Almanya, 13710/88, 16.12.1992, par. 29.

⁵⁹ Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par. 42; atıf yapılan İHAM içtihatları için bkz. Ünal Tekeli / Türkiye, 29865/96, 16.11.2004; Leventoğlu Abdulkadiroğlu / Türkiye, 7971/07, 28.5.2013; Tuncer Güneş / Türkiye, 26268/08, 3.10.2013; Tanbay Tüten / Türkiye, 38249/09, 10.12.2013.

Normun kapsamının belirlenmesine ilişkin olarak; isim hakkını Anayasa'nın 17. maddesine dahil eden,⁶⁰ çevre hakkının fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı kapsamında güvence altına alındığı belirten,⁶¹ mahremiyet hakkını özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlar arasında gösteren ve mahremiyet hakkını "bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkı" ile ilişkilendiren,⁶² Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişisel veri kavramını tanımlayan,⁶³ eşitlik ilkesi açısından Anayasa'nın 10. maddesinde geçen "benzer sebeplerle" ifadesini yorumlayan⁶⁴ ve ayrımcılık yasağının etkili olarak hayata geçirilmesini belirten⁶⁵ norm denetimi içtihadına yapılan atıflar bu konuda en dikkat çekici örnekler olarak karşımıza çıkmıştır.

Sınırlama nedenlerinin açıklanmasına ilişkin olarak ise, kanunun kalitesiyle bağlantılı olarak hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri ile ölçülülük ilkesi ve hakkın özü ölçütlerini açıklayan norm içtihadına yapılan atıflar dikkat çekmektedir.⁶⁶

⁶⁰ Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par. 31; B. U., 2013/2414, 6.1.2016, par. 39; Aslan Faruk Toprak, 2013/2957, 24.3.2016, par. 35; Hayriye Özdemir, 2013/3434, 25.6.2015, par. 41; Gülbu Özgüler, 2013/7979, 11.11.2015, par. 37; atıf yapılan norm denetimi içtihatları için ayrıca bkz. E. 2011/34, K. 2012/48, 30.3.2012; E. 2009/85, K. 2011/49, 10.3.2011.

⁶¹ Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016, par. 45; Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık, 2013/6587, 24.3.2016, par. 42; atıf yapılan norm içtihadı için ayrıca bkz. E. 2013/89, K. 2014/116, 3.7.2014.

⁶² Şengül Kayan, 2013/1614, 3.4.2014, par. 37; Serap Tortuk, 2013/9660, 21.1.2015, par. 32; Ata Türkeri, 2013/6057, 16.12.2015, par. 32; Adem Yüksel, 2013/9045, 1.6.2016, par. 57; G. G., 2014/16701, 13.10.2016, par. 42; atıf yapılan norm denetimi içtihatları için ayrıca bkz. E. 2009/1, K. 2011/82, 18.5.2011; E. 1986/24, K. 1987/7, 31.3.1987.

⁶³ N. B. B., 2013/5653, 7.5.2015, par. 41; T. A. A., 2014/19081, 1.2.2017, par. 103. Atıf yapılan norm denetimi içtihatları için ayrıca bkz. E.2013/122, K. 2014/74, 9.4.2014; E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014; E. 2014/149, K. 2014/151, 2.10.2014; E. 2013/184, K. 2014/183, 4.12.2014; E. 2014/74, 2014/201, 25.12.2014; E. 2014/180, K. 2015/30, 19.3.2015.

⁶⁴ T. A. A., 2014/19081, 1.2.2017, par. 70; atıf yapılan norm denetimi içtihadı için ayrıca bkz. E. 1986/11, K. 1986/26, 4.11.1986.

⁶⁵ Gülbu Özgüler, 2013/7979, 11.11.2015, par. 41; atıf yapılan norm denetimi içtihadı için ayrıca bkz., E. 1986/15, K. 1996/34, 23.9.1996.

⁶⁶ Hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerinin norm denetimi içtihadına atıf yapılarak açıklandığı karar için bkz. Bülent Kaya, 2013/2941, 11.5.2016, par. 67; atıf yapılan norm denetimi içtihatları için bkz. E. 1984/4, K. 1985/7, 13.6.1985; E. 1987/16, K. 1988/8, 16.4.1988; E. 2010/7, K. 2011/172, 22.12.2011. Hakkın özü ve ölçülülük ilkesinin norm denetimi içtihadına atıf yapılarak açıklandığı karar için bkz. Şengül Kayan, 2013/1614, 3.4.2014, par. 48; atıf yapılan norm denetimi içtihadı için bkz. E. 2012/100, K. 2013/84, 4.7.2013; aynı yönde başka bir bireysel başvuru kararı için bkz. Serap Tortuk, 2013/9660, 21.1.2015, par. 47.

2.2.3.2. Anayasa Mahkemesi'nin Norm Denetimi İçtihadının Argüman Dereceleri

Esas aldığımız beş bireysel başvuru kararının esas değerlendirmelerinde norm denetimi içtihatları, otoriter, rehber ve aksesuar argüman derecelerinde gözlemlenmiştir. Rehber argüman derecesine ilişkin olarak, Şengül Kayan başvurusu üzerine verilen karar incelenebilir. Anılan kararda mahremiyet hakkının Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirilmesinde norm içtihadının yol gösterici işlevi ön plana çıkmıştır:

“Bireyin mahremiyet alanının ve bu alanda cereyan eden eylem ve davranışlarının da kişinin özel yaşamı kapsamında olduğu açıktır. Mahremiyet hakkı ve bu alana ilişkin bilgilerin gizliliğinin korunması Anayasa Mahkemesi tarafından da, Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir (AYM, E. 2009/1, K. 2011/82, K.T. 18/5/2011; E. 1986/24, K. 1987/7, K.T. 31/3/1987).”⁶⁷

Otoriter argüman örneği bakımından ise Hayriye Özdemir başvurusu üzerine verilen karar dikkat çekmektedir. Kararda başvuruçunun şikayeti, kendisine velayet hakkı tanınan çocuğunun soyadını değiştirme talebinin reddedilmesidir. Anayasa Mahkemesi, 8.10.2011 tarihli ve E. 2010/119, K.2011/165 sayılı kararı kapsamında 2525 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği ve seçeceği soyadını alır*” şeklindeki ibarenin iptal edildiğine dayanarak başvuruçunun aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁶⁸

Norm denetimi içtihadının aksesuar argüman derecesinde gözlemlendiği bir örneğe ise Fatma Julia Ekinciler başvurusu üzerine verilen kararda rastlanılmıştır. Kararda başvuruçunun şikayeti, murisin ibraz edilen vasiyetnamedeki beyanı doğrultusunda kendisinin de mirasçı olarak gösterildiği bir veraset ilamı tanzimi yönündeki talebinin reddedilmesidir. Mahkeme, somut başvuru açısından ortaya çıkan sorunun evlilik içinde veya dışında dünyaya gelen

⁶⁷ Şengül Kayan, 2013/1614, par. 37.

⁶⁸ Hayriye Özdemir, 2013/3434, 25.6.2015. Atıf yapılan norm içtihadı için bkz. E. 2010/119, K.2011/165, 8.10.2011.

çocuklar arasında miras hakları açısından farklılık gözetilmesi olmadığını, derece mahkemelerinin murisin vasiyetnamesindeki beyanına tanıma şeklindeki bir etki atfedilmemesi nedeniyle başvuru ve murisi hakkındaki hukuki bağlantı ve mirasçılık bağlantısının kurulamamasına ilişkin olduğunu kanıtlanmasında belirtmesine rağmen, evlilik dışı doğan çocukların miras hakkına ilişkin norm denetimi içtihadına kanıtlanmasında üç kez yer vermiştir.⁶⁹

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru içtihadında norm denetimi içtihadına da her zaman yönetsel yaklaşmadığı gözlemlenmiştir. Norm denetimi içtihatları bakımından dikkat çeken farklı bir durum, bireysel başvuru kararlarının kanıtlanma kurgusunda, bireysel başvuru içtihadı ile norm içtihadı arasındaki karşıt yönlerin değerlendirilmesine ilişkin bir tartışmanın yer almayışıdır. Bu durum “karşıt argüman” olarak nitelendirilebilecek bileşeni kanıtlanma kurgusundan dışlayan bir eğilimdir. Bu konuda en dikkat çekici örnek, evli kadının soyadına ilişkin bireysel başvuru içtihadı olabilir.⁷⁰

2.2.4. İHAS Dışındaki Uluslararası Metinler

2.2.4.1. Anayasa Mahkemesi'nin İHAS Dışındaki Uluslararası Metinlere Yaklaşımı

Bireysel başvuru kararlarında uluslararası metinlerin yerinin nerede olacağı konusunda yeknesak bir uygulamanın olmadığı gözlemlenmiştir. Mahkeme bazı kararlarında uluslararası metinlere “İlgili Hukuk” başlığı altında yer vermekte,⁷¹ bazı kararlarında ise “Uluslararası

⁶⁹ Kanıtlamada esas soruna dikkat çekilen değerlendirme için bkz. Fatma Julia Ekinciler, 2013/2758, 17.2.2016, par. 99. Atf yapılan norm denetimi içtihadı kararın 82., 93. ve 99. paragraflarında yer almaktadır. Atf yapılan norm denetimi içtihadı için ayrıca bkz. E. 1987/1, K. 1987/18, 11.9.1987.

⁷⁰ Bkz. 2.1.1. Evli Kadının Soyadı.

⁷¹ Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016, par. 30-31; Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık, 2013/6587, 24.3.2016, par.27-28; Aslan Faruk Toprak, 2013/2957, 24.3.2016, par. 18-19; Muhammed Ali Bayram, 2014/4077, 29.6.2016, par. 34-35; Halime Sare Aysal, 2013/1789, 11.11.2015, par. 29-31; Bülent Kaya, 2013/2941, 11.5.2016, par. 29-34; ; M. M. E. ve T. E., 2013/2910, 5.11.2015, par. 89-94; Selim Adıyaman, 2013/8846, 9.3.2016, par. 25-26; Fatma Julia Ekinciler, 2013/2758, 17.2.2016, par. 41-43; Cengiz Kılıç, 2013/3181, 3.2.2016, par. 54-57; Marcus Frank Cerny, 2013/5126, 2.7.2015, par. 21-25; Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16.4.2015, par. 28.

Belgeler” veya “Uluslararası Hukuk” başlığı altında yer vermektedir.⁷² Diğer taraftan uluslararası metinlere ilişkin olarak Mahkeme’nin beş yaklaşımı olduğu tespit edilmiştir:

(a) Birincisi, Mahkeme’nin bazı kararlarında “İlgili Hukuk”, “Uluslararası Belgeler” veya “Uluslararası Hukuk” başlığı altında sıraladığı uluslararası metinlere “Değerlendirme” başlığı altında incelemesini yaparken hiç yer vermemesidir.⁷³

(b) İkincisi, anılan başlıklarda yer almayan bir uluslararası metne değerlendirmesini yaparken yer vermeyi tercih etmesidir.⁷⁴

(c) Üçüncüsü, bazı kararlarında anılan başlıkların altında sıralanan metinlerin yer aldığı paragraf numarasına “uluslararası metinlerde de” diyerek *genel* nitelikli bir atıf yapmasıdır.⁷⁵

(d) Dördüncüsü ise, anılan başlıklarda yer alan tavsiye kararları veya uluslararası sözleşmelerin adlarını da anarak ilgili maddelerini özetleyip anılan başlıkların altında yer alan metinlere atıf yapmasıdır.⁷⁶

(e) Son olarak, anılan başlıklarda yer verdiği sözleşmeye yönelik olarak kısa bir değerlendirme yaptığı da gözlemlenmiştir.⁷⁷

⁷² Şehmus Özsubaşı, 2013/2582, 3.3.2016, par. 28; T. A. A., 2014/19081, 1.2.2017, par. 40-46.

⁷³ Şehmus Özsubaşı, 2013/2582, 3.3.2016, par. 28; Muhammed Ali Bayram, 2014/4077, 29.6.2016, par.34-36; Halime Sare Aysal, 2013/1789, 11.11.2015, par. 29-31; T. A. A., 2014/19081, 1.2.2017, par. 40-46.

⁷⁴ Adnan Oktar(3), 2013/1123, 2.10.2013, par. 38; Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par. 43; N. B. B, 2013/5653, 3.3.2016, par. 46; Hayriye Özdemir, 2013/3434, 25.6.2015, par. 47; Gülsim Genç, 2013/4439, 6.3.2014, par. 38; Gülbu Özgüler, 2013/7979, 11.11.2015, par. 49.

⁷⁵ Paragraf numarası verilmemekle birlikte, tıbbi müdahalelere ilişkin rıza unsurunu temel şart olarak kabul eden uluslararası mevzuata genel bir atıf için bkz. Halime Sare Aysal, 2013/1789, 11.11.2015, par. 55; Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne (CRC) yapılan atıflar bu konuda en dikkat çekici örnekler arasındadır: M. M. E. ve T. E., 2013/2910, 5.11.2015, par. 121; Selim Adıyaman, 2013/8846, 9.3.2016, par. 45; Cengiz Kılıç, 2013/3181, 3.2.2016, par. 87.

⁷⁶ Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016, par. 54, 62; Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık, 2013/6587, 24.3.2016, par. 51.

⁷⁷ Bülent Kaya, 2013/2941, 11.5.2016, par. 50.

2.2.4.2. İHAS Dışındaki Uluslararası Metinlerin Argüman Dereceleri

Argüman derecelendirme soruşturmamızda esas aldığımız beş bireysel başvuru kararının esas değerlendirmelerinde uluslararası metinlerin “aksesuar argüman” derecesi dışında başka bir dereceye sahip olduğu örneğe rastlanılmamıştır. Bu durumun esas nedeni, uluslararası sözleşmeleri yorumlayan herhangi bir kaynağa atıf yapılmamış olmasıdır. Selim Adıyaman başvurusu üzerine verilen kararda Mahkeme’nin “İlgili Hukuk” başlığında yer verdiği Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin dokuzuncu maddesine yaptığı genel nitelikli atıf bu konuda örnek gösterilebilir:

“Devletin pozitif yükümlükleri alma yükümlülüğü konusunda Anayasa’nın 20. ve 41. maddeleri; ebeveynin, mevcut olayda babanın, çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler almasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddede her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve ilişkiyi sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Söz konusu yükümlülüğünün uluslararası sözleşmelerde de yer bulduğu görülmektedir (bkz. 26). Bu noktada anne ve baba ile düzenli bir kişisel ilişki sürdürülmesinde çocuğun üstün menfaatinin bulunduğu da göz ardı edilmemelidir.”⁷⁸

Mahkeme’nin Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin anılan maddesinin yorumuna ilişkin herhangi bir kaynağa atıf yapmamasının, kanıtlamayı veya değerlendirmeyi “İlgili Hukuk” başlığıyla eşdeğer düzeye getirdiği belirtilmelidir.

Evli kadının soyadına ilişkin Sevim Akat Eşki başvurusu üzerine verilen kararda da Mahkeme her ne kadar ayrımcılık sorunu bakımından temel metin olarak kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türülü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme’nin ilgili düzenlemelerine atıf yapsa da Anayasa’nın 10. maddesinde kabul edilen eşitlik ilkesi yönünden bir değerlendirme yapmamış, ilgili düzenlemeleri “aksesuar argüman” derecesinde bırakmıştır.⁷⁹

⁷⁸ Selim Adıyaman, 2013/8846, 9.3.2016, par. 45. Bu konudaki detaylı açıklamalarımız için bkz. 4.3. Ebeveyn ile Çocuk Arasında Kişisel İlişki Tesisi.

⁷⁹ Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par. 43

Benzer eğilimin Hayriye Özdemir başvurusu üzerine verilen kararda da gözlemlendiği belirtilmelidir. Hayriye Özdemir başvurusu üzerine verilen kararda, velayet hakkına ilişkin olarak ayrımcılık yönünden bir inceleme yapılmamakla birlikte, eşlerin eşitliğine dikkat çeken Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinin dördüncü fıkrasına ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 16. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine atıf yapılmıştır.

Sonuç olarak, İHAS dışındaki uluslararası metnin “aksesuar argüman” derecesinde bırakılması, uluslararası metnin fonksiyonunu düşürerek, kanıtlamada etkisiz kalmasına neden olmaktadır. Diğer taraftan bu durum Mahkeme'nin uluslararası metinlere de yöntemsel yaklaşmadığını göstermektedir.

2.2.5. Anayasa'nın Bütünselliği İlkesinin Argüman Derecesi

Bireysel başvuru kararlarında özel yaşamın korunmasını ilgilendiren temel hak ve özgürlüklere ilişkin normların sınırlama nedenlerinin belirlenmesinde, evli kadının soyadına ilişkin Sevim Akat Eşki başvurusu üzerine verilen bireysel başvuru kararı belirleyici olmuştur. Bu içtihadta Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığın korunması hakkına ilişkin sınırlama nedenleri bakımından “Anayasa'nın bütünselliği ilkesi” dayanak gösterilerek Anayasa'nın 13. maddesinin dikkate alınacağı belirtilmiştir.⁸⁰ Mahkeme'nin diğer bireysel başvuru kararlarında da Sevim Akat Eşki kararında benimsenen bu değerlendirmeyi tekrar ettiği gözlemlenmiştir.⁸¹

Kararlarda her ne kadar çoğunlukla Sevim Akat Eşki kararı izlenerek Anayasa'nın 13. maddesinin sınırlama nedenlerinin belirlenmesinde dikkate alınacağı belirtilse de özel yaşamın korunmasına ilişkin hakların sınırlama rejiminde yeknesak bir uygulamanın olduğu söylenemez. Mahkeme bir kararında, sınırlama rejimi bakımından norm denetimi içtihatlarına

⁸⁰ Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par. 33.

⁸¹ Diğer birçok kararın yanında bkz. N. Ö., 2014/19725, 19.11.2015, par. 41-43; Neşe Aslanbay Akbıyık, 2014/5836, par.32-34; Serap Tortuk, 2013/9660, 21.1.2015, par. 38-40; Murat Atılgan, 2013/9047, 7.5.2015, par. 30-32; Mehmet Seyfi Oktay, 2013/6367, 10.12.2015, par.49; Ahmet Temiz(4), 2013/6208, 18.11.2015, par. 30-31; Ata Türkeri, 2013/6057, 16.12.2015, par. 35-37; Marcus Frank Cerny, 2013/5126, 2.7.2015, par. 64-66; Hayriye Özdemir, 2013/3434, 25.6.2015, par.51-53; M. M. E. ve T. E., 2013/2910, 5.11.2015, par. 141-144.

atf yaparak Anayasa'nın 13. maddesinde yer almayan "hakların haklarla sınırlanması" kriterini getirmiş ve Anayasa'nın 17. maddesine yapılan müdahalenin meşru amaç ölçütünü taşıdığına Anayasa'nın 19. maddesine dayanarak ulaşmıştır:

"Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının hangi amaçlarla sınırlanabileceği belirtilmemiştir. Buna mukabil Anayasa'nın 14. maddesinin "Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz." şeklindeki ikinci fıkrası, temel hakların Anayasa'nın bütünlüğü içerisinde ele alınmasına ilişkin çok önemli bir yorum kuralı getirmektedir. "Temel hak ve hürriyetlerin Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması" biçimindeki ifade, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı da dâhil olmak üzere bütün temel hakların birbirleriyle ve diğer anayasal ilkelerle birlikte yorumlanması ve sınırlandırma ilişkisi içinde kavranması zorunluluğunu doğurmaktadır (Esra Nur Özbey, B. No: 2013/7443 , 20/5/2015, § 70).

Bu kavrayış, hakların haklarla sınırlandırılması türünden bir sonuca işaret etmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında, Anayasa'nın tüm maddelerinin aynı etki ve değerde olduğu ve aralarında bir üstünlük sıralamasının bulunmadığı, uygulamada bunlardan birine öncelik tanınmanın olanaklı olmadığı, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından birinin diğerinin sınırını oluşturabildiği belirtilmiştir (AYM, E.2011/134, K.2012/83, 24/5/2012). Başka bir deyişle hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir (AYM, E.2010/83, K.2012/169, 1/11/2012).

Bu bağlamda Anayasa'nın 17. maddesinde garanti altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, sınırlarını toplumu oluşturan diğer bireylerin haklarında bulmaktadır (§ 64). Öte yandan bu hakkının sınırlandırılmasında somut olay açısından Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında hükümlü olan başvurusunun verilmiş bir mahkeme kararı ile özgürlüğünden alıkonulduğunun da dikkate alınması gereklidir. Bu durumda Anayasa'nın 19. maddesi gereğince hükümlü ve tutukluların hukuka uygun olarak cezaevinde tutulmanın kaçınılmaz ve doğal bir sonucu olarak cezaevinde

düzenin ve disiplinin sağlanması başvurusunun maddi ve manevi varlığını korunması hakkına yönelik müdahalenin meşru amacı olarak değerlendirilmelidir.”⁸²

Ancak bu içtihadı benzer biçimde “temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırı” bağlamında “hakların haklarla sınırlandırılması”na işaret eden bir norm içtihadına, başka kararlarda hiç değerlendirilmeden yalnızca yer vermekle yetinildiği belirtilmelidir.⁸³

Anayasa’nın bütünselliği ilkesinin sınırlama rejiminin belirlenmesinde bir dayanak olarak gösterilmesinin yanında ilke, aile yaşamına saygı hakkı bakımından pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde de rol oynamaktadır. Hayriye Özdemir başvurusu üzerine verilen kararda, Anayasa’nın 20. maddesinde düzenlenen aile yaşamına saygı hakkının pozitif yükümlülüklerinin belirlenmesinde Anayasa’nın 41. maddesinin de dikkate alınacağına dayanak olarak Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gösterilmiştir:

“Anayasa’nın 41. maddesinin, Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.”⁸⁴

Anayasa’nın bütünselliği ilkesine yeri geldiğinde hakkı sınırlandıran, yeri geldiğinde hakkın yükümlülüklerini belirleyen bu farklı rollerin verilmesi, Anayasa’nın bütünselliği ilkesinin kararlarda öngörülmez bir kullanımının olduğu sonucuna ulaştırmıştır. Bu durum ilkeyi “değişken argüman” derecesine dahil etmektedir. Çevre hakkının incelendiği kararlarda ise Anayasa’nın 56. maddesinin pozitif yükümlülükler bağlamında değerlendirilmesine dayanak olarak Anayasa’nın bütünselliği ilkesinin gösterilmemesi ilkenin “değişken argüman” derecesini güçlendirmektedir.⁸⁵ Anayasa’nın bütünselliği ilkesinin sistematik yorum yöntemi

⁸² Şehmus Özsubaşı, 2013/2582, 3.3.2016, par. 72-74.

⁸³ Her birinde aynı şekilde atıf yapılan kararlar için bkz. Tefik Türkmen, 2013/9704, 3.3.2016, par. 57; Mehmet Zahit Şahin, 2013/4708, 20.4.2016, par. 43; Ö.Ç., 2013/8203, 21.9.2016, par. 53; Bülent Polat, 2013/7666, 10.12.2015, par. 68. Atıf yapılan norm içtihadı için ayrıca bkz. E. 2012/100, K. 2013/84, 4.7.2013.

⁸⁴ Hayriye Özdemir, 2013/3434, 25.6.2015, par. 43; aynı yönde diğer içtihatlar için bkz. Marcus Frank Cerny, 2013/5126, 2.7.2015, par. 36; Murat Atılğan, 2013/9047, 7.5.2015, par. 22; Cengiz Kılıç, 2013/3181, 3.2.2016, par. 69.

⁸⁵ Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016; Anayasa’nın 17. maddesinin pozitif yükümlülüklerinin belirlenmesinde Anayasa’nın 56. maddesinin de dikkate alınacağına ilişkin benzer bir durum için bkz. Ahmet Acartürk, 2013/2084,

ile ilişkisi de göz önüne alındığında, ilkenin “değişken argüman” derecesinde gözlemlenmesi sistematik yorum yöntemi bakımından sağlam bir zemin yaratılmasını engellemekte, normların diğer normlarla oluşturduğu bağlamların karar gerekçelerinde berraklaşmasına ket vurmaktadır. Diğer taraftan sistematik yorum yöntemi kararlarda her zaman Anayasa'nın bütünselliği ilkesi ile birlikte uygulanmayabilir. Ancak Anayasa'nın bütünselliği ilkesinin öngörülebilir bir uygulamaya kavuşturulması, iç ve dış sistematik unsurlarla sayısız örnekler sunabilecek sistematik yorum yöntemi örneklerinin belirginleşmesine ve normatif bağlamların somutlaşmasına hizmet edebilir.⁸⁶

2.2.6. Adil Denge Ölçütünün Argüman Derecesi

Bireysel başvuru kararlarında adil denge ölçütü veya ölçülülük ilkesi (“*proportionality*”) tarafların yarışan haklarının veya tarafların yarışan menfaatlerinin tartımında karşımıza çıkmıştır.⁸⁷ Esas aldığımız beş bireysel başvuru kararının esas değerlendirmelerine bakıldığında, adil denge ölçütünün “değişken argüman” derecesinde olduğu gözlemlenmiştir. Şengül Kayan başvurusu üzerine verilen bireysel başvuru kararında, genel yarar ile bireyin kaybı arasında gözlemlenen adil denge ölçütü hakkın özü ölçütü dikkate alınarak aranmaktadır:

“Başvuruya konu disiplin işleminin yukarıda belirtilen meşru temellere dayandığı açık olmakla birlikte, başvurucunun özel hayatına bir müdahale teşkil ettiği anlaşılan sınırlamanın, belirtilen hakkın özüne dokunarak, onu anlamsız kılacak ölçüde olmaması gerekmektedir. Bu noktada, somut başvuru özelinde başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesindeki bireysel yararı ile kamunun yararı ya da yine bir başka bireyin yararı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı incelenmelidir.”⁸⁸

15.10.2015; Anayasa'nın 17. maddesinin pozitif yükümlülüklerinin belirlenmesinde 14/2. ve 5. maddelerin dikkate alınacağına ilişkin benzer bir durum için bkz. Şehmus Özsubaşı, 2013/2582, 3.3.2016.

⁸⁶ Anayasa'nın bütünselliği ilkesinin sistematik yorum ile ilişkisi için ayrıca bkz. ODER, B. E., Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 56.

⁸⁷ Şeref ve itibarın korunması hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü arasında gözlemlenen adil denge ölçütü için bkz. Sinem Hun, 2013/5356, 8.5.2014, par. 45; N. B. B., 2013/5653, 3.3.2016, par. 69. Çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında gözlemlenen adil denge ölçütü için bkz. Marcus Frank Cerny, 2013/5126, 2.7.2015; kamu yararı ile bireyin yararı arasında gözlemlenen adil denge ölçütü için bkz. Şengül Kayan, 2013/1614, 3.4.2014, par. 54. Türk ve Alman hukukunda düşünce özgürlüğü ve kişilik haklarının çatışmasına ilişkin olarak bkz. KANADOĞLU K., Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta, İstanbul, 2000, s. 59-70.

⁸⁸ Şengül Kayan, 2013/1614, 3.4.2014, par. 54.

Fatma Julia Ekinciler başvurusu üzerine verilen kararda ise adil denge ölçütü, “ilgili ve yeterli gerekçe oluşturma yükümlülüğü” bağlamında pozitif yükümlülüklerin denetiminde gözlemlenmiştir:

“Kamu düzenine ilişkin olmakla önemli bir kamusal menfaat taşıyan soy bağı ve hukuki neticelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, kamusal makamların geniş bir takdir yetkileri bulunur. Bununla birlikte söz konusu takdir yetkisinin kullanımında belirtilen kamusal menfaat ile bireyin aile bağlarının kurulması ve buna bağlı olan özellikle miras hakkı gibi hukuki menfaatlerin de dikkate alınarak adil bir dengenin kurulması gereği ve bu bağlamda özellikle yargısal makamların söz konusu takdire ilişkin ilgili ve yeterli bir gerekçe oluşturma yükümlülüğü karşısında, somut başvuru açısından yürürlükte olan mevzuat hükümleri ile de uyuşmayan söz konusu yorumun aile hayatına saygı hakkı ile bağdaşmadığı ve aile yaşamının normal bir şekilde gelişmesini engellediği sonucuna varılmaktadır.”⁸⁹

Görüldüğü üzere ilk kararda adil denge ölçütü hakkın özü ile birlikte anılırken, ikinci kararda pozitif yükümlülükler bağlamında ele alınmaktadır. Bu durum ölçütün kullanımındaki metodun anlaşılabilmesinin neden olmuş, ölçüte değişken argüman derecesini kazandırmıştır. Bu durumun en önemli sebebi, pozitif yükümlülükler bağlamında ele alınan “ilgili ve yeterli gerekçe oluşturma yükümlülüğü”nün hakkın özü ölçütü ile bir ilişkisi olup olmadığının anlaşılabilmesidir. Diğer taraftan Mahkeme’nin ölçülülük ilkesinin alt unsurları olan “elverişlilik”, “gereklilik” veya “zorunluluk” ve “oranlılık” ilkeleri üzerinden aşamalı bir gerekçelendirme yapmadığı da belirtilmelidir. Şengül Kayan başvurusu üzerine verilen kararda ilgili kamu makamı, başvurucunun mahremiyet alanına dahil özel yaşam eylemlerini gerekçe göstererek başvurucuya devlet memurluğundan çıkarma cezası vermiştir. Anayasa Mahkemesi 657 sayılı Kanun’un 125. maddesinde belirlenen idari cezalar arasındaki ağırlık ve önem düzeyini dikkate alarak, başvurucuya devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesinin özel hayatın gizliliği hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla Mahkeme’nin “en yumuşak müdahaleyi öngören esas”a dikkat çektiği söylenebilir. Bu durum da aynı veya daha iyi bir başarının daha az ağır müdahaleyle elde edilebileceğine dolayısıyla ölçülülük ilkesinin bir

⁸⁹ Fatma Julia Ekinciler, 2013/2758, 17.2.2016, par. 115.

unsuru olan “gereklilik” veya “zorunluluk” unsuruna tekabül etmektedir. Ancak Mahkeme bu unsur üzerinden bir gerekçelendirme yapmamıştır.⁹⁰ Sonuç olarak incelediğimiz kararlarda ölçülülük ilkesi ile hakkın özü ölçütü arasında bir ayırımın yapılmaması ve ilkenin alt unsurları özelinde kanıtlama aşamalarının inşa edilmemesi, ilkenin kullanımının öngörülebilir olmasını engellemekte ve kullanımda belirsiz bir atmosfer yaratmaktadır.

3. MADDİ VE MANEVİ VARLIĞI KORUMA VE GELİŞTİRME HAKKININ SOMUTLAŞTIRILMASI

3.1. Kimlik Bilgileri ile Aile Bağlarıyla İlgili Bilgiler ve Bunlarda Değişiklik ve Düzeltme Yapılmasını İsteme Hakkı

3.1.1. Evli Kadının Soyadı

Evli kadının soyadına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu ilk bireysel başvuru kararı Sevim Akat Eşki başvurusu üzerine verilmiştir. Olayda, İstanbul Barosu’na bağlı avukat olarak çalışan başvurucu, evlenmekle “Akat Eşki” olan soyadının “Akat” olarak düzeltilmesi istemiyle derece mahkemelerine başvurmuş ancak talepleri reddedilmiştir. Başvurucu bunun üzerine Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuş ve yaşadığı zorluklar nedeniyle evlilik öncesi soyadının kullanılmasına izin verilmesi talebiyle açtığı davasının reddedildiğini, belirtilen durum nedeniyle cinsel olarak ayrımcılığa tabi tutularak özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmediğini ve bu sebeplerden ötürü Anayasa’nın 2., 10., 12., 17., 20., 41. ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, başvurucunun sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmasına yetkili idari ve yargısal merciler tarafından izin verilmemesi şeklindeki uygulamanın, Anayasa’nın 17.

⁹⁰ Ölçülülük ilkesine ilişkin olarak bkz. KANADOĞLU, s. 162-170. Eserde Türk Anayasa Mahkemesi’nin norm denetimi içtihadında ölçülülük ilkesinin üç alt ilkeleri arasında ağırlığı oranlılık ilkesine verdiği belirtilmiştir. Diğer taraftan yazar, Anayasa Mahkemesi’nin demokratik toplum düzeninde aykırı olmama ölçütü, hakkın özü ve ölçülülük ilkesini iç içe ve eş zamanlı kullandığına ilişkin bir tespit bulunmuştur. Anılan tespit için bkz. KANADOĞLU, s. 169. Ölçülülük ilkesinin alt unsurlarının İsrail Yüksek Mahkemesi kararlarında titizlikle somutlaştırıldığı yönünde bkz. COHEN-ELIYA M., PORAT I., Proportionality and the Culture of Justification, 59 American Journal of Comparative Law, 463, 2011.

maddesinde tanımlanan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiş ve başvurucunun talebinin reddine dayanak olarak gösterilen kanun maddesinin, Anayasa'nın 13. maddesinde sıralanan güvence ölçütlerinden biri olan kanunilik şartını taşımadığı gerekçesiyle hakkın ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁹¹ Anılan kanun maddesinin kanunilik şartını taşımadığına dayanak olarak Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası gösterilmiş ve bu hükmün "zımni ilga kuralı" niteliğinde olduğu belirtilerek uyumsuzluk açısından; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinin 4. fıkrasının ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir:

"Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır. Başvuruya konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan derece Mahkemelerinin, AIHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, *başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır.*"⁹²

Kararda isim hakkının özel yaşama saygı hakkı kapsamında Sözleşme'nin 8. maddesinde koruma altında olduğuna ilişkin olarak İHAM içtihatları referans gösterilmiş, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında olduğu tespit edilerek bir

⁹¹ Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013, par.32, 47; aynı yönde diğer bireysel başvuru kararları için bkz. Gülsim Genç, 2013/4439, 6.3.2014; Neşe Aslanbay Akbıyık, 2013/5836, 16.4.2015.

⁹² Sevim Akat Eşki, par.44-45. Eğik yazı (italik) bölüm özellikle vurgulanmıştır.

değerlendirme yapılmıştır.⁹³ Kararda isim hakkını Anayasa'nın 17. maddesine dahil eden diğer kararlar, Anayasa Mahkemesi'nin norm denetiminde vermiş olduğu 2011 ve 2012 tarihli içtihatlarıdır:

“Cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ve bunlarla değişik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra, isim hakkı da Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.”⁹⁴

Kararda İHAS dışında diğer sözleşmelerin anılan maddelerinin yorumuna ilişkin bir belgeye atıf yapılmadığı belirtilmelidir. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin (CEDAW) 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendine ilişkin CEDAW Komitesi'nin 21 numaralı Tavsiye Kararı, kişinin kimliğinin ve bireyselliğinin korunması bağlamında eşlere kendi ismini seçme hakkı tanımış, kanuni olarak evlilik veya boşanma hallerinde kadının soyadını değiştirme zorunluluğuna tabi tutulmasının bu hakkın yok sayılması anlamına geleceğine dikkat çekmiştir.⁹⁵ Ayrıca Komite, Türkiye hakkında son yayınladığı Sonuç Gözlemleri raporunda, İHAM içtihadı ve Sözleşme'nin 16. maddesi uyarınca kadınların isim hakkı bakımından eşit haklara sahip olmasının sağlanması adına mevcut yasal düzenlemenin değiştirilmesi yönünde çağrıda bulunmuştur.⁹⁶ Binyıl Kalkınma Hedefleri arasında yer alan sekiz hedeften birinin, “kadınların konumunu güçlendirmek” ve “cinsiyet eşitliğini sağlamak” olduğu da belirtilmelidir.⁹⁷

Kararda, kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğuna ilişkin İHAM

⁹³ Sevim Akat Eşki, par. 29; atıf yapılan İHAM içtihatları için bkz. Burghartz / İsviçre, 16213/90, 22.2.1994, par. 24; Stjerna / Finlandiya, 18131/91, 25.11.1994, par. 37; Niemietz / Almanya, 13710/88, 16.12.1992, par. 29.

⁹⁴ Sevim Akat Eşki, par. 31; atıf yapılan norm denetimi içtihatları için ayrıca bkz. E.2011/34, K. 2012/48, 30.3.2012; E.2009/85, K.2011/49, 10.3.2011.

⁹⁵ CEDAW General Recommendation No. 21: Equality in Marriage and Family Relations, 1994, par. 24 <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom21> Erişim: 30.08.2017; FREEMAN M. A., CHINKEN C., BEATE R., The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women, A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 425.

⁹⁶ CO Turkey, CEDAW/C/TUR/CO/7, 2016, par. 54.

⁹⁷ Binyıl Kalkınma Hedefleri Raporu Türkiye 2010, Devlet Planlama Teşkilatı, 2010, s. 29-32.

içtihatlarına atıf yapılmış olması da dikkat çekmektedir.⁹⁸ Ancak kadının soyadı bakımından her ne kadar İHAM içtihatlarına atıf yapılmış olsa da Mahkeme ayrımcılık bakımından inceleme yapmamıştır. Dolayısıyla gerek ayrımcılık sorununu özgül biçimde ele alan temel bir sözleşme olarak kabul edilen CEDAW'ın⁹⁹ gerekse İHAM içtihatlarının kanıtlamada etkisiz kaldığı söylenebilir.¹⁰⁰

Diğer taraftan kararda konuyla yakından ilgili Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi üzerine verdiği kararlar da değerlendirilmemiştir. Mahkeme her ne kadar evli kadının soyadına ilişkin yukarıda yer verdiğimiz 2009 tarihli karara isim hakkı bakımından yer verse de, 2009 tarihli norm içtihadında gözlemlenen evli kadının kendi soyadını taşımasına izin vermeyen “aile birliği ve bütünlüğünün korunması” yaklaşımını tartışmadan kararını sonlandırmıştır. Benzer durum kararda anılmayan 1998 tarihli norm denetimi incelemesinde verilen karar bakımından da gözlemlenmiş ve 1998 tarihli kararda sıralanan, “aile hukuku” öğretisine dayanarak; kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gibi yaklaşımlar tartışılmamıştır.¹⁰¹ Dolayısıyla bireysel başvuru içtihadında Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasına “zımni ilga kuralı” niteliğinin kazandırılması, norm içtihadında ataerkilliği içselleştiren yaklaşımların tartışılmasını engellemiş ve “kadının ikincil konumu” üzerinde durmadan kanıtlama sonlandırılmıştır.¹⁰² Bu

⁹⁸ Sevim Akat Eşki, par. 42; İHAM içtihatları için bkz. Ünal Tekeli / Türkiye, 29865/96, 16.11.2004; Leventoğlu Abdulkadiroğlu / Türkiye, 7971/07, 28.5.2013; Tuncer Güneş / Türkiye, 26268/08, 3.10.2013; Tanbay Tüten / Türkiye, 38249/09, 10.12.2013. Kararda atıf yapılmayan İnsan Hakları Komitesi'nin İHAM içtihatları ile benzer yönde bir kararı için ayrıca bkz. Mr. Michael Andreas Müller and Imke Engelhard v. Namibya, 919/2000, U.N. Doc. CCPR/C/74/D/919/2000 (2002).

