

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİNDE
BİREYSEL ÖZERKLİK İLKESİ DOĞRULTUSUNDA
ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI**

Doktora Tezi

Türkan Özkan

Ankara, 2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİNDE
BİREYSEL ÖZERKLİK İLKESİ DOĞRULTUSUNDA
ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI**

Doktora Tezi

Türkan ÖZKAN

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. Funda KESKİN ATA

Ankara, 2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİNDE
BİREYSEL ÖZERKLİK İLKESİ DOĞRULTUSUNDA
ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Funda KESKİN ATA

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Funda KESKİN ATA

Prof. Dr. Sertaç Hami BAŞEREN

Prof. Dr. Erdem DENK

Prof. Dr. Çınar ÖZEN

Doç. Dr. Ali İbrahim AKKUTAY

Tez Savunması Tarihi: 18.01.2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Prof. Dr. Funda KESKİN ATA danışmanlığında hazırladığım “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Bireysel Özerklik İlkesi Doğrultusunda Özel Hayata Saygı Hakkı” (Ankara, 2023) doktora tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

18.01.2023

Türkan ÖZKAN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM:

KAVRAMSAL, KURAMSAL VE TARİHSEL ARKAPLAN

1.1. ÖZEL HAYATIN NİTELENDİRİLMESİ SORUNU VE BU KONUDAKİ FARKLI YAKLAŞIMLAR.....	16
1.2. ÖZEL HAYATIN VE KORUNMASININ İŞLEVLERİ.....	23
1.3. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ KORUDUĞU DEĞERLER	27
1.3.1. İnsan Haysiyeti	28
1.3.2. Genel Özgürlük.....	32
1.3.3. Kişilik Hakları	35
1.3.4. Bireysel Özerklik	38
1.4. BİREYSEL ÖZERKLİĞİN KURAMSAL TEMELLERİ	41
1.4.1. Farklı Kuramların Bireysel Özerkliğe Yaklaşımları.....	44
1.4.2. Pozitif Özgürlük Bağlamında Bireysel Özerklik	52

İKİNCİ BÖLÜM:

ÖZEL HAYATIN HUKUK ALANINDA KORUNMASI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

2.1. FARKLI ÜLKELERDE VE ULUSLARARASI HUKUK DÜZLEMİNDE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI.....	56
2.1.1. Ulusal Hukuk Düzenlerinde Özel Hayatın Korunması.....	57
2.1.2. Uluslararası Alanda Özel Hayatın Düzenlenmesi	62
2.2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİNDE ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ DÜZENLENİŞİ.....	66
2.2.1. Özel Hayata Saygı Hakkının Kapsamı ve Genişleme Sorunu	67
2.2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminin Çalışma Usulü ve Özgünlüğü.....	75

2.2.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Artan Dava Yüğü ve Reform Getiren Son Ek Protokoller.....	81
2.2.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İhlal İddialarını İnceleme Usulü .	86
2.2.4.1. Müdahalenin Varlığı ve Özel Hayata Saygı Hakkı ile İlişkisi...	89
2.2.4.2. Meşru Sınırlama Koşulları	92
2.2.4.2.1. Hukuka Uygunluk Koşulu.....	93
2.2.4.2.2. Meşru Amaçlara Uygunluk Koşulu	98
2.2.4.2.3. Demokratik bir Toplumda Gerekliklik Koşulu	99

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

KURAM VE UYGULAMA BAĞLAMINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN DİNAMİK YORUMLAMA YÖNTEMİNİN GELİŞİMİ

3.1. HERMENÖTİĞİN BİR DALI OLARAK SİSTEMATİK YORUMLAMA YÖNTEMİ.....	122
3.1.1. Genel Olarak Sistematiik Yorum.....	130
3.1.2. Sistematiik Yorumun Diğer Yorum Türleriyle İlişkisi	131
3.2. BÜTÜNSEL YORUMLAMA KURAMI	134
3.2.1. R. Dworkin'in 'Bütünlük Olarak Hukuk' Anlayışı	138
3.2.2. Bütünsel Yorumun Aşamaları	140
3.2.3. Dworkin'in Hak Kuramı	143
3.3. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KULLANDIĞI YORUMLAMA YÖNTEM VE İLKELERİYLE GELİŞTİRDİĞİ DİNAMİK YORUMLAMA	150

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM:

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA BİREYSEL ÖZERKLİĞİN NİTELİĞİ VE SINIRLILIKLARI

4.1. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA BİREYSEL ÖZERKLİĞİN NİTELİĞİ.....	164
4.2. BİREYSEL ÖZERKLİK İLKESİ DOĞRULTUSUNDA YAPILAN YORUMLAMANIN GENEL SONUÇLARI	172
4.2.1. Hak Kapsamının Genişlemesi.....	174
4.2.2. Pozitif Yükümlölüklerin Artması	180

4.2.3. Usulî Güvencelerin Getirilmesi	187
4.2.4. Kısıtlama Koşullarına Yönelik Etki.....	189
4.3. BİREYSEL ÖZERKLİK DOĞRULTUSUNDA YAPILAN YORUMLAMA SONUCUNDA ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ YENİ ANLAMI	195
4.4. MAHKEME İÇTİHATLARINDA BİREYSEL ÖZERKLİĞİN SINIRLILIKLARI.....	197
4.4.1. Bireysel Özerklik ve Destekli İntihar	199
4.4.1.1. Destekli İntiharla İlgili Tanımlamalar	200
4.4.1.2. Mahkeme Kararlarında Destekli İntihar	201
4.4.1.2.1. Sanles Sanles/İspanya Kararı	202
4.4.1.2.2. Pretty/Birleşik Krallık Kararı	203
4.4.1.2.3. Haas/İsviçre Kararı.....	205
4.4.1.2.4. Alda Gross/İsviçre Kararı	208
4.4.1.2.5. Koch/Almanya Kararı	209
4.4.1.3. Destekli İntihara İlişkin Kararların Değerlendirilmesi	212
4.4.2. Bireysel Özerklik ve Kürtaja Erişim.....	221
4.4.2.1. Kürtajla İlgili Tanımlamalar ve Düzenlemeler	221
4.4.2.2. Sözleşme Organlarının Kürtajla İlgili Kararları	226
4.4.2.2.1. Brüggemann ve Scheuten/Almanya Kararı.....	226
4.4.2.2.2. W.P./Birleşik Krallık Kararı	228
4.4.2.2.3. X/Birleşik Krallık Kararı.....	230
4.4.2.2.4. H./Norveç Kararı.....	231
4.4.2.2.5. Bosso/İtalya Kararı.....	232
4.4.2.2.6. Vo/Fransa Kararı	233
4.4.2.2.7. D./İrlanda Kararı	235
4.4.2.2.8. Tysiác/Polonya Kararı.....	236
4.4.2.2.9. A., B. ve C./İrlanda Kararı	240
4.4.2.2.10. R.R./Polonya ve P. ve S./Polonya Kararları.....	245
4.4.2.3. Kürtajla İlgili Kararların Değerlendirilmesi	246
4.4.3. Bireysel Özerklik ve Açlık Grevcisini Zorla Besleme	249
4.4.3.1. Açlık Grevi ve Zorla Beslemeyle İlgili Tanımlamalar ve Düzenlemeler	250
4.4.3.2. Mahkemenin Açlık Grevi ve Zorla Beslemeyle İlgili Kararları	254
4.4.3.2.1. X/Federal Almanya Kararı	254

4.4.3.2.2. Herczegfalvy/Avusturya Kararı	256
4.4.3.2.3. Petar Ilijkov/Bulgaristan Kararı	259
4.4.3.2.4. Nevmerzhitsky/Ukrayna Kararı	260
4.4.3.2.5. Wilkinson/Birleşik Krallık Kararı	264
4.4.3.2.6. Ciorap/Moldova Kararı	265
4.4.3.2.7. Horoz/Türkiye Kararı	267
4.4.3.2.8. Rappaz/İsviçre Kararı	268
4.4.3.3. Açlık Grevi ve Zorla Beslemeye İlişkin Kararların Değerlendirilmesi	272
SONUÇ	278
KAYNAKÇA	289
ÖZET	333
ABSTRACT	334

KISALTMALAR

a.g.k.	: Adı geçen kitap
a.g.m.	.: Adı geçen makale
a.k.	: Aynı kaynak; aynı karar
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AFAM	: Alman Federal Anayasa Mahkemesi
AK	: Avrupa Konseyi
AKPA	: Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
BD	: Büyük Daire
BM	: Birleşmiş Milletler
bkz.	: Bakınız
Divan	: Avrupa İnsan Hakları Divanı
Fr.	: Fransızca
GK	: Genel Kurul
İng.	: İngilizce
Komisyon	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
krş.	: Karşılaştırınız
Lat.	: Latince
Mahkeme	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
örn.	: Örneğin
para.	: Paragraf
s.	: Sayfa
Sözleşme	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
vd.	: Ve devamı
ve diğ.	: Ve diğerleri

GİRİŞ

Bir kişi mümkün olduğunca tüm kurumsal yapıların ötesinde, içinde sevdiklerinin yer aldığı ve kendine ait bir alan yaratmaya çalışır. Bu alanın başkalarına karşı korunaklı olduğunu bilmenin kendisi bile insanın hayatına devam edebilmesini güdülemeye yetebilir. Bu alanın dışına çıkıldığında insan, diğerlerinin onu görmesini istediği biçimde kendisini sunabilir; bu karşılaşmaları belirleyecek gücü kendinde bulabilmesi için, bu alanın içinde kendi kendisiyle kalabilir, kendisi olabilir. Bu korunaklı alanda zorla ya da izinsiz açılacak bir çatlak, hayali sınırların ihlali anlamına gelebilir ve hiç umulmadık bir sarsıntı yaratabilir; Antik Yunan'ın 'maske' olarak ifade ettiği kişilik (*persona*) bir anda çekilip çıkarılabilir. Üstelik bedensel bir varlık olmasından ötürü, insan böyle bir duruma her zaman maruz kalabilir; bunun mutlak anlamda ortadan kaldırılması pek mümkün değildir.

Kişiler belki de kendi yaralanabilirliğini gidermek, bedenselliğinin ihlal edilebilirliğini bir nebze olsun hafifletmek için bu hayali alanı, sağlam ve korunaklı duvarlarla çeviregelmiştir. Bu duvarlar ister görgü kuralları olarak ister taş-beton yapıların ayırdığı mekanlar şeklinde ortaya çıkmış olsun; hep insanın kendini dışarıya karşı kapatmasını, sınırlar çekmesini ve mesafe koymasını imlemiştir. İnsanın kendini dışarıdan ayırmak için mesafe koymasını ve sınırlar çekmesini içgüdülerle açıklayan¹, bunu uygarlaşmayla özdeşleştiren² ya da modern toplumun yalnızlaştırdığı ve yabancılaştırdığı insanın kamusalılıktan çekilmesiyle anlatan³ görüşler; farklı nedenler ve güdüler ileri sürmektedir.

¹ Bkz. Alan Westin, **Privacy and Freedom**, 6. Baskı, Atheneum, New York, 1970.

² Bkz. Norbert Elias, **Uygarlık Süreci: Sosyo-Oluşumsal ve Psiko-Oluşumsal İncelemeler**, Cilt 1, İletişim yay., İstanbul, 2005.

³ Bkz. özellikle Hannah Arendt, **İnsanlık Durumu**, İletişim yay., İstanbul, 2000 ve Richard Sennett, **Kamusal İnsanın Çöküşü**, Ayrıntı, İstanbul, 1996.

Aslında en ilkel toplumlarda bile belli bir mahremiyet ya da özel hayat anlayışı olagelmıştır. Özel hayat kavramı toplum, kültür, tarihsel dönem gibi nedenlere bağlı olarak değişebilen dinamik bir karaktere sahiptir. Birçok farklı unsuru kapsayabilmesi ve çok katmanlı olması nedeniyle, bu kavramı tek bir biçimde tanımlamak pek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle özel hayatı betimlemek için birçok farklı kavram kullanılmaktadır. Özel alan, mahremiyet ya da gündelik hayat kavramları, bunların başlıcalarıdır. Birçok yönü olan bu konu, farklı birçok disiplin ve bilim dalı tarafından incelenmektedir. Toplumsal tarih, sosyoloji, feminist kuram ve liberal kuramlar başta olmak üzere, siyasal kuramlar ve hukuk bunların başında gelmektedir. Hukuk dışındaki disiplinlerde özel hayatı bir ‘durum’, hukuk alanında özel hayatın korunmasını bir ‘hak’⁴; her iki kavramın üzerine oturduğu kategorik temeli ise ‘özel alan’⁵ olarak ifade etmek mümkündür. Böylece özel hayat üzerine yazılan ve farklı disiplinlerde yer alan kategorileri tasnif etmek kolaylaşacaktır.

Özel hayatın değerli görülmesi ve korunması, liberal düşünce geleneği içindeki özgürlük düşüncesiyle yakın bir ilişki içinde ele alınmasına yol açmaktadır. Kıta Avrupası geleneğinde özel hayat, Anglosakson gelenekte ise mahremiyet (*privacy*) olarak ifade edilen özgürlük alanının devlet ve birey arasındaki ilişkiyi belirlediği ve devletin müdahalelerine sınır çektiği kabul edilmektedir. Elbette tek bir liberal düşünce geleneğinden ve bununla bağlantılı tek bir özgürlük anlayışından söz etmek mümkün

⁴ Benn, mahremiyeti ‘hak’ ve ‘durum’ olarak ayırmayı önermektedir. Bkz. Stanley I. Benn, **A Theory of Freedom**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1988.