⁹⁹ CEDAW'ın ayrımcılık sorunu bakımından temel sözleşme olarak kabul edildiğine ve kadınların insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasına ilişkin temel belgeler ve içtihatlar hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. ODER, B. E., “Kadınların İnsan Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması”, Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama. Derleyenler: GÖKÇİÇEK A., SEVİNÇ, E.D., ODER, B., YEŞİLADALI B. (Ed), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 24.

¹⁰⁰ Sevim Akat Eşki kararının Ünal-Tekeli / Türkiye kararı ile mukayese edildiği bir değerlendirme için bkz. BOYAR, O., “Anayasa’da Kadın”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu (6.3.2015), Der, İstanbul, 2015, s. 77-80.

¹⁰¹ 1998 yılında verilen norm denetimine ilişkin karar için bkz. E.1997/61, K.1998/59, 29.9.1998.

¹⁰² Evli kadının soyadına ilişkin 1998 tarihli içtihadının detaylı bir değerlendirmesi için bkz. ODER, B. E., “Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İctihat ve Hukuk Politikası”, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar, Derleyenler: Durudoğan H., Gökşen, F., Oder B. E., Yüksek D., Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, 203-204; aynı içtihadın Ünal- Tekeli / Türkiye kararı ile mukayese edildiği değerlendirme için bkz. ODER, B. E., “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık, Toplumsal Cinsiyet ve Kadın-Erkek İmgesi”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 8 Ocak- 11 Ocak, 2008, s. 175.

durum, CEDAW'ın 5. maddesinde temel bir öncelik olarak kabul edilen, “toplumsal ve kültürel kalıpları değiştirme” yükümlülüğünün de göz ardı edilmesine neden olmuştur.¹⁰³

Sonuç olarak evli kadının soyadına ilişkin bireysel başvuru kararının sonucu itibariyle İHAM içtihadı ile uyumlu olduğu ve önceki norm denetimi içtihatlarından farklı olduğu gözlemlense de Anayasa Mahkemesi, ne tam manasıyla İHAM içtihadını ve CEDAW'ın yaklaşımını benimsemiş ne de kendi içtihadından ayrılmıştır.

3.1.2. Nüfus Kütüğündeki Kayıtlar

İsim hakkı bakımından dikkat çeken diğer şikayetler, nüfus kaydındaki değişiklik taleplerinin reddine ilişkindir. Bu kapsamda değerlendirdiğimiz ilk bireysel başvuru kararı B. U. başvurusu üzerine verilmiştir.¹⁰⁴ Olayda başvurucunun cinsiyet bozukluğu ile doğduğu, ölen kardeşinin nüfus bilgileri üzerinden resmi kayıtlarda adının “L” olarak yer aldığı iddiasına dayanılarak, kayıtlarda “L” olarak görünen isminin “B”, “erkek” olarak görünen cinsiyetinin ise “kadın” şeklinde değiştirilmesi istemi ile dava açıldığı belirtilmiştir. İlk Derece Mahkemesi başvurucunun talebini kabul etmiş, belirtilen değişiklikler nüfus kaydına işlenmiştir. Başvurucu bu kez yaşının ve doğum yerinin düzeltilmesi talebiyle dava açmış ancak İlk Derece Mahkemesi daha önceden isim ve cinsiyet açısından tahsislerin yapılmasını ve kaydın işlem görmesi ile tescil tarihi itibariyle istenilen tarihin kayda uygun bulunmamasını gerekçe göstererek başvurucunun talebini reddetmiştir. Temyiz talebi de reddedilen başvurucu, Anayasa'nın 17., 36. ve 48. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuru hakkını kullanmıştır.

¹⁰³ ODER, B. E., “Kadınların İnsan Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması”, s. 25; Anayasa'nın 10. maddesi ile Devlete olumlu bir edim olarak yüklenen kadın-erkek eşitliğini yaşama geçirme yükümlülüğünün CEDAW'ın 4. ve 5. maddesi ile uyumlu yorumlanması gerektiği yönünde bkz. ODER, B. E., “Cinsiyetin Anayasallaşması: Toplumsal Cinsiyete Dayalı Eşitsizliklerin Aşılmasında Anayasal Arayışlar”, Güncel Hukuk Ekim, 2010, s. 10-14; CEDAW'ın 5. maddesinin Başlangıç ve 2/f. maddesi ile birlikte yorumlandığı değerlendirme için bkz., HOLTMAAT, R., “The CEDAW: a holistic approach to women's equality and freedom”, Women's Human Rights CEDAW in International, Regional and National Law, Edited by Hellum, A., Aasen, H.S., Cambridge University Press, Cambridge, 2013, s. 108-109.

¹⁰⁴ B. U., 2013/2414, 6.1.2016.

Mahkeme, nüfus kayıtlarında değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında yer aldığını belirtmiştir. Sonuç olarak incelemesini usule ilişkin yükümlülükler kapsamında yapan Mahkeme, başvuru konusu olayda karar gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmadığı sonucuna ulaşmış ve hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir:

“Yaş tashihiine ilişkin yargılamalar bağlamındaki yerleşik Yargıtay içtihadında, kişilerin doğmadan nüfusa tescil edilemeyeceği düşüncesiyle yaş küçültme talebiyle açılan davalarda tescil tarihinden sonraki bir tarih için düzeltme talep edilemeyeceğinin kabul edildiği ancak söz konusu içtihadın, somut başvuruda olduğu gibi ölen kardeşin nüfus kaydının kullanılması iddialarına dayalı düzeltim taleplerini içermediği ve belirtilen kapsamdaki taleplerin idari bir başvuruya konu olması gerektiğinden bahisle görevsizlik kararı ile sonuçlandırıldığı görülmektedir (H.G.K., 5/12/2007, E.2007/18-925, K.2007/944). Bu kapsamda, *başvurucu tarafından açılan yaş tashihi davasının, ölen ağabeyinin nüfus kaydının kullanılmasından mütevellit bir talep olduğu, Mahkemece bu konuda bir değerlendirme yapılmaksızın davanın normal bir yaş tashihi davası olarak ele alınarak sonuçlandırıldığı ve başvurusunun talep sonucunu etkileyen temel iddiasının Derece Mahkemelerince değerlendirilmediği dikkate alındığında, karar gerekçelerinin maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı anlaşılmaktadır.*”¹⁰⁵

Kararda kişisel durum sicilinde yer alan bilgilerde düzenleme ve değişiklik yapılması talebini içeren başvuruların Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında değerlendirildiğine ilişkin İHAM içtihatları referans gösterilmiştir. Ayrıca Mahkeme, cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında değerlendirildiğine ilişkin olarak norm denetimi içtihatlarına da atıf yapmıştır.¹⁰⁶

¹⁰⁵ B. U., par. 49. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

¹⁰⁶ B. U., par. 38-39; atıf yapılan norm denetimi içtihatları için bkz. E.2011/34, K.2012/48, 30.3.2012; E.2009/85, K.2011/49, 10.3.2011; atıf yapılan İHAM içtihatları için bkz. Dadouch / Malta, 38816/07, 20.7.2010; Daroczy / Macaristan, 44378/05, 1.7.2008; Güzel Erdagöz / Türkiye, 37483/02, 21.10.2008.

Nüfus kayıtlarına ilişkin diğer bir karar, nüfus kaydının kapalı olduğu gerekçesiyle isim tahsisi talebinin reddi kararına ilişkindir.¹⁰⁷ Olayda ismi, Alman resmi makamlarının kayıtlarında “Aslan Toprak”, Türk nüfus kayıtlarında ise “Aslan Faruk Toprak” olarak geçen başvuru, Türk nüfus kaydının kapalı olduğu gerekçesine dayanılarak isim tahsisi talebinin reddedilmesi nedeniyle resmi makamlar önünde hak arama hürriyetinin engellendiği ve alt soyunun Türkiye’de eğitim ve öğrenim görme hakkından yararlanamayacağı iddialarıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur.

Mahkeme, başvuruçunun isminin düzeltilmesine izin verilmemesinin Anayasa’nın 17. maddesine müdahale oluşturduğunu tespit etmiş, Anayasa’nın 13. maddesini dikkate alarak yapmış olduğu değerlendirmede, 16 Şubat 1977 tarihinde yürürlüğe giren 14 No.lu Sözleşme’nin çelişkili kayıtların giderilmesi için kamusal makamları tedbirler almaya sevk ettiğini, ancak başvuru konusu yargılamada 14 No.lu Sözleşme’nin dikkate alınmadığı gerekçesiyle müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olmadığına dayanarak hakkın ihlal edildiğine hükmetmiştir:

“... 5490 sayılı Kanun’un 14. maddesinin İlk Derece Mahkemesi ve Yargıtay tarafından somut olaydaki gibi yorumlanıp uygulanması nedeniyle, başvuruçunun mağduriyetinin giderilmesine ve manevi varlığı kapsamındaki ismi üzerinde değişiklikler yapılabilmesine olanak veren güvenceleri içeren 14. No.lu Sözleşme’nin dikkate alınmadığı ve ilgili mevzuatın başvuruçunun şikayetini giderebilecek şekilde yorumlanabilmesi imkanı bulunmasına rağmen bu hususta bir değerlendirme dahi yapılmadığı anlaşılmaktadır. Tüm bu nedenler dikkate alındığında *5490 sayılı Kanun’un 14. maddesinin 14 No.lu Sözleşme dikkate alınarak yorumlanmaması nedeniyle* Derece Mahkemelerinin somut olaydaki yorum ve yaklaşımının başvuruçunun mağduriyetini gidermediği, usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşme hükümlerinin Mahkeme kararlarında göz önünde bulundurulmadığı, dolayısıyla söz konusu yargısal yaklaşımın bu hâliyle demokratik bir toplumda gerekli olma şartını sağlamadığı ve kamunun ve bireylerin çatışan çıkarları karşısında ölçülü ve adil bir denge sağlamadığı sonucuna varılmıştır. Neticede anılan düzenlemeye dayanılarak başvuruçunun isim değişikliği talebinin

¹⁰⁷ Aslan Faruk Toprak, 2013/2957, 24.3.2016.

reddedilmesi şeklindeki müdahalenin de demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olduğu söylenemez”¹⁰⁸

Aslan Faruk Toprak başvurusu, Mahkeme'nin demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük denetimini uluslararası sözleşme üzerinden yaptığı tek örnek olması nedeniyle dikkat çekicidir. Mahkeme, Sevim Akat Eşki başvurusu üzerine verdiği kararında uluslararası sözleşmeleri kanunilik ölçütü üzerinden incelerken Aslan Faruk Toprak başvurusu üzerine verdiği kararında demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük ölçütü üzerinden incelemiştir.¹⁰⁹

3.2. Çevre Hakkı

3.2.1. ÇED Kararları

Çevre hakkı bakımından ÇED olumlu kararı alınmaması hakkında, devletin çevresel meselelere ilişkin pozitif yükümlülüklerine işaret eden bireysel başvuru kararı dikkat çekmektedir.¹¹⁰ Olayda başvuru, “Cevizlik Regülatörü ve Hidroelektrik Santralleri Projesi” kapsamında Rize ili Kalkandere ilçesi Soğuksu köyü sınırları içinde, Orman Genel Müdürlüğü'nün verdiği ek karar üzerine inşa edilen şalt sahası hakkında ayrıca ÇED olumlu kararı alınmaması ve bu hususta açılan davanın reddedilmesi nedenleriyle Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi söz konusu iddiaları Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında incelemiş, başvuru maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının korunması ve etkin kullanımının sağlanması bağlamında kamusal makamların pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varmıştır:

¹⁰⁸ Aslan Faruk Toprak, par. 67. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

¹⁰⁹ Sevim Akat Eşki başvurusu üzerine verilen bireysel başvuru kararı hakkındaki değerlendirmelerimiz için bkz. 2.1.1. Evli Kadının Soyadı

¹¹⁰ Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016.

“Somut başvuru açısından başvurucunun, söz konusu tesisin çalışması sonucu meydana gelen çevresel rahatsızlığın sağlık ve yaşam kalitesini olumsuz etkilediği ve bu bağlamda idarece yapılan çevresel değerlendirmenin yetersiz olduğu yönündeki temel iddialarının; kamusal makamların, başvurucunun ve kamunun menfaatleri arasında adil bir denge tesis edip etmediklerinin belirlenmesi hususundaki en önemli unsur olduğu anlaşılmaktadır. Buna rağmen *başvurucunun söz konusu talep ve itirazlarının Derece Mahkemelerince değerlendirilmediği görülmektedir*. Mahkemenin söz konusu tesis hakkında ÇED raporu alınmaması sonucuna götüren inceleme ve gerekçesinin ise oldukça sınırlı olduğu, bu yönüyle başvurucunun temel iddialarına doğrudan bir cevap verilmediği ve başvurucunun söz konusu çevresel rahatsızlığa ilişkin iddialarının yargı mercileri önünde gerektiği gibi değerlendirilmesi imkânını elde edemediği anlaşılmaktadır.”¹¹¹

Kararda “ortak koruma alanı” kriteri üzerinden olmasa da, çevre hakkının alana dahil edilmesine ilişkin değerlendirme dikkat çekmektedir. Mahkeme, sağlıklı bir çevrede yaşam hakkının normatif dayanağının Anayasa’nın 56. maddesinde düzenlendiğini ancak Anayasa’nın bireysel başvuru hakkının düzenlendiği 148. maddesinin üçüncü fıkrası gereği, ikinci ve üçüncü kuşak hakların ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunulamayacağını, sağlıklı bir çevrede yaşam hakkının Anayasa’nın 17., 20. ve 21. maddesi ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre Anayasa’nın 56. maddesinin ikinci fıkrası ve Anayasa’nın 48. maddesinin ikinci fıkrası, “temel hakların yatay ilişkilere uygulanması”na olanak sağlayan Anayasa’daki normatif dayanaklar gereği pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde dikkate alınabilir.¹¹²

Kararda somut olayda dikkat çekilen çevresel etkinin Anayasa’nın 17. maddesi kapsamındaki güvenceleri harekete geçirip geçirmeyeceğine ilişkin olarak ise İHAM içtihatlarında benimsenen ilkelerin dikkate alındığı gözlemlenmiştir.¹¹³ İHAM bu noktada üç kriter geliştirmiştir. Bu kriterler şöyle sıralanabilir:¹¹⁴

¹¹¹ Mehmet Kurt, par. 82. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

¹¹² Mehmet Kurt, par. 49-51.

¹¹³ Mehmet Kurt, par. 58.

¹¹⁴ Atf yapılan karar için bkz. Fadeyeva / Rusya, 55723/00, 9/6/2005, par. 69.

(a) Çevresel rahatsızlığın, başvurucunun özel ve aile yaşamı ya da konuta saygı hakkı üzerinde doğrudan bir etkide bulunması,

(b) Çevresel kirliliğin asgari şiddet derecesine ulaşması,

(c) Çevresel kirliliğin ciddi bir boyuta ulaşması.

Mahkeme, asgari şiddetin belirlenmesinde de kamusal ölçüm ve uzman raporlarının dikkate alınması gerektiğine ilişkin İHAM içtihatlarını referans göstermiştir.

“AİHM içtihadında da inceleme konusu çevresel etkinin 8. maddede yer alan güvenceleri etkin hâle getirebilmesi için aranan ağırlık eşiğinin tespitinde, genel olarak başvurucudan söz konusu etki derecesini ortaya koyan somut veriler sunmasının beklenildiği, bu kapsamda söz konusu etki derecesini ortaya koyan kamusal ölçümler veya uzman raporları gibi veriler ile ilgili alanın örneğin gürültüye açık bölge olarak tespit edildiğini gösteren kamusal kararların yapılan değerlendirmelerde dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Mahkemenin, başvuru evrakı ile ilgili idari ve yargısal prosedüre ilişkin evrak kapsamında tespit ettiği veriler ve hayatın olağan akışına göre söz konusu çevresel rahatsızlığın asgari ağırlık eşiğini geçtiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde tespitlerde bulunduğu başvuru örneklerinin de mevcut olduğu görülmektedir (Moreno Gomez/İspanya, B. No: 4143/02, 16/11/2004, §§ 59, 60; Ruano Morcuende/İspanya, B. No: 75287/01, 6/9/2005; Fagerskiöld/İsviçre, B. No: 37664/04, 26/2/2008; Oluic/Hırvatistan, B. No: 61260/08, 20/5/2010, §§ 52-62; Mileva ve diğerleri/Bulgaristan, §§ 93-95).”¹¹⁵

Kararda pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde İHAM içtihatlarının yanı sıra Rio Bildirisi'nin (10) numaralı ilkesinin ve Aarhus Sözleşmesi'nin ilgili maddelerinin de dikkate alındığı belirtilmelidir:

“Çevresel meseleler bağlamında kamusal makamların haiz olduğu geniş takdir yetkisi nedeniyle birçok uluslararası sözleşmede de çevre hakkı bağlamında ayrı ve açık usule ilişkin

¹¹⁵ Mehmet Kurt, par. 68.

yükümlülüklerine yer verildiği görülmektedir. Özellikle kalkınma ve çevrenin korunması arasındaki ilişkinin vurgulanması açısından dikkat çeken Rio Bildirisi'nin (10) numaralı ilkesinde, çevresel meselelerin ancak bütün ilgililerin uygun düzeydeki katılımları ile en iyi şekilde ele alınabileceği ifade edilmiş ve bu hususun temini noktasında kamu makamlarının elinde bulunan çevreye ilişkin bilgilere uygun şekilde erişme, karar alma süreçlerine katılma ve yargısal ve idari işlemlere etkili şekilde erişim sağlanması hakkına yer verilmiştir (bkz. § 30). Bunun yanı sıra Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu tarafından 25/6/1998 tarihinde kabul edilen ve çevresel usule ilişkin hakların tanındığı ikinci ulusal üstü belge olan Aarhus Sözleşmesi'nin 4. ve 5. maddelerinde kamu makamlarının elinde bulunan çevresel bilgilere erişim hakkı, 6., 7. ve 8. maddelerinde çevresel karar alma süreçlerine katılım hakkı, 9. maddesinde ise çevresel meselelerde yargısal yollara başvuru hakkı açıkça tanınmıştır.¹¹⁶

Pozitif usul yükümlülüklerinin belirlenmesine ilişkin dikkate alınan Aarhus Sözleşmesi'nin atıf yapılan maddeleri, Sözleşme'nin “üç yapı taşı” olarak nitelendirilmektedir. Bunlar; çevresel konu ve sorunlarda bilgiye erişim, karar vermede halkın katılımı ve adalete başvurudur.¹¹⁷ Aarhus Sözleşmesi'nin “üç sütunu”nun yorumuna ilişkin olarak Aarhus Sözleşmesi Uyum Komitesi kararlarına bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin atıf yaptığı dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci ve dokuzuncu maddelerine ilişkin dikkat çeken bazı yorumlar şunlardır:¹¹⁸

(a) Talep üzerine kamu otoritelerinin bilgi sağlamada başarısız olmasının Sözleşme'nin dördüncü maddesinin birinci fıkrasına aykırı olduğu,¹¹⁹

¹¹⁶ Mehmet Kurt, par. 62-63. Atıf yapılan İHAM içtihadı için ayrıca bkz. Taşkın ve diğerleri / Türkiye, 46117/99, 10/11/2004, par. 115 vd..

¹¹⁷ SILINA, M. (Ed.), Aarhus Sözleşmesi: Çevresel Demokrasi için Rehberimiz, Avrupa ECO Forumu, 2011, s. 8; Aarhus Sözleşmesi'nin, çevresel bilgilere erişim, halkın katılımı ve adalete erişim olmak üzere üç “sütun”a (“Pfeiler”) ayrıldığına dair bkz. EPINEY, A., “Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht”, 2003, s. 70-72, <https://doc.rero.ch/record/11470/files/Aufsatz52.pdf> Erişim: 31.08.2017.

¹¹⁸ ANDRUSEVYCH, A., KERN, S. (eds), Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2014), Third Edition, Racse, Lviv, 2016, s. 27-140.

¹¹⁹ Ukraine ACCC/C/2004/3 and ACCC/S/2004/1; ECE/MP.PP/C.1/2005/2/Add.3, 14.04.2005, par. 39; talebin yazılı veya sözlü olabileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. BANNER, C., The Aarhus Convention A Guide for UK Lawyers, Hurt Publishing, Oxford, 2015, s. 103.

(b) Kamu makamının Sözleşme'nin dördüncü maddesini uygularken “gerçeğe aykırı karar” (“*erroneous decision*”) vermesinin Sözleşme'ye aykırılık teşkil ettiği,¹²⁰

(c) Sözleşme'nin dördüncü maddesinin yedinci fıkrasında talep edilen bilgilere ilişkin olarak “olumlu sessizliğin” (“*positive silence*”) yasakladığı,¹²¹

(d) Sözleşme'nin beşinci maddesinin birinci fıkrası gereğince kamu makamlarının faaliyetlerine ilişkin bilgiyi buldurması ve güncellemesi gerektiği, taraf devletlerin çevreyi etkileyen, önerilen ve mevcut olan faaliyetler hakkında yeterli miktarda bilgi akışını sağlayan sistemler kurması gerektiği,¹²²

(e) Sözleşme'nin altıncı maddesinin ikinci fıkrasında geçen halkın “etkili bir şekilde” (“*effective manner*”) bilgilendirilmesinin, kamu yetkililerinin potansiyel olarak ilgili olabilecek herkesin faaliyetlere ilişkin karar alma süreçlerini öğrenme ve süreçlere katılma şansı veren araç sağlamaya çalışması gerektiği anlamına geldiği,¹²³

(f) Sözleşme'de “plan”ın ne olduğunun açıklanmadığı ancak bir belgenin başlığında “plan” kelimesini taşımasının Sözleşme'nin yedinci maddesine göre “plan” olduğu anlamına gelmediği, belgenin özünün değerlendirilmesinin gerektiği,¹²⁴

(g) Komite'nin sekizinci madde uyarınca, karar verme sürecinde halkın katılımının doğurduğu sonuçların mümkün olduğunca dikkat alınıp alınmadığını incelediği,¹²⁵

(h) Komite'nin Sözleşme'nin dokuzuncu maddesi ile olan uyumluluğu denetlerken adalete erişim bakımından Sözleşme'nin Başlangıç'ı ışığında “genel resme” dikkat ettiği.¹²⁶

¹²⁰ European Community ACCC/C/2007/21; ECE/MP.PP/C.1/2009/2/Add.1, 11.12.2009, par.33.

¹²¹ Spain ACCC/C/2009/36; ECE/MP.PP/C.1/2010/4/Add.2, 08.02.2011, par.58.

¹²² Romania ACCC/C/2005/15; ECE/MP.PP/2008/5/Add.7, 16.04.2008, par. 27.

¹²³ France ACCC/C/2007/22; ECE/MP.PP/C.1/2009/4/Add.1, 8.02.2011, par. 41.

¹²⁴ Czech Republic ACCC/C/2012/70; ECE/MP.PP/C.1/2014/9, 4.06.2014., par. 49.

¹²⁵ United Kingdom ACCC/C/2010/53; ECE/MP.PP/C.1/2013/3, par. 86.

¹²⁶ Germany ACCC/C/2008/31; ECE/MP.PP/C.1/2014/8, 11.01.2013, par. 64.

Anayasa Mahkemesi kararında, Aarhus Sözleşmesi'nin yukarıda anılan maddelerine atıf yapmakla birlikte, maddelerin yorumuna ilişkin bir referansa yer verilmemiştir.¹²⁷

3.2.2. Baz İstasyonları

Anayasa Mahkemesi çevre hakkı kapsamında incelediği bir başka karar başvurusunun konut yakınında bulunan baz istasyonunun sağlığını olumsuz etkilediği iddiasıyla açtığı kamu davasının reddine ilişkindir.¹²⁸ Başvurucu Anayasa'nın 17. ve 56. maddesinde düzenlenen haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, Mahkeme Anayasa'nın 17. ve 20. maddesi yönünden inceleme yapmayı uygun görmüştür.¹²⁹

Mahkeme yapmış olduğu incelemede Mehmet Kurt başvurusu üzerine verdiği kararında çevre hakkı bakımından belirlediği kriterleri ve pozitif yükümlülükleri tekrar etmiş, GSM şebekesinin kanser yapıcı olduğuna ilişkin herhangi bir bağın teknik ve bilimsel olarak ortaya koyulmadığını dikkate alarak, kamusal makamların takdir hakkının sınırlarını aştığı sonucuna ulaşmanın mümkün olmadığı gerekçesiyle başvurucuların Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır:

“... mevzuattaki limit değerlerinin altında olduğu ortaya konulan radyoaktif etkinin, başvurucuların sağlığı üzerinde doğrudan zararlı bir etkisinin olduğunu ortaya koyan kesin bilimsel verilerin mevcut olmadığı dikkate alındığında, kamusal makamların başvurucuların ve kamunun somut başvuru özelinde karşı karşıya gelen menfaatleri arasında adil bir denge tesis etmeyerek takdir hakkının sınırlarını aştığı sonucuna ulaşmak mümkün değildir.”¹³⁰

¹²⁷ Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin olarak ayrıca bkz. The Aarhus Convention: An implementation guide, United Nations Economic Commission for Europe, 2014.

¹²⁸ Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık, 2013/6587, 24.3.2016.

¹²⁹ Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık, par. 31.

¹³⁰ Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık, par. 86. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

3.2.3. Sabah Ezanı Uygulaması

Çevre hakkı yönünden dikkat çeken diğer bir karar, başvuruçunun sabah saatlerinde yüksek sesle ezan okunmasından rahatsız olduğunu ileri sürdüğü D.Ö. başvurusu üzerine verilmiştir.¹³¹ Başvuruçucu, Anayasa'nın 2., 5., 10., 12., 13., 24., 56. ve 136. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi başvuruçunun iddialarının Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmiş, başvuruçunun Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ileri sürdüğü şikayetlerini ise, "somut olayda başvuruçucu, başka din ve mezhebe mensup kişilerin din veya inancını açığa vurma özgürlüğü kapsamında devlete düşen yükümlülükleri yerine getirmediğini veya talep edilmesine rağmen karşılanmadığı durum ve uygulamayı ortaya koyamadığı gibi kendisine nasıl bir ayrımcılık yapıldığına ilişkin herhangi bir somut açıklamada bulunmadığı" gerekçesiyle incelememiştir.¹³²

Kararda sağlıklı bir çevrede yaşam hakkının Anayasa'nın 17., 20. ve 21. maddeleri ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden Mehmet Kurt başvurusu üzerine verilen karardaki değerlendirmeler takip edilmiş, negatif ve pozitif yükümlülüklerle işaret edilerek çevre hakkı yönünden belirlenen kriterler sıralanmıştır.¹³³ Buna göre Mahkeme, sabah saatlerinde yüksek sesle ezan okunmasından rahatsız olan bireyin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile çoğunluğun inancının bir gereği olan ve inananları namaza çağırma niteliği taşıyan ezan sesinin kamusal alana verilmesi konusunda toplumun menfaatinin dengelenmesi gerektiğine ve demokratik hoşgörü ve çoğulculuğun kültürel ve dini uygulamalara belli ölçüde tahammül etme yükümlülüğüne işaret etmiştir:

"... demokratik hoşgörü ve çoğulculuk, toplumun büyük çoğunluğunun inancı doğrultusunda bazı uygulamalara izin verilmesini kaçınılmaz kılmakta ve bir arada yaşamının getirdiği bu tür kültürel ve dini uygulamalara belli ölçüde tahammül etme yükümlülüğü doğurmaktadır. Fakat bu yükümlülük, uygulamaların bireylerin maddi ve manevi varlığını koruma ve

¹³¹ D. Ö., 2014/3977, 30.6.2016.

¹³² D. Ö., par. 23-24.

¹³³ Mehmet Kurt, par. 31; D.Ö. par. 32, 37-43.

geliştirme hakkını ihlal edecek boyuta ulaşmasına katlanılmaz bir yük teşkil etmesine izin verilmesi anlamına gelmemektedir.”¹³⁴

Sonuç olarak başvurunun iddiası, kamusal makamların olaya gereken özenle yaklaştığı, kamusal ve bireysel menfaatleri gerektiği şekilde değerlendirdiği gerekçeleriyle açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur.¹³⁵

Kararın ilk dikkat çekici yanı, Mehmet Kurt başvurusu üzerine verilen bireysel başvuru kararına yapılan atıftır. Kararın 41. paragrafında Mehmet Kurt kararının 67., 68. ve 69. paragraflarını kapsayacak şekilde atıf yapılmış ancak Mehmet Kurt kararının 68. paragrafında benimsenen, ilgili çevresel etkinin Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan güvenceleri harekete geçirecek asgari eşğin tespitinde dikkate alınacak kritere yer verilmemiştir. Bu kritere göre 8. maddedeki güvenceler, başvurunun söz konusu etki derecesini ortaya koyan somut veriler sunması durumunda aktif hale gelebilir. D. Ö. başvurusu üzerine verilen kararın 45. paragrafında ise başvurunun yüksek sese ilişkin ölçüm değerleri, konuta mesafesi ve ses cihaz açıları gibi somut verileri başvurusuna ekmediği belirtilmiştir. İki bireysel başvuru kararı mukayese edildiğinde, başvurunun anılan somut verileri başvurusuna eklememiş olması, Anayasa'nın 17. maddesindeki güvencelerin etkin hale gelmesini engellemektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin bu konuda seçici davranarak ilgili kriterlere yer vermemesi çevre hakkının incelendiği kararlar bakımından bir tutarsızlık yaratmıştır.

Kararda ikinci dikkat çekici konu, din ve vicdan özgürlüğünün içsel ve dışsal alanına ve bireylerin kendi dinleri ile ilgili yorumlarına ilişkin yapılan açıklamaların somutlaştırılmamış olmasıdır.¹³⁶ Kararda inceleme, Anayasa'nın 17. maddesi temelinde ve çevre hakkı kapsamında “adil denge” kriteri üzerinden yapılmış ve ezanın “dini ritüel” olarak toplumdaki kültürel değerine işaret edilmiştir. Dolayısıyla hüküm fıkrasının dayanakları bakımından din ve vicdan özgürlüğü bağlamında yapılan açıklamalar ve “karar norm”ları somutlaştırılmamıştır.¹³⁷ Diğer

¹³⁴ D. Ö., par. 50-51. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

¹³⁵ D. Ö., par. 55.

¹³⁶ D. Ö., par. 47-48.

¹³⁷ “Karar normu” kavramı için bkz. ODER, B. E., Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, s. 121-213.

taftan Mahkeme, din ve vicdan özgürlüğü kapsamında dile getirilen şikayetlerin temelde gürültü kirliliği ile ilgili olması nedeniyle başvurunun Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında inceleneceğini de kanıtlamasının ilk aşamalarında belirtmiştir.¹³⁸ Sonuç olarak, din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin açıklamaların ve atıf yapılan kararın fonksiyonu anlaşılammıştır.¹³⁹

3.3. Hasta Hakları

3.3.1. Tıbbi Müdahaleyi Ret Hakkı

Bireysel başvuru kararlarında tıbbi müdahaleyi ret hakkı, bebeklik dönemi aşı uygulamalarına ve topuk kanı alınmasına ilişkin şikayetlerde kendini göstermektedir. Aşı uygulamasına ilişkin olarak Mahkeme'nin dikkat çeken ilk kararı Halime Sare Aysal başvurusu üzerine verilmiştir. Olayda Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İl Müdürlüğü, başvuru çocuğun bebeklik dönemi aşlarının anne ve babası tarafından yaptırılmadığından bahisle çocuk hakkında sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesini talep etmiş ve ilgili Derece Mahkemesince sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmiştir. Başvurucu temsilcisi verilen tedbir kararı aleyhine itiraz etmiş ancak itirazı reddedilmiştir. Bunun üzerine bireysel başvuru hakkını kullanan başvuru temsilcisi, tedbir kararı nedeniyle başvuru vücut bütünlüğünün ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi esas değerlendirmesinde, bebeklik dönemi aşlarının yapılması hususunda zorunlu sağlık tedbiri uygulamasının, başvuru maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına bir müdahale oluşturduğunu belirtmiş,¹⁴⁰ müdahalenin meşruluğunun denetlenmesinde Anayasa'nın 13. maddesini dikkate alarak, somut başvuru açısından 5395 ve

¹³⁸ D. Ö., par. 23.

¹³⁹ Atıf yapılan karar için ayrıca bkz. Tuğba Arslan, 2014/256, 25.6.2014, par. 57, 70. Bu tarz bir atfın çalışmanın birinci kısmında ele aldığımız “aksesuar argüman” derecesini hatırlattığı belirtilmelidir.

¹⁴⁰ Tıbbi müdahalenin kişinin yaşam hakkı, sağlık ve vücut bütünlüğü, fiziksel ve ruhsal varlığı, özel yaşamın korunması, işkence ve gayri insani muamele yasağı ile ilişkili olduğu yönünde bkz. KICALIOĞLU, M., Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Adalet, Ankara, 2011, s. 2; biyoloji uygulamalarının sınırlandırılmasında ölçü alınacak insan hakları için ayrıca bkz. ZENGİN, M. A., Biyoloji Uygulamaları Ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet, Ankara, 2012, s. 104-136.

1593 sayılı Kanun'ların ilgili hükümlerinin kanunilik şartını sağlamadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır:

“Zorunlu aşı uygulaması ebeveyn tarafından reddedilen çocukların, 5395 sayılı Kanun kapsamında korunmaya muhtaç çocuk olarak değerlendirilmesi noktasında da kamu makamları ve başvuru arasında görüş birliği bulunmamakla birlikte, esasen uygulanacak tıbbi müdahalenin türü ve kapsamı hakkında bir açıklamada bulunulmaksızın çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonunu içerecek şekilde, genel olarak sağlık tedbirine hükmedileceğine işaret eden söz konusu düzenlemenin, somut başvuruda olduğu gibi doğan her çocuğa belirli bir yaş periyoduna bağlı olarak ve ebeveynin rızası hilafına, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının tatbiki yetkisi verildiği şeklinde anlaşılması olanaklı değildir. Aksinin kabulü hâlinde uygulanacak tıbbi müdahalenin tür ve kapsamı belirsiz olacak şekilde, rıza verilmeyen müdahale türlerinin gündeme gelmesi muhtemeldir

(...)

Söz konusu Genelge kapsamında yer verilen aşı türlerine bakıldığında 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıklar için tatbiki öngörülenlerle sınırlı bir düzenleme olmadığı anlaşılmakta, başvurucuya tatbikine hükmedilen HepB, DaBT, İPA, Hib ve KPA türündeki aşuların da 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığı, bu kapsamda 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması hususunu düzenleyen 72. madde hükmünün, başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.”¹⁴¹

¹⁴¹ Halime Sare Aysal, 2013/1789, 11.11.2015, par. 68, 71; 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun genel aşı zorunluluğu getirmediği yönünde bkz. HAKERİ, H., Tıp Hukuku Temel Bilgiler, Seçkin, Ankara, 2009, s. 180-181. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

Mahkeme'nin oyçokluğuyla ulaştığı bu görüşe bir üye katılmamış ve karşı oy yazısında, uygulamanın “acil bir sosyal ihtiyaç” teşkil eden önlem niteliğinde olduğu dikkate alındığında, orantılı olduğunu, Anayasa'ya, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarına uygun olduğunu belirtmiştir.¹⁴²

Tıbbi müdahaleyi ret hakkı bakımından dikkat çeken diğer bir karar, topuk kanı alınmasına ilişkindir.¹⁴³ Olayda başvurucunun ebeveyni topuk kanı uygulamasına muvafakat etmemiş ancak başvuru hakkında topuk kanı alınması hususunda zorunlu sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede aşı uygulamasına ilişkin değerlendirilen kanun hükmünden farklı olarak, topuk kanı alınması hususunda 5295 sayılı Kanun'un ve 1593 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin genel olarak sağlık tedbirine işaret etmesi nedeniyle öngörülebilirlik niteliğini taşımadığı ancak 3359 sayılı Kanun'un ilgili düzenlemelerinin kanunilik kriterini taşıdığını belirtmiştir:

“... 3359 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (I) bendinde sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar arasında engelli çocuk doğumlarının önlenmesi için gebelik öncesi ve gebelik döneminde tıbbi ve eğitsel çalışmalar yapılması ve yeni doğan bebeklerin metabolizma hastalıkları için gerekli olan testlerden geçirilerek risk taşıyanların belirlenmesine ilişkin tedbirlerin alınmasına yer verilmiş olup, belirtilen bu düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, bir kısım metabolizma hastalıklarının teşhisi hususunda yenidoğanlar üzerinde bazı tıbbi testlerin yapılması ve gerekli tedbirlerin alınması hususunda ilgili idareye yetki verildiği anlaşılmaktadır. Zorunlu topuk kanı uygulamasına ilişkin esas ve usulleri ayrıntılı olarak düzenleyen 2006/130 sayılı ve Neonatal Tarama Programı konulu Genelge ile 2014/7 sayılı Yeni Doğan Tarama Programı konulu Genelge'nin de belirtilen hükümler kapsamında tanzim edildiği görülmektedir.

¹⁴² Halime Sare Aysal, Serdar Özgüldür'ün karşı oy yazısı.

¹⁴³ Muhammed Ali Bayram, 2014/4077, 29.6.2016.

Bu bağlamda, bir kısım metabolizma hastalıklarının teşhisi amacıyla yenidoğanlar üzerinde bazı tıbbi testlerin yapılması ve gerekli tedbirlerin alınması hususunda belirtilen düzenlemeler temelinde yürütülen başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağladığı anlaşılmaktadır.”¹⁴⁴

Mahkeme, söz konusu uygulamanın “çocukların ve kamu sağlığının korunması meşru amacını taşıdığı”, “şüpheli çıkan bebeklerin ilgili kliniklere sevkini gerçekleştirmek ve bu bebekleri takip etmek hususundaki görevin halk sağlığı müdürlüklerine verildiği”, “görev alan personelin eğitimlerinin de söz konusu Genelge ve bu kapsamda gönderilen bilgi notları bağlamında güncellenmesine özen gösterildiği”, “derece mahkemesi kararlarının yeterli bir temele sahip olduğu” gerekçelerine dayanarak başvuruya konu müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olduğu sonucuna ulaşmıştır.¹⁴⁵

Tıbbi müdahaleyi ret hakkı kapsamında her ne kadar Anayasa Mahkemesi’nin incelediğimiz kararlarının değerlendirmelerinde üzerinde durulmasa da konuyla yakından ilgili uluslararası metinler ve bildirgeler üzerinde de durmamız gerekmektedir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nde ve Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde tıbbi müdahalelerde rıza unsuru ayrıntılı olarak düzenlemiş ve tıbbi müdahalenin ancak ilgili kişinin rızası ile gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür.¹⁴⁶ Hasta haklarını belirleyen ilk uluslararası bildirge

¹⁴⁴ Muhammed Ali Bayram, par. 90-91.

¹⁴⁵ Muhammed Ali Bayram, par. 94-100.

¹⁴⁶ 20 Nisan 2004 tarihinde 25439 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 5. maddesi şöyledir:

“Madde 5 – Genel Kural

Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.”

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin açıklayıcı raporu için ayrıca bkz. Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, European Treaty Series, No.164. <https://rm.coe.int/16800ccde5> Erişim: 2.9.2017.

UNESCO’nun 19.10.2005 tarihindeki Genel Konferansında kabul edilen Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 6. maddesi şöyledir:

“Madde 6 Onam

Her türlü önleyici, tanı ve tedavi amaçlı tıbbi müdahale, yeterli bilgilendirme bazında ilgili şahsın hür ve bilinçli şekilde vereceği onam önceden alınmış olması şartıyla gerçekleştirilebilecektir. Uygun olduğunda onam açık olmalı ve herhangi bir sebeple haksızlık veya önyargıya sebebiyet vermeksizin ilgili şahıs tarafından geri alınabilmelidir.” http://www.unesco.org.tr/dokumanlar/biyoetik_komitesi/evrensel_bildirgesicopy.pdf Erişim: 2.9.2017.

olarak gösterilen 1981 yılında kabul edilen “Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi”, 1994 yılında Dünya Sağlık Örgütü’nün kabul ettiği, Lizbon Bildirgesi’ne göre çok daha kapsamlı olan Amsterdam Bildirgesi veya özgün adıyla “Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi” (“*Declaration on the Promotion of Patients Rights in Europe*”) ve Dünya Hekimler Birliği’nin 1995 yılında düzenlediği Bali Bildirgesi de tıbbi müdahaleler bakımından dikkat çeken uluslararası bildireler arasındadır.¹⁴⁷

3.3.2. Tıbbi Tedaviden Önce Bilgilendirilme Hakkı

Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı bakımından dikkat çeken diğer başvuru, tıbbi tedaviden önce bilgilendirilme hakkına ilişkindir. Olayda başvuru eşiyle birlikte tüp bebek tedavisi görmüş ve tedavi sonucunda bir çocukları olmuştur. Tedavi sonrası başvuru Cumhuriyet Başsavcılığına şikayette bulunmuş ve 12 Nisan 2004 tarihinde geçirdiği sperm arama amaçlı yapılan Mikro TESE operasyonu sonrasında bazı rahatsızlıkların ortaya çıktığını, bu operasyon sonrasında tüm spermlerinin alındığını, vücudunun kendi kendine testosteron hormonu üretmez hale geldiğini ve bu şekilde sakatlandığını ileri sürerek ameliyatı gerçekleştiren doktorun cezalandırılmasını talep etmiştir. Cumhuriyet Başsavcılığı, Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulunun raporuna göre, başvurucuya uygulanan operasyonun tıp kurallarına uygun olduğu ve şikayete neden olan testosteron düşüklüğünün Mikro TESE ameliyatından önce iki kez uygulanmış olan Makroskobik TESE ameliyatlarına bağlı olabileceğinin bildirildiği gerekçesiyle kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir. Tüm yargı yollarını tüketen başvuru, ameliyat öncesi yeterince aydınlatılmadığını, bilgilendirilmesi halinde tüp bebek uygulamasından vazgeçebileceğini, vücut bütünlüğünün müdahale sonrası bozulduğunu, sağlıklı yaşama hakkının ortadan kaldırıldığını ileri sürerek, Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan yaşam ile maddi ve manevi varlığını koruma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Sağlıkla ilgili uluslararası belgeler için bkz. GÜRKEY, Ş., “Hasta Hakları”, Medikal Etik, HATEMİ H., DOĞAN, H., 2003, s. 100-126 http://www.ism.gov.tr/hastahaklari/indir/ULUSLARARASI_HASTA_HAKLARI.pdf Erişim: 2.9.2017; KICALIOĞLU, 34-38; TÜRK TABİPLER BİRLİĞİ, FÜSUN SAYEK TTB Raporları Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, 2009 <https://www.tb.org.tr/kutuphane/belgeler2009.pdf> Erişim 2.9.2017; özellikle Amsterdam Bildirgesi’nin Avrupa’da hasta haklarının gelişimine büyük katkı sunduğu yönünde bkz. FALLBERG, L., “Consequences of the Amsterdam Declaration - a Rights Revolution in Europe?”, *European Journal of Health Law* 10: 5-10, 2003, s. 5; HERVEY, K. T., MCHALE, J. V., *Health Law and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, s. 24.

¹⁴⁸ Ahmet Acartürk, 2013/2084, 15.10.2015.

Anayasa Mahkemesi öncelikle, başvuruçunun yeniden bilirkişi incelenmesi talebinin reddine ilişkin derece mahkemesi kararı üzerinde durmuş, başvuruçunun bilirkişi raporuna yönelik itirazlarının incelendiği gerekçesiyle devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirdiği sonucuna ulaşmıştır:

“... bilirkişi raporu ve Mahkeme kararlarında, başvuruçunun Mikro TESE ameliyatından kaynaklandığını ileri sürdüğü şikâyetlerinin başvuruçuya daha önce başka sağlık kuruluşlarında yapılan işlemlerden kaynaklanmış olabileceği, A. Hastanesinde yürütülen Mikro TESE ameliyatının tıp kurallarına uygun şekilde gerçekleştiğini ifade edilmektedir. Başvuruçunun yaşadığı sorunun ilgili doktorun tıbbi hatasından ya da ihmalden kaynaklandığına dair bir tespit bulunmamaktadır. Başvuruçucu, sadece Adli Tıp Kurumunun raporuna dayanılmasının yanlış olduğunu, yeniden bilirkişi incelemesi yapılması talebinin reddedildiğini belirtse de Anayasa Mahkemesinin görevi herhangi bir davada bilirkişi raporu veya uzman mütalaasının gerekli olup olmadığına karar vermek değildir. Bilirkişi raporu benzeri delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi hususları derece mahkemelerinin yetkisi dâhilindedir (Benzer yönde AİHM kararı için bkz. S.N./İsveç, B. No: 34209/96, 2/7/2002, § 44; Selahattin Özek, B. No: 2014/6978, 26/2/2015, § 21). *Derece Mahkemesi başvuruçunun bilirkişi raporuna yönelik itirazlarını incelemiş ve gerekçeli kararında bu itirazları karşılamıştır.* Bu durumda başvuruçunun delillerini ve iddialarını sunma fırsatı bulamadığına, yargılamaya etkin olarak katılma imkânının elinden alındığına ve yargılamadaki konumunun bir zarar gördüğüne dair bir bulgu tespit edilmemiştir. Başvuruçunun tıbbi bir uygulama nedeniyle fiziki bütünlüğünde meydana geldiğini ileri sürdüğü zararın giderilmesinde sorumluların belirlenmesi amacıyla etkili yargısal korumadan yararlanmadığı dolayısıyla devletin pozitif yükümlülüğünün yerine getirilmediği de söylenemez.”¹⁴⁹

Mahkeme ikinci olarak, başvuruçunun söz konusu tıbbi müdahaleden önce gerektiği şekilde rızasının alınıp alınmadığı hususunu incelemiş, operasyona ilişkin bir belgede başvuruçuya uygulanan Mikro TESE operasyonu hakkında hiçbir bilgilendirme olmadığını, başka bir belgede de her ne kadar bazı bilgilere yer verilse de başvuruçunun belgede imzasının

¹⁴⁹ Ahmet Acartürk, par. 63. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

bulunmadığını belirterek, başvurucunun operasyona özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde muvafakat verdiğinin söylenemeyeceği gerekçesiyle, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir:

“.. somut olayda başvuru ve eşinin 12/4/2004 tarihinde IVF-ET ve embriyo transferi işlemine izin verdiklerine dair bir belge imzaladıkları, bu belgede IVF-ET işleminin tıbbi sonuçları ve muhtemel komplikasyonlarından bahsedildiği ayrıca kadın açısından yapılacak işlemler ve gelişebilecek risklerin belirtildiği görülmüştür. Ancak *anılan belgede başvurucuya uygulanan Mikro TESE operasyonu hakkında hiçbir bilgilendirme veya açıklama bulunmamaktadır.* Hastalara uygulanacak her bir işlem ve tedavi yönünden hastanın aydınlatıldığını ve rızasının bulunduğunu ispatlama yükümlülüğünün hekim ya da hastanede olduğuna kuşku bulunmayıp başvurucunun, Mikro TESE operasyonunun tıbbi sonuçları, sağlığı için taşıdığı riskler ve doğuracağı olası istenmeyen durumlar hakkında aydınlatıldığına dair rızasını içeren bir belgenin adı geçen Mahkeme dosyasına sunulmadığı anlaşılmıştır. Bunun yanı sıra Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin, 27/4/2010 tarihli ve E.2007/344, 2010/120 sayılı kararı incelendiğinde başvurucunun anılan operasyon hakkında bilgilendirilmediği iddiası hakkında hiçbir değerlendirme ve gerekçeye yer verilmediği anlaşılmıştır. Anılan karar onayan Yargıtay ilamında da bahsedilen iddiaya yönelik bir değerlendirme yer almamaktadır. Dolayısıyla başvurucunun operasyona özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde muvafakat verdiğinden söz edilemez.”¹⁵⁰

3.4. Şeref ve İtibarı Korunması Hakkı

3.4.1. Unutulma Hakkı

Unutulma hakkı bakımından Mahkeme'nin ilk dikkat çekici bireysel başvuru kararı N. B. B. başvurusu üzerine verilmiştir. Olayda başvuru, gazetenin internet haber arşivinde erişilebilir

¹⁵⁰ Ahmet Acartürk, par. 70. Eğik yazı (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır. Tıbbi müdahale sürecinde hasta ve doktor hakları için bkz. KICALIOĞLU, s. 26-32; tıbbi müdahale şartlarının; tıbbi müdahalenin sağlık personeli tarafından yapılması, aydınlatılmış rıza ve tıp biliminin verilerine göre zorunlu ve bu verilere uygun şekilde gerçekleşmesi olmak üzere üç kategoride sınıflandıran çalışma için ayrıca bkz. ZENGİN, s. 30-43.

durumda olan haber ve yayınlar ile ilgili içeriğin yayından kaldırılması yönündeki talebinin reddi nedeniyle Anayasa'nın 12., 17., 20., 25., 26., 27., ve 32. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun iddialarını Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirmeyi uygun görmüş ve incelemesini bu kapsamda yapmıştır.¹⁵¹ Mahkeme buna göre yapmış olduğu değerlendirmede öncelikle, kişisel şeref ve itibarın Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer aldığını belirterek pozitif yükümlülüklerle işaret etmiştir:

"Bireyin kişisel şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığın bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (Andan Oktar (2), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33). Başka bir deyişle kişisel itibarın korunması hakkı Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının koruması altındadır. (Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 36; İlhan Cihaner(2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 42)."¹⁵²

Diğer yandan Mahkeme, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının olaya uygulanabilmesi için üç şartın gerçekleşmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Bu şartlar şöyle sıralanabilir:¹⁵³

- (a) Kişinin itibarına yapılan saldırının belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olması,
- (b) Kişinin itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkından başvuruçunun kişisel olarak yararlanmasını güçleştirecek şekilde yapılmış olması,
- (c) Müdahalenin öngörülebilir şekilde, kişinin kendi eylemleri sonucu ortaya çıkmaması.

¹⁵¹ N. B. B., 2013/5653, 3.3.2016, par. 22.

¹⁵² N. B. B., par. 33.

¹⁵³ N. B. B., par. 36-37.

Ancak Mahkeme'ye göre bu şartların internet üzerinden uzun süredir devam eden yayınlar açısından farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Mahkemeye göre, “internet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşiğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haberlerin İnternet ortamında uzun süre erişilebilir kalması kişilerin şeref ve itibarını zedeleyebilir.”¹⁵⁴

Mahkeme'ye göre internet ortamında yayılan bir haber, kişisel bir verinin alenileştirilmesi kapsamında Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının da dikkate alınmasını gerektirmektedir.¹⁵⁵

Diğer taraftan Mahkeme incelemesinde, internetin basın tarafından yaygın kullanılmasının ifade ve basın özgürlüğü ile şeref ve itibarın korunması arasındaki dengeyi bozduğuna ve bu dengenin kurulabilmesinin unutulma hakkının kabul edilmesine bağlı olduğuna Avrupa Adalet Divanı kararına atıf yaparak ulaşmıştır:

*“İnternetin yaygın kullanımı ile ortaya çıkan bu durum basının İnternet'i etkin kullanmasıyla beraber ifade ve basın özgürlükleri ile şeref ve itibarın korunması arasındaki dengeyi ilkinin lehine bozmuştur. İfade ve basın özgürlüğü ile şeref ve itibarın korunması hakkı, eşit düzeyde koruma gerektiren temel hak ve özgürlüklerdir. Bu nedenle bozulan dengenin her iki temel hak arasında tekrar kurulması zorunluluk olmuştur. İnternet haberciliği ile birlikte unutulmanın zor olduğu günümüzde *anılan dengenin tekrar kurulabilmesi şeref ve itibar yönünden bireylerin unutulma hakkının kabul edilmesi ile mümkün olabilir.* Bu bağlamda unutulma hakkı adil dengenin kurulması için vazgeçilmez niteliktedir. (Avrupa Birliği Adalet Divanı, Google Spain SL, Google Inc/İspanya Kişisel Verilerin Korunması kurumu, Mario Costeja Gonzales, C-131/12, 13/5/2014)”¹⁵⁶*

Bu kapsamda yapılan incelemede, “unutulma hakkı”nın, Anayasa'nın 5. maddesinde “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” ile devlete

¹⁵⁴ N. B. B., par. 37.

¹⁵⁵ N. B. B., par. 42.

¹⁵⁶ N. B. B., par. 46. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

yüklenen pozitif yükümlülüğünün, Anayasa'nın 17/1. maddesinin ve Anayasa'nın 20/son maddesinin doğal bir sonucu olduğuna ulaşılmış, bu yönde yapılan değerlendirmede kişisel verinin silinerek erişiminin engellenebileceği, on dört yıl önceki bir haberin haber değerinin kalmadığı ve başvuruçunun siyasi ve medyatik kişiliğinin olmadığı dikkate alınarak adil dengenin kurulamadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 17/1. maddesinde güvence altına alınan şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁵⁷

Kararda Mahkeme'nin unutulma hakkına ulaşma süreci dikkat çekmektedir. Mahkeme öncelikle Avrupa Birliği hukukuna uygun yorum yöntemini kullanarak unutulma hakkına Avrupa Adalet Divanı içtihadı ile ulaşmış, ardından sistematik yorum yöntemi ile Anayasa'nın 17. maddesini, Anayasa'nın 5. ve 20. maddesinin son fıkrası ile birlikte ele alarak unutulma hakkının varlığına ulaşmıştır.¹⁵⁸ Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının, kişinin kendisiyle ilgili kişisel verilerin "silinmesini" talep etme hakkını da kapsadığının belirtildiği vurgulanmalıdır. Bu açıdan Mahkeme'nin maddede geçen "silinmesi" sözcüğü üzerinde ayrıca durmadan unutulma hakkının Anayasa'da düzenlemediğini belirtmesi dikkat çekmiştir.¹⁵⁹

Diğer bir konu, kararda olayın merkezinde her ne kadar bir gazetenin internet arşivi olsa da unutulma hakkının diğer haklardan ayırıcı yönünün bulunup bulunmadığı veya unutulma hakkının kapsamının yalnızca internette yer alan kişisel verileri kapsayıp kapsamadığının anlaşılabilmesidir.¹⁶⁰ Kararda atıf yapılan Avrupa Adalet Divanı kararında da kişisel verilerin internetteki konumu üzerinden bir değerlendirme yapıldığı belirtilmelidir.¹⁶¹ Diğer taraftan kararın "İlgili Hukuk" başlığı altında unutulma hakkı bakımından atıf yapılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ise Avrupa Adalet Divanı kararına da atıf yaparak, unutulma hakkına ilişkin değerlendirme internette yer alan kişisel veri üzerinden değil, bir kitapta yer alan kişisel veri üzerinden yapılmıştır:

¹⁵⁷ N. B. B., par. 71-74.

¹⁵⁸ N. B. B., par. 46; ODER, B. E., Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri.

¹⁵⁹ N. B. B., par. 47.

¹⁶⁰ Ulusal mahkeme kararlarının ve Avrupa Adalet Divanı kararının mukayese edilerek unutulma hakkının yalnızca internette yer alan kişisel verileri kapsadığı yönünde bkz. YAVUZ, C., İnternet'teki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması Unutulma Hakkı, Seçkin, Ankara, 2016, s. 98.

¹⁶¹ Court of Justice, Case C-131/12.

“Ayrıca şunun da ifade edilmesi gereklidir ki; unutulma hakkı tanımlarına bakıldığında her ne kadar dijital veriler için düzenlenmiş ise de, bu hakkın özellikleri ve bu hakkın insan haklarıyla arasındaki ilişkisi dikkate alındığında; yalnızca dijital ortamdaki kişisel veriler için değil, kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği açıktır.

...

Bu bağlamda değerlendirildiğinde; 4 yıl önce gerçekleşen bir olayın mağduru olan kişinin adının açık bir şekilde yazılarak kitapta yer alması halinde unutulma hakkının bunun sonucunda da davacının özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği kabul edilmelidir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın “Google Kararı”nda açıkladığı gibi ilgili verinin kamu hayatında oynadığı önemli rol ve halkın ilgili veriye yönelik yoğun ilgisi şeklinde, üstün bir kamu yararını ortaya koyan özel sebepler bulunmadığına göre bilimsel esere alınan kararda kişisel veriler açık bir şekilde yer almamalıdır.”¹⁶²

Sonuç olarak, unutulma hakkının kapsamının net olarak ortaya konulmamasının kişisel verinin bulunduğu konular arasındaki farklılıkların ve bu farklılıkların kişilerin bilgiyi kontrol etme kapasitesine olan etkisinin göz ardı edilmesine neden olduğunun belirtilmesi gerekir.¹⁶³

3.4.2. Basındaki Haberler

Şeref ve itibarın korunması hakkı bakımından dikkat çeken diğer kararlar basında yer alan haberlere ilişkindir. Bu kapsamda inceleyeceğimiz karar Sinem Hun başvurusu üzerine verilmiştir.¹⁶⁴ Başvurucu, medyada “Hitler”li şampuan reklamı” olarak tanınan “Biomen” isimli şampuanın reklam filminde kadın kimliğine karşı hakaret ve Yahudi azınlığa karşı nefret söylemlerinde bulunulması nedeniyle “suçluyu övme ve halkın bir kesimini aşağılama”

¹⁶² YHGK, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, 17.6.2015.

¹⁶³ “Unutma”nın hayat kurtaran bir avantaj olduğu ancak dijital çağda kişinin bilgiyi kontrol kapasitesinin çok düştüğü konusunda bkz. SCHÖNBERGER, V. M., Delete The Virtue of Forgetting in the Digital Age, Princeton University Press, 2009, s. 58, 72 <http://www.phs.zju.edu.cn/attachments/2015-02/01-1424663365-17067.pdf> Erişim: 2.9.2017. “Silme hakkı” ile “unutulma hakkı”nın farkı ve Schönberger’in eserinin değerlendirmesi için bkz. BERNAL, P., Internet Privacy Rights: Right to Protect Autonomy, Cambridge University Press, 2014, s. 206.

¹⁶⁴ Sinem Hun, 2013/5356, 8.5.2014.

suçlarının işlendiğini iddiasıyla, Biota İlaç ve Kozmetik Laboratuvarları ve Marka Reklam şirketinin yetkilileri hakkında suç duyurusunda bulunmuş, şikayeti inceleyen Cumhuriyet Başsavcılığı'nın başlattığı soruşturma neticesinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmiştir. Bunun üzerine başvuru bu karara itirazda bulunmuştur. İtiraz incelemesinin devam ettiği süreçte, "www.habervaktim.com" isimli internet haber sitesinde, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar ve bu karara dair "Hastürktv" isimli internet sitesinde geçen yorumlarla ilgili olarak "Siyonist uşakları yine teröre sarıldı" isimli bir haber yayınlanmıştır. Haberde başvuru hakkında, "Kamhi ve sapkınların derneğinin de avukatlığını yürüten Sinem Hun" ifadesi kullanılmıştır. Başvuru, ilgili haberde kendisine hakaret edildiği ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik ettiği iddiasıyla Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuş ancak bu konudaki şikayeti sonuçsuz kalmıştır. Başvuru bireysel başvuruda özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme başvuruçunun tüm iddialarını, manevi varlık kavramının ve kişilerin şeref ve itibarının korunması hakkının Anayasa'nın 17. maddesinde koruma altına alındığı gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında değerlendirmiştir.¹⁶⁵ Buna göre anılan maddenin amacının bireylerin maddi ve manevi varlığına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfi müdahalelerin önlenmesi olduğu belirtilmiş, bireyin şeref ve itibarını ilgilendiren pozitif yükümlülüklerle işaret edilmiştir:

"Bireyin şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür. Üçüncü kişilerin şeref ve itibara müdahalesi, birçok ihtimalin yanında, görsel ve işitsel yayınlar yoluyla da olabilir. Bir kişi görsel ve işitsel yayın yoluyla bir kamuoyu tartışması çerçevesinde eleştirilmiş olsa dahi o kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir (B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33).¹⁶⁶

¹⁶⁵ Sinem Hun, par. 26.

¹⁶⁶ Sinem Hun, par. 43.

Mahkeme ayrıca adli makamların pozitif yükümlülükler kapsamında şeref ve itibarın korunması hakkı ile basın özgürlüğü arasında adil bir denge kurulmasında başarılı olup olmadığının incelenmesi gerektiğini belirtmiş, bu denge bakımından İHAM içtihatlarını referans göstererek dikkate alınması gereken kriterlere dikkat çekmiştir. Bu kriterler şöyle sıralanabilir:¹⁶⁷

- (a) İfadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı,
- (b) Hedef alınan kişinin tanınırlık düzeyi ve şikayet edilen konuyla ilgili olarak önceki davranışları,
- (c) İfadenin içeriği,
- (d) Habere konu olayın daha önce basında yer alıp almamış olması.

Somut olaya özgü değerlendirmede öncelikle “*Siyonist uşakları yine teröre sarıldı*” başlıklı haber incelenmiştir. Mahkeme anılan haberde başvuruçunun hedef alınmadığına karar vermiştir.¹⁶⁸ İkinci olarak söz konusu haberde geçen “*sapkınların avukatı*” ifadesi üzerinde durulmuştur. Mahkeme “sapkın” ifadesi ile başvuruçunun arasında doğrudan bir bağlantı bulunmadığı görüşündedir:

“Başvuruçunun şikayetini inceleyen Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı ve Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesinin gerekçeli kararı incelendiğinde; adli makamların söz konusu haber sitesinde yer alan haberin içeriğini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirdikleri anlaşılmaktadır. Öte yandan, haberde yer alan "sapkın" ifadesinin doğrudan derneğe yöneltildiği, sapkın ifadesiyle başvuruçunun arasında doğrudan bir

¹⁶⁷ Sinem Hun, par. 56; atıf yapılan İHAM içtihatları için bkz. Axel Springer AG / Almanya, 39954/08, 7/2/2012; Von Hannover / Almanya (no.2), [BD], 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012; basın yoluyla şeref ve haysiyetin ihlali için ayrıca bkz. KILIÇOĞLU, A. M., Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırıların Hukuksal Sorumluluk, Turhan, Ankara, 2008, s. 101-112; Şeref ve haysiyetin korunmasının çoğunlukla ifade özgürlüğü ile çatışma halinde olduğuna ilişkin olarak bkz. ÖZEL, S., Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Seçkin, Ankara, 2004, s. 40-42; internet ortamında kişilik haklarının ihlal türleri için bkz. OĞUZ, H., İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması. Adalet, Ankara, 2012, s. 56-114.

¹⁶⁸ Sinem Hun, par. 58.

bağlantı kurulmadığı, haberde yalnızca "Kamhi ve sapkınların derneğinin de avukatlığını yürüten Sinem Hun" denilmek suretiyle başvuruçunun derneğin ve Kamhi'nin avukatı olduğu olgusunun vurgulandığı belirtilmelidir.”¹⁶⁹

Sonuç olarak Mahkeme, adli makamların değerlendirmesinin başvuruçunun şeref ve itibara saygı hakkı ile diğer tarafın ifade ve basın özgürlüğü arasındaki dengeyi başvuruçuyu aleyhine katlanılmaz şekilde bozduğunun söylenemeyeceğine hükmetmiş ve Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan şeref ve itibara saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir:

“Başvuruçuya yönelik "sapkınların avukatı" şeklindeki sözlerin ceza muhakemesi yoluyla cezalandırmayı gerektirecek belli bir tahkir ve aşağılama eşiğini geçmediği yönündeki değerlendirmesinde bariz takdir hatası veya açık keyfilik bulunmadığı, başvuruçuyu yönünden nefret suçu veya nefret söylemi niteliği taşımadığı, demokratik bir toplumda bu ifadeye karşı mutlaka ceza muhakemesi yoluyla bir yaptırım uygulanmasını gerektiren toplumsal bir ihtiyaç olmadığı ve adli makamlarca çatışan değerler arasında kurulan dengenin adil olmadığının söylenemeyeceği anlaşılmaktadır.”¹⁷⁰

Mahkeme'nin “sapkın” ifadesi ile başvuruçuyu arasında doğrudan bir bağlantı bulunmadığı yönündeki tespitine ilişkin gerekçelendirmesinin zayıf olduğu belirtilmelidir. Mahkeme “sapkın” ifadesi ile başvuruçuyu arasındaki ilişkiye girmemiş, başvuruçunun isminin ve mesleğinin “sapkın” ifadesiyle birlikte anılmış olmasını göz ardı etmiştir. Kararın “olaylar” kısmında yer alan gazete haberinde, “*sapkınların derneğinin de avukatlığını yürüten Ankara Barosu'na kayıtlı Sinem Hun*” ifadesi geçmektedir.¹⁷¹ Karşı oy yazısı sunan bir üye anılan ifadenin içeriği üzerinde durmuş, başvuruçuyu üstlendiği avukatlıktan dolayı “tezkiye etmek, yıldırım ve savunma görevinden vazgeçirmek gibi sonuçlar doğurmaya elverişli” olduğuna dikkat çekmiştir.¹⁷² Dolayısıyla Mahkeme her ne kadar İHAM içtihatlarına atıf yaparak, şeref ve itibarın korunması hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü arasında adil bir dengenin kurulup

¹⁶⁹ Sinem Hun, par. 60.

¹⁷⁰ Sinem Hun, par. 61.

¹⁷¹ Sinem Hun, par. 12.

¹⁷² Osman Ali Feyyaz Paksüt'ün karşı oy yazısı, par. 6.

kurulmadığını araştırırken dikkate alınması gereken kriterlere yer verse de, kriterler arasında yer alan “ifadenin içeriği” kriterini somutlaştırmamıştır. Sonuç olarak Mahkeme'nin anılan ifadenin yalnızca derneği hedef aldığına ilişkin değerlendirmesi, ne anılan ifadenin başvuru sahibinin şahsı ve mesleği ile ilişkisi üzerinden ne de anılan ifadenin başvuru sahibi üzerindeki etkisi ve bu etkinin doğurabileceği sonuçlar üzerinden yapılmıştır.

3.5. Hükümlünün Beslenme Hakkı

Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı kapsamında dikkat çeken diğer bir karar, vejetaryen hükümlünün beslenmesine ilişkindir.¹⁷³ Olayda başvuru sahibi, onur kırıcı bir şekilde vejetaryen olmasının hastalık olarak değerlendirildiğini, vejetaryen olup olmadığının tespiti için hastaneye sevk edildiğini, et yiyenler için uygulanmayan bir usulün kendisine uygulandığını belirterek, Anayasa'nın 10., 17. ve 25. maddelerinde düzenlenen haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında ilk dikkat çeken konu, hakkın tespitine ilişkin değerlendirme sürecidir. Kararda, başvuru sahibinin vejetaryen olup olmadığının tespiti için hastaneye gönderilmesinin din ve vicdan hürriyeti kapsamında olup olmadığına yönelik bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiş, bir davranışın din ve vicdan hürriyetinin koruma alanında kalıp kalmadığının belirlenmesinde dikkate alınacak kriterlere dikkat çekilmiştir. Bu kriterler şöyle sıralanabilir:

(a) Bir inanç veya kanaatin mutlak olarak dini nitelikte olması gerekmez.¹⁷⁴

(b) Ortaya konulan din, inanç veya kanaatin yeterli derecede ikna ediciliğe, ciddiyete, tutarlılığa ve etkiye ulaşan bir inanç olması gerekmektedir.¹⁷⁵

¹⁷³ Şehmus Özsubaşı, 2013/2582, 3.3.2016.

¹⁷⁴ Şehmus Özsubaşı, par. 33.

¹⁷⁵ Şehmus Özsubaşı, par. 34, atıf yapılan İHAM içtihatları için ayrıca bkz. Campbell ve Cosans / Birleşik Krallık, 7511/76; 7743/76, 25.2.1982, par. 36; Pretty / Birleşik Krallık, 2346/02, 29.4.2002, par. 82; Das Universelle Leben Aller Kulturen Weltweit E.V. / Almanya (k.k.), 60369/11, 17.10.2015, par. 33.

(c) Bireyin vicdani bir mesele veya dini bir itikat olarak korunan bir inanç veya kanaat temelinde hareket edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekir.¹⁷⁶

(d) Bireyin asıl davranışının korunması gereken inanç veya kanaatlerinin bir dışı vurup olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.¹⁷⁷

(e) Olayın kendi şartlarına göre bahse konu davranışın din, inanç ve kanaatle samimi bağlantısı olmalıdır.¹⁷⁸

Buna göre Mahkeme somut olayda başvuruçunun durumunu değerlendirmiş, “başvuruçunun vejetaryenlik tercihinin neden kaynaklandığını ortaya koymaması nedeniyle herhangi bir dine veya din dışı bir inanca dayalı referans ortaya konmadan talep edilen vejetaryenliğin Anayasa’nın 24. maddesi kapsamında ele alınmasının mümkün olmadığını” belirtmiştir.¹⁷⁹ Öte yandan Mahkeme, başvuruçunun vejetaryenliğinin korunması gereken bir yaşam tarzı olduğu gerekçesiyle, başvuruçunun iddialarının kişinin maddi ve manevi varlığın korunması hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır:

“... başvuruçunun, İdare ve Gözlem Kurulu kararına karşı İnfaz Hâkimliğine yaptığı itirazda “Mevcut haliyle hiçbir şekilde protein ihtiyacımı karşılayamıyorum. Bu durum sağlığımı da bozmaktadır. Yönetmelikte dini düşüncesi ya da sağlığının el verdiği yiyeceklerin verilmesini öngörmektedir.” şeklinde şikâyetini belirtmiştir. Ayrıca Ağır Ceza Mahkemesine yaptığı itirazda ise “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un (5275) “Hükümlünün Beslenmesi” altında yapılan düzenlemede “... dini ve kültürel gerekleri göz önüne tutularak besin verilir ve içme suyu sağlanır.” şeklinde hüküm olduğunu hatırlatmıştır. *Başvuruçunun ileri sürdüğü mevzuat hükümleri ile vejetaryenliğin bir yaşam tarzı olarak kişinin kendini tanımlamadaki önemi bir bütün olarak dikkate alındığında vejetaryenliğin korunması gereken bir yaşam tarzı olduğu yadsınamaz.* Bu kapsamda başvuruçunun beslenmeye ilişkin bir

¹⁷⁶ Şehmus Özsubaşı, par. 35.

¹⁷⁷ Şehmus Özsubaşı, par. 35, atf yapılan İHAM kararı için ayrıca bkz. Skugar ve diğerleri / Rusya (k.k.), 40010/04, 3.12.2009.

¹⁷⁸ Şehmus Özsubaşı, par. 37.

¹⁷⁹ Şehmus Özsubaşı, par. 37.

tercihini yansıttığı kabul edilen vejetaryenliğin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kişinin maddi ve manevi varlığın korunması hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekir.”¹⁸⁰

Hakkın tespitine yönelik bu değerlendirmeye sekiz üyenin birlikte bir karşı oy yazısı sunduğunun belirtilmesi gerekir. Üyeler, başvurucunun İdare ve Gözlem Kurulu kararına karşı İnfaz Hakimliği'ne yaptığı itirazı ve bireysel başvuru formundaki ifadelerini değerlendirerek, başvurucunun vejetaryen olma tercihini “vicdani ve felsefi kanaatlere” dayandırmış olması nedeniyle iddianın Anayasa'nın 17/1. maddesi yönünden değil, 24. maddesi yönünden incelenmesi gerektiğini belirtmişlerdir.¹⁸¹

Kararda sonuç olarak, demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük bakımından yapılan incelemede ilgili düzenlemelere işaret edilerek, başvurucunun et ve türevlerini yiyip yiyemediğinin raporla tespit edilmesinin hangi amaçla yapıldığının gerekçeden anlaşılamadığı gerekçesiyle maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir:

“5275 sayılı Kanun'un 72. maddesinin (1) numaralı fıkrasında hükümlü ve tutukluların beslenmesinde dinî ve kültürel gereklerin göz önünde bulundurularak hükümlü ve tutuklulara besin verileceği hükme bağlanmıştır. Bunun da ötesinde Yönetmelik'in 9. maddesinde açık bir şekilde vejetaryen türü özel bir beslenme şekline sahip hükümlü ve tutukluların taleplerinin,

¹⁸⁰ Şehmus Özsubaşı, par. 38. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

¹⁸¹ Şehmus Özsubaşı; Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, Recep Kömürcü, Celal Mümtaz Akıncı, Muammer Topal, M. Emin Kuz, Hasan Tahsin Gökcan ve Rıdvan Güleç'in karşı oy yazısı, par. 5-8. Karşı oy sunan üyelerin başvurucunun dilekçesi ve ilgili düzenlemeler üzerinden bir gerekçelendirme yaptığı belirtilmelidir. Karşı oy yazısında başvurucunun bireysel başvuru dilekçesinde sunduğu, “*Vejetaryenlik vicdani, inançsal, felsefi bir tutumdur ve kişi özgürlüğüne dahildir. Oysa mahkeme kararıyla bu hakkım gasp edilmiştir, tanınmamıştır. Bu tercihimden dolayı adeta cezalandırıldım. Özgürlüğüm hastalık olarak görülüp yok sayıldı, çiğnendi*” şeklindeki ifadelerine yer verilmiştir. Üyeler ayrıca İaşe Yönetmeliği'nin dokuzuncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “*İnancı gereği veya vegan, vejetaryen türü özel bir beslenme şekline sahip hükümlü ve tutukluların talepleri, iaşe miktarı ile sınırlı kalmak üzere karşılanır*” şeklindeki düzenlemeye dikkat çekmişlerdir. Sonuç olarak üyeler, başvurucunun ifadelerini ve anılan düzenlemeyi dikkate alarak, başvurucunun vejetaryenliğini hangi inanç veya felsefi kökene dayandığını ortaya koyma zorunluluğunun olmadığını belirtmişler ve müdahalenin Anayasa'nın 24. maddesinde korunan din ve vicdan hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. İHAM içtihatlarına bakıldığında ise Mahkeme'nin din dışı pratikler olan vejetaryenliği ve pasifizmi dokuzuncu madde kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Anılan değerlendirmelerin yapıldığı kararlar için bkz. W. / Birleşik Krallık, 18187/91, 10.2.1993; Arrowsmith / Birleşik Krallık, 7050/75, 16.5.1977, par. 69. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin anılan düzenlemeyi ve İHAM içtihadındaki yaklaşımı değerlendirmeden vejetaryenliği bir yaşam tarzı olarak kabul etme sebebi anlaşılamamıştır.

iaşe miktarı ile sınırlı kalmak üzere karşılanacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda Kırıkkale F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda vejetaryenler için özel bir menü de çıkarılmaktadır (§ 19). Anılan mevzuatta vejetaryenliğin belirli bir inanca bağlı olup olmadığı şartı da aranmamıştır.

Mahkemenin itirazı değerlendirirken anılan açık hükümler karşısında sadece beyanı ile kendisine vejetaryen menü verilmesi gereken başvuruçunun et ve türevlerini yiyip yemediğinin raporla tespit edilmesinin hangi amaçla yapıldığı gerekçeden anlaşılammıştır. Böyle bir rapor aldırılmasının gerekçeden bağımsız olarak da vejetaryen olduğunu beyan eden başvuruçunun talepleri açısından demokratik toplum düzeninde neden gerekli olduğu belirlenememiştir.”¹⁸²

3.6. Mobbing Şikayetleri

Anayasa Mahkemesi mobbing uygulamalarına ilişkin şikayetleri de Anayasa'nın 17/1. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.¹⁸³ Mahkeme Mesut Özbezen başvurusu üzerine verdiği kararda başvuruçunun mobbing uygulamalarına ilişkin iddialarının Anayasa'nın 17/3. maddesi ile ilişkisine de değinmiş, başvuruçunun ileri sürdüğü iddiaların Anayasa'nın 17/3. maddesinin kapsamının dışında kaldığını belirtmiştir:

“Başvuruçucu tarafından iddia edilen eylemlerin fiziksel ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurların değerlendirilmesi neticesinde; başvuruçunun işe başladığı süreçte uhdesine verilen yetkilerin daha sonra alınması, yapılan bir kısım toplantılara çağrılmaması veya çağrıldığı toplantılarda yetkilerinin elinden alındığı imasında bulunulması, müdür olarak uhdesinde yer alan yetkiler yok sayılarak alt kademedeki personel nezdindeki saygınlığının azaltılması, iş yerindeki izinlerini belirli aralıklarla kullanamayıp toplu olarak kullanmak durumunda bırakılması şeklindeki eylemlerin kişilik haklarını ihlal ederek, başvuruçucu üzerinde fiziki ve ruhsal etkilerinin olması mümkün olmakla birlikte, özellikle işverenin uhdesinde bulunan bir takım yetkilerin icrasının da söz konusu olduğu nazara alındığında, muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından,

¹⁸² Şehmus Özsubaşı, par. 79-80.