⁵ Norberto Bobbio, ‘özel alan’ kategorisini ‘kamusal alan’ kategorisinin karşıtı olarak kuran ‘büyük dikotomi’ nin birçok disiplini ilgilendirdiğini ve dünyayı anlama ve anlamlandırma biçimi olarak kabul edilmek durumunda olduğunu ifade etmektedir. Kamusal-özel ayrımında da farklı ve birbirini dışlayan iki terim üzerinden kurulan, sosyal bilimlerdeki birçok başka ikiliğin üzerini örten ve tüm dünyayı bölme iddiasındaki büyük bir ikilik özelliğini görmek mümkündür. Ayrıca kamusala olumlu bir anlam atfedildiği takdirde özelin olumsuz bir anlamı kendiliğinden yüklendiğini de söylemek mümkündür. Bobbio’nun sunduğu bu kavramsal çerçeve uyarınca, ‘büyük dikotomi’ nin çok farklı disiplinler ve kuramlarda farklı biçimlerde kullanıldığını belirtmek gerekir. Ancak bu düzenleyici kategoriler, anlam ve kullanılış amacı yeterince düşünülmeden sanki tek ve mutlak bir ayrım varmışçasına sunulmaktadır. Oysa kamusal-özel ayrımı tek değil, değişken ve çok yönlüdür. Tek bir çiftten ibaret olmayıp ne birbirine tamamen indirgenebilir ne de tamamen ilişkisiz karmaşık çiftlerden oluşur. Bu farklı kullanımlar ise sadece farklı fenomenlere işaret etmekle kalmaz, aynı zamanda farklı toplumsal imgeler üzerinden hareket ederek farklı kaygılarla farklı sorunsallara yönelir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Norberto Bobbio, **Democracy and Dictatorship: The Nature and Limits of State Power**, Univ. of Minnesota Press, Minneapolis, 1989, s. 1-21.

değildir⁶ ancak sınırlarının ne olması gerektiği sorusundan ayrı olarak, genel hatları itibariyle devletin bireye müdahale edemeyeceği bir alan olması gerektiği noktasında tüm liberaller uzlaşmaktadır. Bireysellik, özgürlük, kişiliğin geliştirilmesi gibi kimi değerler atfedilen ve idarenin biçimsel olarak sınırlanmasında kendisine işlev yüklenen özel hayata saygı hakkı, hukuksal pratikler ve kuramsal arka plan arasında olduğu varsayılan bağlantıların ortaya çıkartılabilmesi için en uygun haklardan biridir. Özel alan, devlet ve birey arasındaki ilişkiyi belirleyen ve sınır çeken bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle özel hayata saygı hakkı ve özel alan kavramı, insan hakları hukuku ve kuramları arasında bir ilişki kurulmasına katkıda sağlamaya müsait bir yapıdadır.

Özel hayatın ya da farklı bir ifadeyle mahremiyetin, toplumsal ya da bireysel bir ‘durum’ olarak bilinmesi ve tanınması eski bir olgu olmakla beraber, hukuk tarafından korunan bir hak haline gelmesi ve nihayet uluslararası düzeyde tanınan bir insan hakkı konumu kazanması, nispeten geç bir dönemde gerçekleşmiştir. Böyle olmasının başlıca nedenleri; özel hayat kavramının toplumsal, kültürel ve tarihsel olarak değişken olması, birçok farklı konuyla ilişkili olması ve çeşitli boyutlar içeren bir hak biçiminde kabul edilmesi sonucunda farklı hukuk dalları arasında bölünmüş olması olarak ifade edilebilir.

Başka disiplinlerle iç içe olmasından dolayı, özel hayatın korunması gibi hukuk düzleminde yer alan bir konunun sınırlarının belirlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bunun için özel yaşam kavramının, başka alanlarla olan ilişkilerini ortaya koymak; çok farklı görüş ve yaklaşımları tasnif etmek gerekir. Kavrama yüklenen işlev

⁶ Bkz. örneğin Colin Bird, *The Myth of Liberal Individualism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999. *Liberal kuramın genel çerçevesi için bkz.* Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982; Norman P. Barry, *Modern Siyaset Teorisi*, Liberte yayınları, Ankara, 2018; Michael G. Roskin, *Siyaset Bilimi*, Adres yayınları, Ankara, 2018. Ayrıca komünteryenler ve liberterler arasındaki ayrıma değinen çalışmalar için bkz. *Liberalism: Old and New*, ed. Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller ve Jeffrey Paul, Cambridge University Press, New York, 2007; Mack, Eric ve Gerald F. Gaus, “Classical Liberalism and Libertarianism: The Liberty Tradition,” *The Handbook of Political Theory* içinde, ed. Gerald F. Gaus ve Chandran Kukathas, Sage, London, 2004, s. 115–130; J. Brennan, *Libertarianism: What Everyone Needs to Know*, Oxford University Press, Oxford, 2012; Gaus, G. ve Mack, E., “Libertarianism and Classical Liberalism,” *A Handbook of Political Theory* içinde, ed. G. Gaus ve C. Kukathas, Routledge, London, 2004, s. 115–129.

ve değerleri açığa çıkarmak ve hukuken neden korunması gerektiğine dair genel hatlar çizmek gerekir. Bunun yanında, özel hayatın korunması hukuksal açıdan da çok boyutlu bir niteliğe sahiptir; bu anlamda özel hayatın korunmasının yarattığı sorunlar ve tartışma noktaları açısından da bir sınırlandırmaya gitmek gerekmektedir.

Özel hayata yönelik saldırılar belirli aktörler tarafından yapılabilmektedir: diğer kişiler ve devletler. Özel hayatın korunması, kişilik haklarıyla ilişkili olduğu için özel hukuk kapsamına girebilmektedir. Özel hayata yönelik saldırıların suç niteliği taşıması durumunda ceza hukukuna da konu olmaktadır. Ayrıca zel hayatın bir boyutunu oluşturan kişisel verilerin söz konusu olması halinde ticaret, sigortacılık, bankacılık, iletişimle ilgili hukuki düzenlemeler de devreye girmektedir. Özel hukuka ek olarak, özel hayatın korunması kamu hukukunun da kapsamına alınmış ve temel bir hak olarak tanınmıştır. ABD, Kanada, Birleşik Krallık gibi ortak hukukun (*common law*) geçerli olduğu ülkelerin anayasalarında doğrudan ve açıkça tanınan bir hak olarak düzenlenmemiş olmakla beraber, başta yüksek mahkeme kararları olmak üzere, çeşitli yorum biçimleriyle özel hayatın korunmasının temel bir hak olarak belirlendiğini görmek mümkündür.⁷

Konunun çeşitli hukuk alanlarını ilgilendirmesine karşın, bu çalışmanın hareket noktası, uluslararası bir insan hakkı olarak özel hayatın anlamının ve korunmasının araştırılması olmuştur. Bu konudaki en gelişkin ve iyi işleyen rneği ise Sözleşme sistemi sunduğu için çalışma rneklemi olarak Avrupa İnsan Hakları Szleřmesi⁸ sistemi seçilmiş ve onun organlarının, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin⁹

⁷ Bkz. rn. Huw Beverly-Smith, Ansgar Ohly, Agnes Lucas-Schloetter, **Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2005; James Q. Whitman, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty,” **The Yale Law Journal**, Yıl: 2004, Cilt: 113, s. 1151-1221.

⁸ **İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmesi**, imzaya açılma tarihi: 04.11.1950, yürürlüğe giriş tarihi: 03.09.1953, Roma. Türkiye açısından yürürlüğe giriş tarihi 10.03.1954. Bkz. **Resmî Gazete**, Sayı: 8662, Tarih: 19.03.1954. Bundan sonra metin içerisinde ‘Sözleşme’ olarak ifade edilecektir.

⁹ Mahkemenin resmi olarak 21.01.1959 tarihinde faaliyete başlamıştır. Bundan sonra metin içerisinde ‘Mahkeme’ olarak ifade edilecektir.

bu konuda verdiği kararlar incelenmiştir. Diğer uluslararası düzenlemeler ise tanıtılmakta ve fakat üzerinde ağırlıklı olarak durulmamaktadır.

Sözleşme sistemi bağlamında özel hayatın korunması, 8. madde¹⁰ bağlamındaki özel hayata saygı hakkı çerçevesinde teminat altına alınmıştır. Ailevi ilişkiler, konut, haberleşme gibi geleneksel boyutları yanında; gelişen teknolojiler sayesinde kişisel verilerin, beden ve cinsel hayatla ilgili pratiklerin, kişilerarası ilişkilere dayalı yaşama biçimlerinin de özel hayat kavramı ve özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmeye başlaması, Sözleşme sistemini bu hakkın yorumlanması ve korumanın güçlendirilmesi konusunda adımlar atmaya itmektedir.

Sözleşme sisteminin seçilme nedenlerinin başında, nispeten etkin çalışan ve sürekli daha da etkin bir hale getirilmeye çalışılan bir yargılama süreci sunan Mahkeme ve onun önüne gidebilmek için bireylere tanınan bireysel başvuru hakkı gelmektedir. Uluslararası bir antlaşmayla kurulmuş olmasına rağmen Sözleşme, Üye Devletlerdeki herkesin yararlanabileceği, genel ve objektif nitelikte bazı temel haklar ve güvenceler getirmektedir. Böylece Taraf Devletlerin yetki alanı içinde bulunan herkesin yararlanabileceği ‘ortak bir kamu düzeni’ alanı yaratılmıştır. Böylece Taraf Devletlerin ayrıca iznine gerek duymaksızın Mahkeme, bireylerin şikayetlerini dinleyebilmekte ve yine bu Devletlerin egemen iradeleri ile oluşturulan ulusal hukuk düzenleriyle bağlı olmaksızın karar verebilmektedir. 11. Protokol’ün getirdiği değişiklik sonucu lağvedilmeden önce, Sözleşme sisteminin yargı organlarından biri olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu¹¹ da aynı yolu izlemiştir. Dolayısıyla insan haklarının kuramsal düzeydeki evrensellik iddiaları bütünüyle gerçekleştirilemese de Sözleşme sisteminin

¹⁰ **İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme**
Madde 8

1. Her şahıs hususi ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına maliktir.
2. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın müdahalesi demokratik bir cemiyette ancak milli güvenlik, amme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartiyle vuku bulabilir. Bkz. **Resmî Gazete**, a.g.k.

¹¹ Bundan sonra metin içerisinde ‘Komisyon’ olarak anılacaktır.

getirdiği güvenceler ve çalışmaları, bu yönde atılan en önemli adımlardan birini oluşturmaktadır.

Sözleşme sistemi sadece insan haklarını ana amaç haline getirip bunu bir Avrupa kamu düzeninin temeline yerleştiren yargısal bir mekanizma kurmakla kalmamıştır. Amacı ve niteliği yanında, bu kamu düzeninin işleyişindeki dinamizm de sistemin ayırt edici bir özelliğidir. Bu dinamizm ise iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Öncelikle Sözleşme'nin 1950'de düzenlenen özgün biçiminin içeriği, hakların ve özgürlüklerin kapsamını genişleten Ek Protokollerle zaman içinde genişletilmiş ve başlangıçta orijinal metinde yer almayan kimi haklar eklenmiş ya da var olanlara yeni boyutlar eklenmiştir. Avrupalı bir kamu düzeninin dinamizmini sağlayan ikinci boyut ise Sözleşme'nin temel amacını göz önünde bulundurarak hakların kapsamını ve içeriğini güncel gelişmelere uygun ve etkili korunması için Sözleşme organlarının geliştirdiği özgün yorumlama yöntemi ve araçlarıdır.

Mahkeme ve Komisyon, kendilerine yapılan başvurularla ilgili olarak Sözleşmeye Taraf Devletlerin ulusal hukuklarıyla değil, Sözleşme hükümleriyle bağlıdır. Ayrıca daha sonra üzerinde durulacağı gibi, Sözleşme'de belirtilen kimi kavramların ulusal hukuklarda da kullanılmasına rağmen, aynı biçimde yorumlanması zorunluluğu yoktur. Başka bir ifadeyle, Sözleşme organları Sözleşme'de belirtilen kimi kavramları otonom biçimde yorumlayabilir. Bunun yanında hak uygulamalarının güncel toplumsal koşullara uyarlanabilmesi amacıyla, Sözleşme'nin yaşayan bir enstrüman olarak kabul edilmesiyle, Sözleşme'nin imzalandığı tarihteki haliyle ele alınması zorunluluğu ortadan kaldırılmaktadır. Böylece Sözleşme organları daha önce karşılaşmadıkları güncel sorunları ele alırken daha esnek bir biçimde yorum yapabilmektedir. Dolayısıyla insan haklarının etkin korunmasında durağan değil, canlı bir enstrüman sağlaması bakımından Sözleşme'nin dinamik yorumlanması önem arz etmekte ve bunun en renkli örneğini de 8. madde konusunda verilen dava kararları sunmaktadır. Buna dayalı olarak

8. madde konusunda verilen kararlarda Sözleşme organlarının hak kapsamında açıkça yer almayan hukuki menfaatleri dahil ettikleri, geniş bir yorum yaptıkları ve bunun aracı olarak işaret edilen dinamik yorumlamanın kimi sorunlara yol açmaya müsait olduğuna dair çeşitli itirazlar yapılmaktadır.

Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı, tartışmalara ve itirazlara yol açan bu 'geniş yorumlama'nın en bariz olarak uygulandığı örneği oluşturmaktadır. Bu noktada 'geniş yorum' ifadesini açıklamak gerekebilir. Geniş (ya da dar) yorum, bağımsız bir yorum yöntemi değil, belli bir normdaki sözel ifadenin kapsamına ilişkindir ve başka yorum yöntemleriyle desteklenerek sözel anlamın sınırlarını genişleten (ya da daraltan) sonuçlar doğurur.¹² Sözel anlamın sınırlı olduğuna kanaat getirilmesi durumunda, genel bağlam veya normun amacına uygun bir yorumlama sonucunda, normun uygulama alanı genişletilebilir. Ancak geniş yorumun, norm alanını aşma ve hukuk yaratma gibi riskleri taşıması nedeniyle, sadece Sözleşme sistemi bağlamında değil, belki de tüm hukuk düzenlerinde her zaman itirazlara yol açmıştır. Örneğin, özel hayatın pozitif hukukta ayrı bir hak olarak düzenlenmediği Amerika Birleşik Devletleri'ndeki (ABD) iki hukukçunun 1890'da önce bir yayında¹³ şekillendirdiği, daha sonra da bunlardan yargıç Brandeis'in 1928 yılında *Olmstead* davasında 'hakların en kapsamlısı ve uygar insanın en değer verdiği hak' olduğunu ileri sürdüğü 'mahremiyet' (*privacy*) hakkı; ABD Anayasası'na Ek 5. ve 14. maddelerde düzenlenen "...Hukuki usule uygunluk denetimi olmaksızın... kimse yaşamı, mülkiyeti ve hürriyetinden yoksun bırakılamaz..." (*due process of law*) hükmündeki 'hukuki usule uygunluk' ilkesinden türetilmiştir.¹⁴ Hukuki usule uygunluk ilkesi, sonraki içtihatlarda usulî boyutun yanında maddi bir boyut içerecek şekilde yorumlanmaya başlamıştır. Günümüzde ise 'hukuk devleti' kavramıyla benzer hususları kapsadığı kabul

¹² Bkz. Bertil Emrah Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma**, Beta, İstanbul, 2010, s. 22-25.

¹³ Samuel Warren ve Louis Brandeis, "The Right to Privacy," **Harvard Law Review**, Yıl 1890, Cilt 4, Sayı 5, s. 193-220.