¹⁸³ Mesut Özbezen, 2013/8175,15.4.2014.

başvurucunun yaşı ve mesleki statüsü de nazara alındığında, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiği aştığı söylenemez.”¹⁸⁴

Buna göre Mahkeme başvurucunun şikayetini Anayasa'nın 17/3. maddesi kapsamında değil Anayasa'nın 17/1. maddesi kapsamında değerlendirmeyi uygun görmüştür. Değerlendirmede Anayasa'nın 17/3. maddesini etkin hale getiren “asgari eşik” şartı bakımından dikkate alınan kriterlerin somut olayda yer alan nesnel verilerle yüzleştirilmediği, bu kriterlerin olaya özgü somutlaştırılmadığı belirtilmelidir. Mahkeme her ne kadar başvurucunun iddia ettiği muamelelere kanıtlamasında yer verse de, söz konusu muamelelerin süresine, fiziksel ve manevi etkilerine, başvurucunun cinsiyetine, yaşına ve sağlık durumuna değinmemiştir.¹⁸⁵

Anayasa'nın 17/1. maddesi yönünden yapılan değerlendirmede ise somut başvuru açısından daha etkili giderim yolu olan hukuk davası açma imkanı kullanılmaksızın bireysel başvuruda bulunmuş olması nedeniyle başvurunun “başvuru yollarının tüketilmemesi” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.¹⁸⁶ Mahkeme mobbing uygulamalarına yönelik diğer şikayetlerde de benzer argümanlarla kanıtama aşamalarını inşa etmiş ve başvuruları, “başvuru yollarının tüketilmemesi” nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Mesut Özbezen, par. 33.

¹⁸⁵ Mobbing uygulamalarına ilişkin bireysel başvuru kararlarında somutlaştırma sorununa dikkat çeken aynı yönde bir değerlendirme ile karşı. GÖZTEPE-ÇELEBİ, E., “Anayasa Mahkemesi'nin “Mobbing” Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, 32, 2015, s. 326-327.

¹⁸⁶ Mesut Özbezen, par. 43.

¹⁸⁷ Başvurucunun öğretmen olarak görev yaptığı okul idaresinin mobbing uyguladığı iddiaları için bkz. Işıl Yayıncı 2013/2284, 15.4.2014; mobbing uygulamalarına ilişkin başka bir karar için bkz. Aslı Kırmızı Demirseren, 2013/5680, 15.4.2014.

4. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ SOMUTLAŞTIRILMASI

4.1. Mahremiyet Hakkı

4.1.1. Özel Hayatın Mesleki Hayata Etkisi

Mahremiyet hakkının incelendiği bireysel başvuru kararlarında özel hayatın meslek hayatı ile ilişkisi ele alınmıştır.¹⁸⁸ Bu kararlardan ilki Şengül Kayan başvurusu üzerine verilmiştir. Olayda, Ceza İnfaz Kurumunda ambar memuru olarak görev yapan başvurucu hakkında, “*Silivri’de bir bayan gardiyanının aşk maceraları*” başlıklı görüntünün internette yer aldığı duyumu üzerine disiplin soruşturması başlatılmış ve Adalet Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu Başkanlığı’nın kararıyla, başvurucunun fiilen memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunduğu belirtilerek, başvurucuya devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiştir. Başvurucu tarafından, verilen disiplin cezasının iptali ile mahrum kalınan parasal ve özlük haklarının faiziyle ödenmesi talebiyle dava açılmış ancak davası ilk derece mahkemesince reddedilmiştir. Temyiz talebi de Danıştay tarafından reddedilen başvurucu, cinsel içerikli bazı görüntülerinin internette dolaştığı duyumu üzerine hakkında başlatılan disiplin soruşturması neticesinde devlet memurluğundan çıkarma cezası almış olması nedeniyle, Anayasa’nın 10., 20. ve 38. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur.

Kararda öncelikle mahremiyet hakkının özel yaşama saygı hakkı kapsamında olduğuna ilişkin değerlendirme dikkat çekmektedir. Mahkeme norm denetimi içtihadına dayanarak mahremiyet hakkının kapsamını ortaya koymuştur:

“Özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız bırakılma hakkından ibaret

¹⁸⁸ İHAM’ın mahremiyetin korunması hakkına yaklaşımı için bkz. ARSLAN-ÖNCÜ, s. 181-191; Anglo-Sakson hukukunda mahremiyet hakkının tarihsel gelişimi ve günümüzdeki durumu için bkz. İÇEL, K., ÜNVER, Y., Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Seçkin, 2007, s. 19-131; BOZLAK, A., Anayasa Ek 4. Madde Kapsamında ABD Hukukunda Özel Hayatın Korunması, Beta, 2015.

olmayıp, bu hak bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılamaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir (AYM, E. 2009/1, K. 2011/82, K.T. 18/5/2011; E. 1986/24, K. 1987/7, K.T. 31/3/1987).”¹⁸⁹

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede, başvuruya konu eylem ve davranışların başvurusunun rızası ile alenileştirdiğine dair bir bulgunun saptanmadığı, başvurucuya yöneltilen iddiaların yalnızca görevinin ifasıyla değil, mahremiyet alanında gerçekleşen özel yaşam eylemleri ile ilgili olduğu ve başvurusunun hakkındaki disiplin süreci sonucunda devlet memurluğundan çıkarma cezası almış olmasının mesleki hayatı üzerinde olduğu kadar ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etki oluşturduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme, başvurucuya verilen disiplin cezası kapsamında, sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁹⁰

Mahremiyet hakkına ilişkin olarak Mahkeme'nin Şengül Kayan kararını takip ettiği belirtilmelidir. Serap Tortuk başvurusu üzerine verilen kararda da özel hayatın mesleki hayat ile ilişkisi üzerinde durulmuş, başvurusunun devlet memurluğundan çıkarma cezası ile sonuçlanan disiplin soruşturması sürecinde, meslekî hayatı dışında özel hayatını ilgilendiren iddialara yanıt vermek zorunda kalması nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.¹⁹¹

Mahremiyet hakkına ilişkin dikkat çeken diğer kararlar ahlaki durum nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) ilişki kesilen askerler hakkındadır.¹⁹² Bu konuda İlknur Yüksel

¹⁸⁹ Şengül Kayan, par. 32.

¹⁹⁰ Şengül Kayan, 2013/1614, 3.4.2014, par. 43-67.

¹⁹¹ Serap Tortuk, 2013/9660, 21.1.2015, par. 59.

¹⁹² Ata Türkeri, 2013/6057, 16.12.2015; Deniz Gebeş, 2014/12862, 13.7.2016; İlknur Yüksel, 2014/7738, 13/7/2016; K.Ü., 2014/15792, 13.10.2016.

başvurusu üzerine verilen karar örnek gösterilebilir. Olayda başvuru, kendisine ait olduğu iddia edilen ses kayıtlarının rızası hilafına internet ortamında yayımlanması üzerine hakkında disiplin soruşturması başlatıldığını, soruşturma neticesinde kendisine ait olduğu kanıtlanamayan söz konusu kayıtlara dayanılarak devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırıldığını, ses kayıtlarının kendisine ait olmadığını, kendisine ait olduğu varsayılsa dahi hukuka aykırı şekilde kaydedilen ve yayımlanan kayıtlarının herhangi bir idari ya da yargısal süreçte delil olarak kabul edilemeyeceğini belirterek, Anayasa'nın 20., 22. ve 36. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi başvuru iddiasını Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesinde incelemiş ve derece mahkemesinin hukuka aykırılık iddiasını incelememesine dayanarak hakkın ihlal edildiği sonucuna varmıştır:

“Başvurucunun söz konusu özel yaşama ilişkin gerek disiplin kararında gerekse yargı kararlarında isnat edilen eylemlerin mesleki hayatı üzerinde etkilerine dair karar gerekçelerinde yeterli ve ikna edici gerekçeler ortaya konulmadığı gibi anılan eylemlerin TSK'nın işleyişi üzerindeki etkisi ve risklerinin de açıklanmadığı, *soruşturmaya konu ses kayıtlarının hukuka aykırı şekilde dinlenerek kayda alındığı ve manipülasyon yapılarak elde edildiği konusunda ileri sürülen iddialara ilişkin olarak bir araştırma yapılmadığı, hukuka aykırı delillerin yürütülen disiplin soruşturmasında geçerli delil olarak kabul edilemeyeceği ve hukuka aykırı delillere dayanılarak işlem tesis edilemeyeceği hususunun gözetilmediği, soruşturma usulünün hukuka aykırı yöntemler içerdiğine yönelik iddianın incelenmediği*, ayrıca anılan hususlar öncelikle değerlendirildikten sonra isnat edilen disiplin suçuna konu eylemler ile soruşturma neticesinde verilen devlet memurluğundan çıkarma cezası dikkate alınarak hizmet geçmişi olumlu olan, ödül ve başarı belgeleri bulunan başvuru hakkında Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesinde bireysel yararı ile kamunun yararı arasında adil ve ölçülü bir dengenin gözetilmesi hususunda bir değerlendirme yapılmadığı, başvuru özel hayatının gizliliği hakkı üzerindeki sınırlamanın zorunlu ya da istisnai tedbirler niteliğinde olduğu veya başvurulabilecek en son önlem niteliğinde olduğu hususunda bir inceleme yapılmadığı ve bu hususta gerekli özenin gösterilmediği sonucuna ulaşılmıştır.”¹⁹³

¹⁹³ İlknur Yüksel, par. 58. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır. Özel yaşama ilişkin hukuka aykırı delillere dayanılarak işlem tesis edilmesinin Anayasa'nın 20. maddesini ihlal ettiği yönünde başka bir karar için bkz. Deniz Gebeş, par. 65; delillerin hukuka aykırı şekilde elde edildiğine ilişkin ileri sürülen iddialar hakkında bir araştırma

Özel yaşamın mesleki hayat ile ilişkisinin incelendiği kararlarda Mahkeme'nin kanıtlama başlıkları da dikkat çeken diğer bir konudur. Mahkeme, ilk kararlarında sınırlama nedenlerine yönelik başlıklar oluşturmayı tercih etmezken; sonraki kararlarında, “a. Müdahalenin Varlığı, b. müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı, i. Kanunilik, ii. Meşru Amaç, iii. Demokratik Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük” şeklinde başlıklar oluşturmayı tercih etmiştir.¹⁹⁴

4.2. İstihbarı Nitelikteki Raporun Delil Olarak Kullanılması

Özel yaşamın gizliliği hakkının somutlaştığı bir başka karar, istihbarı nitelikteki raporun delil olarak kullanılmasına ilişkindir.¹⁹⁵ Olayda başvuru, Milli İstihbarat Teşkilatı tarafından istihbarı nitelikli bir raporda kişisel bilgilerinin hukuka aykırı olarak toplandığını ve yürütülen soruşturma sonunda hazırlanan iddianame ekinde bu raporun yer aldığını, raporda kişisel, özel ve mesleki durumlarına ilişkin bilgilerin bulunduğunu, avukatlık mesleğine ilişkin faaliyetlerin suç olarak gösterildiğini, raporu düzenleyenler hakkındaki şikâyetle ilgili olarak soruşturma izni verilmemesi nedeniyle İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini belirterek, Anayasa'nın 2., 10., 20., 36., 40. ve 125. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.¹⁹⁶

Anayasa Mahkemesi kararında, hakkında kamu davası açılmayan başvurucuya ilişkin bilgilerin dava dosyasına konularak alenileştirilmesinin demokratik toplumda gerekli olduğunun kabul edilemeyeceği ve ölçülü olduğunun da söylenemeyeceği gerekçesiyle özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır:

yapılmadığına ilişkin aynı yönde başka bir karar için bkz. K. Ü., par. 62; başvuruçunun ifade alma işleminin usul ve içerik yönünden hukuka aykırı unsurlar taşıdığı iddialarına rağmen anılan ifadenin alındığı koşulların detaylı şekilde incelenmediğine ilişkin olarak bkz. G. G., 2014/16701, 13.10.2016, par. 67; internette yayımlanan ses kayıtlarından başka herhangi bir delilin bulunmadığı yönündeki itirazlara cevap verilmediğine ilişkin olarak bkz. Adem Yüksel, 2013/9045, 1.6.2016, par. 90.

¹⁹⁴ Şengül Kayan, par. 25-69; Serap Tortuk, par. 25-62; Ata Türkeri, par. 28-53; İlknur Yüksel, par. 32- 42; Deniz Gebeş, par. 40- 51; K.Ü. par. 37-48; G.G., par. 43- 54; Adem Yüksel, par. 62- 73.

¹⁹⁵ Ercan Kanar, 2013/533, 9.1.2014.

¹⁹⁶ Ercan Kanar, par. 28.

“... duruşmaların kural olarak kamuya açık yürütüldüğü dikkate alındığında, yasa dışı örgüt mensuplarıyla cezaevinde görüşen şahısların, örgüt üst yönetimi ile cezaevinde bulunanlar arasında aracılık/kuryelik yapabileceği ve başvurusunun bu örgütün mensuplarının davalarını genellikle takip eden bir avukat olarak önem arz eden şahıslar arasında olduğu yönündeki değerlendirme, sadece bir olgu ve durum tespiti olarak kabul edilemez. Bu değerlendirme başvurusunun kişiliğiyle ilgili bir kanaat oluşmasına neden olabilecek niteliktedir. Bu kanaatin oluşmasına neden olabilecek değerlendirme, raporun dava dosyasında bulundurulmasıyla alenileşmiştir.

Başvurucu hakkında mesleğiyle bağlantılı ve olumsuz olarak nitelendirilebilecek bu değerlendirmenin hukuki kesinlik taşımamasına ve başvuru hakkında bir isnada dayanak teşkil etmemesine rağmen, dava dosyasına konulmak suretiyle alenileştirilmesiyle başvurusunun özel hayatına yönelik ağır bir müdahale gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Demokratik bir toplumda, doğruluğu hiçbir şekilde sorgulanamamış ve denetime tabi tutulmamış istihbarî nitelikteki bilgilerin dava dosyasına konulması suretiyle alenileştirilmesi kabul edilemez. Hakkında kamu davası açılmayan başvurucuya ilişkin bilgilerin dava dosyasına konulması demokratik toplumda gerekli kabul edilemeyeceği gibi ölçülü olduğu da söylenemez.”¹⁹⁷

4.3. Hükümlünün Ziyaretçi Listesi

Özel hayata saygı hakkı bakımından dikkat çeken diğer bir karar başvurusunun cezaevi listesinde değişiklik yapılması talebinin reddine ilişkindir.¹⁹⁸ Olayda başvuru, ziyaretçi listesinde bulunan A. A. isimli kişinin kendisini ziyarete gelmemesi nedeniyle listeden çıkarılarak yerine G. K.’nin listeye eklenmesini talep etmiş ancak bu talebi reddedilmiştir. Başvurucu Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuş, görüşme hakkının kısıtlandığını ve bu suretle dış dünya ile sağlıklı bir ilişki kurmasının engellendiğini, A. A.’dan son iki yıldır haber alınamadığını, ailesi aracılığıyla ulaşmaya çalıştığını ancak A. A.’nın taşındığını öğrendiğini,

¹⁹⁷ Ercan Kanar, par. 54, 56-57, 60-61. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

¹⁹⁸ Mehmet Zahit Şahin, 2013/4708, 20.4.2016.

talebinin Ziyaret Yönetmeliği'ne uygun olduğunu belirterek anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, özel hayata saygı hakkının ilişki kurmak ve geliştirmek üzere kişinin çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içerdiğini belirtmiş ve konuyla ilgili İHAM içtihatlarını referans göstermiştir.¹⁹⁹ Hükümlülere özel yapılan açıklamalarda da İHAM içtihatlarının ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiye kararlarının takip edildiği gözlemlenmiştir:

“Anayasa'nın 19. maddesi gereğince hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatının sınırlanması hukuka uygun olarak cezaevinde tutulmanın kaçınılmaz ve doğal bir sonucudur. Öte yandan hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, cezaevi idaresinin hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakınlarıyla temasını devam ettirecek önlemleri almasını zorunlu kılmaktadır. (Messina/İtalya (No.2), B. No: 25498/94, 28/12/2000, § 61; Ouinas/Fransa, B. No: 13756/88, 12/3/1990; Vlasov/Rusya, B. No: 78146/01, 12/6/2008, § 123; Kučera/Slovakya, B. No: 48666/99, 17/7/2007, § 127) Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında REC (2006) 2 sayılı tavsiye kararlarında da hükümlü ve tutukluların mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine, bu kişilerin hükümlü ve tutukluları ziyaret etmelerine izin verilmesi gerektiği belirtilmiştir.”²⁰⁰

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin olaya özgü değerlendirmesinde, derece mahkemelerinin Ziyaret Yönetmeliği'nin 9. maddesinde geçen “... gibi zorunlu hâller” ifadesini göz ardı ettiği gerekçesiyle özel hayata saygı hakkının demokratik toplumda gereklilik ölçütü bakımından ihlal edildiğine karar verilmiştir:

¹⁹⁹ Mehmet Zahit Şahin, par. 35; Atıf yapılan kararlar için ayrıca bkz. Özpınar / Türkiye, 20999/04, 19.10.2010, par. 45; Oleksandr Volkov / Ukrayna, 21722/11, 27.5.2013, par. 165-167; Niemietz / Almanya, 13710/88, 16.12.1992, par. 29.

²⁰⁰ Mehmet Zahit Şahin, par. 36.

“... kamu makamı ve Derece Mahkemesi kararlarında, *başvurucunun A.A.nın adresinin değişmiş olması yönündeki ziyaretçi değişikliğine ilişkin gösterdiği sebeplerin hiçbir şekilde değerlendirilmediği, bu sebeplerin Ziyaret Yönetmeliği'nin 9. maddesinde belirtilen “...gibi zorunlu hâller” kapsamında olup olmadığının tartışılmadığı, Cezaevinde disiplinin ve güvenliğin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir makul gerekliliklerin somut bilgilere dayalı olarak ortaya konmadığı, dolayısıyla başvurucunun üç kişilik ziyaretçi listesinde değişiklik yapılması talebinin reddedilmesi suretiyle özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalenin ilgili ve yeterli gerekçelere dayandırılmadığı anlaşılmış ve müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı sonucuna varılmıştır.*”²⁰¹

5. AİLE HAYATINA SAYGI HAKKININ SOMUTLAŞTIRILMASI

5.1. Çocuğun İsim Hakkı

Aile hayatına saygı hakkı kapsamında dikkat çeken ilk kararlar çocuğun soyadına ilişkindir.²⁰² Bu kararlardan Hayriye Özdemir başvurusu üzerine verilen kararda başvurucu, velayeti kendisine verilen çocuğun soyadının boşandığı eşinin soyadı yerine kendi soyadı ile değiştirilmesine karar verilmesini talep etmiştir. İlgili İlk Derece Mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin norm denetiminde vermiş olduğu karara dayanarak, 21 Haziran 1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği soyadını alır*” şeklindeki ibarenin iptal edildiği gerekçesiyle annenin talebini haklı bulmuş ve davasını kabul etmiştir.²⁰³ Ancak karar temyiz edilmiş, Yargıtay ilgili mevzuat hükümlerini gerekçe göstererek kararı bozmuştur. Bunun üzerine başvurucu Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak, velayeti kendisine verilen çocuğunun soyadını değiştirme talebiyle açtığı davanın reddedilmesi nedeniyle Anayasa'nın 10., 36., 40. ve 153. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.²⁰⁴

²⁰¹ Mehmet Zahit Şahin, par. 69. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

²⁰² Hayriye Özdemir, 2013/3434, 25.6.2015; Gülbu Özgüler, 2013/7979, 11.11.2015. Çocuğun soyadına ilişkin bireysel başvuru kararlarının bir değerlendirmesi için ayrıca bkz. USTA, S., Velayet Hukuku, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 203-212.

²⁰³ Atf yapılan karar için bkz. E.2010/119, K.2011/165, 8.12.2011.

²⁰⁴ Hayriye Özdemir, par. 19.

Anayasa Mahkemesi öncelikle velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının başvuruçunun kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebinin, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesi yönünden değil, 20. maddesi yönünden değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir:

“Çeşitli hukuk sistemlerinde koruma, bakım ve gözetim hakkı veya benzer terimlerle ifade edilen velayet hakkı kapsamında, çocuğun soyadını belirleme hakkı da yer almakta olup söz konusu hukuki değer, velayet hakkının ifası ve bu bağlamda aile bağlarının sürdürülmesi noktasındaki fonksiyonu nedeniyle aile hayatına saygı hakkının güvence kapsamında yer almaktadır.”²⁰⁵

Hayriye Özdemir başvurusuna ilişkin verilen kararda dikkat çeken diğer bir konu, Anayasa'nın bütünselliği ilkesinin hakkın pozitif yükümlülüklerini belirlemede üstelendiği roldür. Mahkeme Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği Anayasa'nın 41. maddesinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir:

“Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasanın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasadaki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.”²⁰⁶

Sonuç olarak yapılan incelemede, başvuruçunun velayeti kendisine tevdi edilen çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebinin reddine ilişkin yargısal kararın aile hayatına saygı hakkına müdahale oluşturduğu belirtilmiş ve Anayasa'nın 13. maddesi

²⁰⁵ Hayriye Özdemir, par. 41-42.

²⁰⁶ Hayriye Özdemir, par. 43.

dikkate alınarak yapılan denetimde, müdahalenin kanunilik unsurunu taşımadığı gerekçe gösterilerek Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Mahkeme'ye göre boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyadının ne olacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır:

“... boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyadının ne olacağı konusunda açık bir düzenlemenin bulunmaması ve farklı yargısal kararların verildiği dikkate alındığında başvuruya konu müdahalenin kanuni dayanağı olarak gösterilen Kanun hükmünün, başvurusunun velayeti altındaki çocuğun soyadının değiştirilmesi talebinin reddedilmesi şeklindeki müdahale bağlamında, belirlilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.”²⁰⁷

Mahkeme'nin Anayasa'nın 10. maddesi yönünden bir inceleme yapılmasının da uygun olduğunu belirtmesine rağmen Anayasa'nın 10. maddesi yönünden bir sonuca varmadığı belirtilmelidir.²⁰⁸

Boşanma davası sonrasında velayet hakkı tanınan çocuğun soyadını değiştirme talebiyle açılan davanın reddine ilişkin dikkat çeken diğer bir karar Gülbu Özgüler başvurusu üzerine verilmiştir. Hayriye Özdemir başvurusu üzerine verilen karardan farklı olarak Mahkeme bu kez başvuruyu Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte 10. maddesi yönünden de incelemiş ve annenin soyadının çocuğa verilmesinin nasıl bir olumsuz etkide bulunacağını yargısal makamlarca açıklanmaması nedeniyle Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte ele alınan Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır:

“Başvuruya konu yargı kararları açısından da çocuğun soyadının belirlenmesi noktasında velayet hakkının kullanılması bakımından kadın ve erkek arasında öngörülen farklı muamele

²⁰⁷ Hayriye Özdemir, par. 67.

²⁰⁸ Hayriye Özdemir, par. 19. Anayasa Mahkemesi 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği soyadını alır*” şeklindeki düzenlemeyi iptal ettiği kararında, velayet hakkı kapsamında eşler arasında eşitliği vurgulayan bir değerlendirme yapmıştır: “Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.” İlgili karar için bkz. E.2010/119, K.2011/165, 8.12.2011

makul şekilde gerekçelendirilmediği gibi çocuk reşit oluncaya kadar veya baba 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca soyadını değiştirmedeği sürece çocuğun soyadının değiştirilmesinin hiçbir koşulda mümkün olmadığı tespitlerine yer verilmek suretiyle *kadın eş için haklı nedenlerin bulunması durumunda dahi çocuğun soyadını belirleme imkânı tanımayan söz konusu uygulamanın ölçülü olduğu da kabul edilemez.*"²⁰⁹

5.2. Çocuk Kaçırma

Aile hayatına saygı hakkı kapsamında dikkat çeken diğeri bir karar, Lahey Sözleşmesi yönünden incelemenin yapıldığı Marcus Frank Cerny başvurusu üzerine verilmiştir. Olayda başvuru, müşterek çocuğun Amerika Birleşik Devletleri'nden götürülmesi ve geri dönmesine izin verilmemesi üzerine, 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (Lahey Sözleşmesi) kapsamında yapılan başvurusunun reddedilmesi nedeniyle Anayasa'nın 36., 41., 90. ve 138. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Mahkeme'nin değerlendirmesinde dikkat çeken ilk konu pozitif yükümlülüklerle ilişkindir. Mahkeme, pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde İHAM kararlarını takip etmiş ve Lahey Sözleşmesi'ne değinmiştir. Mahkeme'ye göre, "Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri; ebeveynin, mevcut olayda babanın, çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir."²¹⁰ Mahkeme ayrıca İHAM tarafından pozitif yükümlülüklerin Lahey Sözleşmesi ışığında yorumlandığına dikkat çekmiştir:

"Lahey Sözleşmesi kapsamında AİHM'in, koruma ve ziyaret hakkıyla ilgili çok sayıda kararı bulunmaktadır. Belirtilen kararlarda Mahkemenin, Lahey Sözleşmesi'ni özellikle pozitif yükümlülükler bağlamında yorumladığı görülmektedir. Bu kapsamda Mahkeme, örneğin Lahey Sözleşmesi çerçevesindeki mükellefiyetler uyarınca çocuğun ivedi olarak iadesinin sağlanması hususunda yeterli önlemlerin alınmasında başarısız olunması, çocuğun mutad

²⁰⁹ Gülbu Özgüler, par. 56-59. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

²¹⁰ Marcus Frank Cerny, 2013/5126, 2.7.2015, par. 41. Atıf yapılan İHAM içtihatları için bkz. Ignaccolo-Zenide / Romanya, 31679/96, 25.1.2000, par. 94; İlker Ensar Uyanık / Türkiye, 60328/09, 3.5.2012, par. 49

ikametine dönüşünün sağlanmasında özenli davranılmaması ve iadeye ilişkin talep hakkında yürütülen yargılamanın gereğinden uzun sürmesi nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmektedir (Iglesias Gil ve A. U. I./İspanya, B. No: 56673/00, 29/4/2003, §§ 56-63; Sylvester/Avusturya, B. No: 86/03, 24/4/2003, §§ 67-72; Carlson/İsviçre, B. No: 49492/06, 6/11/2008, §§ 70-82; Serghides/Polonya, B. No: 31515/04, 2/11/2010, §§ 72-75).”²¹¹

Somut olaya özgü yapılan değerlendirmede ise, çocuğun iadesinin reddedilmesi suretiyle başvurusunun çocuğu ile ilişki kurma konusundaki kısıtlamanın aile hayatına saygı hakkına müdahale oluşturduğu, müdahalenin Lahey Sözleşmesi ve bu kapsamda yürürlüğe konulan 5717 sayılı Kanun’a dayandığı, çocuğun sağlık ve güvenliğinin temini şeklinde meşru bir amaç izlediği belirtilmiş, çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında kurulması gereken adil dengeye işaret edilmiştir:

“... *Bu alandaki belirleyici mesele; çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında, devletin kendisine tanınan takdir alanı içinde bu konuda adil bir denge kurup kurmadığıdır.* Ancak bu denge kurulurken velayet ve kişisel ilişki hakkıyla ilgili meselelerde çocukların menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte, söz konusu haklar arasında denge kurulurken ebeveynin çocukla düzenli ilişkide bulunmaları gereği de dikkate alınması gereken bir diğer önemli faktördür (İlker Ensar Uyanık/Türkiye, § 52).”²¹²

Mahkeme ayrıca anılan menfaatlerin belirlenmesinde İHAM kararlarına atıf yaparak ulusal yargı makamlarının çocuğun üstün menfaatlerinin tespitinde izleyeceği yola da dikkat çekmektedir. Bu yol şöyle sıralanabilir:

(a) Uyuşmazlığa ilişkin yargılama prosedürünün adil olması ve ilgililere bütün haklarını kullanabilme olanağının sağlanması,

²¹¹ Marcus Frank Cerny, par. 52.

²¹² Marcus Frank Cerny, par. 74. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

(b) Ulusal mahkemelerin olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bütün faktörler ile ailenin durumunu derinlemesine inceleyip incelemeyeceği,

(c) Kaçırılmış çocuğun iadesine ilişkin başvuru bağlamında çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek suretiyle ilgili kişilerin de yararlarına ilişkin makul bir değerlendirme ve dengelemede bulunulup bulunulmadığı.²¹³

Sonuç olarak Mahkeme, derece mahkemelerinin davaya velayet düzenlemeleri kapsamında yaklaşmasının hatalı olduğu gerekçesiyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır:

“...İlgili Cumhuriyet Başsavcılığının teyiz dilekçesinde, Lahey Sözleşmesi ve 5717 sayılı Kanun hükümlerinde mutlak meskenin tespiti ve çocuğun mutlak mesken ülkesine iadesinin öngörülmesine karşın davanın velayet hükümlerine göre çözümlenmesi yoluna gidildiği ve olayda uygulama yeri olmayan çocuğun küçüklüğü ve anneye ihtiyacı gibi öznel ölçütlere dayanılarak sonuca gidildiği tespitlerine yer verilmesine ve başvuru sahibinin de aynı yöndeki itirazlarına rağmen derece mahkemelerince söz konusu istisna hükümleri ve somut olaya uygulanabilirlikleri hususunda bir inceleme yapılmadığı gibi bu hususta bir açıklamada da bulunulmadığı nazara alındığında karar gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, bu hakka orantılı bir müdahalede bulunulmadığı anlaşılmaktadır.”²¹⁴

Marcus Frank Cerny başvurusuna ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararda her ne kadar çocuk kaçırmaya ilişkin olarak İHAM’ın pozitif yükümlülükler kapsamında Lahey Sözleşmesi’nin dikkate alınacağına ilişkin kararlarına yer verilse de atıf yapılan kararlarda Lahey Sözleşmesi’nin uygulanması sürecinde “çocuğun üstün menfaati”nin de dikkate alınması gerektiğine yönelik yaklaşımın göz ardı edildiği belirtilmelidir. Bu konuda İHAM’ın Neulinger ve Shuruk / İsviçre ve X / Letonya davaları üzerinde durulması gerekmektedir. Mahkeme bu kararlarda çocuk kaçırmaya ilişkin davalarda Sözleşme’nin 8. maddesinin; Lahey Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi, uluslararası hukukun temel ilkeleri

²¹³ Marcus Frank Cerny, par. 76; atıf yapılan İHAM içtihatları için ayrıca bkz. İlker Ensar Uyanık / Türkiye, 60328/09, 3/5/2012, par. 52; Neulinger ve Shuruk / İsviçre, 41615/07, 6.7.2010, par. 139.

²¹⁴ Marcus Frank Cerny, par. 87.

ve kuralları ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiş ve Lahey Sözleşmesi'nin Başlangıcını da dikkate alarak çocuğun menfaatinin öncelik taşıdığına dikkat çekmiştir.²¹⁵ Bu kapsamda, İHAM'ın Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin uygulanacak prosedürün niteliğinin mekanik olmadığına ve çocuğun üstün yararı bakımından dikkate alınacak kriterlere ilişkin vurgusu dikkate değerdir:

“Sözleşme'nin 8. maddesinden çıkan sonuca göre, Lahey Sözleşmesinin uygulanabilir olduğu hallerde çocuğun geri döndürülmesine otomatik ve mekanik bir şekilde karar verilemez. Kişisel gelişim açısından çocuğun yüksek menfaati, özel koşullara ve özellikle çocuğun yaşı ve olgunluk düzeyi, anne babasının, çevresinin ve tecrübelerinin bulunup bulunmadığına bağlıdır.”²¹⁶

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararında, ilk derece mahkemesi kararı verildiğinde 17 aylık, Yargıtay kararı verildiğinde 20 aylık ve Anayasa Mahkemesi kararı verildiğinde dört yaşında olan çocuğa ilişkin olarak çocuğun küçüklüğü ve anneye ihtiyacı, “özel ölçüt” olarak kabul edilmiş ve bu özel ölçütün uygulama yerinin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.²¹⁷

Yargıtay kararlarına bakıldığında ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, uzman bilirkişiden alınan rapora dayanarak Lahey Sözleşmesi'nin 13/b maddesi gereğince iade talebini reddettiği görülmektedir:

“Somut olayda da yerel mahkemece, konusunda uzman bilirkişiden alınan rapor ile geri iade edilmesi durumunda U. U.'un “psiko-sosyal açıdan geri dönüşümü olamayacak etkilere” maruz kalabileceği belirlenmiştir. Çocuğun mutad meskene iade edilmesi halinde psikolojik bir tehlikeye maruz kalacağı yönündeki bilirkişi raporuna dayanılarak mahkemece yapılan

²¹⁵ Neulinger ve Shuruk / İsviçre, par. 132,134; X / Letonya, 27853/09, 26.11.2013, par. 93.

²¹⁶ Neulinger ve Shuruk / İsviçre, par. 138; X / Letonya, par. 98. Çocuğun üstün yararı ilkesini içeren uluslararası düzenlemeler şunlardır: Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesi, 1959 Tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi'nin ikinci ve yedinci ilkesi, 1986 tarihli Çocukların Korunması ve Refahına İlişkin Sosyal ve Hukuki Prensipler Bildirgesi'nin beşinci ilkesi ve 1979 tarihli Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 5(b) ve 16(1)(d) maddeleri. Ayrıca Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin bu ilkeye işaret ettiği 17 no'lu Genel Yorumu için bkz. Human Rights Instruments, “Compliance of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies”, HRI/GEN/1/Rev.9, Vol 1, par.6, 2008, 194-195.

²¹⁷ Marcus Frank Cerny, par. 87.

değerlendirme kurul çoğunluğunca yerinde görüldüğü ve anılan Uluslararası Sözleşmenin 13/b maddesi uyarınca iade zorunluluğu bulunmayan bir halin somut olayda gerçekleştiği anlaşıldığından, aynı hususa işaret eden direnme kararı usul ve yasaya uygun olup onanması gereklidir.”²¹⁸

5.3. Ebeveyn ile Çocuk Arasında Kişisel İlişki Tesis

Anayasa Mahkemesi, ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişki tesisine ilişkin şikayetleri de Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelemektedir.²¹⁹ Bu kararlardan dikkat çekici olan ilk karar, Murat Atılğan başvurusu üzerine verilmiştir. Olayda başvuru, velayeti annesine verilen müşterek çocukla arasında tesis edilen şahsi ilişkinin yetersiz olduğunu ve bu hususta itirazlarının karşılanmadığını belirterek Anayasa'nın 20., 36. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde, boşanma davası neticesinde velayet hakkı tanınmayan başvurucuya sınırlı görüşme hakkının tanınmasının ve kişisel ilişki konusundaki kısıtlamaların başvurucunun aile hayatına saygı hakkına müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir. Müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığına yönelik incelemede ise, karar gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmadığı sonucuna vararak hakkın ihlal edildiğine hükmetmiştir:

“Başvurucunun çalışma gün ve saatlerine uygun olmayan kişisel ilişki tesisine ilişkin hükmün yetersiz ve müşterek çocuk ile arasındaki manevi bağı koruma noktasında etkisiz kalacağı yönündeki itirazlarının, kanun yolu mercii tarafından da karşılanmayarak İlk Derece Mahkemesi hükmünün düzeltilerek onandığı, bu kapsamda özellikle İlk Derece Mahkemesi kararında öngörülen görüşme gününde gerekçesi belirtilmeksizin yapılan değişiklik nazara alındığında, kişisel ilişkiye ilişkin takdirin gereklerinin Derece Mahkemesi kararlarında, somut verilerle bağlantı kurulmak suretiyle yeterli şekilde ortaya konulmadığı görülmektedir.

²¹⁸ YHGK, E. 2012/2-382, K. 2012/747, 7.11.2012.

²¹⁹ Murat Atılğan, 2013/9047, 7.5.2015; Cengiz Kılıç, 2013/3181, 3.2.2016; Selim Adıyaman, 2013/8846, 9.3.2016.

Bu çerçevede çocuk ile başvuru arasında sınırlı kişisel ilişki tesisi ile ilgili kararlardaki gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, kurulması öngörülen kişisel ilişkinin uygulanabilir ve etkili olmasını temin edecek şekilde hareket etme yükümlülüğü açısından etkisiz kaldığı, sonuç olarak başvuru çocuğu ile kişisel ilişki kurma hakkının yerine getirilmesinde kamusal makamlarca gereken çabanın gösterilmemiş olduğu anlaşılmaktadır.”²²⁰

Mahkeme'nin kişisel ilişki tesisine ilişkin ilk kararlarından biri olan Murat Atılğan başvuru üzerine verdiği bireysel başvuru kararında konuyla ilgili İHAM içtihatlarının takip edildiğinin belirtilmesi gerekir. Buna göre ebeveyn ile çocuk arasında kurulması öngörülen kişisel ilişkinin uygulanabilir ve etkili olması gerekir.²²¹

Kişisel ilişki tesisine ilişkin dikkat çekici diğer karar Cengiz Kılıç başvuru üzerine verilmiştir. Olayda başvuru, çocuğu ile kişisel ilişki kurulması yönünde verilmiş mahkeme kararlarına rağmen kişisel ilişki tesis edilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 10., 20., 36., 41. ve 141. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi başvurunun Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri kapsamında incelenmesi gerektiğini belirterek değerlendirmesine başlamıştır.²²² Bu kapsamda Murat Atılğan başvuru üzerine verilen bireysel başvuru kararına benzer şekilde velayet ve kişisel ilişki tesisine dair kararların icrasına ilişkin problemlerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında değerlendirme yapılmasını gerektiren bir dava grubu olduğu belirtilmiş, söz konusu dava grubu açısından İHAM içtihatlarına atıf yapılarak kamusal makamlarca alınan tedbirin yeterliliğine ve uygulanma hızına dikkat çekilmiştir.²²³

²²⁰ Murat Atılğan, par. 50-51.

²²¹ Murat Atılğan, par. 46; atıf yapılan İHAM içtihadı için ayrıca bkz. Gluhakovic / Hırvatistan, 21188/09, 12.4.2011, par. 60-80.

²²² Cengiz Kılıç, par. 60.

²²³ Cengiz Kılıç, par. 78-79; atıf yapılan İHAM içtihadı için ayrıca bkz. Maire / Portekiz, 48206/99, 26.6.2003, par. 74; anılan dava grubunun süratle neticelendirilmesine ilişkin olarak atıf yapılan İHAM içtihatları için bkz. Hokkanen / Finlandiya, 19823/92, 23.9.1994, par. 72; Maire / Portekiz, par. 74; Neulinger ve Shuruk / İsviçre, 41615/07, 6.7.2010, par. 131-132.

Sonuç olarak tüm kamusal işlem ve eylemlere ilişkin olarak bütüncül bir değerlendirme yapılacağı belirtilmiş ve tedbir gereklerinin etkin bir şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır:

“..Tüm bu süreçte kamusal makamlarca gerçekleştirilen eylem ve işlemler incelendiğinde özellikle *danışmanlık tedbiri kapsamında süratle hareket edilmediği, tedbiri uygulamakla görevli kamusal makam tarafından Mahkemeye bir uygulama planı sunulmadığı, çocuk ve anne dışında kimsenin sürece dâhil edilmediği, mevzuatta öngörülen sıklıkta çocuk ve ailesi ile görüşmeler gerçekleştirilmediği, tedbirin denetiminin Mahkemece yapılmadığı, çocuğun gelişimin belirli aralıklarla da olsa tedbir kapsamında gözlemlenmediği ve tedbirin amacının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun değerlendirilmediği, bu suretle başvurusunun çocuğu ile kişisel ilişki kurulmasına imkan sağlayabilecek gereklerin kamusal makamlarca yerine getirilmediğinden* aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.”²²⁴

Kişisel ilişki tesisine ilişkin olarak üzerinden duracağımız son karar Selim Adıyaman başvurusu üzerine verilmiştir. Olayda cezaevinde bulunan başvuru, boşanma davası sonrasında çocuğu ile kişisel ilişki kurulması yönündeki taleplerinin reddedilmesi nedeniyle Anayasa'nın 20. ve 36. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede, İlk Derece Mahkemesi kararında sosyal inceleme raporuna neden itibar edilmediğinin açıklanmadığı ve başvurusunun taleplerinin dikkate alınmadığı gerekçeleriyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir:

“... son ara kararı öncesinde dosyaya sunulan ve mahkemece görevlendirilen pedagog tarafından taraflar ve müşterek çocuk ile yapılan görüşme sonrasında tanzim edildiği anlaşılan 8/7/2013 tarihli sosyal inceleme raporunda; başvuru gibi annenin de çocuk ve baba arasında şahsi ilişki kurulmasını arzu ettiğinin ancak güvenlik kaygıları nedeniyle bunun uygun şartlarda gerçekleştirilmesini istediğinin, tedbiren anne yanında bulunan çocuğun psikososyal gelişimi açısından başvuru baba ile güvenli bir bağ kurulabilmesi için dava sürecinde iki haftada bir Pazar günleri 13.00 ile 16.00 saatleri arasında şahsi ilişki kurulmasının, bu süreçte çocuğa bir

²²⁴ Cengiz Kılıç, par. 116. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

kolluk kuvvetinin eşlik etmesinin çocuğun yüksek yararına olacağı ve baba ile çocuk arasındaki münasebetin çocuk üzerindeki etkilerine göre görüşme süresinin daha sonra tekrar değerlendirilmesinin uygun olacağı ifade edilmiş olmasına rağmen *söz konusu rapora neden itibar edilmediğinin ve çocuk ile baba arasındaki muhtemel bir kişisel ilişkinin çocuğun sağlık ve güvenliği açısından nasıl bir menfi etki doğurabileceği kanaatinin, belirtilen rapordan ayrılmayı haklı kılabilecek hangi nedenlere dayanılarak edinildiğinin gerekçede belirtilmediği görülmektedir.*²²⁵

Ebeveyn ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin tesisine ilişkin kararların ortak noktası, kanıtlamanın merkezine Anayasa'nın 41. maddesinde kabul edilen "çocuğun üstün yararı" ilkesinin değil, başvuruda bulunan kişinin aile hayatına saygı hakkının alınmasıdır. Ancak babanın tek başına bireysel başvuruda bulunması, kişisel ilişki tesisinin ebeveyn ile çocuk arasında olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Başvurucunun çalışma saatlerine uygun olmayan kişisel ilişki tesisi, kişisel ilişki tesisine ilişkin mahkeme kararlarına rağmen kişisel ilişkinin tesis edilmemesi ve boşanma davası sonrasında başvurucunun çocuğu ile kişisel ilişki kurulması yönündeki talebinin reddi konuları başvuru ile birlikte kaçınılmaz olarak başvuru çocuğunu da ilgilendirmektedir.²²⁶ Dolayısıyla çocuğun başvurunun konusu dışında kalması düşünülemez. Mahkeme'nin kanıtlamasını başvuru aile hayatına saygı hakkını merkeze alarak kurgulaması Anayasa'nın 41. maddesine aykırı olarak çocuğun konumunu "ikincil" bir konuma çekebilir. Bu açıdan ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkinin çocuğu ilgilendiren bir konu olması nedeniyle kanıtlamanın "çocuğun üstün yararı" nı merkeze alarak, başvuru aile hayatına saygı hakkı üzerinden inşa edilmesinin çocuğun menfaatinin önceliğine hizmet edici yönünün göz ardı edilmemesi gerekir. Çocuk Hakları Komitesi'nin Türkiye'ye ilişkin son yayımlandığı sonuç gözlemleri raporunda da çocuğun üstün yararı ilkesini içeren 2010 yılı Anayasa değişikliği memnuniyetle karşılanmış ve çocukla ilgili veya çocuk üzerinde etkisi olan tüm adli ve idari kararların gerekçesinin bu ilkeye dayanması gerektiği belirtilerek bir sonraki periyodik raporda özellikle aile içi şiddet ve ailenin

²²⁵ Selim Adıyaman, par. 71. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

²²⁶ Murat Atılgan; Cengiz Kılıç; Selim Adıyaman.

dağılmasına ilişkin davalarda çocuğun üstün yararı ilkesinin uygulaması hakkında bilgi verilmesi talep edilmiştir.²²⁷

Diğer taraftan Mahkeme'nin değerlendirmelerinde CRC'nin üçüncü maddesi özelinde "çocuğun üstün yararı" ilkesine esas incelemesinde yer vermemekle birlikte, Anayasa'nın 41. maddesine geçen yükümlülüklerin uluslararası sözleşmelerde de yer bulduğunu belirterek, "İlgili Hukuk" başlığı altında yer verdiği CRC'nin maddelerine genel ve kapsayıcı nitelikte bir atıf yaptığı belirtilmelidir.²²⁸

Mahkeme'nin CRC'nin maddelerine genel ve kapsayıcı nitelikte atıf yapması nedeniyle CRC'nin kişisel ilişki tesisine ilişkin maddelerinin yorumu üzerinde de durmamız gerekmektedir. "Çocuğun üstün yararı" ilkesi ("*best interest of the child*"), 20 Kasım 1989'da New York'ta Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen, ülkemizde de 23 Aralık 1994 tarihinde yürürlüğe giren CRC'nin üçüncü maddesinin ilk fıkrasında kendini göstermektedir. Maddeye ilişkin olarak; çocuğun üstün yararı ilkesinin öncelikle kamu görevlilerin faaliyetlerinde gözetilmesi gerektiği, maddede geçen "*çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde*" klozuna dayanarak ("*all actions concerning children*"), çocuğun üstün yararı ilkesinin geniş bir uygulama alanına sahip olduğu ve bahsi geçen maddede Sözleşme'de kabul edilen haklara hiç bir gönderme yapılmamış olmasının, Sözleşme'de yer alan hükümlerle birlikte veya Sözleşme'de açıkça belirtilen yükümlülükler kapsamına girmeyen faaliyetler için de uygulanabilir olduğu belirtilmektedir.²²⁹ Esasında çocuğun yüksek yararı ilkesine Sözleşme'nin 9., 18., 21., 37. ve 40. maddelerinde de gönderme yapılmıştır. Ancak ilkenin "çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde" izleneceği yönündeki yaklaşımın Sözleşme'nin

²²⁷ CRC/C/TUR/CO/2-3, Concluding Observations: Turkey, par.30-31; Sözleşme'nin dokuzuncu maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkının ana-babanın haklarına dönüştüğü yönünde bkz. HODGKIN, R., NEWELL, P., Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı, UNICEF, 1998, 127 https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/Aarhus_Implementation_Guide_interactive_eng.pdf Erişim: 31.08.2017; CRC üzerinden olmasa da çocuğun üstün yararına olaya özgü gerekçelendirmede yer veren kararlar için bkz. Cengiz Kılıç, par. 115; M. M. E. ve T. E., 2013/2910, 5.11.2015, par. 175.

²²⁸ Cengiz Kılıç, par. 74; Selim Adıyaman, par. 45.

²²⁹ DETRICK., S., A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, 1999, s. 90.

üçüncü maddesinde yer alması nedeniyle maddenin büyük bir öneme sahip olduğu, bu açıdan maddenin ilk fıkrasının “şemsiye” düzenleme niteliğinde olduğu belirtilmiştir.²³⁰

Kişisel ilişki tesisine ilişkin CRC’nin 9. maddesinin üçüncü bendinde ayrıca çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça “ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkı” düzenlenmiştir. Bu hak bakımından devletlerin anne ve babaları ihtilafı olan çocuklara yardım için daha fazla çaba göstermesi gerektiği, örneğin, “tarafsız” buluşma yerleri sağlayabileceği veya teması denetleyebileceği belirtilmektedir.²³¹ Sonuç olarak CRC’nin hükümlerine ilişkin bu yorumların Mahkemece göz ardı edilmemesi beklenmektedir.

5.4. Velayet Kararının İcrası

Aile hayatına saygı hakkı bakımından dikkat çekici diğer bir karar, kesinleşmiş mahkeme kararı ile velayeti başvurucuya verilen çocuğun Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı yetkililerince başvurucuya teslim edilmemesine ilişkindir.²³² Olayda başvuru, çocuğunun velayetinin kendisine verilmesine dair kesinleşmiş mahkeme ilamı gereğinin Bakanlık yetkililerince yerine getirilmediğini, çocuğun kendisine yabancılaştırılması ve teslim edilmemesi suretiyle kişisel ilişki kurmasının engellendiğini, böylece aile bağlarının zayıfladığını ileri sürerek, Anayasa’nın 20., 36. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede, kamu makamlarının ailenin yeniden bütünleşmesini kolaylaştırma noktasında kendilerinden beklenen tüm makul tedbirleri almaları gerektiğini belirtmiş, zorlayıcı tedbirlere başvurma yükümlülüğünün çocuğun üstün yararı karşısında sınırlı olmak durumunda olduğuna dikkat çekmiştir.²³³ Ayrıca kişisel ilişki sürecinde çocuğun, belirli bir olgunluk düzeyine erişmiş olması durumunda ve üstün menfaatine aykırı olmamak koşulu ile istek ve söylemlerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.²³⁴

²³⁰ DERTRICK, 92.

²³¹ HODGKIN/NEWELL, s. 127.

²³² M. M. E. ve T. E., 2013/2910, 5.11.2015.

²³³ M. M. E. ve T. E., par. 133, atıf yapılan İHAM içtihatları için ayrıca bkz. Hokkanen / Finlandiya, 19823/92, 23.9.1994, par 58; Maire / Portekiz, 48206/99, 26.6.2003, par. 71.

²³⁴ M. M. E. ve T. E., par. 134; atıf yapılan İHAM içtihadı için ayrıca bkz. Hokkanen / Finlandiya, par. 61.

Sonuç olarak somut başvuru açısından derece mahkemelerinin kararları ile icra prosedürü üzerinde ayrı ayrı durularak değerlendirme yapılmış ve kararların ilgili ve yeterli olduğu, icra prosedüründe de uygun olan tüm adımların atıldığı sonucuna varılarak aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine hükmedilmiştir:

“... Derece Mahkemelerince verilen koruma kararlarının özellikle uzman raporlarına dayandığı, belirli bir olgunluk düzeyine ulaştığı bilirkişi raporları ile ortaya konulan çocuğun beyanlarına da itibar edilerek çocuğun velayete ilişkin karar öncesinde belirli bir süre birlikte yaşadığı ebeveyne karşı duyduğu bağlılık ile birlikte yaşama isteğinin ve babaya karşı duyulan öfke ve tepkinin dikkate alındığı, bu yönüyle söz konusu kararlarda yer verilen nedenlerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olduğu, bunun yanı sıra kararın icra sürecinde yer alan diğer kamusal makamlar tarafından da özellikle çocuğun üstün yararı dikkate alınmak suretiyle aile ilişkilerinin sürdürülebilirliği ve aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki güvencelerin sağlanması noktasında uygun olan tüm adımların atıldığı anlaşılmaktadır.”²³⁵

Kararının ilk dikkat çekici yanı, çocuğun üstün yararı ilkesine olaya özgü karar gerekçesinde yer verilmiş olmasıdır. Kararda çocuğun üstün yararı bakımından çocuğun beyanı belirleyici olmuş ve velayet kararının icrası sürecinde bu beyanın dikkate alınması nedeniyle hakkın ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.²³⁶ Diğer taraftan kararda çocuğun beyanın dikkate alınıp alınmadığı incelenmekle birlikte, konuyla yakından ilgili olan Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin

²³⁵ M. M. E. ve T. E., par. 175.

²³⁶ Yargıtay uygulamasının farklı olduğu belirtilmelidir. Yargıtay, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamın icrasının çocuğun psikolojik açıdan olumsuz etkileyeceğine yönelik uzman beyanı dikkate alınarak yerine getirilmemesini Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesine aykırı bulmuş, küçüğün anne veya babası ile kişisel ilişki kurmasına ancak mahkemece karar verileceğini belirtmiştir. Anılan karar için bkz. Y12HD, E. 2009/4318, K. 2009/12326, 9.6.2009. İİK'nunun 25/b maddesinin amacının uzun vadede velayetin kendisine bırakıldan çocuğu alıp şahsi münasebet için diğer tarafa verilmesi sırasında çocuğun psikolojik açıdan etkilenmemesi olduğunu belirten bir başka Yargıtay kararı için bkz. Y12HD, 21711/26246, 20.12.2004, DEYNEKLİ, A., KOÇAK, C., OSKAY, M., AYDIN, D., “İİK Şerhi Madde 1-67”, 2007, s. 425. Yargıtay'ın Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Sözleşme'nin 22. maddesinde geçen “İlamın yerine getirilmesinin, çocuğun fiziksel ve duygusal yönden gelişimini ağır bir tehlike altında bırakacağına uzman tarafından tespit edilmesi durumunda, icra müdürü tarafından, talep üzerine veya re'sen söz konusu tehlike ortadan kalkıncaya kadar icra ertelenir” şeklindeki düzenlemesine olan yaklaşımı da benzerdir. Bir kararında bahsi geçen maddeye dayanarak çocuk tesliminin ertelendiği ve alacaklının maddenin yanlış uygulandığına dayanarak İcra Mahkemesine şikayeti üzerine, Mahkeme'nin şikayetin kabulüne karar verip erteleme kararını iptal ettiği kararın onanmasına hükmetmiştir. Ancak kararda maddenin ne açıdan yanlış uygulandığına veya doğrusunun ne olduğuna ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Anılan karar için bkz. Y8HD, E. 2014/9468, K.2015/10691, 11.5.2015.

12. maddesinde düzenlenen çocuğun görüşlerine saygı hakkına yer verilmemesi dikkat çekmiştir. Anılan madde şöyledir:

“Taraflar Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.

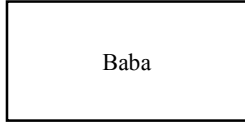
Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.”

12. maddenin çocukları etkileyen bütün durumlarda başvurulması gereken bir madde olduğu, Sözleşme'nin çocukların görüşlerinin teyidi ya da dikkate alınabilmesi için bir alt yaş sınırı getirilmesine destek vermediği, “bütün konular” ifadesi bakımından katılım haklarının Sözleşme’de özel olarak yer verilen konularla sınırlı kalmadığı, “... bu görüşlere, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak özen gösterilmesi” ifadesinin çocuğun görüşlerine kulak verilmesi ve bu görüşlerin gözetilmesi yönünde aktif bir yükümlülük getirdiği, “çocuğu etkileyen herhangi bir adli süreç” ifadesinin yargı açısından geniş bir alanı kapsadığı, “çocuğa fırsat tanınması” ifadesi ile de Devlet’e aktif bir yükümlülük getirildiği belirtilmiştir. Bu yükümlülük gereği Devlet, çocuğun görüşlerinin dinlenmesi için fırsat tanınmalıdır.²³⁷ İncelediğimiz kararda ise her ne kadar çocuğun beyanı dikkate alınsa da, Sözleşme'nin 12. maddesini yorumlayarak, çocuğun görüşlerinin dinlenmesi için “fırsat tanınması yükümlülüğü”nün olaya özgü somutlaştırılma fırsatı kaçırılmıştır. Sözleşme'nin 12. maddesinin önemini anlaşılması adına bir kaynakta çocuğun konumunun zaman içinde değişimi, tasvirlerin büyüklükleri ile de ilişkilendirilerek şöyle resmedilmiştir.²³⁸

²³⁷ HODGKIN/NEWELL, s. 147-150; Sözleşme'nin 12. maddesinin çocuğun ifade hürriyetinin düzenlendiği 13. maddesi ile birlikte okunması gerektiği yönünde bkz. DETRICK, s. 219.

²³⁸ WYTENBACH, J., “Wer definiert das Kindeswohl? Das Kindeswohl, der Staat und die Definitionsmacht der Eltern aus grund- und menschenrechtlicher Sicht”, Kindeswohl Eine interdisziplinäre Sicht, KAUFMANN C, ZIEGLER F., Verlag Rüegger, Zürich, 2003, s. 41-42.

Orta Çağ



Aydınlanma Çağı



20. Yüzyıl



1989'dan Sonrası: Çocuk Hakları Sözleşmesi ("Kinderrechtskonvention")



Buna göre Orta Çağ'da, çocuğun babasının ("*pater familias*") mülkünde olduğu, yararının baba tarafından belirlendiği ve bu dönemde ilk kez çocuk cinayetlerinin yasaklandığı; Aydınlanma Çağı'nda, çocuğun korunmasına ilişkin ilk çabaların gözlemlendiği ancak halen çocuğun yararının babası tarafından belirlendiği; 20. yüzyılda devletin "bekçi" rolünün ön plana çıktığı ve çocuğun da kişi haklarının sahibi olduğu; 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi ile birlikte çocukla ilgili bütün prosedürlerde çocuğun yararının ("*Kindeswohl*") dikkate alındığı ve Sözleşme'nin 12. maddesiyle çocuğa sesini duyurma hakkının ("*Anhörungsrecht*") tanındığı belirtilmiştir.

Sonuç olarak, Sözleşme'nin 12. maddesinin zaman içinde çocuk üzerinde gözlemlenen suskunlaştırma baskısını kaldıran bir düzenleme niteliğinde olduğu söylenebilir. Düzenlemenin somutlaştırılması ise büyük ölçüde yargının elindedir.

5.5. Yakın Akrabalar Arasında Verasete İlişkin Uyuşmazlıklar

Aile hayatına saygı hakkı kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin incelediği diğer bir karar, verasete ilişkin uyuşmazlıklara ilişkindir.²³⁹ Olayda başvurusunun murisin ibraz edilen vasiyetnamedeki beyanı doğrultusunda kendisinin de mirasçı olarak gösterildiği bir veraset ilamı tanzimi yönündeki talebi reddedilmiştir. Bireysel başvuru hakkını kullanan başvuru, evlilik dışında doğmuş olduğu gerekçesiyle evlilik içinde doğmuş olan çocuklara nazaran farklı muameleye tabi tutulmasının, Anayasa'nın 10., 13., 20., 35. ve 36. maddelerinde tanımlanan haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Mahkeme değerlendirmesinde İHAM içtihatlarını takip ederek, yakın akrabalar arasındaki verasete ilişkin uyuşmazlıkların aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre,

“...evlilik dışı doğan çocuğun mirasın geçişine ilişkin iç hukukta yer alan prensipler nazara alındığında ve miras bırakanın hâlihazıra hayatta olması nedeniyle mevcut bir mülk veya meşru bir beklentinin söz konusu olmadığı durumlarda, aile hayatına saygı hakkı bağlamında inceleme yapıldığı anlaşılmaktadır. (Marckx/Bleşika, § 50; Mazurek/Fransa, B. No: 34406/97, 1/2/2000; Camp ve Bourimi/Hollanda; Pla ve Puncernau/Andora).”²⁴⁰

Kararda, evlilik dışı doğan çocuğa ilişkin norm denetimi üzerine verilen Anayasa Mahkemesi kararlarına yer verilmekle birlikte, bunlardan 1991 tarihli kararın üzerinde detaylı olarak durulduğunun belirtilmesi gerekir.²⁴¹ Anılan kararda evli olan baba ile evli olmayan annenin

²³⁹ Fatma Julia Ekinciler, 2013/2758, 17.2.2016.

²⁴⁰ Fatma Julia Ekinciler, par. 57-59; atıf yapılan norm içtihadı için ayrıca bkz. E.1987/1, K.1987/18, 11.9.1987.

²⁴¹ Fatma Julia Ekinciler; atıf yapılan diğer norm denetimi içtihatları için ayrıca bkz. E. 1980/29, K. 1981/22, 21.5.1981; E. 1987/1, K. 1987/18, 11.9.1987.

birlikteliğinden dünyaya gelen çocukların tanınmasının engellenmesinin, Anayasa'nın 5., 10., 12. ve 41. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.²⁴²

Ayrıca Mahkeme, somut başvuru açısından ortaya çıkan sorunun, evlilik içinde veya dışında dünyaya gelen çocuklar arasında miras hakları açısından farklılık gözetilmesi değil, derece mahkemelerince murisin vasiyetnamesindeki beyanına tanıma şeklinde bir etkinin atfedilmemesine ilişkin olduğuna dikkat çekmiştir.²⁴³

Sonuç olarak Mahkeme, 1991 tarihli Anayasa Mahkemesi içtihadını, usul hukuku prensiplerine göre veraset ilamı davalarına bakan sulh hukuk mahkemelerinin hısımlık ilişkisini tespiti yarayan her türlü delile başvurabilmesini ve geçen 40 yıllık süreyi de dikkate alarak, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır:

“İlgili vasiyetname içeriğinde muris tarafından, başvurucu ve iki kardeşinin U.B. ile olan birlikteliğinden dünyaya geldiği açıkça ifade edilmekle birlikte söz konusu beyanın yargısal makamlarca yorumlanmasına ihtiyaç duyulması durumunda dahi ilgili yorumun yalnızca belirtilen vasiyetnamenin düzenlendiği ve karar tarihinden yaklaşık kırk yıl öncesine denk gelen bir tarihin ve koşulların dikkate alınarak yapılması aile hayatına saygı hakkına ilişkin güvencelerin hayata geçirilmesi açısından etkili görülmemektedir. Böyle uzun bir zaman diliminin geçmesi ile sosyal ve hukuksal alanda yukarıda belirtilen köklü değişikliklerin yaşanması karşısında, yargısal makamlarca belirtilen hususlar göz ardı edilerek yapılacak yorumun, ilgili temel hakka ilişkin etkin bir koruma sağlayamayacağı açıktır.

Kamu düzenine ilişkin olmakla önemli bir kamusal menfaat soy bağı ve hukuki neticelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, kamusal makamların geniş bir takdir yetkileri bulunur. Bununla birlikte söz konusu takdir yetkisinin kullanımında belirtilen kamusal menfaat ile bireyin aile bağlarının kurulması ve buna bağlı olan özellikle miras hakkı gibi hukuki menfaatlerinin de dikkate alınarak adil bir dengenin kurulması gereği ve bu bağlamda özellikle yargısal

²⁴² Fatma Julia Ekinciler, par. 93-94; E. 1990/5, K. 1991/5, 28.2.1991.

²⁴³ Fatma Julia Ekinciler, par. 99.

makamların söz konusu takdire ilişkin ilgili ve yeterli bir gerekçe oluşturma yükümlülüğü karşısında, *somut başvuru açısından yürürlükte olan mevzuat hükümleri ile de uyuşmayan söz konusu yorumun aile hayatına saygı hakkı ile bağdaşmadığı ve aile yaşamının normal bir şekilde gelişmesini engellediği* sonucuna varılmaktadır. Bunun neticesinde Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”²⁴⁴

5.6. Aile Konutu

Aile hayatına saygı hakkı bakımından dikkat çeken diğer bir karar Melahat Karkin başvurusu üzerine verilmiştir. Olayda başvuru aile konutu niteliği taşıyan konutun satışına karar verilmesi nedeniyle Anayasa'nın 5., 10., 13., 17., 21., 35., 36. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Mahkeme'nin kararında ilk dikkat çeken konu, yasa koyucunun normun somutlaştırılmasındaki işlevini öne çıkaran değerlendirmedir. Buna göre yasa koyucu tarafından 4721 sayılı Kanun'un 194. maddesi ile, aile yaşamının ve aile birliğinin korunması ve eşlerin bir arada yaşamalarını sağlayacak tedbirlerin alınmasının amaçlandığı belirtilmiştir:

“... Bu düzenlemelerden en dikkat çekici olanı aile konutunu koruma altına alan 194. madde hükmüdür. Bu maddede eşlerden birinin –diğer eşin açık rızası bulunmadıkça- aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceği, aile konutunu devredemeyeceği veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıramayacağı kuralı konulmuştur. Maddede ayrıca aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eşin tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebileceği, aile konutunun eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmış olması hâlinde ise sözleşmenin tarafı olmayan eşin kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline geleceği belirtilmiştir. Bu şekilde malik olmasa dahi diğer eşin de aile konutu üzerinde söz sahibi olması sağlanmıştır. Böylece konut üzerinde hak sahibi olmayan eşin ve çocukların

²⁴⁴ Fatma Julia Ekinciler, par. 113, 115. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

barınmaları ve aile yaşamının ortak çatı altında bir arada sürdürülmesi hukuken etkin bir güvenceye kavuşturulmuştur.”²⁴⁵

Mahkeme karar sonucunda ise olayda uyuşmazlık konusu olan “aile konutu”na ilişkin Yargıtay içtihatlarına değinmiş ve olaydaki nihai kararın tarihini dikkate alarak, kararın 15 Nisan 2015 tarihi öncesindeki Yargıtay kararına uygun olduğu gerekçesiyle Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.²⁴⁶ Yargıtay’ın 15 Nisan 2015 tarihi öncesi ve sonrasına göre konuyla ilgili iki farklı yorumu bulunmaktadır. 15 Nisan 2015 tarihi öncesinde, ipotek tesisine ilişkin işlemden önce taşınmazın tapu kütüğünde “aile konutu” olduğuna dair bir şerh yoksa davalı bankanın ipoteğe ilişkin kazanımı iyi niyetli ise korunmaktadır.²⁴⁷ Ancak Yargıtay 15 Nisan 2015 tarihi sonrasında “aile konutu” şerhi konulmasından bağımsız olarak, aile konutu üzerindeki tasarruflarda diğer eşin açık rızasının ispatlanması gerektiğini belirtmiştir.²⁴⁸

Anayasa Mahkemesi’nin Yargıtay’ın 15 Nisan 2015’ten önceki yorumu üzerinde değerlendirme yapmama nedeni anlaşılabilmiştir. Yargıtay’ın bu konudaki içtihadını değiştirmesi de konunun problemliliğini göstermektedir. Mahkeme’nin yalnızca nihai kararın tarihini dikkate alarak mevcut Yargıtay kararına olan uyumu üzerinden kanıtlamasını sonlandırması, Yargıtay’ın önceki yorumunun 4721 sayılı Kanun’un 194. maddesindeki güvenceleri sağlayıp sağlamadığı sorusuna cevap vermemiştir.

5.7. Atamanın Aile Yaşamına Etkisi

Aile hayatına saygı hakkı bakımından dikkat çeken diğer bir karar, başvuruçunun görev yaptığı ilçeden başka bir ilçeye yapılan atamasının iptali istemiyle açtığı davanın reddine ilişkindir.²⁴⁹ Olayda başvuruçunun, aile bütünlüğü gözetilmeksizin bulunduğu yerden 105 kilometre uzaklıktaki

²⁴⁵ Melahat Karkin, 2014/17752, 13.10.2016, par. 54.

²⁴⁶ Melahat Karkin, par. 66-69.

²⁴⁷ Melahat Karkin, par. 66.

²⁴⁸ Melahat Karkin, par. 67.

²⁴⁹ Demir Dinipak, 2013/7983, 26.6.2014.

bir yere atamasının yapılmasının aile bütünlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, ailenin korunması ve aile hayatına saygı hakkının kullanımına veya bu haktan yararlanılmasına kamu gücünün işlem, eylem veya ihmali nedeniyle doğrudan müdahalenin söz konusu olup olmadığının incelenmesi gerektiğini belirtmiş ve doğrudan bir müdahalenin olmadığını açık olduğu gerekçesiyle, başvuruyu “açıkça dayanaktan yoksun” olması nedeniyle kabul edilemez bulmuştur:

“Başvuru konusu olayda, başvurucu, aynı il içinde görev yaptığı ilçeden 105 kilometre uzaklıktaki başka bir ilçeye atamasının yapıldığını, atama yapılırken kendisinin ve aile fertlerinin huzur ve refahının dikkate alınmadığını ileri sürmüş ise de kamu gücü tarafından *tesis edilen atama işleminin, başvurucunun aile hayatı yaşamasına izin vermeyen, bu hakkı engelleyen veya yasaklayan bir işlem niteliğinde olduğunun söylenemeyeceği, atama işlemi nedeniyle aile bütünlüğünün sağlanamayacağı iddiasının hiçbir şekilde gerekçelendirilemediği, başvurucunun ailesi ile birlikte atamasının yapıldığı yere yerleşmesinin kamu gücü tarafından engellendiği yönünde bir tespitin de bulunmadığı görülmekle, atama işlemi nedeniyle başvurucunun aile hayatının korunması ve aile hayatına saygı hakkının doğrudan etkilenmediği anlaşılmaktadır.*”²⁵⁰

6. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKININ SOMUTLAŞTIRILMASI

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak incelediğimiz kararlarda Anayasa Mahkemesi’nin kişisel verilerin korunması hakkını özel hayatın gizliliği hakkı ile bağlantılı incelediği gözlemlenmiştir. Ancak anılan hakkın Anayasa’nın 20/3. maddesinde ayrıca düzenlendiği dikkate alınarak hakka ayrı bir başlık altında yer verilmesi uygun görülmüştür.

²⁵⁰ Demir Dinipak, par. 35. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

6.1. GBT Kayıtlarının Silinmesi Talebinin Reddi

Kişisel verilerin korunması kapsamında dikkat çeken ilk karar, başvuru hakkındaki derdest ceza yargılamasına ilişkin bilgilerin Genel Bilgi Toplama (GBT) sistemine kaydedilmesine ilişkindir.²⁵¹ Mahkeme esas değerlendirmesinde, söz konusu kişisel verilerin ilgili sistemde tutulması ve belirtilen şekillerde kullanılmasının, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkına müdahale oluşturduğu belirtmiştir.²⁵²

Kanunilik ölçütü bakımından yapılan değerlendirmede, 3152 sayılı Kanun'un 13. Maddesi, 2559 sayılı Kanun'un Ek 7. Maddesi ve Bilgi Toplama Yönergesi'nin 9. Maddesi üzerinde durulmuştur. Buna göre, 3152 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde geçen "suç işleyip ele geçmeyen kişiler" ifadesinin Yönerge'de geçen "yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan kişiler" ifadesinin kanuni dayanağı olamayacağı, ancak 2559 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinin müdahalenin kanuni dayanağını oluşturduğu kabul edilmiştir.²⁵³ Burada Mahkeme'nin erişilebilirlik, öngörülebilirlik ve kesinlik testlerine işaret etmesi ancak anılan testleri kanunilik ölçütü değerlendirmesinde somutlaştırmaması dikkat çekmiştir.

Sonuç olarak Mahkeme söz konusu uygulamanın kamu düzeni ve güvenliğinin temini şeklindeki meşru amacı taşıdığını, İlk Derece Mahkemesi'nin somut olayda takdir hatası yapmadığını belirtmiş ve hakkın ihlal edilmediğine hükmetmiştir:

"Somut başvuru açısından, belirli suçlar nedeniyle hakkında kamu davası açılmış olan şahıslar hakkında *derdest dava bilgilerinin GBT sistemine kaydının yapıldığı, kamu düzeni ve güvenliğinin temini şeklindeki meşru temelleri içerdiği* anlaşılan uygulama kapsamında söz konusu bilgilerin özellikle yapılan güvenlik taramaları ve güvenlik soruşturmalarında kullanıldığı (bkz. § 19), ilgili bilgilerin toplanma, paylaşım, kullanım ve silinmesine ilişkin hususların ayrıntılı olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

²⁵¹ Bülent Kaya, 2013/2941, 11.5.2016.

²⁵² Bülent Kaya, par. 55.

²⁵³ Bülent Kaya, par. 75-78.

Başvurucunun, yargılandığı suçun Yönerge'nin 9. maddesinin (b) fıkrasında yer alan suçlar arasında olmaması nedeniyle müdahalenin meşru olmadığı yönündeki iddiasının da ilgili derece mahkemelerince değerlendirildiği, bu suçun ilgili Yönerge'nin 9. maddesi kapsamında yer almadığı ileri sürülmekte ise de aynı nitelikteki suçun yürürlükteki 5237 sayılı Kanun'un 216. maddesinde yer aldığı ve Yönerge'nin belirtilen maddesinde bu suç türüne de yer verildiğinin anlaşıldığının ifade edildiği, bu kapsamda, *derece mahkemelerinin söz konusu mevzuat hükümlerini ve maddi olayı yorumlayış şeklinde bir takdir hatasının söz konusu olmadığı görülmektedir.*²⁵⁴

Karara karşı beş üye üç farklı karşı oy sunmuş ve ilgili düzenlemelerin niteliğini dikkate alarak kanunilik şartını taşımadığı gerekçesiyle özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.²⁵⁵ Üyelerin kanununun kalitesinin testine yönelik dikkate alınması gereken ölçütleri somutlaştırarak kanıtlamalarını inşa etmeleri dikkat çekmiştir.²⁵⁶

²⁵⁴ Bülent Kaya, par. 88-90. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

²⁵⁵ Bülent Kaya, Engin Yıldırım, Serruh Kaleli, Alparslan Altan, Erdal Tercan ve Hasan Tahsin Gökcan'ın karşı oy yazıları.

²⁵⁶ **Engin Yıldırım'ın** karşı oy yazısında “belirlilik” ve “ulaşılabilirlik” ölçütü açısından hakkın ihlal edildiği: “İlgili kanunlar hangi kişilere ait ne tür bilgilerin, hangi şartlarda toplanabileceği, ne surette kullanılabilmesi ve ne kadar süreyle saklanabileceğine dair açık ve belirlilik içermemektedir. Hangi kişilere ait ne tür bilgilerin hangi şartlarda toplanabileceği, hangi amaçlarla ne şekilde kullanılabilmesi ve ne kadar süreyle saklanabileceği hususunda ayrıntılı düzenlemeler içeren Yönerge hizmete özeldir ve kamuya açık değildir. Yönergenin yayınlanmamış olduğu dikkate alındığında söz konusu düzenlemenin kişilerin belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olmasını sağlayacak surette ulaşılabilir olma niteliği taşımadığı anlaşılmaktadır.”; **Serruh Kaleli, Alparslan Altan ve Erdal Tercan'ın** karşı oy yazısında “belirlilik” ve “ulaşılabilirlik” ölçütü açısından hakkın ihlal edildiği: “... bu kapsamda, 2559 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yer alan düzenlemenin, belirli suçlardan yargılanan kişiler hakkında derdest dava bilgilerinin depolanması ve kullanılması şeklindeki başvuru konusu uygulamaya mesnet olduğu kabul edilse dahi, düzenlemenin hangi kişilere ait ne tür bilgilerin hangi koşullarda toplanabileceği, söz konusu bilgilerin hangi amaçlarla ne surette kullanılabilmesi ve ne kadar süreyle saklanabileceğine dair bir belirleme içermediği görülmektedir. ... İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık İstihbarat, Hareket ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığının Anayasa Mahkemesine hitaben gönderdiği 11/6/2015 tarihli ve 1962 sayılı yazıda; Bilgi Toplama Yönergesinin, 3152 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ve 33. maddesi, 2559 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi ve Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 42. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendine dayanılarak hazırladığı, ancak söz konusu Yönergenin “hizmete özel” dereceli olması nedeniyle kamuya açık olmadığı belirtilmiştir. Bu kapsamda, belirtilen yazı ekinde gönderilen ve başvuruya konu uygulamaya temel oluşturan Yönerge'nin, hangi kişilere ait ne tür bilgilerin hangi koşullarda toplanabileceği, söz konusu bilgilerin hangi amaçlarla, ne surette kullanılabilmesi ve ne kadar süreyle saklanabileceğine dair ayrıntılı düzenlemeler içerdiği görülmekle birlikte, ilgili Yönerge'nin yayınlanmamış olduğu nazara alındığında, söz konusu düzenlemenin kişilerin belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesini sağlayacak surette ulaşılabilir olma niteliğini taşımadığı anlaşılmaktadır”; **Hasan Tahsin Gökcan'ın karşı oy yazısında** “belirlilik” ölçütü ve masumiyet karinesine aykırılık nedeniyle hakkın ihlal edildiği: “Sözü edilen kanun hükmünde kimler hakkında hangi durumda ne tür bilgilerin kaydedileceği, bunların ne maksatla kullanılacağı kayıtların ne kadar süreyle saklanabileceği gibi hususlar yer almaktadır. 2559 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinde bahsi geçen “emniyet ve asayiş sağlama üzere ülke seviyesinde istihbarat

6.2. Yargılamanın Gizli Yürütülmesi Talebinin Reddi

Kişisel verinin korunması kapsamında incelediğimiz diğer karar T. A. A. başvurusu üzerine verilmiştir. Olayda HIV virüsü taşıyan başvurucu, davasının üçüncü kişilere kapalı yapılması talebinde bulunmuş ancak talebi İş Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Başvurucu özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi, kişisel verinin belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade ettiğini norm denetimi içtihatlarına atıf yaparak belirtmiş, kişilerin sağlık durumlarına dair bilgilerin de kişisel veri niteliğinde olduğuna dikkat çekmiştir.²⁵⁷

Sonuç olarak Mahkeme, sağlık durumu nedeniyle yargılamanın üçüncü kişilere kapalı olması talebinin yargı makamınca reddedilmesinin başvurusunun özel hayata saygı hakkı kapsamında kişisel verilerin korunması hakkına müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir. Kanunilik ölçütü bakımından Mahkeme, 6100 sayılı Kanun'un 28. maddesinde öngörülen durumlarda yargı makamlarının duruşmaları üçüncü kişilere kapalı yapabileceğinin düzenlendiği, dolayısıyla müdahalenin yasal bir temeli olduğu kanaatindedir. Mahkeme'ye göre alenilik ilkesi kamu yararı meşru amacını taşımaktadır. Ancak Mahkeme hangi somut nedenlerle gizlilik kararı verilmediğinin açıklanmadığı gerekçesiyle kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir:

“HIV enfeksiyonu rahatsızlığı olan kişilerin uzun zamandır ön yargı ve kınamaya maruz kalan zayıf bir grup olduğu, söz konusu dışlanma, dalgalanma ve önyargıların özellikle iş hayatında mevcut olması durumunda kişiler üzerindeki etkilerinin çok daha yıkıcı olabileceği dikkate alındığında başvurusunun gizlilik talebi, özel hayata saygı hakkına ilişkin makul ve

faaliyetlerinde bulunmak” ibaresi ve önleyici kolluğun alması gereken tedbirler kapsamındaki istihbarat yetkisiyle ilgili olup, belirli bir kişiyle ilgili olarak işlenmiş bir suç kaydının (kişisel verinin) bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün görülmemektedir. Bu şekliyle anılan kanun hükümlerinin Anayasa'nın 20/3. ve 13. maddelerine aykırı bulunduğu anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, kanunun açıkça yetki vermediği durumda bir kişi hakkında suç isnadının adli kayıtlardan ve yargılama süreçlerinden bağımsız olarak kamu makamlarının kayıtlarında süresiz bir veri olarak tutulmasının Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen masumiyet karinesini de ihlal edebileceği ve başvurunun bu yönden de incelenmesi gerektiği düşünülmelidir”.