¹⁴ *Olmstead v. US*, 277 US 478 (1928), Yargıç Brandeis'nin muhalif görüşü.

edilmektedir.¹⁵ Hukuka uygunluk düzenlemesinden bireysel bir hakkın türetilip türetilmeyeceği, bunun geniş bir yorumu aşırıp yasamanın alanına girildiği tartışmaları uzun yıllar sürmüştür.

Sözleşme organlarının içtihatlarına bakıldığında, ABD'deki duruma benzer biçimde özel hayat kavramının çok geniş yorumlandığını görmek mümkündür. Cinsel yönelim ve cinsel hayat,¹⁶ kişisel veriler,¹⁷ kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü,¹⁸ ev sahibi/kabul eden ülkede ilişkiler kurma ve mevcut ilişkileri sürdürme,¹⁹ isim hakkı,²⁰ kirli bir çevrenin zararlarına maruz kalmama²¹, çevre konusunda belirli kimi bilgilere erişme²², bir azınlık grubunun hayat biçimini koruma²³ gibi hukuki birçok menfaat bu hak kapsamında yorumlanmaktadır. Özel hayatın açık uçlu bir kavram olmasının da bu konuda katkısı bulunmaktadır.

Özel hayat kavramının geniş kapsamlı olması ve bir tanımlama sorununa yol açması, hakların sınırları konusunda da kimi sorunlara ve itirazlara neden olmaktadır. Nitekim Yargıç Wojtyczek, özel hayatın, ayrıntılı bir tanımının yapılamayacak kadar geniş bir kavram olarak kabul edilmesi ve daha önceden Sözleşme'de korunmayan birçok farklı menfaati koruyacak şekilde anlaşılması sonucunda, hukuk güvenliğinin ve

¹⁵ Kerem Altıparmak, ““Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1996, Cilt 45, Sayı 1, s. 219-220.

¹⁶ *Dudgeon/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No.7525/76, 24.02.1983, para. 52; *Norris/İrlanda*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 10581/83, 26.10.1988; *Modinos/Kıbrıs*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 15070/89,22.04.1993; *Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 21627/93, 21826/93 ve 21974/93, 19.02.1997, para. 36.

¹⁷ *Leander/İsveç*, Komisyon Raporu (GK), Başvuru No. 9248/81, 10.10.1983; *Klass ve diğ./Almanya*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 5029/71, 06.09.1978; *Amann/İsviçre*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 27798/95, 16.02.2000.

¹⁸ *X ve Y/Hollanda*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 8978/80, 26.03.1985; *Stubbings ve diğ./Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 22083/93, 22.10.1996, para. 62-64.

¹⁹ *C/Belçika*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 21794/93, 07.08.1996, para. 25

²⁰ *Burghartz/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 16213/90, 22.02.1994, para. 24; *Stjerna/Finlandiya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No.18131/91,25.11.1994, para. 37.

²¹ *Lopez Ostra/İspanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 16798/90, 09.12.1994, para. 51; *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 9310/81, 21.02.1990, para. 40.

²² *Guerra ve diğ./İtalya*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), BaşvuruNo.1467/89, 19.02.1998, para. 57; *McGinley ve Egan/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 21825/93 ve 23414/94, 09.06.1998, para. 101.

²³ *G.ve E./Norveç*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 9278/81 ve 9415/81, 03.10.1983.

daha genel olarak hukukun üstünlüğünün zedelediğini ileri sürmüştür.²⁴ Ayrıca belirli bir tanımın yokluğunda Taraf Devletlerin, yükümlülüklerini belirlemede zorlandıkları ve Mahkemenin kendine biçtiği ‘çok geniş bir hareket alanı’ ifadesinin ima ettiği yetki aşımı yerine Devletlerin bu konuda yeni bir düzenleme yapmalarının daha uygun olacağını da ifade etmiştir.²⁵

Farklı görüşteki yazarlardan da bu konuda eleştiriler gelmektedir. Örneğin, Gerards, temel hakları üzerine ışık düşen bir prizmaya benzetmektedir.²⁶ Böylece bir renk demeti oluşmakta, renkler isimlendirilebilmekte ancak renkler arasında keskin ayrımlar yapılamamaktadır. Temel haklar bakımından da çok cazip bir görüntü ortaya çıkmakta, kişilerin herhangi bir menfaatinin koruma altına alınması ihtimali yüksek olunca yapılan başvurular da artmaktadır. Mahkemenin çalışma usulünün de bununla bağlantılı olduğunu belirten Gerards, daha önce incelenen şikâyetlerle bir bağlantı ya da benzerlik görülmesi durumunda yeni şikâyetin de kabul gördüğünü ve korunan haklarla doğrudan bağlantılı olmayan birçok menfaatin hak kapsamına alındığını ifade etmektedir.²⁷ Yüzeysel bir benzerlik yoluyla, belirli bir amaç ya da değerin korunması hedefi güdülmeksizin yapılan incelemeler, Mahkemenin iş yükünü artırmakla kalmaz; aynı zamanda hukuk güvenliği, Devletlerin yükümlülüklerinin belirsizliği, Sözleşme sisteminin en önemli özelliklerinden olan insan haklarının korunmasında ikincil konumda olma (sübsidiarite) ilkesinin zedelenmesi gibi eleştirileri haklı kılar. Haksız olmayan bu türden eleştirileri gidermek için, öncelikle tartışmalı hak mülâhazalarının nasıl güncel toplumsal koşullara uyarlanarak bir hakkın kapsamına dahil edildiği ya da dışarıda bırakıldığına, kısacası Sözleşme sisteminde bir hakkın nasıl şekillendirildiğine bakmak gerekmektedir. Bu doğrultuda Sözleşme sisteminin güttüğü amaçlarla hakların

²⁴ R.B./Macaristan, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 64602/12, 12.04.2016, Yargıç Wojtyczek’in muhalif görüşü.

²⁵ A.k.

²⁶ Janneke Gerards, “The Prism of Fundamental Rights,” **European Constitutional Law Review**, Yıl 2012, Cilt 8, Sayı 2, s. 178.

²⁷ A.k., s. 179-182.

nasıl dengelendiğini anlayabilmek için sistematik bir yorumlama yönteminin ve Sözleşme organlarının geliştirdiği bazı özel yorumlama araçlarının sunduğu çerçeveden bakmak, içtihatların bulanık manzarasının netleşmesine katkıda bulunacaktır.

Bu doğrultuda sosyal bilimlerde kullanılan hermenötik yöntemden türetilen ve hukuk alanında pozitivist ve idealist anlayışların kısıtlarını aşmak için geliştirilmiş olan sistematik ya da diğer adıyla bütünsel yorumlama yöntemine başvurulmaktadır. Bu yöntem Sözleşme sistemi organlarının dinamik yorumunu açıklığa kavuşturmak hem özel hayata saygı hakkının bu türden bir yorumlamadaki önemli rolünü ortaya çıkarabilmek açısından yol gösterici olacaktır.

Böylece çalışmanın hedefi, özel hayatı tüketici biçimde betimleyen bir tanım ortaya koymaktan ziyade; Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının, birçok farklı menfaati koruyacak şekilde yorumlanması sonucunda, bu çalışma bağlamında kullandığımız ifadeyle, referans bir hak niteliği kazandığını ve bunu gerçekleştirmenin aracı olarak bir yorumlama ilkesinin, yani bireysel özerkliğin, belirleyici olduğunu gösterebilmektir. Bireysel özerklik, en basit haliyle bir kişinin dışarıdan kendisine dayatılan koşullar ile yönetilmeksizin, kendi başına karar alabilmesi ve kendince iyi addettiği bir hayatı seçip yaşayabilmesi fikrine dayalıdır. Kişinin dışarıdan belirlenmeden kendi tercihlerini oluşturması ve buna uygun olarak yaşaması temelinde tanımlanabilecek bireysel özerklik, hukuksal düzleme uyarlandığında sınırsız bir özgürlük olarak tasavvur edilmemeli ancak kişinin en özel, en mahrem yönlerine karşı yapılabilecek müdahalelere karşı bir bağımsızlık geliştirilmesini sağlamalı ve gerektiği takdirde de bu yönde devletlerin koruma yönündeki edimlerini de temin edebilmelidir. Çalışmanın hedefi doğrultusunda, bireysel özerkliğin kuramsal temelleri ve özellikle liberal düşünce geleneğindeki anlamı sorgulanmakta; pozitif bir özgürlük anlayışının geliştirilmesi için özel yaşamın ardındaki temel bir değer olarak işaret edildiği ortaya konmaktadır.

Böylece Sözleşme organlarından Mahkemenin, dinamik bir yorum yöntemiyle, özel hayata saygı hakkını bireysel özerklik ilkesi doğrultusunda yorumlamaya ve bunun sonucunda yeni, pozitif bir özgürlük anlayışı geliştirmeye başladığı görülebilecektir. Bu yeni anlayış, pozitif hukukun sabitlediği kabul edilen hak kapsamalarını genişletmekte ve dolayısıyla birçok farklı hukuki menfaati koruma kapsamına dâhil etmektedir; hatta hakların kullanımına dair bireyin tercihlerinin belirleyici kılınmasını sağlamaktadır.

Bununla bağlantılı olarak bu tez çalışmasının temel argümanı, Sözleşme organlarının ilkelere dayalı dinamik bir yorumlama yöntemi geliştirdikleri, bunun en iyi örneğini de özel yaşama saygı hakkının sunduğudur. Böylece tezin amacı, Sözleşme organlarının geliştirdiği dinamik yorumun, bireysel özerklik ilkesi doğrultusunda özel hayata saygı hakkını nasıl dönüştürdüğü tespiti üzerinden, ortaya çıkan sonuçları ve sınırlılıklarını gösterebilmektir. Bu doğrultuda, özel hayata saygı hakkıyla ilintili olan üç karar grubu (destekli intihar, kürtaja erişim ve açlık grevine müdahale) seçilmiş; dinamik yorumlamanın bu kararlar üzerinden sınırlılıkları gösterilmeye çalışılmıştır.

Çalışmada tematik kimi sınırlılıklara gidilmiştir çünkü hem özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8. madde en sık başvurulmuş ve dolayısıyla hakkında en fazla karar verilen maddelerden biridir hem de bu çalışmanın göstermeyi amaçladığı yorumlama ilkesi, yani bireysel özerklik, özel hayatın tüm boyutlarını ilgilendirmemektedir. Bu doğrultuda, çalışmada genel olarak 8. maddenin bir alt boyutu olan özel hayat üzerinde durulmaktadır; ancak içtihatlarda özel hayata saygı hakkının diğer alt boyutlarla (aile hayatı, haberleşme ve konut dokunulmazlığı) özel hayatın arasına mutlak sınırlar konmadığı, hatta bazı kararlarda birkaç boyut beraber ele alındığı için, yeri geldiğinde bunlara da değinilmektedir.

Son yıllarda üzerinde çokça çalışılan ve özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilen kişisel verilerin korunması ise gelişim süreci içerisinde özel hayata saygı hakkı ile ilişkilendirilip korunmuş ancak giderek bağımsızlaşan bir hak alanı haline

gelmektedir. Başlı başına bir çalışma oluşturabilecek kadar geniş bir konuya tekabül ettiği için, kişisel verilerin güvenliği ve korunması da bu çalışmanın sınırları dışında bırakılmıştır.

Sözleşme'deki haklarla ilgili olarak ülkemizde yapılan çalışmalar, genellikle Mahkeme kararlarını tematik olarak tasnif edip içtihadı betimlemek şeklinde yapılmaktadır. Bunlardan farklı olarak, bu çalışmanın ana eksen, söz konusu hakla ilgili geliştirilen bir yorumun insan hakları hukukunun kişilik, özgürlük, demokratik toplum anlayışı gibi temel birtakım değerleri şekillendirip dönüştürmesi işlevinin sorgulanması olmuştur. Bu tezin özgünlüğünün de bu noktada ortaya çıkması umulmaktadır. Bir taraftan Sözleşme organlarının verdiği kararlarda beliren ve gelişmeye başlayan bir eğilim tespit edilmekte; diğer taraftan da bu eğilimin hangi sorunlara dönük olduğu, amaçlarına ne kadar uygun olduğu ve nereye kadar uzanabileceği, yani sınırlılıkları sorgulanmaktadır.

Çalışmanın konusu, amacı ve hedefleri doğrultusundaki akışa uygun olarak 1. Bölüm, bu tez çalışmasının kavramsal, kuramsal ve tarihsel arka planını kurgulamak için zemin oluşturmaktadır. 'Özel hayat' kavramını kuşatan olumlu ve olumsuz anlam öbekleri belirlendikten sonra, bu kavramı nitelendirmeye dönük yaklaşımlara kısaca değinilmektedir. Devamında özel hayatın neden değerli olduğu ve korunması gerektiğine dair görüşleri açıklamak için özel hayata atfedilen işlevler incelenmektedir. Özel hayatın açık uçlu bir kavram ve geniş kapsamlı bir hak olarak kabul edilmesi, ardında yatan temel bir değer, insana değen temel bir ilkenin olduğu varsayımıyla kabul edilmektedir. Bu değer, özel hayattaki genişlemenin tutarlılık ve meşruluk bakımından normatif temelini sağlayacaktır. Özel hayata saygı hakkının ardındaki değer ne olabileceği, doktrindeki bazı görüşler doğrultusunda sorgulandıktan sonra, bireysel özerklik ilkesine ulaşılmaktadır. Sübjektif haklar ve genel özgürlük karşısında neden bireysel özerkliği seçmek gerektiği açıklığa kavuşturulduktan sonra, kuramsal

düzlemde bireysel özerklik, bu ilkeye temel bir önem atfeden liberal düşünce geleneğine ağırlık verilerek irdelenmektedir. Ayrıca bireysel özerkliğin, pozitif anlamdaki bir özgürlük anlayışına tekabül ettiği, bu iki kavramın ilişkisi değerlendirildiğinde ortaya çıkan sonuçtur. Bu pozitif özgürlük anlayışı ise kişiliğin gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesi için pozitif edimler gerektiren, kişiye saygı temeline dayanan ve hakların temelinde yatan bir ilke olarak bireysel özerkliğin kabulünü getirmektedir.