²⁵⁷T. A. A., 2014/19081, 1.2.2017, par. 103; atıf yapılan norm denetimi içtihatları için ayrıca bkz. E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014; E. 2013/122, K. 2014/74, 9.4.2014; E. 2014/149; K. 2014/151, 2.10.2014; E. 2013/84, K. 2014/183, 4.12.2014; E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014; E. 2014/180, K. 2015/30, 19.3.2015.

savunulabilir niteliktedir. Yargı mercilerinin tarafların iddia ve taleplerini değerlendirmede takdir yetkileri olduğu açık olmakla birlikte kişilerin mahremiyeti, dolayısıyla özel hayatı üzerinde önemli etkiler doğurabilecek konulara ilişkin taleplerin reddi durumunda bunun gerekçelerinin ayrıntılı şekilde kararda gösterilmesi, hakkaniyete uygun bir yargılamanın gereğidir.

İş Mahkemesince dava dilekçesinin mahiyeti gereği gizlilik talebinin reddedildiği belirtilmekle birlikte söz konusu ifade muğlak olup hangi somut nedenlerle bağlı olarak gizlilik kararı verilmediğini açıklamaktan uzaktır. Kararın temyizi aşamasında aynı iddialar ileri sürülmüş olmasına rağmen temyiz hakkında verilen kararda da bu hususlara ilişkin bir gerekçeye yer verilmediği anlaşılmıştır. Bu bağlamda söz konusu kararların konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği kabul edilmiştir.”²⁵⁸

7. KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ SOMUTLAŞTIRILMASI

7.1. Kamulaştırma İşlemi Sonrası Tahliye

Çalışmamız kapsamında konut dokunulmazlığı hakkı bakımından dikkat çekici tek karar Hayrettin Aktaş başvurusu üzerine verilmiştir. Olayda başvuru kamulaştırma sonrasında uygulanan tahliye işlemiyle kendisinin ve ailesinin sokağa atıldığını belirterek, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi kararında, tahliye işleminin başvuru mülkiyetine ve konut dokunulmazlığına müdahale olduğunun açık olduğu belirtilmekle birlikte, ölçülülük denetimi yalnızca mülkiyet hakkı bakımından yapılmıştır.²⁵⁹

Karar sonucunda ise Mahkeme, konut dokunulmazlığı hakkına yönelik bir ihlalin olmadığına, başvuru konut dokunulmazlığı hakkına ilişkin iddialarının “açıkça dayanaktan yoksun

²⁵⁸ T. A. A., par. 110-111.

²⁵⁹ Hayriye Aktaş, 2013/1205, 17.9.2013, par. 54.

olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre, başvurunun tahliyesi kamulaştırma işleminin doğal bir sonucudur:

“...Sonuç olarak başvurunun konut olarak kullandığı taşınmazdan tahliye edilmesi, yapılan kamulaştırma çalışmasının beklenmesi gereken doğal bir sonucu olduğundan ve yapılan müdahalenin ölçüsüz olmadığı anlaşıldığından başvurunun konut dokunulmazlığı hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, başvurunun konut dokunulmazlığı hakkına ilişkin iddiaları yönünden bir ihlalin olmadığı açık olduğundan, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”²⁶⁰

8. HABERLEŞME HÜRRİYETİNİN SOMUTLAŞTIRILMASI

8.1. Tutuklunun Avukatı ile Görüşmesi ve Dış Dünya ile Teması

Haberleşme hürriyeti bakımından dikkat çekici ilk karar Mehmet Koray Eryaşa başvurusu üzerine verilmiştir. Olayda başvuru, başvuru tarihinde hükmen tutuklu olarak 3. Kolordu Komutanlığı Özel Tip Askeri Ceza ve Tutukevinde bulunmaktadır. Bu sırada avukatı ile telefonla görüşme, görüş süresinin kaldırılarak tüm ziyaretlerin açık görüş şeklinde yapılması, telefon görüşmelerindeki kişi, gün ve zaman sınırlamasının kaldırılması, internet erişiminde sınırlamanın kaldırılarak savunma hazırlama imkanının sağlanmasını talep etmiş ancak talepleri reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru, Anayasa'nın 13., 19., 20., 22., 36. ve 41. maddelerinde düzenlenen temel haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek, taleplerinin reddine dayanak olarak gösterilen Yönetmelik'in ilgili maddelerinin iptali ve tazminat talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

²⁶⁰ Hayrettin Aktaş, par. 56-57. Konuta saygı hakkı ile mülkiyet hakkı ilişkisine yönelik bir değerlendirme için bkz. ARSLAN-ÖNCÜ, s. 199.

Kararda başvurucunun haberleşme hürriyetine yönelik ihlal iddiaları, “avukatı ile telefonla görüşmesinin engellenmesi” ve “dış dünya ile telefon ve posta yoluyla haberleşmesinin denetlendiği iddiaları” olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmiştir.

Başvurucunun avukatı ile telefonla görüşmesinin engellenmesine ilişkin olarak yapılan değerlendirmede, haberleşmenin kapsamının telefonla iletişimi de içerdiğinin 5275 sayılı Kanun'un 66. maddesinde kabul edildiği, 114. maddesinin (5) numaralı fıkrasında da tutuklunun müdafisi ile haberleşmesinin engellenemeyeceği ve kısıtlanamayacağı belirtilmiştir, dolayısıyla “hükmen tutuklu başvurucunun, avukat ile telefonla görüşmesinin telefon görüşmelerinin kayda alındığı ve avukat ile görüşmeye yönelik açık bir düzenleme olmadığı gerekçesi ile engellenmesinin kanunilik ilkesini karşıladığından bahsedilemeyeceği” gerekçeleriyle Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine hükmedilmiştir.²⁶¹

Dış dünya ile telefon ve posta yoluyla haberleşmesinin denetlendiğine yönelik olarak yapılan değerlendirmede ise Mahkeme, 5275 sayılı Kanun'un 66. ve 68. maddelerinin kanunilik prensibini sağladığını, bu denetimin, cezaevlerinde güvenliğin sağlanması ve suçun önlenmesi meşru amacını taşıdığını, hükümlü ve tutukluların haberleşmesinin denetlenmesinin genel olarak ölçüsüz olduğunun da söylenemeyeceği gerekçeleriyle haberleşme hürriyetinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır:

“Başvurucu iddialarında somut olay ve olgulardan bahsetmeyip genel olarak haberleşmenin gizliliğinin ihlalini ileri sürmüştür. Bu bağlamda demokratik toplumun gereklilikleri açısından genel olarak cezaevlerinde hükümlü veya tutukluların haberleşmesinin idare tarafından denetlenmesine yönelik olarak bazı tedbirlerin alınmasının, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının makul ve doğal gerekliliklerinin bir sonucu ve bu durumun haberleşme hürriyeti ile uyumlu olmadığı söylenemez (Aynı yönde kararlar için bkz. Campbell/Birleşik Krallık, § 44; Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık, § 98; Golder/Birleşik Krallık, B. No. 4451/70, 21/2/1975, § 45; Mehmet Nuri Özen ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 15672/08, 11/1/2011, § 51). Öte yandan başvuru konusu olay açısından cezaevi idaresinin, hükümlü ve tutukluların

²⁶¹ Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16.4.2015, par. 67.

haberleşmesini denetlemesinin genel olarak ölçsüz olduğunu söylemek de mümkün değildir.²⁶²

Kararda ayrıca hükümlü ve tutukluların hukuki danışman alma ve dış dünya ile haberleşme haklarına ilişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 sayılı tavsiye kararlarına ve CPT standartlarına atıf yapılması dikkat çekmiştir:

“Haberleşme hürriyeti çerçevesinde hükümlü ve tutukluların avukatları ile görüşmesi ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur. Tüm hükümlü ve tutuklular Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararlarında da belirtildiği üzere, hukuki danışmanlık alma hakkına sahiptirler.

(...)

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararlarında da hükümlü ve tutukluların mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin hükümlü ve tutukluları ziyaret etmelerine izin verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

(...)

Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT) de hükümlü ve tutukluların dış dünyayla temaslarını makul düzeyde devam ettirmesinin de çok önemli olduğunu ve her şeyden önce hükümlü ve tutukluların aileleriyle veya yakın arkadaşlarıyla ilişkilerini devam ettirebilme imkânı verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. CPT'nin bu hususta kabul ettiği temel prensip, dış dünyayla temasın desteklenmesi ve bu tür

²⁶² Mehmet Koray Eryaşa, par. 79-80.

temasının sınırlandırılmasının sadece kayda değer güvenlik endişeleri veya kaynak kısıtlılığı nedenlerine dayandırılabilmesidir (CPT Standartları, 2002).”²⁶³

8.2. Tutuklunun Mektuplarına El Koyulması

Haberleşme hürriyeti kapsamında dikkat çeken diğer şikayetler ceza infaz kurumlarında bulunan başvuru sahiplerinin kendilerine gönderilmek istenen mektuplara el konulmasına ilişkindir.²⁶⁴ Bu kararlardan Ahmet Temiz başvurusu üzerine verilen karar dikkat çekmektedir. Olayda başvurucuya gönderilen mektubun, “açlık grevi eylemlerini övücü ifadeler içermesi nedeniyle sakıncalı görülerek imha edilmesine” karar verilmiştir.²⁶⁵ Başvurucu haberleşme özgürlüğü ile düşünce, kanaat ve ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur. Mahkeme başvuru sahibinin iddialarının özünün, göndermek istediği mektupların cezaevi idaresince sakıncalı görülerek alıkonulması nedeniyle haberleşme hürriyetinin kısıtlanması hakkında olduğunu belirterek, başvuru sahibinin bütün iddialarını haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirmiştir.²⁶⁶

Mahkeme’nin demokratik toplumda gerekli olma ve ölçülülük ölçütü bakımından yaptığı değerlendirmesinde ise, mektubun tamamen imhasını gerektirecek boyutta cezaevinde düzeni ve güvenliği tehlikeye sokan özel ve olağanüstü koşulların bulunduğuna ilişkin herhangi bir gerekçeye yer verilmemesi nedeniyle yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır:

“Başvuruya konu mektup içeriğinde ... açlık greviden bahsedilmekte, ancak bu ifadelerin tek başına, hükümlülerin açlık grevine teşvik veya ikna edilmeleri niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra gerek cezaevi disiplin kurulu kararında ve gerekse derece mahkemeleri kararlarında olayda, anılan mektubun tamamen imha edilmesini gerektirecek boyutta cezaevinde düzeni ve güvenliği tehlikeye sokan özel ve olağanüstü koşulların

²⁶³ Mehmet Koray Eryaşa, par. 57, 88, 99.

²⁶⁴ Ahmet Temiz, 2013/1822, 20.5.2015; Eren Yıldız, 2013/759, 7.7.2015; Veysel Kaplan, 2013/2727, 9.3.2016; kişisel özgürlükleri kanun gereği kısıtlanan kişilerin mektuplarının denetlenmesini mukayeseli inceleyen değerlendirme için bkz. AKYÜREK, s. 96-97.

²⁶⁵ Ahmet Temiz, par. 11-13.

²⁶⁶ Ahmet Temiz, par. 23.

bulduğuna dair (cezaevinde mahkumlar arasında büyük çapta açlık grevi yürütüldüğü gibi) herhangi bir gerekçeye de yer verilmemiştir. Buna göre, somut olayda suçun önlenmesi, disiplinin ve cezaevinde güvenliğin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir makul gerekliliklerin somut bilgilere dayalı olarak ortaya konulmadığı sonucuna varılmıştır.”²⁶⁷

Görüldüğü üzere Mahkeme'nin kanıtlamasında mektup içeriğinde yer alan ifadeler merkeze alınarak ifadeler üzerinden bir gerekçelendirme yapılmıştır.²⁶⁸ Mahkeme ceza infaz kurumunda bulunanlara gönderilen mektupların alıkonulmasına ilişkin diğer şikayetlerde de benzer şekilde inceleme yapmış, Cezaevi Disiplin Kurulu'nun ve derece mahkemelerinin kararlarında mektup içeriğine yönelik somut gerekçelendirmeler yapılmamasının demokratik toplumda gerekli olma ve ölçülülük şartlarını taşımadığı sonucuna varmıştır.²⁶⁹

8.3. Telefon Dinleme Kayıtları

Haberleşme hürriyeti bakımından dikkat çekici diğer karar, telefon görüşmelerinin basına sızdırılması şikayetine ilişkindir.²⁷⁰ Olayda başvuru, hakkında çıkan haberler nedeniyle eski Adalet Bakanı olarak hakarete ve iftiraya uğradığını, hakkında yürütülen gizli soruşturma kapsamında kayıt altına alınan telefon görüşmelerinin basına sızdırıldığını, sorumlu kişiler hakkında yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini belirterek Anayasa'nın 17., 20., 22., 36., 38. ve 40. maddelerinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

²⁶⁷ Ahmet Temiz, par. 71.

²⁶⁸ Mahkeme İHAM içtihatlarına atıf yaparak, ceza infaz kurumlarında bulunan kimselerin yazışmalarının belirli ölçüde kontrolünün başlı başına İHAS ihlaline sebebiyet vermeyeceğini de vurgulamıştır. Anılan değerlendirme için bkz. Ahmet Temiz, par. 59; atıf yapılan İHAM içtihatları için bkz. Mehmet Nuri Özen vd. / Türkiye, 15672/08, 11.1.2011, par. 51; Silver vd. / Birleşik Krallık, 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 25.3.1983, par. 98.

²⁶⁹ Yalnızca ikinci mektup yönünden benzer bir inceleme için bkz. Eren Yıldız.

²⁷⁰ Mehmet Seyfi Oktay, 2013/6367, 10.12.2015.

Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede İHAM içtihatlarına atıf yaparak, gizli tedbirlere ilişkin kanun hükümlerinin içermesi gereken asgari unsurlarına değinmiştir.²⁷¹ Bu unsurlar şöyle sıralanabilir:

- (a) İzleme kararı verilmesine yol açabilecek suçların niteliği,
- (b) İletişimleri izlenecek kişi kategorisi,
- (c) İzleme sürelerinin sınırları,
- (d) Elde edilen verilerin inceleme, değerlendirme ve saklanmasına ilişkin esaslar,
- (e) Verilerin başkalarıyla paylaşılmasına ilişkin önlemler,
- (f) Elde edilen verilerin ortadan kaldırılmasına ilişkin koşullar.

Mahkeme, iletişimin denetlenmesine ilişkin 5271 sayılı Kanun'un 135. ve 137. maddelerinin açık ve detaylı kurallar ortaya koyması, kamu makamlarının değerlendirme yetkisinin kapsam ve sınırlarını net bir şekilde ortaya koyması, erişilebilir ve ulaşılabilir nitelikte olması nedeniyle anılan maddelerin “kanunilik” ölçütünü sağladığını belirtmiştir.²⁷²

Mahkeme İHAM içtihatlarına atıf yaparak kamu makamlarının haberleşme hürriyetine ilişkin pozitif yükümlülüklerine de işaret etmiştir:

“... kamu makamlarının, kişisel nitelikteki verilerin veya haberleşme kayıtlarının ifşa edilmesini önleme; bu kayıtların medyada yayımlanması suretiyle haberleşmenin gizliliğine müdahale edilmesi durumunda ise etkili bir soruşturma yürütülmesi ve sorumluların cezalandırılmasının

²⁷¹ Mehmet Seyfi Oktay, par. 51; atıf yapılan İHAM içtihatları için ayrıca bkz. The Association For European Integration and Human Rights ve Ekimdzhiiev / Bulgaristan, 62540/00, 28/6/2007, par. 76, 77; Roman Zakharov / Rusya, 47143/06, 4/12/2015, par. 171.

²⁷² Mehmet Seyfi Oktay, par. 53.

sağlanması konusunda pozitif nitelikte usul yükümlülüğü bulunmaktadır. (Craxi/İtalya (2,) §§ 73, 74; Cariello/İtalya, B. No: 14064/07, 30/4/2013, §§ 83, 84; Apostu/Romanya, § 118).”²⁷³

Anayasa Mahkemesi somut olaya özgü değerlendirmesini ise ikiye ayırmış, haberleşme hürriyetinin hem maddi boyutu hem de usul boyutu yönünden bir inceleme yapmıştır. Hakkın maddi boyutu bakımından yapılan incelemede, Anayasa'nın 5. ve 22. maddesi İHAM içtihadı ile birlikte değerlendirilmiş, bu bağlamda devletin alacağı tedbirlere yer verilmiştir. Buna göre, devletin gizli tutulması gereken haberleşme kayıtlarının ifşa edilmesini önlemek üzere bütün tedbirleri alma, haberleşmenin gizliliği hakkının etkili şekilde korunmasını sağlamak için yasal düzenlemeler yapma, gerekli organizasyonu kurma ve personelin bu konuda eğitilmesini sağlama şeklinde yükümlülükleri bulunmaktadır.²⁷⁴

Bu yükümlülükler doğrultusunda somut olayda kamu makamlarınca gerekli tedbirlerin alınmadığı gerekçesiyle haberleşme hürriyetinin maddi boyutunun ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Mahkemeye göre, başvuru hakkında soruşturma sonuçlanmadan hakkındaki fezlekedede yer alan telefon görüşmeleri çeşitli haber ve yorumlara konu edilerek ifşa olmuş, kamu makamlarınca başvurucuya ait telefon görüşme kayıtlarının gizliliğinin korunması ve ifşa edilmesinin önlenmesi konusunda gerekli tedbirler alınmamıştır.²⁷⁵

Haberleşme hürriyetinin usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkin yapılan değerlendirmede ise sızmanın nasıl gerçekleştiğine ilişkin olarak etkili bir soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle haberleşme hürriyetinin usul boyutunun da ihlal edildiği sonucuna varılmıştır:

“Somut olayda, söz konusu kayıtların medyada yayımlanması suretiyle haberleşmenin gizliliğine müdahale edilmesi üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturmanın etkili soruşturma koşullarını taşıdığından da söz etmek mümkün değildir. Cumhuriyet Savcılığı tarafından iki yıllık soruşturma sürecinde ilgili kolluk görevlilerinin ve basın mensuplarının ifadelerinin alınmasından başka hiçbir işlem yapılmamıştır. Başka bir ifadeyle olayın tüm yönlerinin ortaya konulmadığı ve varsa sorumlu kişilerin

²⁷³ Mehmet Seyfi Oktay, par. 57.

²⁷⁴ Mehmet Seyfi Oktay, par. 58.

²⁷⁵ Mehmet Seyfi Oktay, par. 65.

belirlenebilmesine imkân tanıyan etkili bir soruşturma yapılmadığı, soruşturma sonunda ulaşılan sonucun da elde edilen delillerin kapsamlı ve nesnel bir analizine dayalı olmadığı, sonuç olarak sızmanın nasıl gerçekleştiği konusunda hiçbir somut sonucun belirtilmediği görülmüştür. Bu kapsamda söz konusu olaya ilişkin bilirkişi incelemeleri de dâhil olmak üzere tüm kanıtları toplamak için alınabilecek makul tedbirleri alma yoluna gidilmeyerek olaya ilişkin ihtimal ve iddialara karşı en başından kayıtsız kalınmıştır. Söz konusu ifşanın kamu görevlileri tarafından yapılmadığı kanaatine ulaşan Cumhuriyet Savcılığı tarafından bu sonucun yeterli görüldüğü, başka kim veya kimler tarafından söz konusu eylemin gerçekleştirilebileceği konusunda hiçbir inceleme ve araştırma yapılmadığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla belirtilen eksiklikler nedeniyle etkili bir soruşturma yürütülmemekle haberleşme hürriyetinin usule ilişkin boyutunun da ihlaline sebep olduğu kanaatine varılmıştır.²⁷⁶

Mahkeme'nin haberleşme özgürlüğü kapsamında telefon dinleme kayıtları bakımından inceleme yaptığı dikkat çekici diğer karar Emsan Öner başvurusu üzerine verilmiştir. Mahkeme başvurusunun hukuka aykırı olarak elde edildiğini iddia ettiği telefon dinleme kayıtlarına ilişkin olarak, müdahalenin kanuni dayanağının 5271 sayılı Kanun'un 135. ve 137. maddeleri olduğu, müdahalenin suç işlenmesinin önlenmesi ve suç kanıtlarının elde edilmesi amacını taşıdığı ve müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğu gerekçesiyle, başvurusunun öne sürdüğü iddiayı açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur:

“5271 sayılı Kanun'un 135. maddesi, telefonların dinlenmesi tedbirleri karşısında kişilerin özel hayatlarını ve haberleşme hürriyetlerini korunması kapsamında yeterli güvenceleri düzenlemekte olup somut olayda da anılan Kanun hükmüyle getirilen güvencelere uyumuştur. Daha açık ifadeyle başvuru hakkında anılan Kanun'un 135. maddesinde sınırlı sayıda sayılmış olan bir suç isnadı dolayısıyla (uyuşturucu madde ticareti yapma) ve hâkim kararına dayanılarak telefonun dinlenilmesi tedbirine başvurulmuştur. Buna göre kamu düzenini tehdit eden nitelikte bir suçun işlenmesinin önlenmesi ve suç kanıtlarının elde edilmesi amacına yönelik olarak başvurusunun telefon görüşmelerinin dinlenmesinin demokratik toplumda gerekli olmadığı söylenemez.”²⁷⁷

²⁷⁶ Mehmet Seyfi Oktay, par. 70.

²⁷⁷ Emsan Öner, 2013/1504, 3.2.2016, par. 50-51.

9. HABERLEŞME HÜRRİYETİNİN VE ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ SOMUTLAŞTIRILMASI

9.1. E-posta Yazışmaları

Haberleşme hürriyeti ve özel hayata saygı hakkının birlikte incelendiği dikkat çeken ilk karar, Bülent Polat başvurusu üzerine verilmiştir.²⁷⁸ Olayda başvuru e-posta yazışmaları dikkate alınarak subay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi nedeniyle özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin esas incelemesinde ilk dikkat çeken değerlendirme, çalışma ve sözleşme hürriyetinin ortak koruma alanı ile olan ilişkisi hakkındadır. Mahkeme, çalışma ve sözleşme hürriyetinin “ortak koruma alanı” dışında kaldığını ancak bu konudaki İHAM içtihadını dikkate alarak hakkın, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti bağlamında incelenebileceğini belirtmiştir.²⁷⁹

Müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığına yönelik yapılan değerlendirmede ise, müdahalenin, 2987 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendinde geçen “istihbarata karşı koymak” ve 1324 sayılı Kanun'un ikinci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde Genel Kurmay Başkanına verilen “istihbarat hizmetlerinin uygulanması” görevi kapsamında olduğu ve bu görevin istihbarat hizmetinin yürütülmesi kapsamında düzenleyici işlemler yapmayı da içerdiği belirtilmiştir.²⁸⁰ Anılan kanuni düzenlemelerin verdiği yetki doğrultusunda çıkarılan düzenleyici işlemler üzerinde kanunilik denetimine devam eden Mahkeme, Genelkurmay Başkanlığının 27 Şubat 2006 tarihli ve 6406668 sayılı emrinde e-posta kullanım yetkisi verilmiş personele yasaklar ve müeyyidelerin imza karşılığında tebliğ edileceğinin düzenlendiğine, Hava Kuvvetleri Komutanlığının 22 Mart 2006 tarihli ve 48960 sayılı emrinde de e-posta denetim birimi tarafından e-postaların istihbarat yönünden inceleneceğine ve bu emrin tüm personele imza karşılığı tebliğ edileceğine dikkat

²⁷⁸ Bülent Polat, 2013/7666, 10.12.2015.

²⁷⁹ Bülent Polat, par. 41-43. Atıf yapılan İHAM içtihatları için bkz. Sidabras ve Dziautas / Litvanya, 55480/00, 59330/00, 27/7/2004, par. 46, 67; Dahlab / İsviçre, 42393/98, 15/2/2001.

²⁸⁰ Bülent Polat, par. 87.

çekmiştir. Mahkeme, anılan emirlerde yer alan hususların özel bir Yönerge haline getirildiği ve bu Yönerge'yle de sistemin görev dışı kullanımı, toplumsal ahlaka uygun olmayan resim, ses, görüntülü ve yazılı dosyaların gönderilmesinin yasaklandığının belirtildiği, Yönerge'nin ilan tebliğinin sağlanmış olması nedenleriyle ulaşılabilir ve öngörülebilir olduğu gerekçesiyle kanunilik ölçütünün sağlandığı sonucuna varmıştır.²⁸¹

Meşru amaç ölçütü bakımından yapılan değerlendirmede, anılan Yönerge'ye göre söz konusu denetlemenin bilgi güvenliği ve istihbarata karşı koyma amacına yönelik olduğu ve bu kapsamda milli güvenliğin korunması amacını taşıdığı ve bu amacın Anayasa'nın 20. ve 22. maddeleri çerçevesinde meşru bir amaç olduğu sonucuna varılmıştır.²⁸²

Demokratik toplumda gerekli olma ve ölçülülük bakımından ise, idarenin askeri personelin resmi e-posta adreslerinden yaptıkları yazışmaların denetlenmesinin esaslarının ilgili mevzuatta açık bir şekilde düzenlendiği ve başvuru dahil tüm personele ilan tebliğ edildiği gerekçesiyle müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğu, şifrelenmek suretiyle içeriğinin gizliliği sağlanmış e-postalar oluşturma imkanının verildiği, ayrıca ayrı iletişim olanaklarının sağlandığı gerekçeleriyle orantılı olduğu sonucuna varılmıştır.²⁸³ Diğer taraftan TSK'nın takdir yetkisi üzerinde ayrıca durulmuş ve somut olayda TSK'nın takdir yetkisinin daha geniş olduğu gerekçesiyle müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve orantılı olmadığı söylenemeyeceği sonucuna varılmıştır:

“askerî disiplinin gerekleri açısından daha sıkı kuralların geçerli olduğu bir statüde personel istihdam ederken TSK'nın takdir yetkisinin daha geniş olduğu dikkate alındığında başvuruçunun yeniden istihdam edilmemesine yönelik işlemin demokratik toplumda gerekli ve orantılı olmadığı söylenemez.”²⁸⁴

Karara karşı yedi üyenin beş karşı oy yazısı sunduğu belirtilmelidir. Zühtü Arslan, Engin Yıldırım ve Rıdvan Güleç karşı oy yazısında, uzun süre başvuruçuya hiç bir uyarıda

²⁸¹ Bülent Polat, par. 90-96.

²⁸² Bülent Polat, par. 103.

²⁸³ Bülent Polat, par. 113-114.

²⁸⁴ Bülent Polat, par. 116. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

bulunulmadığına ve hakkında herhangi bir disiplin işlemi yapılmadığına dikkat çekmişlerdir. Bu üyeler ayrıca başvurucunun, Silahlı Kuvvetler dışında iş bulmasının diğer meslek mensuplarına kıyasla daha zor olduğu gerekçesiyle müdahalenin ölçülü olmadığını belirtmişlerdir. Karşı oy sunan üyelerden Serruh Kaleli de benzer şekilde geçen zamana dikkat çekmiş ve bu durumun başvurucunun mesleki hayatı yanında temel geçim kaynağından yoksun kalması nedeniyle ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etki oluşturduğuna dikkat çekmiştir. Osman Alifeyyaz Paksüt ise e-posta yazışmalarının üçüncü kişilerin erişimine kapalı olduğuna dikkat çekerek e-posta yazışmalarının silahlı kuvvetlerin itibarını zedeleyici bir etkisi olmadığı görüşündedir. Son olarak Hasan Tahsin Gökcan ise somut olayda uygulanan Yönerge'nin kanunilik ölçütünü sağlamadığını belirtmiştir. Üyeye göre, "... İdarenin kanuni temel olarak gösterdiği hükümler idareye yalnızca; "istihbarata karşı koymak" veya "istihbarat vb. hizmetlerin uygulanmasını sağlamak" biçiminde yetkiler vermektedir."

Kararın Mahkeme'nin önceki bireysel başvuru içtihatları ile farkı üzerinde de durulması gerekir. Mahkeme mahremiyet hakkı kapsamında özel yaşamın mesleki hayat üzerindeki etkisini incelediği kararlarda, başvurucu hakkındaki işlemin başvurucunun mesleki hayatı ile ilişkisi üzerinde durarak kanıtlamasını sonlandırmayı tercih ederken, incelediğimiz kararda bu hususa neden yer verilmediği anlaşılamamıştır.²⁸⁵ Diğer taraftan kararda, konuyla yakından ilgili olmasına rağmen idarenin düzenleyici işlemlerinin kapsamı bakımından Hasan Tahsin Gökcan'ın karşı oy yazısında da atıf yaptığı norm denetimi içtihatlarına değinilmemesi de dikkat çekmiştir.²⁸⁶

E-posta yazışmaları dikkate alınarak astsubay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi nedeniyle özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine ilişkin şikayetler Mahkeme'nin önüne tekrar gelmiş, bu kez Mahkeme'nin içtihadını değiştirdiği gözlemlenmiştir.²⁸⁷ Mahkeme bu kararlarında kanunilik ve meşru amaç kriterleri yönünden Bülent Polat kararında yaptığı değerlendirmelerden ayrılmamakla birlikte, demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve

²⁸⁵ Şengül Kayan, 2013/1614, 3.4.2014; Serap Tortuk, 2013/9660, 21.1.2015.

²⁸⁶ E. 1984/14, K. 1985/7, 13.6.1985; E.2001/346, K. 2003/63, 11.06.2003.

²⁸⁷ Tefik Türkmen, 2013/9704, 3.3.2016, Hüseyin Yelkenci, 2013/9706, 10.3.2016; Hakan Erdoğan, 2013/9481, 24.3.2016.

ölçülülük bakımından; söz konusu e-posta içeriklerinin görevle ilişkisinin olmadığını, E-Posta Denetim Birimi'nin raporu tanzim tarihi ile sözleşme süresinin bitimi arasındaki zaman farkını, sözleşmenin yenilenmemesinin başvuruçunun üzerindeki etkisini ve başvuruçunun sicil notlarının yüksekliğini dikkate alarak müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varmıştır.²⁸⁸ Dolayısıyla Bülent Polat kararına karşı sunulan bazı karşı oylarda sıralanan argümanların bu kararlarda dikkate alındığı görölmektedir.

10. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ VE AİLE HAYATINA SAYGI HAKKININ SOMUTLAŞTIRILMASI

10.1. Evlenme Hakkı

Mahkeme'nin özel hayata saygı hakkı ve aile hayatına saygı hakkını birlikte incelediği kararlardan ilki evlenme hakkına ilişkindir.²⁸⁹ Bu kararlardan üzerinde duracağımız karar Ö. Ç. başvurusu üzerine verilmiştir. Olayda başvuruçucu, Başkanlık Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığında istihbarat uzmanı olarak görev yaptığı sırada Müsteşarlık tarafından evlenmesine izin verilmeyen bir kadınla gizli şekilde evlendiği ve yurt dışında görev yaptığı sırada yürüttüğü faaliyetler konusunda hatalı davranışlarını zamanında Müsteşarlık makamına bildirmediği konularında hakkında açılan disiplin soruşturması sonucunda Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı uzman kadrosuna atanmıştır. Başvuruçucu, atama işleminin Anayasa'nın 20., 24., 25. ve 40. maddelerinde tanımlanan haklarını ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Mahkeme'nin değerlendirmesinde ilk dikkat çeken husus, evlenme hakkına ilişkin yapılan değerlendirme hakkındadır. Mahkeme, evlenme hakkının Anayasa'nın 20. ve 41. maddesine "içkin" olduğunu belirtmiş ve Anayasa'nın 41. maddesinin gerekçesini dikkate alarak amaçsal yorum yöntemi ile evlenme hakkının varlığına ulaşmıştır:

²⁸⁸ Tefik Türkmen, par-76-81; Hasan Yelkenci, par.74-80; Hakan Erdoğan, par.87-92.

²⁸⁹ Ö. Ç., 2014/8203, 21.9.2016.

“Anayasa’da evlenme hakkı ile ilgili açık bir normatif bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu hakkın Anayasa’da yer verilen bazı hükümlere içkin olduğunun kabulü mümkündür. Bu bağlamda Anayasa’nın 20. ve 41. maddeleri, evlenme ve aile kurma hakkı açısından önemli birer normatif dayanaktır. Zira evlenmek veya evlenmemek kişiyi özel yaşamının ve aile yaşamının bir parçasını oluşturmakta, bu yönüyle söz konusu hak Anayasa’nın 20. maddesinde yer verilen özel ve aile hayatına saygı hakkının bir görünümünü oluşturmaktadır. Söz konusu hakla bağlantılı bir diğer hüküm ise Anayasa’nın 41. maddesi olup belirtilen madde metninde açıkça evlenme hakkının bahsedilmemesiyle birlikte, madde gerekçesinde yer alan “Ailenin korunması fikrinin, her şeyden önce Medenî Kanun anlamında evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak olduğu şüphesizdir.” ifadesinden yola çıkarak amaçsal yorum ile belirtilen hakkın varlığı sonucuna ulaşılabilir.”²⁹⁰

Mahkeme’nin ayrıca “aile kurma hakkı” bakımından norm denetimi içtihatlarına yer vermesi de dikkat çekicidir. Mahkeme’nin yer verdiği içtihatlardan ve değerlendirmesinden “aile kurma hakkı” ile “evlenme hakkı” arasındaki fark anlaşılmamakla birlikte, “aile kurma hakkı”nın da dayanağı benzer şekilde Anayasa’nın 41. maddesine dayandırılmıştır.²⁹¹

Mahkeme’nin evlenme hakkını aile hayatına saygı hakkı yanında özel yaşama saygı hakkı kapsamında incelemesinde İHAM içtihadının etkisi de göz ardı edilmemelidir. Atıf yapılan içtihadta, evlenme hakkının düzenlendiği Sözleşme’nin 12. maddesinin 8. maddesi ile ilişkisine ve 8. maddenin koruduğu aile yaşamının resmi evlilik ilişkisi sonucu ortaya çıkan aile yaşamı yanında, kişilerin evlenmiş olduğu durumlarda mevcut evlilik yaşantısını da kapsadığı belirtilmiştir.²⁹²

Demokratik toplumda gerekli olma ve ölçülülük ölçütü üzerinden yapılan değerlendirmede ise, devletin takdir yetkisinin genişliği dikkate alınarak, başvurusunun atama işleminin demokratik toplumda gerekli olduğu, derecesi ve kademesinin korunarak bir başka kuruma uzman olarak atanmasının orantılı olduğu sonucuna varılmıştır:

²⁹⁰ Ö. Ç., par. 51.

²⁹¹ Ö. Ç., par. 53.

²⁹² Ö. Ç., par., 54; atıf yapılan İHAM içtihadı için ayrıca bkz. Schober / Avusturya, (k.k.), 34891/97, 9.11.1999, par.1.

“... milli güvenliğin korunması ve sağlanmasına yönelik olarak daha sıkı kuralların gereği olduğu bir statüde personel istihdam ederken devletin takdir yetkisinin daha geniş olduğu da dikkate alındığında başvurucunun naklen atanması işleminin demokratik toplumda gerekli olduğu kabul edilmelidir.

Bunu yanı sıra başvurucu istihbarat uzmanı görevinden alınmakla birlikte derece ve kademesi korunarak bir başka kuruma uzman olarak atanmış olduğundan müdahalenin orantılı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.”²⁹³

10.2. Tutukluların Yakının Cenazesine Katılma Talebi

Mahkeme'nin özel hayata saygı hakkı ve aile hayatına saygı hakkını birlikte incelediği diğer karar, başvurucunun tutuklu olduğu sırada ağabeyinin cenaze törenine katılma isteğine izin verilmemesine ilişkindir.²⁹⁴ Olayda başvurucu, silahlı terör örgütüne üye olma suçundan hakkında yürütülen ceza yargılaması neticesinde kapalı ceza infaz kurumunda kalmaktadır. Bu süreçte başvurucunun ağabeyi tedavi gördüğü hastanede vefat etmiş, bunun üzerine başvurucunun vekili Ağır Ceza Mahkemesi'nden başvurucunun ağabeyinin cenaze törenine katılabilmesi için izin talep etmiştir. İzin talebini inceleyen Mahkeme, “... törenin yapılacağı Diyarbakır ili Bağlar ilçesi Molla Ali Mahallesi Doluçanak Kümeevleri'nin merkeze bağlı köy olduğu, adres itibariyle güvenliğin alınmasının emniyet ve asayiş yönünden riskli olduğu...” gerekçesiyle talebin reddine karar vermiştir. Başvurucu karara karşı yaptığı itirazının da aynı gerekçeyle reddedilmesi üzerine, açık kanuni düzenlemeye rağmen yakını için son görevini yerine getirmesine izin verilmemesi ve ailesinin acısını paylaşamaması nedenleriyle manevi ıstırap çektiğini, kamuoyunda bilinen bazı davalarda yargılanan birçok tutuklunun yakınlarının cenaze törenlerine katılmalarına izin verilirken kendisine izin verilmemesi nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakıldığını belirterek, işkence ve ayrımcılık yasağı ile etkili başvuru ve özel hayata saygı haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

²⁹³ Ö. Ç., par-78-79. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

²⁹⁴ Beşir Doğan, 2013/2335, 15.12.2015.

Mahkeme değerlendirmesinde öncelikle, aile hayatına saygı hakkı bakımından Anayasa'nın 20. maddesinin 41. maddesi ile birlikte uygulanması gerektiğini belirtmiş ve devletin hükümlü ve tutukluların ailesi ile irtibatını sağlayacak tedbirleri alma yükümlülüğü altında olduğuna işaret ederek, kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi ile aile hayatına saygı hakkı arasında adil bir denge sağlanması gerektiğini belirtmiştir.²⁹⁵

Mahkeme değerlendirmesinin devamında, tutukluların yakınlarının vefatı üzerine cenaze törenlerine katılmalarına imkan veren düzenlemenin 5275 sayılı Kanun'un 116. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer aldığını belirtmiştir. Meşru amaç bakımından ise düzenlemenin kamu düzeni ve güvenliği sağlama meşru amacını taşıdığı kanaatindedir. Demokratik toplumda gerekli olma ve ölçülülük bakımından yaptığı incelemede ise, derece mahkemelerinin takdir yetkisini aşmadığı gerekçesiyle, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir:

“... Somut olayda başvurunun katılmak istediği cenaze töreninin yapıldığı tarihlerde, gitmek istediği adresin bulunduğu Diyarbakır ilinde yoğun terör olaylarının olduğu ve bu olaylara bağlı olarak can kayıplarının yaşandığı kamuoyunun bilgisi dâhilindedir. Söz konusu terör eylemleri nedeniyle başvurunun ve refakatine verilecek güvenlik güçlerinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüklerine yönelik risklerin önüne geçilmesi, silahlı terör örgütüne üye olmak suçu isnadıyla tutuklanmış olan başvurunun kaçmasının önlenmesi, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır. Buna göre *Derece Mahkemelerinin buldukları yerin güvenlik risklerini daha iyi takdir edebilecekleri dikkate alınarak söz konusu gerekçenin keyfîlik içermediği*, dolayısıyla kamu makamlarının takdir yetkisinin sınırlarını aşmadığı sonucuna varılmıştır.”²⁹⁶

Kararda ulaşılan sonuca üyelerden Engin Yıldırım katılmamış ve karşı oy yazısında, hangi somut gerekçelerle güvenliğin sağlanamayacağı konusunda bir açıklamanın olmadığına dikkat çekmiştir. Engin Yıldırım'ın belirttiği üzere bu tarz şikayetlerde İHAM, işlenen suçun niteliği, dava sürecinin içinde bulunduğu aşama, başvurunun ölen kişiyle olan yakınlık derecesi,

²⁹⁵ Beşir Doğan, par. 27-29.

²⁹⁶ Beşir Doğan, par. 47. Eğik (italik) kısım özellikle vurgulanmıştır.

başvurucunun karakteri, güvenlik güçlerinin eskort olarak bulunma olasılığı gibi çeşitli unsurları göz önünde bulundurmaktadır. Yıldırım, somut olayda bunların dikkate alınmaması sebebiyle Anayasa'nın 41. ve 20. maddelerinin ihlal edildiği yönünde görüş bildirmiştir.²⁹⁷

10.3. Çocuk Sahibi Olma Hakkı

Özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenen diğer bir karar çocuk sahibi olma hakkına ilişkindir.²⁹⁸ Olayda başvuru, eşiyile birlikte GATA Haydarpaşa Eğitim Hastanesi'nde tüp bebek tedavisi gördüğünü, tedavi nedeniyle 2012 yılında atamasının yapılmamasını istemesine karşın Hakkâri iline atamasının yapıldığını ve atama işleminin iptali istemiyle açtığı davanın reddedildiği nedenleriyle anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde, başvuruçunun çocuk sahibi olma hakkına kamu gücünün doğrudan müdahalesinin olmaması nedeniyle başvuruçunun iddiasını “açıkça dayanaktan yoksun” bulmuştur. Mahkemeye göre, “kamu gücü tarafından tesis edilen atama işleminin, başvuruçunun yardımcı tedavilerden yararlanmak suretiyle çocuk sahibi olma hakkına izin vermeyen, bu hakkı engelleyen veya yasaklayan bir işlem niteliğinde olduğu söylenemez.”²⁹⁹

Kararda çocuk sahibi olma hakkının özel hayata ve aile hayatına saygı kapsamında değerlendirilmesinde İHAM içtihatlarının etkisi göz ardı edilmemelidir:

“Başvuruçunun tarafından, atama işlemi nedeniyle çocuk yapma hakkının kamu gücü tarafından ihlal edildiği ileri sürülmüş olup, anılan hak Anayasa'nın 20. ve AİHS'in 8. maddesinde yer alan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamındadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bir çiftin çocuk sahibi olma hakkının ve bu hakkı kullanabilmek adına çocuk

²⁹⁷ Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısı; atıf yapılan İHAM içtihatları için ayrıca bkz. Czarnowski / Polonya, 28586/03, 20.4.2009, par.32; Polski / Polonya, 26761/95, 12.11.2002, par. 37; Lind / Rusya, 25664/05, 6.12.2007, par.95; Sannino / İtalya, 72639/01, 3.5.2005.

²⁹⁸ Salih Karakoç, 2013/2954, 19.12.2013.

²⁹⁹ Salih Karakoç, par. 39.

yapmaya yardımcı olacak tekniklere başvurulmasının özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamı içinde olduğu sonucuna varmıştır (Bkz. Dickson/Birleşik Krallık, B. No: 44362/04, 4/12/2007; S.H. vd./Avusturya, B. No: 57813/00, 3/11/2011).³⁰⁰

11. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN MÜDAHALESİ

Üçüncü kişinin temel hak ve özgürlüklere müdahalesi kapsamında incelediğimiz iki karar bulunmaktadır. Bu konuda dikkat çeken ilk karar Ömür Kara ve Onursal Özbek başvurusu üzerine verilmiştir. Olayda başvuru, e-posta hesaplarının işveren tarafından incelenmesi ve bu yazışmaların işe iade davasında delil olarak kullanılması nedeniyle Anayasa'nın 20., 22. ve 25. maddelerde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi başvuru, iddialarını özel hayata saygı hakkı ve haberleşmenin gizliliği hakkı yönünden incelemiş ve üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı devletin sağlayacağı koruma yükümlülükleri üzerinde durarak “genel ilkeler”i sıralamıştır.³⁰¹ Buna göre Mahkeme, kamusal makamların özel hukuk uyuşmazlıklarında da belirli durumlarda pozitif yükümlülükler altında olduğuna dikkat çekmiştir. Bu yükümlülükler şöyle sıralanabilir.³⁰²

- (a) Özel hukuk kişilerinin birbirleri ile olan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yasal alt yapının oluşturulması,
- (b) Uyuşmazlıkların adil yargılanma gereklerine uygun ve usul yönünden güvenceleri haiz bir yargılama kapsamında incelenmesi,
- (c) Bu yargılamalarda temel haklara ilişkin anayasal güvencelerin gözetilip gözetilmediğinin denetlenmesi.

³⁰⁰ Salih Karakoç, par. 37.

³⁰¹ Ömür Kara ve Onursal Özbek, 2013/4825, 24.3.2016, par. 45-56.

³⁰² Ömür Kara ve Onursal Özbek, par.47.

Pozitif yükümlülüklerin bu şekilde belirlenmesinde İHAM içtihatlarının takip edildiği belirtilmelidir.³⁰³ Bu kapsamda Mahkeme, derece mahkemelerinin anılan güvenceleri göz ardı etmeden ve tarafların çıkarlarını adil bir biçimde dengelemesi gerektiğine işaret ederek, bu dengelemede somut olayın koşullarına göre dikkate alınacak kriterlere dikkat çekmiştir. Bu kriterler şöyle sıralanabilir:³⁰⁴

- (a) İş sözleşmelerinde kısıtlayıcı ve zorlayıcı düzenlemelerin ne şekilde belirlendiği,
- (b) Tarafların bu düzenlemeler hakkında bilgilendirilip bilgilendirilmediği,
- (c) Çalışanların temel haklarına yönelik müdahalede bulunulmasına neden olan meşru amacın müdahale ile ölçülü olup olmadığı,
- (d) Sözleşmenin feshinin çalışanların eylem ya da eylemsizlikleri karşısında makul ve orantılı bir işlem olup olmadığı.

Mahkeme'nin "adil denge" kurulup kurulmadığına yönelik arayışında İHAM içtihadının takip edildiği gözlemlenmiştir:

"AİHM'e göre Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde yer alan haklara ilişkin olan özel hukuk uyuşmazlıklarında bireylerin çıkarlarıyla toplumun çatışan çıkarları arasında ulusal mahkemelerce adil bir denge kurulması gerekir.(Köpke/Almanya, B. No: 420/07, 5/10/2010; Polomo Sanchez ve diğerleri/İspanya, § 62; Eweida ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 48420/10, ..., 15/1/2013, § 84). Ayrıca güvence altındaki söz konusu haklara özel hukuk iş ilişkisi kapsamında yapılan müdahalelerin meşru amaçla ölçülü olup olmadığı ile ulusal mahkemelerce verilen kararlarda sunulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı tespit edilmelidir (Polomo Sanchez ve diğerleri/İspanya, § 63)."³⁰⁵

³⁰³ Ömür Kara ve Onursal Özbek, par. 46, 48. Atıf yapılan İHAM içtihatları için bkz. Barbulescu / Romanya, 61496/08, 12.1.2016, § 53; Sorensen ve Rasmussen / Danimarka [BD], 52562/99, 52620/99, 11.1.2006, par. 57; Polomo Sanchez ve diğerleri / İspanya [BD], 28955/06, ..., 12.9.2011, par. 5

³⁰⁴ Ömür Kara ve Onursal Özbek, par. 51.

³⁰⁵ Ömür Kara ve Onursal Özbek, par. 53.

Diğer taraftan Mahkeme'nin işveren tarafından belirlenecek kurallara ilişkin olarak hakkın özüne dair değerlendirmesi dikkat çekicidir. Mahkemeye göre, "... bu tür kısıtlayıcı ve belirlenen özel kurallara uyulmasını zorlayıcı nitelikteki hususların çalışanların temel haklarının özünü zedeleyici nitelikte olmaması, imza altına alınan iş sözleşmelerinde bu hususların açık bir şekilde yer alması ve çalışanların bu hususlarda bilgilendirilmesi gerekir.”³⁰⁶

Sonuç olarak Mahkeme, başvurucuların iş sözleşmesini imzalayarak sözleşme ve eklerindeki düzenlemelere uymakla kendilerini yükümlü kıldıklarını belirtmiştir. Mahkeme, kurumsal e-posta yanında kişisel e-posta kullanımının mesai saatlerinde kullanılma imkanının olmasını dikkate alarak, Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı ve haberleşmenin gizliliği hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır:

“... özel hukuk iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların karara bağlayan Derece Mahkemelerince ilgili ve yeterli gerekçeler oluşturularak anayasal güvencelerin korunması açısından pozitif yükümlülüklerin yerine getirildiği ve yargılama süreçlerinde gerçekleştirilen işlemlerde yazışmaların içeriklerinin alenileştirilmediği anlaşıldığından başvurucuların Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı ile Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşmenin gizliliği hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.”³⁰⁷

Kararda pozitif yükümlülükler bakımından, “adil denge” üzerinden yapılacağı belirtilen denetlemenin, “meşru amaç” ve “ölçülülük” üzerinden yapılması dikkat çekicidir. Diğer taraftan başvurucular tarafından imzalanan Bilgi Güvenliği Taahhütnamesi'nin içeriği dikkat çekmiştir. Anılan Taahhütname'nin ilgili kısımları kararın “İlgili Hukuk” başlığı altında şöyle aktarılmıştır:

“Çalışanı olduğum Şirketin faaliyetleri kapsamında;

(...)

³⁰⁶ Ömür Kara ve Onursal Özbek, par. 54.

³⁰⁷ Ömür Kara ve Onursal Özbek, par. 72.

“2. Şirket tarafından şahsıma iş için tahsis edilmiş olan bilgisayar, e-posta, internet kullanımı, telefon, USB memory, CD-writer, iletişim programı ve diğer IT kaynaklarını ve iletişim araçlarını zaruri ihtiyaçları aşan ölçüde kişisel amaçlı, kabul edilemez maksatlı(örn: yasla olmayan kopyalama, iş yürütme, iş araştırma, izinsiz yazılım kurulumu, kullanımı v.b.), eğlence niyetli (örn: çevrimiçi topluluklara sohbet odalarına, forumlara katılım, toplu e-mail gönderimi, müzik sitelerine giriş v.b.), genel ahlaka, örf ve adetlere aykırı şekilde (örn: cinsel içerikli materyallere erişim, taciz, kumar, bahis amaçlı) kullanmayacağımı,
(...)

6. Yetkili şirket yöneticileri tarafından şahsıma herhangi bir haber verilmeksizin ve uyarıda bulunulmaksızın; kullandığım IT ve iletişim kaynaklarının her zaman takip altında tutulabileceğini, gerekli durumlarda detay bazlı incelenebileceğini, el konulabileceğini ve kullanım sınırlaması getirilebileceğini,

... kabul ve taahhüt ediyorum. ... iş bu taahhütname tarafından okunarak imzalanmıştır.”

Görüldüğü üzere Taahhütname'nin ikinci maddesinde işçinin “zaruri ihtiyacı” söz konusu olduğunda kişisel amaçlarla kurum maili kullanma imkanı vardır. Bu açıdan Taahhütname'nin özel amaçlı kullanımının tamamen yasaklandığı söylenemez. İş Sözleşmesi'nde özel amaçlı kullanıma izin verilip verilmemesi elektronik gözetlemenin kapsamı bakımından belirleyici rol oynamaktadır. Sınırlı özel amaçlı kullanım izninin verildiği durumlarda, gözetleme bakımından e-mailin “dışsal bilgileri” ve “içerik bilgileri” olmak üzere ikili bir ayırım söz konusudur. Buna göre işçinin yazdığı ve gönderdiği özel e-mailin dışsal bilgilerinden işçinin e-maili iş zamanında mı yoksa ara dinlenmesinde mi yazdığının tespitinin yapılabileceği önerilmiş; özel içerikli bilgilerin her türlü içeriğinin ve gönderici / alıcı adresinin öğrenilmesinin kişilik haklarının ihlali anlamına geldiği belirtilmiştir.³⁰⁸ Bununla birlikte işçinin rızasına kuşkuyla yaklaşılması gerektiği, başka bir hukuka uygunluk nedenlerinden birine dayanma olasılığı araştırılmaksızın işçinin rızasına başvurunun iş ilişkisinin her iki tarafı için olumsuz sonuçlar doğurma potansiyeline sahip olduğu kabul edilmiştir.³⁰⁹

³⁰⁸ OKUR, Z., İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme, Legal, İstanbul, 2013, s. 174-175.

³⁰⁹ SEVİMLİ, A., İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal, İstanbul, 2006, s. 108-109.

Elektronik gözetleme uygulamasının ölçülü olması gerektiği de belirtilmelidir. Buna göre, işverenin işçiyi elektronik gözetlemesinde işverenin haklı ve hukuken korunan bilgi edinmesine ilişkin hakkı ile işçinin genel anlamda kişilik hakkının korunması arasında denge kurulabilmesi için ölçülülük ilkesine dikkat etmek gerekir.³¹⁰ Ölçülülük ilkesinin işçinin elektronik gözlenmesi bakımından alt ilkeleri ise bir kaynakta şöyle somutlaştırılmıştır:³¹¹

(a) İşverenin hukuka uygun amaca ulaşmak için işçi ile ilgili haklı şüphelerin varlığında, elektronik gözetleme amaca ulaşmak için uygun bir araç teşkil eder.

(b) Aynı hukuka uygun amaca ulaşmak için işçinin kişilik haklarına daha az zarar verecek nitelikte elverişli başka bir önlemin bulunmaması durumunda, alınan söz konusu önlem gerekli nitelikte olacaktır.

(c) İşçinin elektronik gözetlenmesi ile kişilik haklarına yapılan müdahale, yani başvuru ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantının bulunması gerekir. Gözetleme süresi bakımından belli bir sınırın olması gerekir.

Dolayısıyla elektronik gözetlemenin ölçülülük ilkesi gözetilmeden denetlenmesinin işçinin özel yaşamına saygı hakkını ihlal edeceği açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin kararında atıf yaptığı İHAM'ın Barbulescu / Romanya davası da konuyla yakından ilgilidir. Olayda özel bir şirkette çalışan ve işverenin isteği üzerine bir e-mail hesabı açan başvuru iş sözleşmesi, anılan e-mail hesabını özel amaçlı kullanması nedeniyle feshedilmiştir. İHAM yapmış olduğu değerlendirmede, işverenin talimatlarının çalışma yerinde özel sosyal yaşamı sifıra düşürmeyeceğini, özel yaşama saygının ve haberleşmesinin gizliliğinin sınırlandırılmış olsa dahi varlığının devam ettiğini belirtmiştir.³¹² Buna göre başvuru, gözetlemenin kapsamı ve niteliği konularında bilgilendirilmediği, ulusal mahkemelerce gözetlemenin kapsamına ve başvuru mahremiyetine ne derece müdahale edildiğine ilişkin bir incelemenin yapılmadığı, başvuru gözetlenmesi bakımından meşru nedenlerin olup olmadığına ilişkin yeterli inceleme yapılmadığı, başvuru e-maillerinin gözetlenmesi yerine daha az

³¹⁰ OKUR, s. 105-106.

³¹¹ OKUR, s. 105-106.

³¹² Barbulescu / Romanya, 61496/08, 5.9.2017, par. 80.

müdahale eden yöntemlerin uygulanıp uygulanamayacağını incelenmediği, başvurucunun en ağır disiplin cezası almasının göz önüne alınmadığı ve son olarak işverenin hangi aşamada e-maillere eriştiğinin belirlenemediği gerekçeleriyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.³¹³

Sonuç olarak İHAM kararı işçinin e-maillerinin gözetlenmesi hakkında belirli kriterler getirerek, gözetlemenin kapsamı ve niteliğine ilişkin olarak işçinin bilgilendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. İncelediğimiz bireysel başvuru kararının “İlgili Hukuk” başlığı altında yer verilen Taahhütname’de, “*haber verilmeksizin ve uyarıda bulunulmaksızın; kullandığım IT ve iletişim kaynaklarının her zaman takip altında tutulabileceğini, gerekli durumlarda detay bazlı incelenebileceğini, el konulabileceğini ve kullanım sınırlaması getirilebileceği*” şeklinde oldukça genel ve sınırsız nitelikli düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından başvurucunun kişisel yazışmalarının korunması konusunda makul beklentisinin olamayacağına dayanak gösterilmiştir. Ancak başvurucunun kendisine uygulanacak müdahalenin kapsamı ve niteliğine ilişkin olarak bilgilendirilip bilgilendirilmediği karardan anlaşılmamaktadır.³¹⁴ Diğer taraftan Mahkeme iş sözleşmesinin feshinin başvurucular üzerindeki etkisi konusunda da bir değerlendirme yapmamıştır.

Üçüncü kişinin hakka müdahalesi başlığı altında incelediğimiz ikinci karar T. A. A. başvurusu üzerine verilmiştir. Olayda başvuru HIV pozitif olmasına dayanarak iş akdinin sona erdirilmesi nedeniyle haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi öncelikle başvurucunun “sağlık durumu” sebep gösterilerek çalışma hayatını etkileyen bir işleme tabi tutulmuş olmasının maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkını ve özel hayata saygı hakkını ilgilendirdiğini belirtmiştir.³¹⁵ Buna göre Mahkeme İHAM içtihadından da yararlanarak, HIV’li kişilerin uzun zamandır ön yargı ve kınamaya maruz kalan zayıf bir grup olduğunu ve mahkemelerin üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı bireyleri koruma yükümlülüğü altında olduğunu belirterek yukarıda incelediğimiz karara benzer şekilde işveren ve çalışanlar arasındaki çatışan çıkarların adil

³¹³ Barbulescu / Romanya, par. 133-141.

³¹⁴ Ömür Kara ve Onursal Özbek, par. 66.

³¹⁵ T.A.A., 2014/19081, 1.2.2017, par. 62.

biçimde dengelenip dengelenmediğine yönelik bir inceleme yapmıştır.³¹⁶ Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerince başvurusunun işten ayrılmaya zorlanarak işten çıkarılmış olduğu iddiaları yönünden bir değerlendirme yapılmadığı gerekçesiyle karar gerekçelerinin kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı hakları yönünden ilgili ve yeterli olmadığı sonucuna ulaşmıştır.³¹⁷

Diğer taraftan, başvurusunun HIV pozitif olduğunun işverence öğrenilmesinden sonra birkaç ay süreyle çalıştırılmamasının farklı bir muameleye tutulduğunu gösterdiği, başvurucuya işini HIV pozitif olması nedeniyle kaybettiği gerekçe gösterilerek negatif anlamda farklı muamelenin yapıldığı, HIV hastalığının küçük bir ihtimal de olsa bulaşma riski dikkate alınarak işverenin diğer çalışanları koruma amacının meşru olduğu ancak, derece mahkemelerince “iş yerinde alternatif iş imkanlarının incelenmesi yükümlülüğü” konusunda değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle, işveren ve işçi arasında çatışan çıkarlar arasında adil bir dengelemenin kurulmadığı sonucuna varılmıştır.³¹⁸

Kararın dikkat çekici yanı “İlgili Hukuk” başlığı altında yer verilen uluslararası metinlere değerlendirme kısmında hiç yer verilmemiş olmasıdır. Anılan metinler şunlardır:

(a) BM Genel Kurulu’nun 27/6/2001 tarihli ve Karar No. S-26/2 sayılı HIV/AIDS Taahhüt Deklarasyonu,

(b) Uluslararası Çalışma Örgütü’nün(ILO) Haziran 2001 tarihli HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili ILO Uygulama ve Davranış Kuralları,

(c) AKPM’nin insan hakları bakımından HIV/AIDS’in değerlendirmesine ilişkin 1989 tarihli ve 1116 sayılı tavsiye kararı,

(d) AKPM’nin 1536 sayılı kararı,

³¹⁶ T.A.A., par. 71, 73, 75, 79, 80; atf yapılan İHAM içtihatları için ayrıca bkz. Kiyutin / Rusya, 2700/10, 10.3.2011, par. 56-57,64; I.B. / Yunanistan, 552/10, 3.10.2013, par. 73,81.

³¹⁷ T.A.A., par. 90.

³¹⁸ T.A.A., par. 99.

(e) Seyahatlerin HIV nedeniyle kısıtlanmasıyla ilgili Haziran 2004'te kabul edilmiş olan BM HIV/AIDS/Uluslararası Göç Örgütü Ortak Programı Deklarasyonu'nun tavsiyeleri.

Bunlardan olayla yakından ilgili olan ILO'nun HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili ILO Uygulama ve Davranış Kurallarınının 9., 10., 11. ve 12. maddeleri şöyledir:

“9.Hükümetler, temsil kabiliyeti en fazla olan işçi ve işveren kuruluşlarının görüşlerini de alarak, gerçek veya farz edilen HIV durumundan kaynaklanan ayrımcılığı önlemek üzere 1958 tarihli Ayrımcılık (istihdamda ve mesleklerde) Sözleşmesi'ndekine eşdeğer korumanın sağlanması konusu üzerinde durmalıdır.

10.1958 Tarihli Ayrımcılık (istihdam ve mesleklerde) Sözleşmesi'nde yer alan hükümler çerçevesinde, gerçek veya farz edilen HIV durumu ne işe alınmayı ve işte devamı ne de fırsat eşitliğini engelleyici bir gerekçe oluşturmalıdır.

11.Gerçek veya farz edilen HIV durumu işten çıkarılma gerekçesi olamaz.

1982 tarihli işten çıkarma sözleşmesini dikkate alarak, üçüncü kişiyle ilgilenme sorumluluğu nedeniyle veya HIV veya AIDS ile bağlantılı bir rahatsızlıktan dolayı geçici olarak işe gelememe, diğer başka sağlık sorunları nedeniyle işe gelememe durumu gibi kabul edilmelidir.

12.İş yerindeki ayrımcılığa karşı mevcut önlemler HIV ve AIDS temelli ayrımcılığa karşı etkili bir koruma sağlamak konusunda yetersiz kalıyor ise, üyeler bu önlemleri duruma uyarlamalı, yerine yeni önlemler almalı ve şeffaf ve etkili bir biçimde uygulamalarını sağlamalıdır.”

Görüldüğü üzere anılan maddeler “HIV durumundan kaynaklanan ayrımcılık” konusu üzerinde durmaktadır. Kararda her ne kadar “farklı muamele” tespit edilse de karar sonucunda “alternatif iş imkanlarının incelenmesi yükümlülüğü” üzerinde durulmuş, başvuruçunun maruz kaldığı

HIV durumundan kaynaklanan ayrımcı muamele yönünden bir sonuca varılmamıştır.³¹⁹ Diğer taraftan kararda atıf yapılan I. B. / Yunanistan davasında, HIV pozitif başvuruçunun hastalığının şirkette duyulması üzerine çalışanların, “sağlıklarını ve çalışma haklarını korumak” için başvuruçunun işten çıkarılması çağrısında bulunarak başvuruçunun şirkette kalmaya devam ettiği takdirde şirketteki uyumlu atmosferin bozulacağını belirttikleri bir yazı kaleme alması üzerine, işverenin başvuruçuyu işten çıkardığı davada İHAM, başvuruçunun sağlık durumuna dayanan bir ayrımcılıktan dolayı mağdur edildiği sonucuna varmıştır:

“Yargıtay’ın başvuruçunun çıkarları yerine niye işverenin çıkarlarını üstün tuttuğunu yeterince açıklayamamış ve Sözleşme’ye uygun olacak şekilde iki tarafın haklarını dengeleyememiştir.

Buradan Sözleşme’nin 8. maddesi ile bağıntılı olan 14. maddesi hiçe sayılarak başvuruçunun sağlık durumuna dayanan bir ayrımcılıktan dolayı mağdur edildiği anlaşılmaktadır. Öyleyse, bu maddeler ihlâl edilmişlerdir.”³²⁰

Sonuç olarak kararda ayrımcılık yönünden atıf yapılan I. B. / Yunanistan karar normu somutlaştırılmamış, başvuruçucu bakımından tespit edilen “farklı muamele”nin Anayasa’nın 10. maddesine aykırılık teşkil edip etmediği sorusuna cevap verilmemiştir.³²¹

³¹⁹ Doğrudan çalışma hayatında HIV/AIDS konusuna ilişkin bir sözleşme olmamakla birlikte bu konuda başta “111 No’lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi ve diğer sözleşmeler için bkz. HODGES, J., Guidelines on addressing HIV/AIDS in the workplace through employment and labour law. International Labour Office Geneva, 2004 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_116658.pdf Erişim: 7.9.2017; bu konuda örnek gösterilen bazı kararlar için bkz. CHARTIER, M.C., Legal Initiatives to Address HIV/AIDS in the World of Work, s. 10-11. <http://www.hivpolicy.org/Library/HPP001214.pdf>, Erişim: 7.9.2017, 2005.

³²⁰ I. B. / Yunanistan, 552/10, 3.10.2013, par. 90-91.

³²¹ “Karar normu” kavramı için bkz. ODER, B. E., Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, s. 121-213.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi özel yaşamın korunmasına ilişkin normların somutlaştırılmasında argüman olarak temelde, İHAM ve norm denetimi içtihadına, uluslararası metinlere, Anayasa'nın bütünselliği ilkesine ve adil denge ölçütüne başvurmaktadır. Ancak Mahkeme'nin kullandığı bu argümanlara her zaman yöntemsel yaklaşmadığı gözlemlenmiştir. Özel yaşamın korunmasına ilişkin bireysel başvuru içtihadının incelenmesinde başvurduğumuz, otoriter, rehber, aksesuar ve değişken argüman olmak üzere dört derecede sınıflandırdığımız argümanları derecelendirme soruşturmamız, bu yöntemsel soruna dikkat çekmiştir. Mahkeme'nin bazı kararlarında, argümanları arasında öne çıkan özellikle İHAM içtihadı ve norm denetimi içtihadına otoriter argüman derecesinde yaklaştığı, bazı kararlarında ise rehber ve aksesuar argüman derecesinde yaklaştığı gözlemlenmiştir. Kararlarda sıklıkla “adil denge ölçütü” olarak anılan ölçülülük ilkesi ile Anayasa'nın bütünselliği ilkesinin argüman dereceleri ise diğer argümanların derecelerinden farklı olarak değişken argüman derecesinde gözlemlenmiştir. Ölçülülük ilkesinin alt unsurlarının bireysel başvuru kararlarında somut olay özelinde somutlaştırılmadığı da belirtilmelidir.³²² Bu durum ilkenin kullanım alanında belirsiz bir atmosfer yaratmıştır. Son olarak uluslararası metinlerin argüman derecesi de aksesuar argüman derecesinde örnekler sunmaktadır. Özellikle aksesuar argüman derecesine ilişkin örnekler, özel yaşamın korunmasına ilişkin bireysel başvuru içtihadında atıf yapılan gerek uluslararası sözleşme normlarının gerekse karar normlarının somutlaştırılmadığına dikkat çekmektedir.³²³

Anayasa Mahkemesi özel yaşamın korunmasına ilişkin olarak kadın, çocuk, çevre, mesleki hayat, kamu görevlileri ve hükümlülere ilişkin kamusal alanlara dokunan pek çok konuda bireysel başvuru kararı vermiştir. Mahkeme'nin bu kararlarında sıklıkla kamusal makamların takdir yetkisine vurgu yaptığı belirtilmelidir. İncelediğimiz kararlar arasında özellikle mahremiyet hakkına ilişkin olarak özel yaşamın mesleki hayat ile ilişkisinin değerlendirildiği kararlarda kamusal makamların takdir yetkisinin dar tutulduğu; ancak kamu güvenliğinin öne çıktığı başvurularda Mahkeme'nin kamusal makamların takdir yetkisinin genişliğini dikkate

³²² Şengül Kayan; Serap Tortuk.

³²³ “Karar normu” kavramı için bkz. ODER, B. E., Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, s. 121-213.

aldığı gözlemlenmiştir.³²⁴ Hakka kamu makamı dışında, özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzluklara konu olacak şekilde üçüncü kişinin müdahalesi söz konusu olduğunda da benzer bir durum gözlemlenmiş, Anayasa Mahkemesi bu alanlarda da kamu makamlarının takdir yetkisine dikkat çekmiştir.³²⁵

Anayasa Mahkemesi özel yaşamın korunmasına ilişkin bireysel başvuru içtihadında sıklıkla İHAM içtihadına başvurmuştur. Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı bağlamında değerlendirilen çevre hakkına ilişkin başvurularda İHAM içtihadının etkisi oldukça belirgindir. Gerek 17. maddedeki güvenceleri harekete geçiren kriterlerin belirlenmesinde, gerekse pozitif usul yükümlüklerin belirlenmesinde Mahkeme İHAM içtihadına başvurmuştur.³²⁶ Aile hayatına saygı hakkı bakımından da benzer bir durum gözlemlenmiştir. Ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişkinin tesisi hakkındaki kararlarda, kurulması öngörülen ilişkinin uygulanabilir ve etkili olması gerektiğine ilişkin İHAM içtihatları, gerçekleştirilmeyen velayet kararının icrası bakımından da çocuk hakkında zorlayıcı tedbirlere başvurma yükümlülüğünün çocuğun üstün menfaati ile sınırlı olduğuna ilişkin İHAM içtihatları dikkate alınmıştır.³²⁷ Haberleşme hürriyeti bakımından ise İHAM içtihadı ile etkileşim özellikle telefon dinleme kayıtlarının basına sızdırılmasına ilişkin şikayetin değerlendirilmesinde gözlemlenmiştir. Mahkeme gerek gizli tedbirlere ilişkin kanun hükümlerinin içermesi gereken asgari şartları bakımından, gerekse kamusal makamların pozitif yükümlülüklerinin belirlenmesinde İHAM içtihadını referans göstermiştir.³²⁸

Mahkeme'nin İHAM içtihadını takibinde bazı kırılmalar da mevcuttur. Bireysel başvuru içtihadının en dikkat çekici kararlarından olan evli kadının soyadına ilişkin içtihadta, sonuç itibarıyla İHAM'ın yaklaşımının benimsendiği gözlemlense de, ne tam manasıyla İHAM'ın değerlendirmesinin ve uluslararası sözleşmelerin benimsendiği ne de evli kadının soyadına ilişkin norm denetimi içtihadından ayrılma olduğu söylenebilir.³²⁹ Çocuk kaçırmaya ilişkin Lahey Sözleşmesi dikkate alınarak yapılan denetimde de, İHAM'ın Sözleşme'ye ilişkin olarak

³²⁴ Şengül Kayan; Serap Tortuk; Ö. Ç.; Beşir Doğan.

³²⁵ Ömür Kara ve Onursal Özbek.

³²⁶ Mehmet Kurt.

³²⁷ Murat Atılğan; Cengiz Kılıç; Selim Adıyaman; M. M. E. ve T. E..

³²⁸ Mehmet Koray Eryaşa.

³²⁹ Sevim Akat Eşki.

çocuğun yararına ve uygulanacak prosedürün mekanik olmadığına dikkat çektiği içtihatları göz ardı edilmiştir.³³⁰

Mahkeme'nin İHAS dışındaki diğer uluslararası sözleşmelere yaklaşımının ise oldukça sınırlı olduğu gözlemlenmiştir. Mahkeme'nin kanıtlama kurgusunda uluslararası sözleşmeleri yorumlayan belgelere atıf yapmamakla birlikte, sözleşme maddelerine genel ve kapsayıcı nitelikte yaptığı atıflar, karar gerekçelerinin atıf yapılan uluslararası sözleşmeler özelinde güçlendirilmesini engellemektedir.³³¹ Dolayısıyla bu eğilimin, uluslararası sözleşmelerin kanıtlamadaki etkisini düşürdüğü söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi içtihadında sınırlı da olsa insan odaklı yorumun örnekleri de gözlemlenmektedir. Mahkeme demokratik hukuk devletinde, yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerektiğine sıklıkla değinmektedir.³³² Diğer bir örnek çevre hakkının incelendiği kararlarda karşımıza çıkmıştır. Mahkeme'ye göre çevreye insan merkezli bir anlayışla yaklaşılması gerekir.³³³

Sonuç olarak özel yaşamın korunmasına ilişkin bireysel başvuru içtihadı gerek hak alanları bakımından gerekse hakka ilişkin kanıtlama örgülerinde yer alan argümanlar bakımından oldukça zengin bir çeşitlilik sunmaktadır.

³³⁰ Marcus Frank Cerny.

³³¹ Sevim Akat Eşki; Hayriye Özdemir; Cengiz Kılıç; Selim Adıyaman; M. M. E. ve T. E.; Mehmet Kurt.

³³² Şengül Kayan; Serap Tortuk.

³³³ Mehmet Kurt; Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık.