2. Bölüm, Sözleşme sisteminin genel olarak çalışma biçimi ve şikayetleri inceleme aşamalarının açıklanmasından oluşmaktadır. Çeşitli ulusal hukuklarda ve uluslararası hukuk düzleminde özel hayata saygı hakkının nasıl düzenlendiğine değindikten sonra, Sözleşme sisteminde bu hakkın nasıl ele alındığı konusu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte sistemin belirli bazı özellikleri, organlarının çalışma usulleri ve şikayetleri incelerken takip ettikleri aşamalar tanıtılmaktadır. Sözleşme sisteminin çalışma usulü genel hatlarıyla ve şikayetleri inceleme aşamaları tanıtıldıktan sonra, özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8. maddenin kapsamına ve geniş olarak yorumlanan bu hak kapsamının yol açtığı sorunlar üzerinde durulmaktadır.

3. Bölüm, dinamik yorumlamayı ortaya koymak ve bireysel özerklik ilkesi doğrultusunda özel hayata saygı hakkının bu yöntemle yorumlanmasının sonuçlarını göstermeye ayrılmıştır. Sözleşme organlarının yıllar içerisinde geliştirdiği yorumlama ilkeleri ve yöntemleriyle örülen ve ‘dinamik yorumlama’ olarak ifade edilen bir yorumlama yöntemi, sistematik ya da bütünsel yorumlama yöntemiyle yakından ilişkilidir. Bu hedef doğrultusunda, sosyal bilimlerde kullanılan bir yöntem olan hermenötik ile yakın benzerlikleri gösterilerek Ronald Dworkin’in geliştirdiği bütünsel yorumlama yöntemi tanıtılmaktadır. Görünürde bir hakkın incelenme aşamaları olarak tezahür eden ancak daha yakından bakıldığında, Mahkemenin kullandığı yorumlama yönteminin, değer içeren ve bu değerleri gerçekleştirme doğrultusunda şekillendiği söylenebilir. Mahkemenin dinamik yorumu, Sözleşme organlarının geliştirdiği günümüz

koşullarına uygun yorum, hakların etkili korunması ve otonom kavramlar ilkeleriyle desteklenmektedir.

4. Bölümde bireysel özerklik kavramının içtihatlar içerisinde nasıl kullanıldığı; ayrı bir hak ya da bir yorumlama ilkesi olarak nasıl değerlendirildiği sorgulanmaktadır. Özel hayata saygı hakkının bireysel özerklik ilkesi doğrultusunda yorumlanmaya başlaması sonucunda bu hakkın anlamı dönüşmüştür. Özel hayata saygı hakkının işlevi, bireyin kendi kimliğini ya da benzersizliğini ortaya koymak, korumak ve geliştirmek üzere hukuki bir çerçevede denetim güvencesi haline gelmiştir. Dönüşen bu işlevin sonucunda, özel hayata saygı hakkı, Sözleşmede ifade edilmeyen birçok farklı hukuki menfaati kapsama potansiyeline sahip bir referans hak haline gelmiştir. Dinamik yorumlama çerçevesinde bireysel özerklik ilkesi, Sözleşme organlarının özel hayata saygı hakkının içeriğini ve sınırlarını belirlemesine katkıda bulunmasının yanı sıra, farklı şikayetler karşısında özel hayat anlayışını güncelleme işlevi de üstlenmektedir. Böylece özel hayata saygı hakkının yaşadığı genişlemeyi, ilkeli bir çerçevede ele almak mümkün hale gelmektedir.

Bireysel özerklik doğrultusunda özel hayata saygı hakkının yorumlanmasının çeşitli sonuçları olmuştur. Bunların başında hakkın kapsamında yaşanan genişleme gelmektedir. Hak kapsamı, hem maddenin kendi içindeki unsurların otonom kavramlar ilkesi hem de maddenin diğer Sözleşme haklarının bıraktığı boşlukları dolduracak şekilde hakların etkili korunması ve günümüz koşullarına uygun yorumlama ilkeleri vasıtasıyla genişletilmiştir. Öte yandan özel hayata saygı hakkı pozitif yükümlülüklerin artması ve bununla bağlantılı şekilde yatay ilişkilere de sirayet etmesine yol açmaktadır. Bir diğer sonuç, usulî güvenceleri düzenleyen adil yargılama hakkının uygulanmasının söz konusu olmadığı hallerde pozitif yükümlülükler bağlamında, 8. maddenin genel bir koruma sunan, referans bir hak olarak devreye girebilmesidir.

Bununla bağlantılı olarak da zor davalar olarak nitelendirilen ve bir kimsenin kişisel değerleriyle yakından ilişkili üç tema - destekli intihar, kürtaj ve açlık grevcisini zorla besleme- etrafında Mahkemenin bireysel özerklik yorumunun bu vakalarda nasıl ele alındığı üzerinde durulmaktadır. Böylece özel hayata saygı hakkının hak kapsamını birçok farklı menfaati içerecek şekilde geniş yorumlanmasına karşın, sınırsız bir hak anlayışının getirilmediği gösterilmektedir.



BİRİNCİ BÖLÜM:

KAVRAMSAL, KURAMSAL VE TARİHSEL ARKAPLAN

Özel hayatı hukuk bağlamında ele almadan önce, özel hayat kavramının nasıl tanımlanması gerektiğine, bu kavrama atfedilen öneme ve bir hak olarak neden korunmaya değer görüldüğüne dair görüşlere tanıtımak gerekir. Bu doğrultuda, çalışmanın bu ilk bölümünde, özel hayat ile ilgili bir etimolojik köken araştırması yapılmakta ve özel hayatın nitelikleri konusundaki birçok farklı görüş tanıtılmakta; bu kavrama yüklenen işlevler ve atfedilen değerler incelenmektedir. İlişkili olduğu değerlerden biri, bireysel özerklik, kuramsal alanda diğerlerinden daha fazla öne çıkmakta ve çalışmanın ilerleyen bölümlerinde Sözleşme sisteminde kendisine yüklenen işlev de belirgin hale gelmektedir. Bu nedenle, bireysel özerklik üzerinde bilhassa durulmakta, kuramsal temellerinin özellikle liberal gelenek içindeki konumu ve özgürlükle ilişkisi ortaya araştırılmaktadır.

1.1. ÖZEL HAYATIN NİTELENDİRİLMESİ SORUNU VE BU KONUDAKİ FARKLI YAKLAŞIMLAR

Etimolojik olarak ‘özel hayat’ın kökenine inildiğinde bu kavramın bazı karşıtlıklar üzerine kurulduğu görülmektedir. Öncelikle, özel hayat ifadesinin ‘özel’ine bakmak gerekmektedir. Latince *privo* fiili ve ondan türeyen *privus* sıfatı, çeşitli dillere benzer anlamlar içerecek biçimde geçmiştir: *private* (İng.), *privé* (Fr.), *privat* (Alm.) vb. Buna göre, ‘bir şeyden yoksun kalmak’, ‘bir şeyden kurtulmak’; ‘kamudan, toplumdan, devletten ayrı olarak kişiye özgü, kişinin sahip olduğu’ anlamlarını içermektedir.²⁸ Ayrıca ‘resmi görevde olmayan kişilerle ilgili, sıradan insanlara dair’; eşya bakımından

²⁸ Charlton T. Lewis ve Charles Short, **A Latin Dictionary**, Oxford, Clarendon Press, 1879.
<<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0059%3Aalphabetic+letter%3DP%3Aentry+group%3D103%3Aentry%3Dprivo>> Erişim Tarihi 01.03.2020.

ise, ‘topluluğun yaşayışından ve mekânından ayrı olanları’nı nitelediğini görmek mümkündür.²⁹

Türkçede ‘özel’ kavramı; ‘hususî’, ‘şahsî’, ‘müstakîl’, ‘gizlî’, ‘ayırt edici’, ‘olağandan farklı’ ve ‘mahrem’ gibi anlamlar içermektedir.³⁰ Buradan da ‘mahremiyet’, ‘mahrumiyet’, ‘mülkiyet’ ve ‘şahsiyet’ etrafında toplanabilecek kimi anlam öbeklerini ortaya çıkarmak mümkündür. Kökeni itibarıyla ‘özel hayat’ kamusal işlerden ya da meselelerden çekilmeyle ilişkilidir.³¹ Farklı anlamları bir arada düşünüldüğünde, semantik olarak özel hayatın olumlu ve olumsuz iki anlam öbeğine denk düştüğü fark edilmektedir. Olumlu anlamları; ailenin, yakın kişilerin, gizliliğin ve ayrıcalıklarla münhasıran bir şahsa ayrılmış olanın korunması ya da bunlara saygı gösterilmesiyle ilişkilidir. Olumsuz anlamlar öbeğinin birtakım değerlerden, özellikle kamusal işler ya da makamlardan mahrum olma, dışlanma ya da yasaklanma ile ilişkili olduğu söylenebilir.

Normatif düzeyde de özel hayat kavramının olumsuz bir biçimde ortaya konduğu görülmektedir. Buradaki olumsuzluk, birey ve devlet arasında kurgulanan müdahale edilemezlik ilişkisinden kaynaklanmaktadır: Kişiliğini oluşturan unsurlarla birlikte bireyin özel hayatına, konutuna, ailesine ve nihayet haberleşmesine dokunulmaması gerekir. Dolayısıyla geleneksel anlamıyla özel hayat; devletin ve toplumun, bir kişinin kendisi ve çok yakından ilişkili olduğu ilişkilere, mekân ve eşyaya dokunmaması gerektiği anlayışına dayalı olarak geliştirilmiştir. Böylece özel hayat dendiğinde akla cinsellik, aile hayatı, başka kimseyle paylaşılmayan ya da sınırlı kişilerle paylaşılan; kişinin kendisiyle doğrudan ya da çok yakından ilişkili ve dışarıya kapalı ya da sınırlı

²⁹ A.k.

³⁰ Özel, **TDK Sözlük**, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 27.01.2019.

³¹ Latince *privatus* (*privare* fiilinin geçmiş zaman çekimi-elinden almak, yoksun bırakmak, mahrum etmek) kelimesinden türetilen *private*, ‘kamusal hayattan çekilmiş, birine özgülenen bir makamdan yoksun kılınmış’ anlamına gelmektedir. Aynı şekilde, ‘kamusal bir makam, ayrıcalık ya da komuta kademesine sahip olmayan; kamunun bilgisi ya da bakışından uzakta tutulan; belirli bir şahsa ait olan; belirli ve ayrıcalıklı kimselere tahsis edilmiş olup genel kamuya açık olmayan eşya ya da mekanlar; çekilmiş, ketum, gizlenen ya da mahfuz bir kimse; yalıtılmış bir yer; üreme organları’ anlamlarını da kapsamaktadır. **The Oxford English Dictionary**’dan aktaran Patricia Boling, **Privacy and the Politics of Intimate Life**, Cornell University Press, Ithaca, 1996, s. 43-45.

ölçüde geçirgen, yoğun bir çağrışımlar yığını gelebilir. Neyin özel hayata dahil olduğu ya da olması gerektiğine dair birçok fikir ileri sürülmüş ve ileri sürülmeye devam etmektedir. Bu fikirlerin bir kısmı üzerinde ortaklaşmaktadır ama bir kısmı ihtilaflıdır. Üzerinde uzlaşmış bir özel hayat tanım ve kavrayışı olmamakla beraber, kesin olan bir şey vardır: İçeriği nasıl doldurulursa doldurulsun, bir kimsenin ‘özel hayatım’ dediği şey ya da alan, ‘dışarı’ya karşı kapalı, korunaklı, başka kimselerin karışıp müdahale edemeyeceği güvencelere sahip olmalıdır.

Özel hayat kavramı, bu kavramın kullanıldığı dönem, toplum ve kültür gibi değişkenlere göre farklılık arz eden olumsal bir içeriğe sahiptir. Özel hayat kavramının hatlarının belirsiz ve tartışmalı oluşu da bundan kaynaklanmaktadır. Öte yandan, özel hayatın korunması gereken bir nitelikte olduğu, dünyanın hemen hemen her yerinde yerleşiklik kazanmıştır.

Birçok farklı menfaatin özel hayatın kapsamına girdiği ve hakkın korunması gereken unsurları olduğu savları, kavramsal bir kargaşayı ve içtihadi bir belirsizliği de beraberinde getirmektedir. ‘Özel hayatın nitelendirilmesi sorunu’ olarak ifade edilebilecek bu kavramsal kargaşaya, özel hayatın kapsam ve sınırlarının birbirinden farklı başka kavramlar ya da değerlerle belirlenmeye çalışılması neden olmaktadır. Bu nitelendirilme sorunu, belli bir kavramın tarihsel süreç içinde ya da farklı kültürel kodlarda geçirdiği dönüşüm ve ayrışmadan ibaret değildir. Aynı tarihsel dönem, toplumsal kültür ve hukuki düzen içerisinde bile birbiriyle uzlaşamayan, hatta çelişen birçok farklı görüşün bulunması, özel hayatın tanımlanması konusunda bir sorun olduğunu göstermektedir.

Nitelendirmenin bir sorun olarak ifade edilmesine yol açan nedenlerin başında, özel hayatın kültürel olarak göreceli oluşu ve bu nedenle özel hayat konusunda genel bir çerçevenin uygulanmasının güçlüğü gelmektedir. Kavramsal muğlaklıkla bağlantılı olarak, hukuki korumanın nasıl temin edileceği sorusu da gündeme gelmektedir. Özel

hayatın bir değer içerdiği ve korunması gereken bir hak talebi yarattığı, doktrinde ve çeşitli yargı kararlarında kabul edilmesine rağmen hakkın içeriği ve kapsamı açıkça belirlenmemiştir. Hal böyle olunca bu hakkın sağladığı koruma alanını ve başka haklar ya da kamu yararı ile çatışması halinde sınırlarının nereye kadar uzandığını açıkça kestirmek mümkün görünmemektedir.

Gerety'ye göre, “özel hayat kavramı her hukukçuya göre her şey olabilecek kadar değişken bir kapasiteye sahip”tir.³² Gross ise, özel hayatın “kötü tanımlanmış embriyonik bir kavram”³³ olduğundan bahisle, böyle bir terimin gündelik dildeki olağan kullanımının düzensizliklerinin, yasal sürece dahil edilmesi sonucunda birçok sorunun ortaya çıktığı tespitini yapmaktadır. Oysa “hukuki terimlerin kökü, gündelik konuşmanın verimli toprağında olmakla beraber, bu kavramları kendilerine has gelişim ilkeleri bulunmaktadır.”³⁴

Özel hayatın hukuken korunabilmesi için niteliğinin tespit edilip tanımlanması gerektiği yönündeki görüşler, büyük çeşitlilik göstermekte ve nasıl bir tanımlama yapılması gerektiği konusunda ortak bir zemin yaratmanın çok zor olduğuna işaret etmektedir. Oysa özel hayata yüklenen içerikten ziyade, altında belirli bir etik değer yattığı hakkında bir uzlaşıya varılabildiği ölçüde, kavramın ve bununla bağlantılı olarak hakkın tutarlılığı, özgünlüğü ve karakteristik yapısı da belirginleşmektedir.

Özel hayatın birçok farklı menfaati koruduğu kabulü karşısında, özel hayatın literatürde nasıl ele alındığını görebilmek ve daha sistematik bir perspektif sağlamak için bu konudaki çeşitli yaklaşımları sınıflandırmak faydalı olacaktır. Bunlardan ilki, özel hayat konusundaki tanımlamaları normatif ve betimleyici olmak üzere ikiye ayıran görüşlerdir.³⁵ Başka bir ayırım, özel hayatı kendi başına bir değer olarak görenler ile özel

³² Tom Gerety, “Redefining Privacy,” **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Yıl 1977, Cilt 12, Sayı 2, s. 233-234.

³³ Hyman Gross, **Privacy-Its Legal Protection**, Oceana Publ., New York, 1964, s. vii.

³⁴ A.k.

³⁵ Bkz. örn. Herman Tavanı ve James Moor, “Privacy Protection, Control of Information, and Privacy-Enhancing Technologies,” **Computers and Society**, Yıl 2001, Cilt 31, Sayı 1, s. 6-11; Madison Powers,

hayatın başka değerleri (özgürlük, mülkiyet, haysiyet gibi) koruduğunu ileri süren yaklaşımlar arasında bulunmaktadır. Bu ikinci tasnifi, ‘indirgemeci yaklaşımlar’ olarak adlandırabiliriz.

Özel hayat tanımlamalarından ilki olan betimleyici yaklaşımlara göre, özel hayat tanımlamasıyla amaçlanan, özel hayata bir değer atfetmeden tarafsız bir durum tespiti yapılmasıdır. Bu türden yaklaşımlara göre, özel hayat bir ‘durum’ veya ‘koşul’ belirtmektedir. Örneğin, Parent’in tanımına göre, “mahremiyet, üçüncü kişilerin bir kimse hakkında yasadışı olarak edinilmiş kişisel bilgiye sahip olmaması durumudur.”³⁶ Buna göre, özel hayat ya da mahremiyet kişinin içinde bulunduğu bir durumu belirtmektedir. Bununla birlikte özel hayat, kendiliğinden ya da tarafsız olarak belirlenebilecek bir ‘durum’a tekabül etmekten uzaktır. Başka bir ifadeyle, özel birtakım işlerin, eylemlerin ya da kararların icra edilmesi, sırf bunların ‘özel’ niteliğinden dolayı özel hayata ait görülemez. Neyin ‘özel’ olduğunu belirlemek demek, üçüncü kişilerin karışmasından bağışık olmalarına dair bir talebin yükseltilmesi demektir ve bu da normlarla düzenlenen bir ‘durum’un belirlenmesi anlamına gelmektedir.³⁷

Böylece betimleyici yaklaşımların yetersiz kaldığını ve özel hayatın tarafsız bir şekilde tanımlanmasının mümkün olmaktan uzak olduğunu belirtmek gerek. Bunun sonucunda normatif yaklaşımlar geliştirilmiştir. Normatif bir yaklaşım, moral ya da hukuki birtakım yükümlölükler veya taleplere göndermede bulunmaktadır. Özel hayatın bir hak olarak ele alınması kuşkusuz bu bağlama dahildir.

Literatürde karşılaşılan başka bir ayırım, özel hayatı başka değerlerin ya da hakların uzantısı olarak gören ‘indirgemeci’ yaklaşımlar veya özel hayatı kendi başına

“A Cognitive Access Definition of Privacy,” **Law and Philosophy**, Yıl 1996, Cilt 15, Sayı 4, s. 369-386; Adam Moore, “Defining Privacy,” **Journal of Social Philosophy**, Yıl 2008, Cilt 39, Sayı 3, s. 411-428; Helen Nissenbaum, **Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life**, Stanford Univ. Press, Stanford, 2010, ch. 4, s. 68 vd.

³⁶ William Parent, “Privacy, Morality and the Law,” **Philosophy and Public Affairs**, Yıl 1983, Cilt 12, Sayı 4, s. 269.

³⁷ Aynı yönde bkz. Stanley I. Benn, “Privacy, Freedom, and Respect for Persons,” **Philosophical Dimensions of Privacy**, ed. Ferdinand D. Schoeman içinde, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1984, s. 223 vd.

değerli ve dolayısıyla korunması gereken ‘başı başına bir hak’ ya da ‘ayrı bir hak’ olarak ele alan yaklaşımlardır. Bunlardan ilkinin oluşturan indirgemeci yaklaşımların ortak özelliği, özel hayatı; yaşam hakkı, genel özgürlük ya da mülkiyet gibi başka hakların uzantısı bir hak olarak görmeleri veya özel hayatın daha genel bir değeri (bireysel özerklik, insan haysiyeti gibi) korumasından kaynaklanan niteliğine vurgu yapmalarıdır. İndirgemeci yaklaşımlar özel hayatı, arkasında yatan daha önemli bir değer nedeniyle önemsemektedir ve bu nedenle özel hayatı ‘türev bir hak’ olarak ya da ikincil nitelikte görmektedir. Hatta tanımlama konusunda yarattığı sıkıntılar nedeniyle özel hayatın gereksiz bir kavramsal tartışmaya yol açtığını ileri süren radikal görüşler de vardır. Mülkiyet hakkıyla özel hayat ya da ortak hukuktaki (*common law*) adıyla mahremiyet (*privacy*) arasında kurduğu ilişkiye dayanarak mahremiyetin gereksiz olduğu ve mülkiyete indirgenebileceğini ileri süren Thomson bu görüşün en bariz örneklerinden biridir.

Thomson,³⁸ mahremiyet hakkının bütüncül bir kavramsal ve normatif özü olmadığı gerekçesiyle içsel olarak belirsiz olduğunu ve bu nedenle özel hayatla ilgili bir değerlendirmenin, kişi hakları (bunlar da beden üzerindeki sahiplikten türetilmektedir) ya da mülkiyet gibi başka haklarla bağlantılandırılarak yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bunun sonucunda mahremiyet, öncelikle bir kişinin kendisine erişimi sınırlaması hakkı olarak ele alınmaktadır. İkinci olarak, diğer kimselerin sahip olunan eşyaya duyuları vasıtasıyla erişiminin kısıtlanması olarak değerlendirmektedir. Böylece Thomson’a göre,³⁹ mahremiyet, beden dahil olmak üzere, sahip olunan mallar ya da eşyaya bir başkasının erişmesini engelleme ya da kısıtlama hakkıdır.

Özel hayatın, özel mülkiyet hakkının uzantısı bir hak olduğu ve tanımlanması konusundaki sıkıntıların bu tespitle birleşmesi sonucunda da özel hayata bir ‘hak’ olarak

³⁸ Judith Jarvis Thomson, “The Right to Privacy,” **Philosophical Dimensions of Privacy**, ed. Ferdinand David Schoeman içinde, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1984, s. 280-281.

³⁹ A.k., s. 281.

ihtiyaç duyulmadığı savları; ilk bakışta ortak hukuk düzenine özgü ve böylece Kıta Avrupası hukukuna yabancı sorunlar olarak görünmektedir. Bu iddia kısmen doğrudur çünkü Roma hukukunda eşya ve kişilik üzerindeki haklar arasında net bir ayrım çizilmiş ve böyle bir gelenek üzerinden özel hayatın korunmasının kişilik hakkı (ya da hakları) ile ilişkilendirilmesi çok daha kolay olmuştur.⁴⁰ Öte yandan iki hukuk geleneği birbirinden büsbütün ayrı da değildir. Özellikle özel hayatın mekânsal boyutu, yani konuta yapılan müdahaleler söz konusu olduğunda, mülkiyet ve özel hayat iç içe geçebilmekte veya karışıklıklara yol açacak şekilde örtüşebilmektedir. Dolayısıyla ortak hukuk doktrininde ortaya çıkan indirgemeci eğilim, kanımızca sadece bu hukuk düzenindeki sorunlara yönelik bir çözüm önerisi olmayıp özel hayat hakkının korunduğu diğer hukuk düzenlerini de ilgilendirmektedir. Bunun yanında, sunduğu önerinin kabul edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. İndirgemeci yaklaşımların temel varsayımı, özel hayatın, tanımlanamaması nedeniyle hukuken kullanışsız ve ihmal edilebilir olduğu; bu doğrultuda da bir kenara bırakılıp yerine daha güçlü bir hakla ikame edilmesi gerektiğidir. Uç bir öneri olarak ortaya konan bu görüş ne mahkeme kararlarıyla desteklenmekte ne de doktrinde kendisine taraftar bulmaktadır.

İndirgemeci yaklaşımlar dışında, özel hayatın kendine özgü bir değere sahip olduğunu ve başka değer ya da haklara indirgenemeyeceğini ileri süren birçok farklı yaklaşım geliştirilmiştir. Bunların bir kısmı, özel hayatın indirgenemez bir değere sahip olması yanında, birtakım işlevler yüklendiğini; böylece birtakım norm ve değerlerin geliştirilmesini mümkün kıldığını ileri sürmektedir. Kişinin ya da kişiliğin korunması, insan haysiyeti, özgürlükle bağlantı gibi kimi işlevler bunlara örnek gösterilebilir. Buna istinaden, bu türden yaklaşımlar ‘işlevsel yaklaşımlar’ olarak adlandırılmaktadır.⁴¹

⁴⁰ Bkz. Whitman, *a.g.m.*

⁴¹ Beate Röessler, “Privacies: An Overview,” **Privacies: Philosophical Evaluations**, ed. Beate Röessler, Stanford University Press, Stanford, 2004, s. 10.

Rössler, doktrindeki görüşlerin büyük çoğunluğunun işlevsel olduğunu ifade etmektedir.⁴²

Hukuki düzenlemeler ve mahkeme kararlarına genel bir çerçeveden bakıldığında, doktrinin teyit edildiği ve özel hayatın bağımsız bir değer taşıdığı şeklinde anlaşılmaktadır. Özel hayatın kendi başına bir değer taşıdığını, mahkeme pratiklerinden olduğu kadar, bu alanda hızla artan hukuki düzenlemelerden de çıkarmak mümkündür. Özel hayatın korunması ve temel bir hak olarak tanınması giderek yaygınlaşan bir eğilimdir ve dolayısıyla nereden türediğinden ziyade, nasıl yorumlanması ya da daha iyi bir korumanın nasıl sağlanması gerektiği tartışmaları daha önemli olmaya başlamıştır.

1.2. ÖZEL HAYATIN VE KORUNMASININ İŞLEVLERİ

Özel hayat ve korunması; siyaset bilimi, psikoloji, felsefe, eğitim bilimleri gibi birçok alanı ilgilendiren işlevlere sahiptir. Örneğin, psikolojik açıdan bir kimsenin özel hayatı, o kişinin benliğinin oluşturulması ve kişiliğinin geliştirilmesi konusunda önemli işlevler üstlenmektedir. Siyaset bilimi açısından ise demokrasi ve özgürlüklerin işlevliliği konusunda önemli bir gösterge işlevi yüklenebilmektedir. Bu kısımda, bu işlevler tanıtılmakta; özel hayatın korunmasının demokrasi, hak ve özgürlükler bağlamındaki önemine dair argümanlar ise kuramsal bölümlerde daha ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

Bu çerçevede özel hayatın üstlendiği en baştaki işlev, insanın benliği ve kişiliğinin gelişimiyle ilgilidir. İnsanın biricikliğine ve değerine duyulan inanç sonucunda, onun kişiliğinin oluşumu ve gelişimi için çekirdek bir benliğin korunması ihtiyacı, özel hayatla bağlantılı olarak ele alınmaktadır.⁴³ Kişinin toplumla olan ilişkileri en mahrem alan, özel alan ve kamusal alan halkaları şeklinde tasvir edildiğinde; en içteki mahrem

⁴² A.k.

⁴³ Bkz. Mats G. Hansson, **The Private Sphere: An Emotional Territory and Its Agent**, Springer, Dordrecht, 2008; Joseph Kupfer, "Privacy, Autonomy, and Self-Concept," **American Philosophical Quarterly**, Yıl 1987, Cilt 24, Sayı 1, s. 81-89.

halka, kişinin paylaşmaktan imtina ettiği duygular, düşünceler, zevklerin şekillendiği ve bir dünya görüşü ya da kişiliğin oluşturulduğu alandır.⁴⁴ Bir kişinin hayatını iç içe geçmiş çeperler ya da halkalar olarak tasvir eden bu görüşe uygun olarak, mahrem alanın dışındaki özel alan halkasında, kişinin yakınları ile kurduğu samimi ilişkiler ve paylaştığı sırlar yer almaktadır.⁴⁵ En dışarıda ise gündelik konuşma ve fiziksel ifade veya davranışların herkese açık olduğu kamusal alan halkası yer almaktadır. Mahrem alan ya da giz alanı, kişinin psikolojik zırhı ya da koruyucu kabuğunu oluşturmaktadır ve bunun ihlal edilmesi kişinin utanmasından çeşitli kişilik bozukluklarına kadar, ağır psikolojik sorunlara yol açabilmektedir. Öte yandan, kişinin bireyselliğinin gelişimi ve hayattaki bilinçli seçimlerin şekillendiği alan da burasıdır.

Böylece özel hayata yapılacak saldırılar ya da bir kişinin gizli kalmasını istediği şeylerin ifşası, kişinin gerçek kimliği ve toplumsal rolü arasındaki ayrımı gözler önüne sererek bu kişinin psikolojik dengesinin bozulması ve kişiliğinin gelişiminin engellenmesiyle sonuçlanabilir. Bununla bağlantılı olarak kişisel alanın korunması, birbiriyle çelişen bilgi ya da imajların diğer kimselere aktarılmadan birçok toplumsal rolün benimsenmesine imkân tanımaktadır.⁴⁶

Çoklu toplumsal rollerin birbiriyle çatışmasının önüne geçilmesi ve bireyin kimi psikolojik sorunlar yaşamadan bu rollere bürünebilmesi işlevi yanında, özel hayat korunaklı bir bağlam yaratarak arkadaşlık ya da sevgiye dayalı ilişkilerin yeşereceği bir ortama da zemin hazırlamaktadır.⁴⁷ Dolayısıyla sağlıklı bir ruhsal ve toplumsal hayatın gelişiminde de önem taşımaktadır.

⁴⁴ Koruma alanları ayrımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ersan Şen, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Kazancı, İstanbul, 1996; Christoph Gusy, “La théorie des sphères,” **Annuaire international de justice constitutionnelle**, Yıl 2003, Sayı 18-2002, s. 467-484.