SOMUTLAŞMA BİÇİMLERİNE İLİŞKİN GÖRSELLER

Aşağıda çalışmamızda incelediğimiz tüm somutlaşma biçimlerinin görselleri bulunmaktadır.³³⁴ Somutlaşma biçimlerinin incelendiği kararlarda dikkat çeken başlıklar da görsellerde yer almaktadır. Ayrıca görsellerde bazı kısaltmalar kullanılmıştır. Bu kısaltmaların açılımları şunlardır:

İH: Hakkın İhlal Edildiği

İEM: Hakkın İhlal Edilmediği

BYT: Başvurunun Başvuru Yollarının Tüketilmemesi Nedeniyle Kabul Edilemez Bulunması

ADY: İddianın Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Kabul Edilemez Bulunması

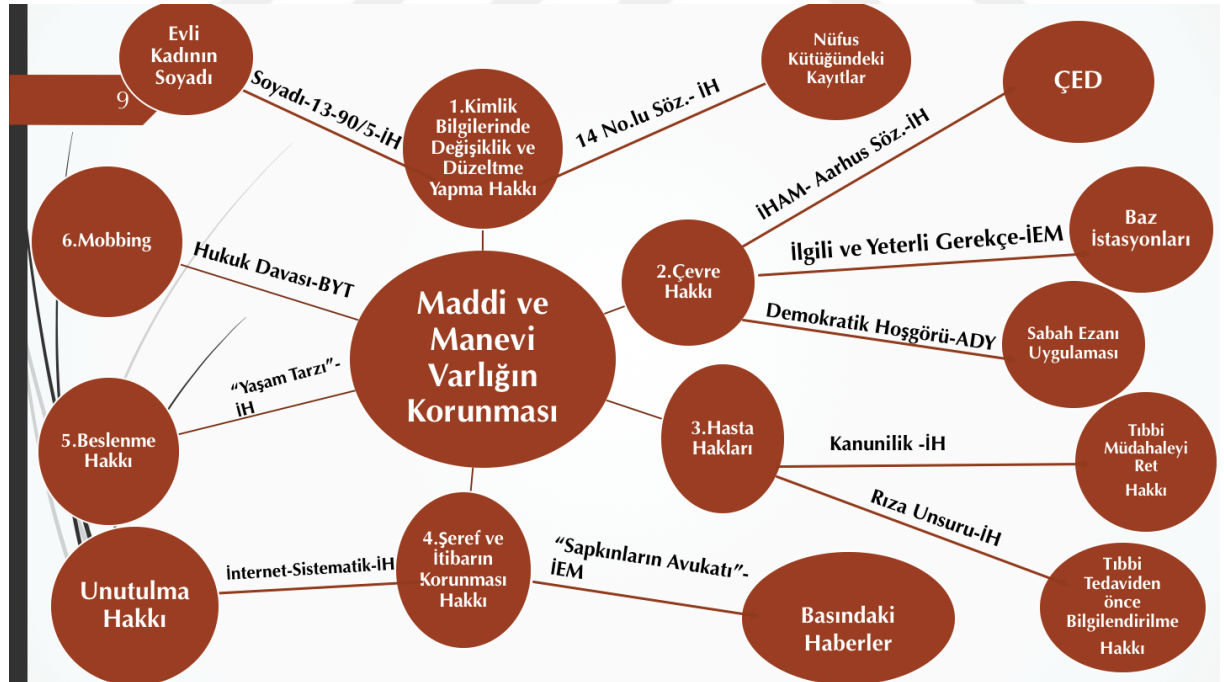
ÇHS: Çocuk Hakları Sözleşmesi

ÇÜY: Çocuğun Üstün Yararı

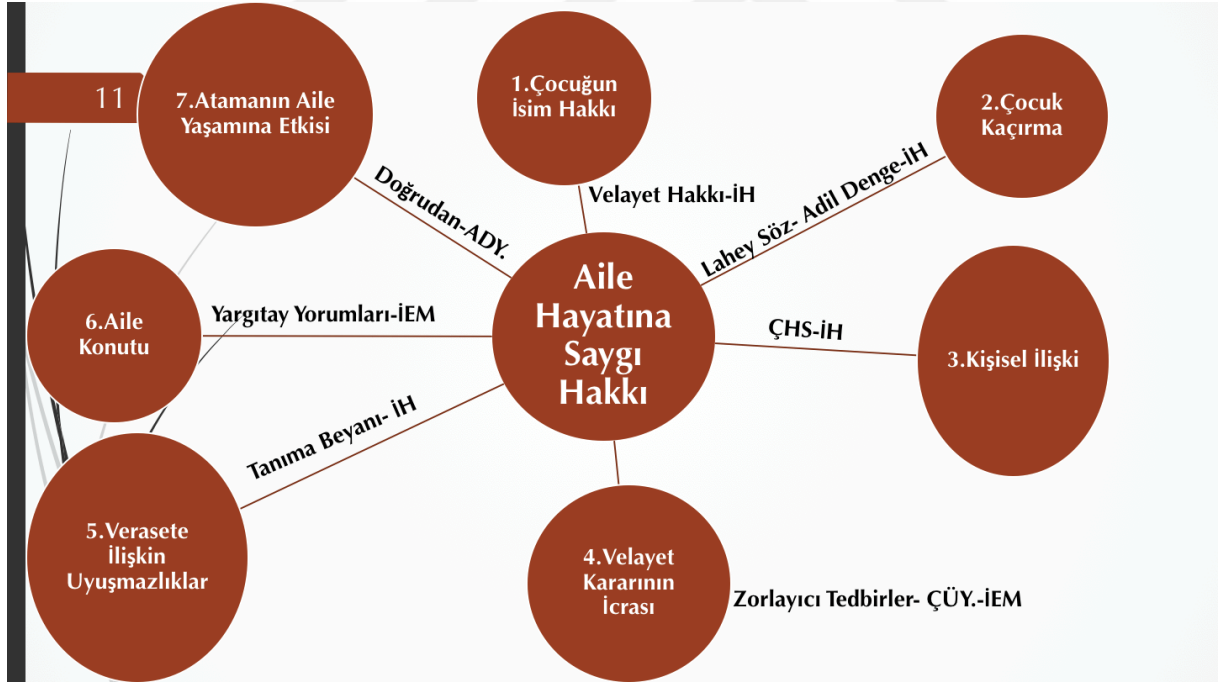
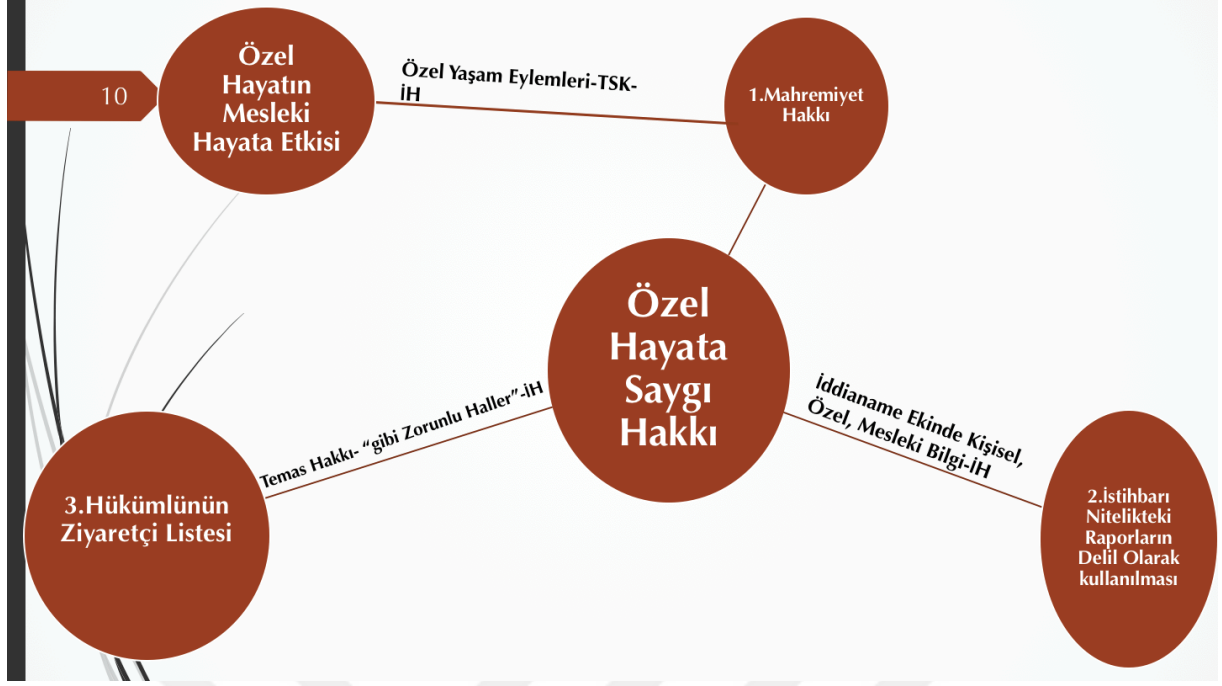
ÖH: Özel Hayatın Gizliliği

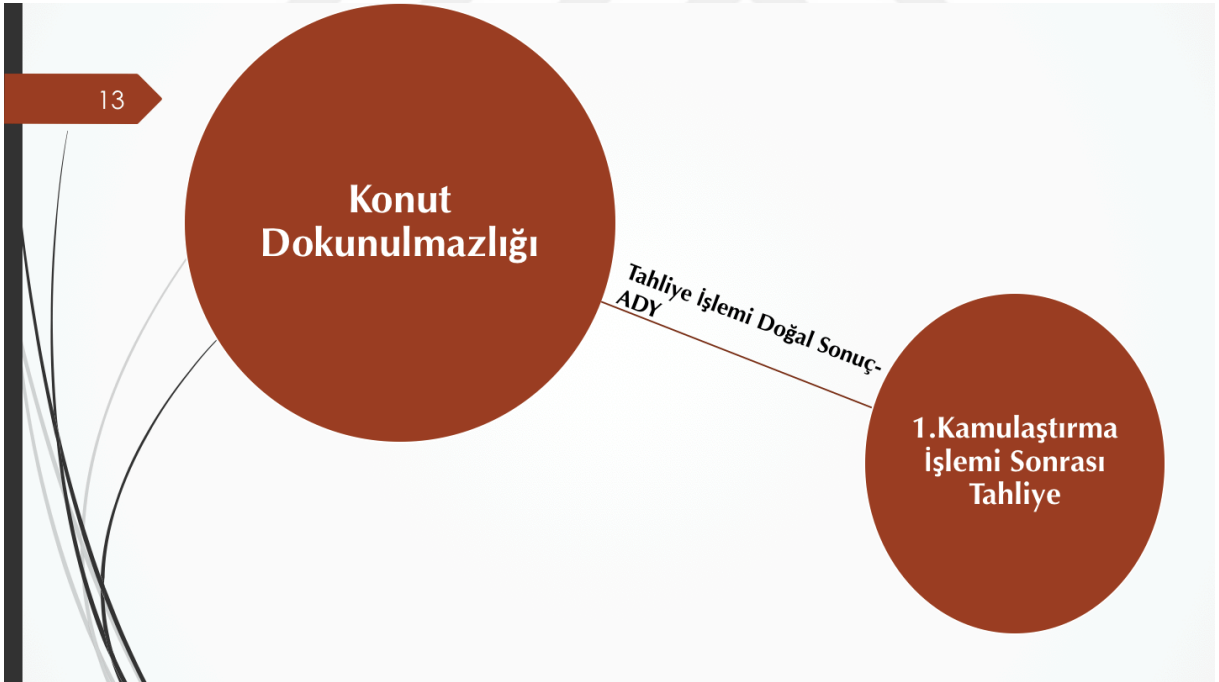
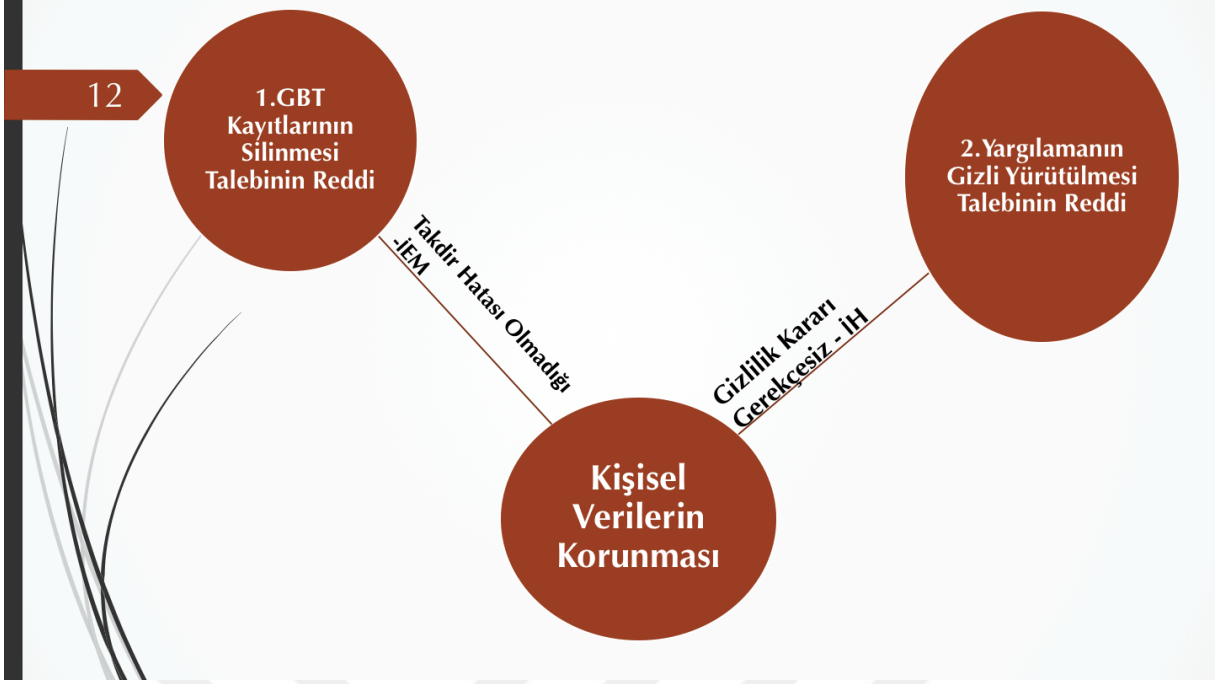
MM: Maddi ve Manevi Varlığın Korunması

HÖ: Haberleşme Özgürlüğü



³³⁴ Somutlaşma biçimlerine tez savunması için hazırlanan sunumda yer verilmiş, jürinin tavsiyesi üzerine çalışmaya eklenmiştir.





14

1. Tutuklunun
Avukatı ile
Görüşmesi ve
Dış Dünya ile
Teması

2. Tutuklunun
Mektuplaşması

3. Telefon
Dinleme
Kayıtları

Haberleşme
Hürriyeti

iH ve iEM

İmha Kararı
Gerekçesiz-iH

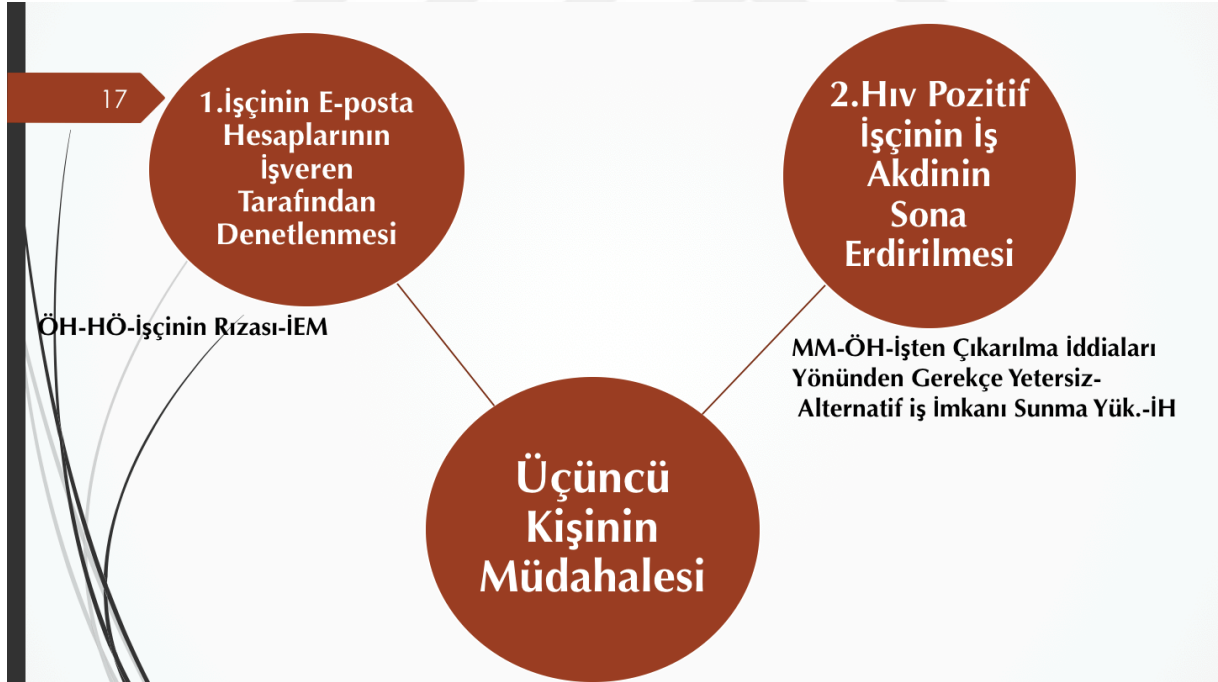
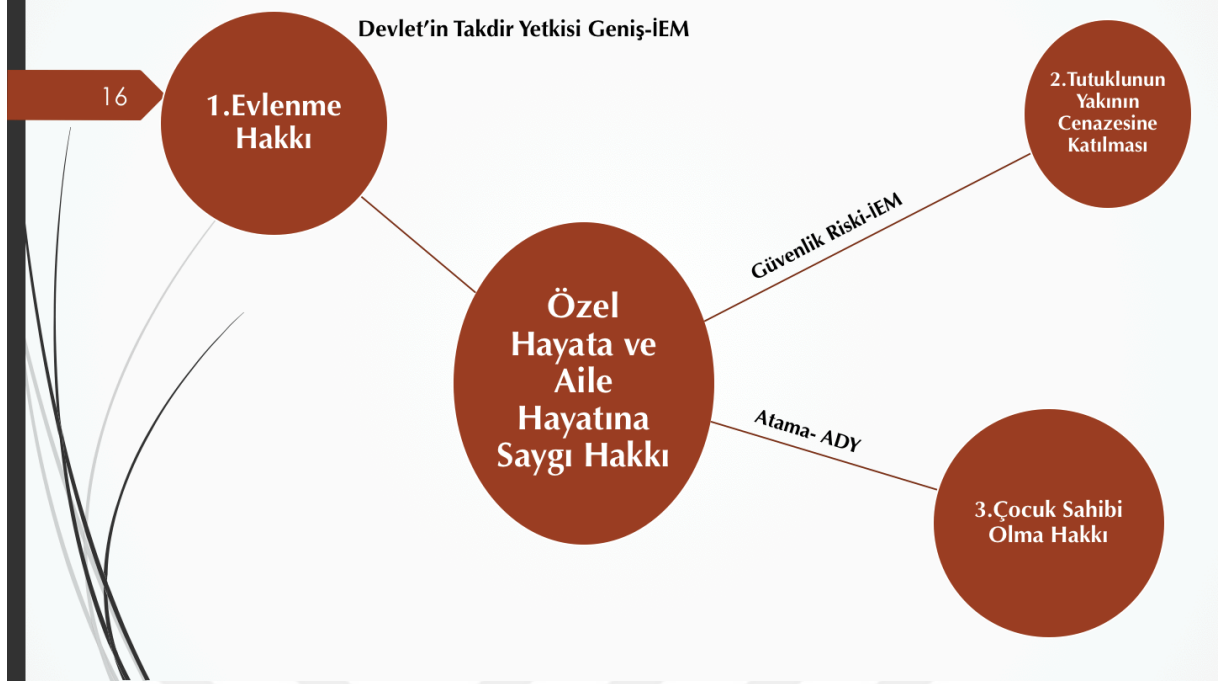
Gizli Tedbirler-iH

15

Haberleşme
Hürriyeti
ve
Özel Hayata
Saygı Hakkı

TSK'nın Takdiri-iEM

1. E-posta
Yazışmaları



KAYNAKÇA

KARARLAR

- Adem Yüksel, 2013/9045, 1.6.2016.
Adnan Oktar(3), 2013/1123, 2.10.2013.
Ahmet Acartürk, 2013/2084, 15.10.2015.
Ahmet Temiz, 2013/1822, 20.5.2015.
Ahmet Temiz(4), 2013/6208,18.11.2015.
Arrowsmith / Birleşik Krallık, 7050/75, 16.5.1977.
Aslan Faruk Toprak, 2013/2957, 24.3.2016.
Aslı Kırmızı Demirseren, 2013/5680, 15.4.2014.
Ata Türkeri, 2013/6057, 16.12.2015.
Axel Springer AG / Almanya, 39954/08, 7.2.2012.
Ayla (Şenses) Kara, 2013/7063, 5.11.2015.
AYM, E. 1984/14, K. 1985/7, 13.6.1985.
AYM, E. 1986/24, K. 1987/7, 31.3.1987.
AYM, E. 1987/1, K. 1987/18, 11.9.1987.
AYM, E. 1990/5, K. 1991/5, 28.2.1991.
AYM, E. 2005/114, K. 2009/105, 2.7.2009.
AYM, E. 2009/1, K. 2011/82, 18.5.2011.
AYM, E. 2010/119, K. 2011/165, 8.12.2011.
AYM, E. 2010/83, K. 2012/169, 1.11.2012.
AYM, E. 2011/134, K. 2012/83, 24.5.2012.
AYM, E. 2013/122, K. 2014/74, 9.4.2014.
AYM, E. 2013/84, K. 2014/183, 4.12.2014.
AYM, E. 2014/149; K. 2014/151, 2.10.2014.
AYM, E. 2014/180, K. 2015/30, 19.3.2015.
AYM, E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014.
AYM, E.1980/29, K. 1981/22, 21.5.1981.
AYM, E.1997/61, K.1998/59, 29.9.1998.
AYM, E.2001/346, K. 2003/63, 11.06.2003.
AYM, E.2009/85, K.2011/49, 10.3.2011.

AYM, E.2011/34, K. 2012/48, 30.3.2012.
AYM, E.2012/100, K.2013/84, 4.7.2013.
B. U., 2013/2414, 6.1.2016.
Barbulescu / Romanya, 61496/08, 5.9.2017.
Beşir Doğan, 2013/2335, 15.12.2015.
Burghartz / İsviçre, 16213/90, 22.2.1994.
Bülent Kaya, 2013/2941, 11.5.2016.
Bülent Polat, 2013/7666, 10.12.2015.
Campbell ve Cosans / Birleşik Krallık, 7511/76; 7743/76, 25.2.1982.
Cengiz Kılıç, 2013/3181, 3.2.2016.
Court of Justice, Case C-131/12.
Czarnowski / Polonya, 28586/03, 20.4.2009.
Czech Republic ACCC/C/2012/70; ECE/MP.PP/C.1/2014/9, 4.06.2014.
D.Ö., 2014/3977, 30.6.2016.
Dadouch / Malta, 38816/07, 20.7.2010.
Dahlab/İsviçre, 42393/98, 15.2.2001.
Daroczy / Macaristan, 44378/05, 1.7.2008.
Das Universelle Leben Aller Kulturen Weltweit E.V. / Almanya (k.k.), 60369/11, 17.10.2015.
Demir Dinipak, 2013/7983, 26.6.2014.
Deniz Gebeş, 2014/12862, 13.7.2016.
Emel Leloğlu, 2013/3512, 17.7.2014.
Emsan Öner, 2013/1504, 3.2.2016.
Ercan Kanar, 2013/533, 9.1.2014.
Eren Yıldız, 2013/759, 7.7.2015.
European Community ACCC/C/2007/21; ECE/MP.PP/C.1/2009/2/Add.1, 11.12.2009.
Fatma Julia Ekinciler, 2013/2758, 17.2.2016.
France ACCC/C/2007/22; ECE/MP.PP/C.1/2009/4/Add.1, 8.02.2011.
G.G., 2014/16701, 13.10.2016.
Germany ACCC/C/2008/31; ECE/MP.PP/C.1/2014/8, 4.06.2014.
Gluhakovic / Hırvatistan, 21188/09, 12.4.2011.
Gülbu Özgüler, 2013/7979, 11.11.2015.
Gülsim Genç, 2013/4439, 6.3.2014.
Gülşin Oral, 2013/6129, 16.9.2015.

Güzel Erdagöz / Türkiye, 37483/02, 21.10.2008.
Hakan Erdoğan, 2013/9481, 24.3.2016.
Halime Sare Aysal, 2013/1789, 11.11.2015.
Hatton vd. / Birleşik Krallık, 36022/97, 2.7.2003.
Hayrettin Aktaş, 2013/1205, 17.9.2013.
Hayriye Özdemir, 2013/3434, 25.6.2015.
Hokkanen / Finlandiya, 19823/92, 23.9.1994.
Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık, 2013/6587, 24.3.2016.
Hüseyin Yelkenci, 2013/9706, 10.3.2016.
I. B. / Yunanistan, 552/10, 3.10.2013.
Ignaccolo-Zenide / Romanya, 31679/96, 25.1.2000.
İlker Ensar Uyanık / Türkiye, 60328/09, 3.5.2012.
İlknur Yüksel, 2014/7738, 13.7.2016.
Işıl Yaykır, 2013/2284, 15.4.2014.
K.Ü., 2014/15792, 13.10.2016.
Kiyutin / Rusya, 2700/10, 10.3.2011.
Leventoğlu Abdulkadiroğlu / Türkiye, 7971/07, 28.5.2013.
Lind / Rusya, 25664/05, 6.12.2007.
Lopez Ostra / İspanya, 16798/90, 9.12.1994.
M. M. E. ve T. E., 2013/2910, 5.11.2015.
Maire / Portekiz, 48206/99, 26.6.2003.
Marcus Frank Cerny, 2013/5126, 2.7.2015.
Mehmet Ergin, 2013/2891, 5.11.2015.
Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16.4.2015.
Mehmet Kurt, 2013/2552, 25.2.2016.
Mehmet Nuri Özen vd. / Türkiye, 15672/08, 11.1.2011.
Mehmet Seyfi Oktay, 2013/6367, 10.12.2015.
Mehmet Zahit Şahin, 2013/4708, 20.4.2016.
Melahat Karkin, 2014/17752, 13.10.2016.
Mesut Özbezen, 2013/8175, 15.4.2014.
Minelli/İsviçre (k.k.), 14991/02, 14.06.2005.
Mr. Michael Andreas Müller and Imke Engelhard v. Namibya, 919/2000, U.N. Doc. CCPR/C/74/D/919/2000 (2002).

Muhammed Ali Bayram, 2014/4077, 29.6.2016.
Murat Atılğan, 2013/9047, 7.5.2015.
N.B.B., 2013/5653, 3.3.2016.
N.Ö., 2014/19725, 19.11.2015.
National Union Of Rail, Maritime And Transport Workers / Birleşik Krallık, 31045/10, 8.4.2014.
Neşe Aslanbay Akbıyık, 2014/5836, 16.4.2015.
Neulinger ve Shuruk / İsviçre, 41615/07, 6.7.2010.
Niemietz / Almanya, 13710/88, 16.12.1992.
Nurcan Yolcu, 2013/9880, 11.11.2015.
Nurettin Özaltın, 2013/19725, 19.11.2015.
Okuy vd. / Türkiye, 36220/97, 12.7.2005.
Oleksandr Volkov / Ukrayna, 21722/11, 27.5.2013.
Osman Konuktar, 2013/5670, 23.3.2016.
Ö.Ç., 2014/8203, 21.9.2016.
Ömür Kara ve Onursal Özbek, 2013/4825, 24.3.2016.
Özpinar / Türkiye, 20999/04, 19.10.2010.
Polomo Sanchez ve diğerleri / İspanya [BD], 28955/06, ..., 12.9.2011.
Polski / Polonya, 26761/95, 12.11.2002.
Powell ve Rayner / Birleşik Krallık, 9310/81, 21.2.1990.
Pretty / Birleşik Krallık, 2346/02, 29.4.2002.
Roman Zakharov / Rusya, 47143/06, 4.12.2015.
Romania ACCC/C/2005/15; ECE/MP.PP/2008/5/Add.7, 16.04.2008.
S. K., 2013/1778, 15.12.2015.
Salih Karakoç, 2013/2954, 19.12.2013.
Sannino / İtalya, 72639/01, 3.5.2005.
Schober / Avusturya, (k.k.), 34891/97, 9.11.1999.
Selim Adıyaman, 2013/8846, 9.3.2016.
Serap Tortuk, 2013/9660, 21.1.2015.
Sevim Akat Eşki, 2013/2187, 19.12.2013.
Sidabras ve Dziautas/Litvanya, 55480/00, 59330/00, 27.7.2004.
Silver vd. / Birleşik Krallık, 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 25.3.1983.

Sinem Hun, 2013/5356, 8.5.2014.
Skugar ve diğeri / Rusya (k.k.), 40010/04, 3.12.2009.
Sorensen ve Rasmussen / Danimarka [BD], 52562/99, 52620/99, 11.1.2006.
Spain ACCC/C/2009/36; ECE/MP.PP/C.1/2010/4/Add.2, 08.02.2011.
Stjerna / Finlandiya, 18131/91, 25.11.1994.
Şehmus Özsubaşı, 2013/2582, 3.3.2016.
Şehnaz Ayhan, 2013/6229, 15.4.2014.
Şengül Kayan, 2013/1614, 3.4.2014.
T.A.A., 2014/19081, 1.2.2017.
Tanbay Tüten / Türkiye, 38249/09, 10.12.2013.
Taşkın ve diğeri / Türkiye, 46117/99, 10.11.2004, par. 115 vd..
Tevfik Türkmen, 2013/9704, 3.3.2016.
The Association For European Integration and Human Rights ve Ekimdzhev / Bulgaristan, 62540/00, 28.6.2007.
Tuğba Arslan, 2014/256, 25.6.2014.
Tuncer Güneş / Türkiye, 26268/08, 3.10.2013.
Ukraine ACCC/C/2004/3 ve ACCC/S/2004/1; ECE/MP.PP/C.1/2005/2/Add.3, 14.04.2005.
United Kingdom ACCC/C/2010/53; ECE/MP.PP/C.1/2013/3, 11.01.2013.
Ümit Yalçın, 2014/12984, 26.2.2015.
Ünal Tekeli / Türkiye, 29865/96, 16.11.2004.
Veysel Kaplan, 2013/2727, 9.3.2016.
Von Hannover / Almanya (no.2) [BD], 40660/08 ve 60641/08, 7.2.2012.
W. / Birleşik Krallık, 18187/91, 10.2.1993.
White / İsveç, 42435/02, 19.12.2006.
X / Letonya, 27853/09, 26.11.2013.
Y12HD, 21711/26246, 20.12.2004.
Y12HD, E. 2009/4318, K. 2009/12326, 9.6.2009.
Y8HD, E. 2014/9468, K.2015/10691, 11.5.2015.
YHGK, E. 2012/2-382, K. 2012/747, 7.11.2012.
YHGK, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, 17.6.2015.

RAPORLAR

Binyıl Kalkınma Hedefleri Raporu Türkiye 2010, Devlet Planlama Teşkilatı, 2010, 29-32.

CEDAW General Recommendation No. 21: Equality in Marriage and Family Relations, 1994, par. 24 <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom21>
Erişim: 30.08.2017.

CO Turkey, CEDAW/C/TUR/CO/7, 2016, par. 54.

Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies. 2008. HRI/GEN/1/Rev.9, Vol 1, par.6, 194-195.

CRC/C/TUR/CO/2-3. 20.4.2012. Concluding Observations: Turkey.

Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, European Treaty Series, No.164. <https://rm.coe.int/16800ccde5>
Erişim: 2.9.2017.

LİTERATÜR

AKYÜREK, G., Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu Çeşitli Hukuk Davalarında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Seçkin, 2014.

ALEXY, R., A Theory of Legal Argumentation, The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification, Oxford University Press, Translated by Ruth Adler and Sir Neil MacCormick, 2011.

ANDRUSEVYCH, A., KERN, S. (eds), Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2014), Third Edition, Racse, Lviv, 2016.

ARASLI, O., Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C Anayasasında Düzenlenişi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1979.

ARSLAN-ÖNCÜ, G., “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, İNCEOĞLU, S. (Ed.), Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.

ARSLAN-ÖNCÜ, G., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta, İstanbul, 2011.

BANNER, C., The Aarhus Convention A Guide for UK Lawyers, Hurt Publishing, Oxford, 2015.

BAŞALP, N., Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin, Ankara, 2004.

BAUMAN, Z., Hermenötik ve Sosyal Bilimler (*“Hermeneutics and Social Science Approaches to Understanding”*), Çev. Hüseyin Oruç, Ayrıntı, 2017.

BAYRAKTAR, K., “Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 119, 2007.

BERNAL, P., Internet Privacy Rights: Right to Protect Autonomy, Cambridge University Press, 206, 2014.

BOYAR, O., “Anayasa’da Kadın”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu (6.3.2015), Der, İstanbul, 2015.

BOZLAK, A., Anayasa Ek 4. Madde Kapsamında ABD Hukukunda Özel Hayatın Korunması, Beta, İstanbul, 2015.

BRADY, K., “New Convention on Access to Information and Public Participation in Environmental Matters”, Environmental Policy and Law, 28/2, 1998.

CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta, İstanbul, 2016.

CHARTIER, M.C., Legal Initiatives to Address HIV/AIDS in the World of Work. <http://www.hivpolicy.org/Library/HPP001214.pdf> , Erişim: 7.9.2017, 2005.

COHEN-ELIYA M., PORAT I., Proportionality and the Culture of Justification, 59 American Journal of Comparative Law, 463, 2011.

DETRICK., S., A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, 90, 1999.

DEYNEKLİ, A., KOÇAK, C., OSKAY, M., AYDIN, D., “İİK Şerhi Madde 1-67”, Turhan, Ankara, 2007.

DİNÇ, G., “Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam”, Özel Yaşamın Gizliliği, Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel, Ankara, 2008.

ECO, U., Edebiyata Dair, Çev. Betül Parlak, Can Yayınları, 2016.

EPINEY, A., “Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht”, <https://doc.rero.ch/record/11470/files/Aufsatz52.pdf> Erişim: 31.08.2017, 2003.

ESPINOSA, M. J. C.. “Privacy”, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, ROSENFELD, S., SAJO A. Oxford: Oxford University Press, 2012, 966-981.

FALLBERG, L., “Consequences of the Amsterdam Declaration - a Rights Revolution in Europe?”, European Journal of Health Law 10: 5-10, 2003.

FAWCETT, J.J, SHÚILLEABHÁIN, M. N., SHAH, S., Human Rights and Private International Law, Oxford University Press, Oxford, 2016, 712-713.

FREEMAN, M. A., CHINKEN, C., BEATE, R., The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women, A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2012, 425.

GÖLCÜKLÜ, F., GÖZÜBÜYÜK, Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan, Ankara, 2002.

GÖZTEPE, E., Anayasa Şikayeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 45, 1998.

GÖZTEPE-ÇELEBİ, E., “Anayasa Mahkemesi’nin “Mobbing” Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, 32, 2015.

GÜNTÜRK, M., S., Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Seçkin, Ankara, 2012.

GÜRKEY, Ş., “Hasta Hakları”, Medikal Etik, HATEMİ H., DOĞAN, H., 2003 http://www.ism.gov.tr/hastahaklari/indir/ULUSLARARASI_HASTA_HAKLARI.pdf Erişim: 2.9.2017.

HAKERİ, H., Tıp Hukuku Temel Bilgiler, Seçkin, Ankara, 2009.

HAMDEMİR, B., Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Seçkin, 2015.

HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P., WARBRICK, C. M., Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2014.

HELVACI, S., Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar: (MK md. 24/a fıkra I / İMK md. 28a fıkra I), Beta, İstanbul, 2001.

HERVEY, K. T., MCHALE, J. V., Health Law and the European Union, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

HODGES, J., Guidelines on addressing HIV/AIDS in the workplace through employment and labour law. International Labour Office Geneva, 2004
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_116658.pdf Erişim: 7.9.2017.

HODGKIN, R., NEWELL, P., Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı, UNICEF, 1998
https://www.unicef.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/Aarhus_Implementation_Guide_interactive_eng.pdf Erişim: 31.08.2017.

HOLTMAAT, R., “The CEDAW: a holistic approach to women’s equality and freedom”, Women’s Human Rights CEDAW in International, Regional and National Law, Edited by Hellum, A., Aasen, H.S., Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

İÇEL, K., ÜNVER, Y., Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara, 2007.

İLKNUR, S., Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğın Korunması. Seçkin, Ankara, 1999.

İNCEOĞLU, S., “ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 19-20, 173-186, 1997-1998.

KANADOĞLU K., Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta, İstanbul, 2000.

KANADOĞLU, K., “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Özel Yaşam”, Özel Yaşamın Gizliliği, Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliğı Başkanları Anısına Panel, Ankara, 55-99, 2008.

KICALIOĞLU, M., Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Adalet, Ankara, 2011.

KILIÇOĞLU, A. M., “Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarda Hukuksal Sorumluluk, Turhan, Ankara, 2008.

KORKMAZ, R., Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, On İki Levha, 2014.

LA TORRE, M., Constitutionalism and Legal Reasoning, Springer, 2010.

LEGG, A., The Margin of Appreciation in International Human Rights Law Deference and Proportionality, Oxford University Press, 2012.

LÉVI-STRAUSS, C., The Savage Mind, The University of Chicago Press, 1966.

LÉVI-STRAUSS, C., Yaban Düşünce ("*La Pensée sauvage*"), Çev: Tahsin Yücel, Yapı Kredi Yayınları, 2000.

MEULDERS-KLEIN, M., DEECH, R., VLAARDINGERBROEK, P., Biomedicine, The Family, and Human Rights, Kluwer Law International, New York, 2002.

MORTAŞ S., ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması: Aileye Multidisipliner Bir Yaklaşım, Adalet, Ankara, 2016.

MÜLLER, F., "Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts" in: Enzyklopädie der Geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, R. Oldenburg Verlag München und Wien 1971, 123-190'den çeviri: "Anayasa Hukukunda Çalışma Yöntemleri", Yayına Hazırlayan: Fazıl Sağlam, Çevirenler: Bertil Emrah Oder, Korkut Kanadoğlu, Osman Can, Eşgüdüm: Fazıl Sağlam, T.C. Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2009.

ODER, B. E., "Cinsiyetin Anayasallaşması: Toplumsal Cinsiyete Dayalı Eşitsizliklerin Aşılmasında Anayasal Arayışlar", Güncel Hukuk Ekim, 10-14. 2010.

ODER, B. E., "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Anayasal Yorumunda 1983-2007 Bilançosu: Örnekler ve Ana Yönelim", Festschrift für Ali Ülkü Arzak zum 75. Geburtstag / Ali Ülkü Arzak'a Armağan, Sayhan S. / Karlıklı Y. (Ed.), İstanbul, 2008, 279-416.

ODER, B., E., “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık, Toplumsal Cinsiyet ve Kadın-Erkek İmgesi”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 8 Ocak- 11 Ocak 2008, 2008.

ODER, B., E., “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına ilişkin Gözlemler” Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 236, 2012, 121-213.

ODER, B., E., “Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası”, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar, Derleyenler: Durudoğan H., Gökşen, F., Oder B. E., Yüksek D., Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.

ODER, B., E., “Kadınların İnsan Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması”, Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama. Derleyenler: GÖKÇİÇEK A., SEVİNÇ, E.D., ODER, B., YEŞİLADALI B. (Ed), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.

ODER, B., E.. Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta, İstanbul, 2010.

OĞUZ, H., İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlâli ve Korunması. Adalet, Ankara, 2012.

OKUR, Z., İş Hukuku’nda Elektronik Gözetleme, Legal, İstanbul, 2013.

ÖZBEY, Ö., Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu, Adalet, 2013.

ÖZBUDUN, E., Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, C.1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977, 265-296.

ÖZEL, S., Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Seçkin, Ankara, 2004.

PEKCANITEZ, H., Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı 12, Ankara, 1995.

RENGEL, A., Privacy in the 21st Century, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013.

ROSENFELD, M., SAJÓ, A., The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Court, Oxford University Press, 2012.

SADURSKI, W., Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe, Springer, New York, 2014.

SCHABAS, W., The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford University Press, 2015.

SCHLEIERMACHER, F., Hermeneutics and Criticism and Other Writings, Edited by Andrew Bowie, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

SCHÖNBERGER, V., M., Delete The Virtue of Forgetting in the Digital Age, Princeton University Press, 2009 <http://www.phs.zju.edu.cn/attachments/2015-02/01-1424663365-17067.pdf> Erişim: 2.9.2017.

SEVİMLİ, A., İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal, İstanbul, 2006.

SILINA, M. (Ed.), Aarhus Sözleşmesi: Çevresel Demokrasi için Rehberimiz, Avrupa ECO Forumu, 2011.

SIRABAŞI, V., İnternet ve Radyo ve Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz, Adalet, Ankara 2003.

SOLOVE, D., J., Understanding Privacy, Mass: Harvard University Press, Cambridge, 2009.

SPINOZA, B., Tractatus de Intellectus Emendatione Anlama Yetisinin Düzeltilmesi Üzerine İnceleme, Çev. Emine Ayhan, 2. Baskı, Dost, 2017, 62.

- ŞİMŞEK, O., Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta, İstanbul, 2008.
- The Aarhus Convention: An implementation guide, United Nations Economic Commission for Europe, 2014.
- ŞİRİN, T., Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, On İki Levha, 2013.
- TANÖR, B., YÜZBAŞIOĞLU, N., 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, 2015.
- TINTA, F., The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child: Protecting the Most Vulnerable at the Edge, Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- TRIPATHI, K. P., “Foreign Precedents and Constitutional Law”, Colombia Law Review, Vol. 57, No.3, 1957.
- TURAN, M., Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması, Adalet, Ankara, 2017.
- TUSHNET, M., “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”, Yale Law Journal, Vol.108, 1999.
- TÜRK TABİPLER BİRLİĞİ, FÜSUN SAYEK TTB Raporları Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, 2009 <https://www.ttb.org.tr/kutuphane/belgeler2009.pdf> Erişim 2.9.2017.
- URAL, S. S., Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru, Seçkin, 2013.
- USTA, S., Velayet Hukuku, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- VISSER, M., Constitutional Review in Europe A Comparative Analysis, Bloomsbury, 2015.
- WARNKE, G., Gadamer Hermeneutics Tradition and Reason, Stanford University Press, Stanford, California, 1987.

WEAVER, R. L., DÖRR, D., The Right to Privacy in the Light of Media Convergence: Perspectives From Three Continents. Berlin: Du Gruyter, 2012.

WIENBRACKE, M., Einführung in die Grundrechte mit wirtschaftsjuristischem Schwerpunkt und dem Recht der Verfassungsbeschwerde, Springer Gabler, 2013.

WYTTENBACH, J., “Wer definiert das Kindeswohl? Das Kindeswohl, der Staat und die Definitionsmacht der Eltern aus grund- und menschenrechtlicher Sicht”. Kindeswohl Eine interdisziplinäre Sicht. KAUFMANN C, ZIEGLER F., Verlag Rüegger, Zürich, 2003.

YAVUZ, C., İnternet’teki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması Unutulma Hakkı, Seçkin, Ankara, 2016.

YÜKSEL, S., Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, Beta, İstanbul, 2012.

ZAFER, H., Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, Beta, İstanbul, 2010.

ZENGİN, M. A., Biyoloji Uygulamaları Ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet, Ankara, 2012.

ZUCK, R., Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Verlag C. H. Beck München, 2013.