⁴⁵ Rössler bunu ‘soğan modeli’ olarak tarif etmektedir. Bkz Rössler, *a.g.k.*, s. 6.

⁴⁶ André Roux, **La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers**, Economica, Paris, 1983, s. 1.

⁴⁷ Robert S. Gerstein, “Intimacy and Privacy,” **Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology**, ed. Ferdinand David Schoeman, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, s. 265-272.

Toplumsal hayat, kişilerin birçok farklı toplumsal role bürünebilmesini gerektirmektedir ve bu durum, kimi zaman kişiler üzerinde baskı yaratmaktadır. Duygusal açıdan rahatlama sağlanması için kişinin uzaklaşması ya da yalnız kalması ihtiyacı ortaya çıkabilmektedir. Toplum sahnesinde kişinin oynadığı rollerden sıyrılıp kendi olması ve günlük hayatın uyarılmalarından geçici süreliğine uzaklaşması, kişiliğin ve ruh sağlığının korunması için elzemdir. Duygusal olarak rahatlamanın bir başka boyutunu, bedenin biyolojik fonksiyonlarının devam ettirilmesi oluşturmaktadır. Uygarlık, tarihsel süreç içerisinde bu işlevlerin yerine getirilmesi için gizli, bireysel bir alanın açılmasıyla geliştirilmiştir.⁴⁸

“İnsanlararası dışsal zorlanımdan, tekil insanın içsel zorlanımı yönüne doğru hızla ilerleyiş, birçok duygunun giderek daha denetimli yaşanmasına neden olur. ‘Akılcı düşünce’ ya da ‘ahlaki vicdan’ gibi ortak yaşantının ürünü olan özerk ve bireysel özdenetim mekanizmaları, içgüdü ve duygu itkileri ile beden kasları arasına yerleşir ve itkilerin kasları doğrudan doğruya, yani denetim mekanizmalarının onayını almadan harekete geçirmelerini engellerler... Bu uygarlık atılımının karakteristik özelliğini oluşturan, ... bireyin ‘iç dünya’sını ‘dış dünya’dan ... ‘birey’i ‘toplum’dan ayıran görünmez bir duvar, bir kutu olarak yaşanan şeyler(dir) ... Özdeneyimde bunlar başkalarından gizlenen şeyler ve genellikle bireyselliğin özü olarak ortaya çıkarlar.”

Westin, mahremiyetin duygusal rahatlama açısından bir ‘güvenlik supabı’ olarak vazife gördüğünü ileri sürmektedir.⁴⁹ Haksız, yanlış ya da hakaret içerebileceği için ifade hürriyetinden farklı olarak; sistem, patron, meclis gibi otorite sembollerine karşı aile içinde ya da dost toplantılarında sorumlu tutulma korkusu hissetmeden eleştiride bulunabilmek kişiyi duygusal olarak rahatlatmaktadır. Westin’e göre özel hayat, “kendileriyle ilgili bilgilerin diğerlerine (üçüncü kişilere) ne zaman, nasıl ve ne derecede iletilebileceğini bireyler, gruplar ya da kurumların kendilerinin belirlemesi talebidir.”⁵⁰ Ayrıca birey ve toplum arasındaki ilişki bakımından özel hayat, “bir kişinin fiziksel veya psikolojik kimi önlemler vasıtasıyla, toplumdan ya yalnızlık durumuna ya da daha küçük bir grubun samimi ilişkilerine veya daha geniş grupların içinde olmaya devam edip anonim olma ya da inziva (*reserve*) durumuna gönüllü ve geçici çekilmesi”

⁴⁸ Elias, *a.g.e.*, s. 53-55.

⁴⁹ Alan Westin, *a.g.k.*, s. 35-36.

⁵⁰ *A.k.*, s. 7.

⁵¹ olarak da tasvir edilmiştir. Yalnızlık, yakın ilişkiler, anonim olma ve inziva, Westin'in kuramında özel hayatın dört durumunu ifade etmektedir.

Her kişi, deneyimlerini anlamlı bir bütün oluşturabilmek ve bireyselliğini olaylar içerisinde konumlandırabilmek için özel hayata ihtiyaç duyar. Sadece deneyimleri ve olayları anlamlandırabilmek için değil, aynı zamanda hayatı planlayabilmek ve yaşamın seyrine nasıl devam edeceğine karar vermek için de mahremiyet elzemdir. Öte yandan özel hayata yapılacak saldırılar hem kişinin toplum tarafından nasıl görüldüğünü hem de kişinin kendisini nasıl gördüğünü etkileyebilmektedir. Reiman'a göre,⁵² bu türden saldırıların kişinin kendini değerlendirme şeklini etkilemesi, çok daha vahim sonuçlara yol açma potansiyeline sahiptir. Bunun nedeni, tercih ve duyguları sürekli göz ardı edilen, 'nesneleştirilen' bir kişinin; ister istemez duygu ve tercihlerinin değerini sorgulayacak olması ve öz-saygısını yitirebilecek olmasıdır.

Özel hayata yüklenen işlevler, özel hayata saygı hakkının korunmasının altında yatan değer belirlenmesiyle yakından ilişkilidir. Reiman, insan haysiyetini korunması gereken temel bir değer olarak gördüğü için, özel hayata saygı hakkının da bu doğrultuda bir işleve sahip olması gerektiğini ifade etmektedir.⁵³ İnsan haysiyetine yakın ancak yine de ondan farklı bir değer olarak belirlenen, kişilere yönelik saygı, özel hayat ile bağlantılı olarak görülen bir diğer değerdir. Nitekim Gross, özel hayatı kişisel bilgiler üzerindeki denetimle ilişkilendirmekte ve korunması gereken değer kişilere yönelik saygı olduğunu düşünmektedir.⁵⁴ Buradan hareketle, bireyin kendini aşağılanmış hissetmesini ya da utanmasını, başkalarının onun hakkında bir şeyler öğrenmesine değil, kendisiyle ilgili elde edilen bilgilerin nasıl kullanılacağına başkalarınca belirlenmesine bağlamaktadır.

⁵¹ A.k.

⁵² Jeffrey H. Reiman, "Privacy, Intimacy, and Personhood," **Philosophy and Public Affairs**, Yıl 1976, Cilt 6, Sayı 1, s. 32.

⁵³ A.k.

⁵⁴ Gross, a.g.k.

Özel hayata yüklenen işlevler açısından değinilmesi gereken son bir husus, yabancı kişilerle kısmi temasın temin edilmesi bakımından olan önemidir. Modern toplumda kişiler arasındaki iletişim kısmi ve sınırlıdır. Kalabalık toplumlar, hızlı bir yaşam ve çalışma temposu, şehir hayatının kaçınılmaz özellikleri olmuştur. Bir kişinin ruhsal olarak kendini koruyabilmesinin ötesinde, çok çeşitli ortamlardaki karşılaşmaların gerektirdiği uyum ve hız sonucunda; insanların birbiriyle teması ve iletişimi, amaca dönük ve kısmi hale gelmiştir. Mahremiyet de böyle bir durumda samimi ilişkiler için saklanmakta; öbür türlü, kısa karşılaşmalar açısından hem pek mümkün görünmemekte hem de buna gerek hissedilmemektedir. Kişinin üçüncü kişilerle arasına psikolojik bir mesafe koyması, kalabalık toplumsal ilişkiler ve hıza dayalı bir hayat temposunun; toplumsal ilişkilerin, ‘üzerinde uzlaşmış karmaşık bir mahremiyet etiketi’ tarafından belirlenmesini gerektirmektedir.⁵⁵

1.3. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ KORUDUĞU DEĞERLER

Özel hayata saygı hakkının arkasında yatan değer ne olduğunu belirlemenin maksadı, açık uçlu bir kavram olduğu daha önce de ifade edilen ‘özel hayat’ kavramının belirsizliğinin üstesinden gelmek için bir yön tarif etmektir. Yön göstermeye talip, birbirine yakın ancak yine de farklı olan birkaç aday bulunmaktadır. Bu doğrultuda, kısmen ulusal hukuk düzenlerinden ve doktrinden yola çıkarak; Sözleşme organlarının işaret ettiği ve bu çalışmaya da konu oluşturan bireysel özerklik değerine varana dek diğer rakip değerler ele alınmaktadır. İnsan haklarıyla doğrudan ilişkili olan ve çok önemli değerler teşkil eden haysiyet, genel özgürlük ve kişilik hakları kuşkusuz özel hayata saygı hakkıyla da ilgilidir. Yine de neden bu hakkın koruduğu değer olmaya uygun olmadıkları açıklanmaktadır. Nihayet bireysel özerkliğin liberal düşünce geleneği içindeki yeri, özgürlük anlayışıyla ilgili hususiyeti ve Sözleşme organlarının 8. madde

⁵⁵ Westin, *a.g.k.*, s. 39.

yorumunda üstlendiği dinamik işlev nedeniyle özel hayata saygı hakkının korunmasının ardında yatan değer olduğu ortaya konmaktadır.

1.3.1. İnsan Haysiyeti

Özel hayatın insan haysiyetiyle iç içe olduğunu ifade eden birçok düşünür bulunmaktadır. Örneğin Bloustein'a göre,⁵⁶ mahremiyetin hukuki bir kavram olarak tutarlılığını, mahremiyete yapılan müdahalelerin aslında insan haysiyetine yapıldığını vurgulamaktadır. Bu türden müdahaleler sonucu ortaya çıkan zarar bireyselliğimize, birey olarak insan haysiyetimize yöneliktir ve hukuki düzeltim, kaybın tazmininden ziyade tehdit edilen insan ruhunun toplumsal biçimde korunmasını temsil eder. Reiman⁵⁷ ve Benn⁵⁸ de özel hayatın öneminin temel gerekçesi olarak haysiyetin korunmasını görmektedir. Warren ve Brandeis⁵⁹ özel hayatın ABD'de anayasal düzeyde korunması gereken temel bir hak olarak takdim ettikleri makalelerinde, bireyin dokunulmaz kişiliğinin mahremiyetle çok yakından ilişkili olduğunu da ifade etmişlerdir.

O halde, mahremiyetin haysiyetle olan ilişkisinin nasıl kurulduğu anlaşıldığı takdirde, mahremiyetin değerinin ne olduğu konusu biraz daha açıklığa kavuşabilecektir. Haysiyetle ilgili tartışmaların başlangıç noktası, Kant'ın insanları kendinde birer amaç olarak değerlendirmesine kadar götürülebilir:⁶⁰

“Amaçlar düzeninde insanın ...kendi başına amaç olduğu ...yani hiçbir zaman, herhangi bir kimse tarafından ... yalnızca araç olarak kullanılamayacağı, buna göre de kendi kişimizde insanlığın kutsal olması gerektiği artık kendiliğinden ortaya çıkar; çünkü insan ahlak yasasının öznesi, dolayısıyla kendi başına kutsal olanın öznesidir...”

⁵⁶ Edward Bloustein, “Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser,” **New York Univ. Law Review**, Yıl 1964, Cilt 39, s. 962.

⁵⁷ Reiman, *a.g.m.*, s. 39.

⁵⁸ Bkz. Stanley I. Benn, *a.g.m.*, s. 223-245.

⁵⁹ Warren ve Brandeis, *a.g.m.*, s. 205.

⁶⁰ Immanuel Kant, **Pratik Aklın Eleştirisi**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1999, s. 143.

Kant'a göre,⁶¹ insanların değerine saygı ilkesi, bir kimsenin eyleme özgürlüğünün de sınırını oluşturmaktadır. Bir kişinin belli bir amaç doğrultusunda kullanılması, bu kişinin bir insan olarak sahip olduğu içsel değere bu nedenle aykırıdır. İşte bu ilke, kendinde bir amaç olma ilkesi, mahremiyete verilen önemin altında yatan ilke olarak birçok düşünür tarafından işaret edilmektedir. Örneğin, Benn⁶² mahremiyete yönelik müdahalelerin her zaman bir zararla sonuçlanmayabileceğine istinaden; özgürlüğün sınırı olarak başkalarına verilecek zararın tayin edilmesi şeklindeki liberal geleneğin yerine, daha genel bir ilke ile değiştirilmesini önermektedir: kişiye saygı. 'Kişi'den kastı ise fail olma bilincine sahip olan, tasavvur edebilme ve tasavvur ettikleriyle gerçekleştirebildikleri arasındaki ilintiyi değerlendirebilme kudretine sahip olan bir öznedir. Başka bir ifadeyle, bir kişinin tercihlerde bulunma, kendi hayatını ve değerlerini belirleme konusunda serbest olması ve aynı şeyi başkalarının da göstermesiyle ilgili bir öznellik. Örneğin, gizli izleme ya da dinleme durumu, bu kişinin kendine veya verdiği kararlara dair yanlış bir bilince sahip olmasına yol açabilir; aleni biçimde izlenme durumunda ise kişi davranışlarını bu yeni duruma uyarlayarak kısıtlanabilir.⁶³ Dolayısıyla mahremiyetle bağlantılı olarak birine bir kişi olarak saygı gösterilmesi, prensip olarak eylem serbestisine sahip bir öznenin bilinci; ama daha önemlisi kendine dair kararlarının etkilenmesi ihtimalinin göz önüne alınmasına dayanır. Bu nedenle, bir kişiye isteği dışında sadece bakılacak, dinlenilecek, hakkında bilgi toplanılacak ve belki ifşa edilecek bir şey olarak muamele edilmesi, onun bir kişi olarak saygı görmesi ilkesinin görmezden gelinmesine yol açacaktır.

Bu verilen örneklerden, mahremiyetin insan haysiyetinden kaynaklanan değeri üzerine çıkarımlar yapmak mümkündür. Öncelikle, mahremiyeti ve haysiyeti birbirleriyle bağlantılı olarak ele alan hemen hemen tüm düşünürler, bir insan ya da kişi

⁶¹ Immanuel Kant, **Ahlak Metafizığının Temellendirilmesi**, çev. İoanna Kuçuradi, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1981, s. 45-46.

⁶² Stanley I. Benn, *a.g.m.*, s. 228-229.

⁶³ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Stanley I. Benn, *a.g.k.*, s. 171-178.

tanımlaması yapmanın güçlüğüne farkında olduklarından; konu üzerinde ya çok az durmakta ya da geniş bir konu olması sebebiyle, başka bir disiplin ya da çalışmaya havale etmektedirler. Sonuç olarak adını anmadan işaret ettikleri şey, ‘rasyonel bir bireycilik’ anlayışıdır. Bu rasyonalite hem geniş kapsamlı olmasından hem de pratik sorunlar konusunda sessiz kalmasından dolayı, üstü örtülü olarak ele alınmaktadır. İkinci olarak, bireyin tercihleri, hayata dair planları, değerleri bağlamında kutsanmakta; aksi, totaliter bir müdahale olarak kişinin haysiyetine yapılacak bir saldırı olarak yorumlanmaktadır. Yeri gelmişken şunu da belirtmekte fayda var ki Kant’ın belli başlı ilkeleri, çeşitli yazarlarca referans noktası olarak alınmaktadır; ancak bu ilkeler bağlamlarından kopararak duruma göre yorumlandıkları için eklektizme ve bir araç olarak kullanıldıkları için pragmatizme yol açmaktadır.

Başka önemli bir nokta, mahremiyete müdahale konusunda verilecek herhangi bir ‘zarar’ yerine, ‘rıza’ ve ‘kontrol’ ilkelerine başvurma daha etkin bir koruma sağlayacağı fikrinin öne çıkmasıdır. Bireyin eyleme kudreti ile beraber düşünüldüğünde, mahremiyet konusundaki belirleyiciliğin kişide olması, onun iradesine bağlı olması talebi tutarlılık arz etmektedir. Ayrıca zarar ilkesinin hakkın sınırı olarak tarif edilmesi, özel hayatın çiğnendiği ve gözle görünür bir zararın ortaya çıkmadığı durumlarda ne olacağıyla ilgili bir çözüm sunmamaktadır. Oysa bir kişinin özel hayatına yapılan müdahalenin, o kişinin duygu ve tercihlerine yapılan bir saygısızlık olarak yorumlanması anlayışı gelişmeye başlamıştır.

İnsan haysiyeti mutlak bir hak ve üstün bir niteliktedir; ancak kavram olarak belirsiz bir içeriğe sahip olduğundan, nasıl yorumlanacağı konusu sorun yaratmaktadır. İnsanın haysiyetini üstün bir değer olarak görüp anayasal düzeyde düzenleyen Alman Temel Yasası bu konuda bir örnek sunmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi (AFAM) insan haysiyetini, soyut bir insanlık öğretisi yerine somut kişilerin haklarını koruyacak şekilde yorumlayarak; anayasayı yaşayan bir enstrüman haline getirmiş ve

kişinin özneliğini ve özerkliğini öne çekmiştir.⁶⁴ Hatta Kantçı bir anlayışla, kişiye devlet tarafından bir nesne, şey olarak muamele edilmemesi gerektiği biçiminde bir formülasyonla somutlaştırılmıştır.⁶⁵

AFAM, insan haysiyetinin ne ifade ettiğine ilişkin belirsizliği, yaşam hakkıyla ikisini ayrılmaz biçimde yorumlayarak daha da derinleştirmektedir.⁶⁶ Hayatı ya da hayatta olmayı insan haysiyetinin temeli olarak belirleyerek, insan hayatına son vermeyi aynı zamanda insan haysiyetine yapılan bir müdahale olarak görmektedir.⁶⁷ 2005 yılında yürürlüğe giren Hava Taşıtları Güvenliği Yasası konusunda yapılan şikâyetin sonucunda AFAM önemli sonuçlara varmıştır. Bu yasa teröristlerce bir saldırı aracı olarak kullanılacağına kanaat getirilen ve kaçırılan bir uçağın vurulması konusunda Savunma Bakanı'na yetki vermektedir.⁶⁸ 2006 tarihli kararında AFAM, anayasanın verdiği yetkilerin aşıldığı tespitiyle yetinmemiş, aynı zamanda insan haysiyeti ve hayat hakkının da bu yasa tarafından ihlal edildiğini karara bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi masum insanlar ve teröristler arasında bir ayrım yaparak, uçakta sadece teröristlerin olması durumunda bu uçağın vurulabileceğini; ancak masumların da olması halinde uçağın vurulması durumunun, bu kişilerin 'şeyleştirilmesi ve hukuk dışına çıkarılması' sonucunu doğuracağını bildirmiştir.⁶⁹ Teröristlerin haysiyeti burada inkâr edilmemiş; ancak davranışlarının sonucu olarak cezalarını çekmeleri gereğine vurgu yapılmıştır.

İnsan haysiyeti argümanının kullanılması, ilgili hak ya da çıkar açısından mutlak bir korumayı doğurmaktadır. Dolayısıyla yaşam hakkı orantılılık gibi bir gerekçeyle

⁶⁴ Ernst Benda, "The Protection of Human Dignity (Article 1 of The Basic Law)," **SMU Law Review**, Yıl 2000, Cilt 53, Sayı 2, s. 443-454.

⁶⁵ Werner Heun, **The Constitution of Germany: A Contextual Analysis**, Hart Publishing, Oxford, 2011, s. 201.

⁶⁶ "İnsan haysiyeti maddesi (1. madde) hemen her zaman 2. maddedeki kişilik, ihlal edilmezlik ve hayat hakkı düzenlemeleriyle güvenceye alınan çıkarlarla beraber okunmuştur. 1. ve 2. madde arasında sembiyotik bir ilişki vardır; tüm hükümleri birbirini besler ve güçlendirir." Donald Kommers, **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, 1989, s. 305'ten aktaran Oliver Lepsius, "Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-Transport Security Act," **German Law Journal**, Yıl 2006, Cilt 7, Sayı 9, s. 766.

⁶⁷ Heun, *a.g.k.*, s. 203.

⁶⁸ Lepsius, *a.g.m.* s. 763.

⁶⁹ *A.k.*, s. 767.

sınırlanabilirken; müdahalenin haysiyete dokunması halinde hiçbir müdahale gerekçesi kabul görmemektedir. Bu nedenle yasamanın dokunamayacağı bir alan yaratılmaktadır. İnsan haysiyetini başka temel hakların norm alanında uygulamak; bu haklara mutlak bir güvence yaratmakla beraber, ilgili hakkın sınırlama hükümlerinden bir kaçış yolu sunarak önemli bir soruna da yol açmaktadır. İnsan haysiyeti kavramının esnek yorumu ve bu esnek yoruma rağmen katı sonuçları çok eleştirilmektedir.⁷⁰ AFAM, terörist faaliyet gerçekleştirmek için kaçırılan uçağın hedefinde olan masumları koruma konusunda, devletin pozitif yükümlülüğü doğrultusunda ve kamu yararı gerekçesiyle, bireysel haklara müdahale edilebilmesini engellemiştir.

Ulusal anayasalarda ve Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi gibi uluslararası metinlerde yer alan bir değer olarak haysiyetin, özel hayatın korumayı hedeflediği değerlerden biri olduğu açıktır. Öte yandan, çok genel ve pratik hukuki uyumsuzlukların çözümünde kuşku uyandıracak kadar soyut bir siyasi ya da etik ilkedir. Ayrıca Feldman'ın da belirttiği gibi,⁷¹ haysiyet kendi başına bir hak değil; tüm temel hakların ve anayasal ilkelerin altında yatan bir değer olarak anlamlıdır. Bu nedenle, tüm insan haklarının altında yatan değer insanın haysiyeti olduğu kabul edilebilir; ancak özel hayata saygı hakkıyla doğrudan bir ilişkiye sahip olduğu tartışmalıdır.

1.3.2. Genel Özgürlük

Genel özgürlük, klasik liberal öğretinin temellerinden birini oluşturmaktadır. Özel hayat bağlamında kazandığı anlam ise devletin imtina etmesi gereken ve bireyin rahat bırakılacağı bir negatif müdahale edilmezlik alanının oluşturulmasına dayanmaktadır; ancak bu özel alanın parametrelerinin ne olacağını kestirmek kolay olmamıştır. Bu konuda en sık başvuru alan isimlerin başında Mill gelmektedir. Mill'in özel alan ve

⁷⁰ A.k., s. 770, dipnot 25.

⁷¹ David Feldman, "Human Dignity as a Legal Value- Part I," **Public Law**, Yıl 1999, Cilt 4, s. 682-702.

kişinin kendisini ilgilendiren eylemleriyle (*self-regarding acts*) ilgili savları, bu bakımdan üzerinde durulmayı hak etmektedir.

Mill, kişinin kendi hayatını ilgilendiren konularda karar almasını ya da hükümetin düzenleme yetkisinden muaf olması anlamındaki özgürlüğü, özel hayat ya da mahremiyet olarak adlandırmamıştır. Bununla birlikte, kişiye ait bir müdahale edilmezlik ya da genel bir özgürlük alanı olarak özel bir alanın hatlarının çizilmesi ile özel hayatın korunmasının kuramsal zeminini oluşturduğu söylenebilir. Mill,⁷² kişinin sadece kendini ilgilendiren edimlerini, mükemmel bir özgürlük alanı olarak tanımlamakta ve bu konuyu toplumun birey üzerindeki yetkisinin sınırlandırılması başlığında ele almaktadır. Kişinin kendisini ilgilendiren eylemler ise, kamuya ait bir yükümlülüğe hâlel getirmediği gibi, kendisi hariç başka kimselere de zarar vermeyen davranışlardır.⁷³ Başka bir ifadeyle, kendisinden başka kimsenin menfaatine dokunmayan edimler olarak tanımlanmıştır. Mill,⁷⁴ negatif anlama sahip genel bir özgürlük anlayışının temellerini ortaya koymuş ve bireysel faydanın ve zararın yalnızca kişinin kendisini ilgilendirmesine karşın toplumsal fayda söz konusu olduğunda devletin ya da hukukun müdahalesinin meşruiyet kazanacağını savunmuştur.

Mill'in görüşleri konumuz bakımından iki noktada özetlenebilir. Öncelikle, sadece kişinin kendisini ilgilendiren edimleri bakımından devletin müdahale etmemesi gereken bir özel alan çizilmektedir. İkinci olarak, çizilen alanın sınırı, başkalarına zarar vermemektir. Mill,⁷⁵ bireysel alan ya da kendi ifadesiyle 'kişinin kendine dönük edimleri' konusunda doğru ya da yanlış bir yargıda bulunmanın mümkün olmadığını çünkü başkalarına dokunmadığını; bunun yerine öz saygı ve öz gelişimle ilgili olduğunu belirtmektedir. Bunun yanı sıra, iyi ya da kötü olarak addedilmesinin bir yaptırıma bağlanamayacağını; çünkü bu edimler bakımından kişinin, sadece kendisine karşı

⁷² John Stuart Mill, **On Liberty**, The Walter Scott Publishing Co., Ltd., London, 1901, s. 142.

⁷³ A.k., s. 155.

⁷⁴ A.k., s. 141-142.

⁷⁵ A.k., s. 147-148.

sorumlu olabileceğini eklemektedir. Bu nedenle de sadece kişinin kendisine karşı sorumlu tutulabileceği, evrensel birtakım ahlaki yargılarda bulunulamayacak bu edimler alanı; hukukun düzenleme yetkisi dışında bırakılmaktadır. Hukukun devreye girebileceği ve girmesi gereken sınırı belirleyen parametre, Mill'e göre,⁷⁶ maddi ya da manevi bir zararın ortaya çıkmış olması ya da çıkabilmesi ihtimalidir. Zarar ilkesi, çok geniş ve muğlak olması sebebiyle, birçok tartışmaya yol açmaktadır ancak biz, konumuz bakımından sadece genel hususları belirtmekle yetineceğiz.

Mill'in geliştirmeye çalıştığı faydacılık kuramında bu zarar ilkesi, temel bir fonksiyona sahiptir ve meşru-iyi-faydalı gibi olumluluk atfedilen şeyler bakımından belirleyicidir. Öte yandan, zararın başkalarına yönelik olduğu akılda tutulursa, uygulama alanının aslında ne kadar dar olduğu ortaya çıkmaktadır. Örneğin, kendine bedensel olarak zarar veren bir kişi, bakmakla yükümlü olduğu ailesinin maddi-manevi kaybından sorumlu tutulabilecektir. Yani kendine zarar verdiği için değil, ailesi bu zarardan dolayı ya da doğrudan etkileneceği için kişi sorumlu olabilecektir. Dolayısıyla bu türden eylemler suç olarak nitelenip beraberinde meşru bir müdahaleyi de getirebilecektir.

Özel hayata saygı hakkının 'genel ya da şamil bir özgürlük' olarak yorumlanması halinde, hakkın kapsamı hukuken belirlenmemeli ve ancak belirli birtakım koşullarda sınırlanabilmelidir. Bunun anlamı, sadece başkalarının hakları veya kamu yararı ile çatışması durumunda sınırlanabilen ya da düzenlenebilen,⁷⁷ kısacası hukuka konu olabilen geniş bir özgürlük kavrayışının özel hayat ile özdeş kabul edilmesi olacaktır. Rigaux'nun ifadesiyle genel özgürlük, "sübjektif bir haktan farklı olarak, belirlenemezliğiyle karakterize edilen bireysel bir özgürlük alanıdır...; anayasal veya

⁷⁶ A.k., s. 144.

⁷⁷ Sınırlama ve düzenleme farkı için bkz. Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s. 17-24.

uluslararası normlara saygı ile uyumlu olarak hukukun sınırlamadığı her şeyi yapabilme özgürlüğüdür.”⁷⁸

Kuramsal olarak sorunlu olan bu kavrayışın hukuken de kimi sakıncaları bulunmaktadır. Örneğin, kişinin sadece kendisini ilgilendiren fiillerin gerçekte çok sınırlı olması, ‘zarar’ın merkeze alınmasının yaratacağı yan sorunlar, özel hayata saygı hakkının sübjektif bir hak ve genel özgürlük anlamını aynı anda ifade etmesinin getireceği güçlükler, Hohfeld’in özgürlük tasnifine bakılırsa genel özgürlüğün ödev yükümünün boş olması ve nihayet, tüm bu nedenlerle de bağlantılı olarak, bu tür bir özgürlük anlayışının gerçekçi olmamasıdır.

Nitekim Hohfeld’in⁷⁹ şemasında ‘ayrıcalık’ (dilediğini yapabilme olasılığına karşın üçüncü kişilerin buna bir yükümlülüğünün olmaması) olarak tasnif edilebilecek olan genel özgürlük, özel hayatın bir eyleme serbestisi olarak yorumlanmasının sakıncasını ortaya koymaktadır. Genel bir serbesti olarak yorumlanması, ödev yükümü olmadığı için özel hayata saygı hakkının korunmasını zayıflatan bir yön taşıyacaktır.

Fiiyatta da Sözleşme organlarının bu anlayışa yakın durduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir. Hem hak kapsamının sonsuz derecede geniş olduğu yönünde bir kanaat bulunmamakta hem de bu hakkın korunması için Devletten pozitif edimlerde bulunması gerektiği, içtihatlarla ortaya konmaktadır.

1.3.3. Kişilik Hakları

Kişi, hak yeteneğine sahip olabilen bir varlıktır. Başka bir ifadeyle, hak ve ödevlere sahip olabilen bir varlıktır.⁸⁰ Kişilik ise, kişi kavramını kapsayan; ama onu aşan bir kavramdır. Kişilik, hak ve borçlara sahip olabilme ehliyeti yanında, hukuki

⁷⁸ François Rigaux, **La vie privée: une liberté parmi les autres**, Travaux de la Faculté de droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1992, s. 224.

⁷⁹ Wesley N. Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning,” **Yale Law Journal**, Yıl 1913, Cilt 23, Sayı 1, s. 30.

⁸⁰ Aydın Zevkliler ve diğ., **Medeni Hukuk: Temel Bilgiler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 162.

eylem ve işlem yapabilme ehliyetini, kişilik alanına giren ve hukukun koruduğu tüm değerleri ve durumları kapsayan geniş bir kavramdır.⁸¹ Kişilik, kendisini oluşturan değerlerin bir bütünüdür. Bu değerler ise kişinin hayatı, bedensel ve ruhsal bütünlüğü, sağlığı gibi bedensel değerlerden; yetenekleri, haysiyeti, saygınlığı, mahremiyeti, inanç ve özgürlükleri, adı ve resmi üzerindeki hakları gibi manevi değerlerden; mesleki ve ticari haysiyet ve saygınlığı, mesleki ve ticari sırları gibi ekonomik değerlerden oluşmaktadır.⁸²

Kişilik hakkı, kişinin kişisel değerlerinin tümü üzerinde geçerli olan bir haktır. Bu hakkın kapsamına tüm kişisel değerler girdiği için, kişilik hakkına özgü nitelik ve hukuki sonuçlar, konunun içine giren kişisel değerlerin her biri yönünden geçerlidir. Kişilik hakkı, kişiye ait tekeli ve mutlak bir haktır. Bu konuda birçok farklı görüş bulunmakla beraber, sübjektif kişilik haklarına yöneltilen eleştiriler (klasik doğal hukuk, sosyolojik pozitivizm ve normativist pozitivizm başta olmak üzere), üç temel sorun etrafında odaklanmaktadır: 1. Sübjektif hak kategorisinin varlığı; 2. Objektif ve sübjektif haklar arasındaki mantıksal ve kronolojik öncelik ilişkisi; 3. Son olarak da sübjektif hakkın tanımı.⁸³

Kişilik hakkının, kişilik değerlerinin tümü üzerinde geçerli olan ‘genel’ bir hak mı olduğu, yoksa kişisel değerlerin her biri yönünden geçerli olan ayrı ayrı kişilik haklarının mı bulunduğu konusu tartışma yaratmıştır. Zevkliler,⁸⁴ bu konuda dört farklı görüşten söz edilebileceğini belirlemektedir. Birinci gruptaki görüşe göre, genel bir kişilik hakkından söz edilemez; bunun yerine, ad üzerindeki hak, fikri ürün üzerindeki hak gibi münferit haklardan söz edilebilir. İkinci gruptaki görüşe göre, genel kişilik hakkı münferit kişilik haklarından oluşmaktadır. Üçüncü görüşe göre, genel kişilik hakkı kişisel değerler üzerinde geçerli olan haklar kategorisinden oluşur ancak kişisel

⁸¹ A.k., s. 164-5.

⁸² A.k., s. 305.

⁸³ Bkz. François Ost, **Droit et intérêt: entre droit et non-droit: l'intérêt**, Vol. 2, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, Bruxelles, 1990.

⁸⁴ Zevkliler, a.g.k., s. 306.

değerler sınırlı olarak belirtilmemelidir; çünkü teknik gelişme ve günlük yaşamdan yeni değerler doğabilir ve bunların da korunması gerekebilir. Dördüncü görüşe göre ise, kişilik hakkı münferit haklardan oluşmaz çünkü kişilik, parçalara ayrılamayan bir bütündür. Hukuk düzeni de bu bütünü korumaktadır.

Kişilik hakkının konusu, çeşitli terimlerle ifade edilebilmektedir. ‘Şahsi menfaatler’, ‘kişilik alanı’ ya da ‘kişilik çevresi’, ‘kişisel ilişkiler’ çeşitli ülkelerin medeni kanunlarında kullanılan terimlerdir.⁸⁵ Zevkliler⁸⁶ ise bu hakkın konusunu ifade etmek için en uygun terimin ‘kişisel değerler’ olduğunu belirtmektedir. Bu kişisel değerlerin sayılarak tüketilmesi doğru ve mümkün değildir; çünkü teknolojik gelişmeler ve günlük hayatın gereklilikleri kişisel değerlerin sınırlandırmasını zorlaştırmaktadır. Zevkliler⁸⁷ ayrıca kişisel değerleri yine de üç ana temada toplamayı uygun bulmaktadır: 1) Maddi bedensel değerler; 2) Manevi değerler ve 3) Mesleki ve ekonomik değerler.

Kişilik hakları ve özel hayat arasındaki ilişkinin Sözleşme organlarınca nasıl kurulduğunu göstermesi bakımından *Von Hannover/Almanya*⁸⁸ davası açıklayıcı olabilir. Bu davada Prenses Caroline, kendisi ve ailesinin kamusal alanda yer alan ancak gizlice çekilmiş fotoğraflarının ulusal basında yer almasını şikayet etmiştir. AFAM’ın kişilik haklarıyla ilgili olarak verdiği karardan daha da geniş bir yorumla ve yeni bir kavram, ‘makul mahremiyet beklentisi’, devreye sokarak ihlal kararı veren Mahkeme,⁸⁹ Alman hukuk sistemindeki kişilik haklarını aşan bir koruma çerçevesi sunmuştur. Ünlü kişiler bakımından özel hayata saygı hakkının anlamı, kamu yararı ve şöhret ile kişilerin görüntü/fotoğrafları arasındaki dengenin tesisi, kamusal alanda özel hayata saygı hakkının uzanabileceği ve dolayısıyla özel alan ile kamusal alan ayrımının belirsizliği gibi birçok konu bakımından çığır açan bu karar, bir taraftan da yeni sorulara kapıyı aralamıştır. Kişilik haklarının insan hakları kapsamına girip girmediği; kamu yararı,

⁸⁵ Bkz. *a.k.*, s. 309.

⁸⁶ *A.k.*, s. 309 vd.

⁸⁷ *A.k.*

⁸⁸ *Von Hannover/Almanya, a.g.k.*

⁸⁹ *A.k.*, para. 51.

özel hayata saygı hakkı, özellikle basının ifade hürriyeti ile ilgili yerleşik içtihadın şekillendirdiği ilkelerin, kişilik hakları söz konusu olduğunda nasıl uygulanacağı gibi konular açıklık kazanması gereken sorulardır.

Böylece kişilik haklarının, özel hayata saygı hakkının temelindeki değer olarak kabul edilmesiyle ya sabit sayıdaki hukuki menfaat koruma kapsamında kabul edilip ‘özel hayat’ dondurulabilecektir ya da kişilik haklarının değişkenliği/güncellenebilirliği kabul edilecek ve sonuç olarak genel özgürlüğe varacak kadar çok sayıdaki hukuki menfaatin varlığını kabul etmek gerekecektir.

1.3.4. Bireysel Özerklik

Hukuk düzleminde, özel hayat kavramı genel özgürlük, kişilik hakları ve insanın haysiyetiyle bağlantılıdır ancak özel hayat başlığı altında tanınan subjektif hakların yoksun olduğu normatif temeli, bireysel özerklik kavramında bulmak mümkündür ve bu normatif temelin içeriği özel hayata dair yaklaşımların paradoksal gelişimini açıklamaya yardım etmeye elverişlidir. Bireysel özerklik, en basit haliyle bir kişinin dışarıdan kendisine dayatılan koşullar ile yönetilmeksizin, kendi başına karar alabilmesi ve kendince iyi addettiği bir hayatı seçip yaşayabilmesi fikrine dayalıdır.

De Schutter bireysel özerkliğin iki boyutu olduğuna dikkat çekerek bir tanım geliştirmektedir. Buna göre, bireysel özerkliğin pozitif tanımı, bireyin tercihlerini gerçekleştirmeye yönelik kuralları serbestçe tanımlayabilmesi olanağıdır. Negatif tanımı ise, özerkliğin ‘çifte dışlama etkisi’ üzerine inşa edilmektedir.⁹⁰ Çifte dışlama etkisinin ilk ayağı, özerkliğin bir dizi subjektif hak ile sınırlandırılmayıp bu hakları kapsayarak aşmasına dayanmaktadır. Bireyin subjektif haklarının saygıya mazhar olmasına yönelik koşul, aslında bireyin tercihlerinin toplumsal normları veya diğer kişilerin eylemlerini

⁹⁰ Olivier de Schutter, “La vie privée entre droit de la personnalité et liberté,” **Revue trimestrielle des droits de l’homme**, Yıl 1999, Sayı 40, s. 859.

göz önüne alma zorunluluğu gibi kısıtlamalardan azade olmasını temin etmek için yeterli değildir.⁹¹ Başka bir ifadeyle, bireysel özerklik, genel ya da negatif bir özgürlük olarak anlaşılırsa sübjektif hakların korunması için yeterli bir zemin sağlamaktan uzak olacaktır.

Özerkliğin ikinci dışlayıcı etkisi, özerkliğin 'kendini gerçekleştirme' ile özdeş sayılmamasına dayanmaktadır çünkü birey özerk bir biçimde kendi gelişimini ya da kendini gerçekleştirme sürecini, biricik amaç ya da varlık ilkesi olarak sürdürmemeyi seçebilir.⁹² Bu konudaki klasikleşmiş örnek, Odysseus (Lat. *Ulysses*) ve Sirenler anekdotudur.⁹³ Troya Savaşı sonrasında evi olan İthaka'ya varmak için yola koyulan Odysseus'u birçok zorluk beklemektedir.⁹⁴ Büyüleyici şarkılarıyla denizcileri baştan çıkarıp denizde kaybolmalarına neden olan Sirenler, bunlardan sadece biridir. Sirenlerin sesine kapılıp gemisinin kayalara çarpmasını önlemek için Odysseus, tayfasına kendisini zincirlemelerini emreder. Sirenleri duyduğunda (buna genel olarak, bir arzuya ya da zaafa kapılmak da diyebiliriz) kendini kaybedeceğini bildiğinden, özgürlüğünü feda etmektedir. Odysseus eylemleri konusunda bir tercih yapmakta ve bir arzu doğrultusunda eylememe isteğinde bulunmaktadır. Dolayısıyla, özgürlüğünü kısıtlayarak özerkliğini muhafaza etmektedir.⁹⁵ G. Dworkin özerklik ve özgürlük kavramlarının ayrı olmakla beraber, kimi yönlerden ilişkili olduklarını tespit etmektedir. Buna göre, insanlar özgürce eylemek isterler ve buna engel olunması, insanların olmak istediği gibi olamamasına ya da yaşamak istediği gibi yaşayamamasına, yani özerk

⁹¹ Joseph Raz, **The Morality of Freedom**, Clarendon Press, Oxford, 1986, s. 247.

⁹² *A.k.*, s. 375.

⁹³ G. Dworkin, *a.g.e.*, s. 15 ve 106; ancak De Schutter bununla ilgili bir çıkmaza işaret etmektedir. Bkz. De Schutter, *a.g.m.*, dipnot 73.

⁹⁴ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Homeros, **Odysseia Destanı**, 27. Baskı, Can Yayınları, İstanbul, 2013.

⁹⁵ G. Dworkin, *a.g.k.*, s. 14-15.

olamamasına yol açmaktadır.⁹⁶ Öte yandan, ister dinsel ya da askeri bir disipline ister bir aşk ilişkisine ya da gönüllü cebre teslimiyet, özerkliği ortadan kaldırmayacaktır.⁹⁷

Bireysel özerklik, kişinin sahip olduğu sübjektif haklardan nasıl istifade edeceği konusundaki seçimlerini eleştirel biçimde düşünmek ve gözden geçirip düzeltebilme olanağını bireye temin etmek işlevlerine sahiptir. Bireyin sahip olduğu sübjektif haklar, bireye hukuk tarafından tanınmaktadır; ancak bu beraberinde bu hakların kapsamının pozitif hukuk düzenince belirlenmesi ve dolayısıyla sabitlenmesi gibi bir olumsuzluğu da getirmektedir. Oysa bireysel özerklik, tanım yapma işini, eylemleri kendisine giderek tutarlılık kazandıracak olan bireye bırakmaktadır. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, bireyin özerkliğini kullanabilmesi üzerine düşünecek araçlara sahip olduğunun varsayılmasıdır. Başka bir ifadeyle, kişinin sübjektif haklar ya da özgürlüklerinin kullanımına dair yaptığı birinci düzey tercihleri gözden geçirebilmesine katkıda bulunan mekanizmaların olduğu varsayılmaktadır.⁹⁸

Sonuç olarak, bireysel özerkliği hukuken konumlandırmak gerekirse; özerklik ne bir sübjektif haklar kataloğunu yeterince ifade etmeye uygun bir değer ne de genel özgürlük ilkesine eşitlenebilecek bir değerdir. Sübjektif hakların sınırlı ve belirli olması, bunların korumasının esneklikten yoksun kalmasına ve güncellemelere izin vermemesine yol açmaktadır. Bireysel özerkliğin genel/negatif özgürlükle aynı kabul edilmesi ise bireyin varlığını belirleyen tercihlerini ortaya koyabilmesi ihtimalini düşürmektedir.

⁹⁶ A.k., s. 18.

⁹⁷ Bkz. John Christman, "Procedural Autonomy and Liberal Legitimacy," **Personal Autonomy: New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosophy**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2005, s. 281.

⁹⁸ A.k., s. 15-16.

1.4. BİREYSEL ÖZERKLİĞİN KURAMSAL TEMELLERİ

Özerkliğin ana fikrini kelimenin etimolojisinden çıkarmak mümkündür: *auto* (kendilik ya da öz) ve *nomos* (yasa ya da kural). Özerklik ya da otonomi, etimolojik olarak ‘kendini yönetme’ ya da ‘kendine kural koyabilme’ anlamlarına geldiği gibi ‘yasa koyabilme’ anlamında da kullanılmaktadır.⁹⁹ Özerklik kavramı, Antik Yunan döneminde kent yönetimi bağlamında, dolayısıyla siyasal bir düzlemde ortaya çıkmıştır. Kendi kendini yöneten kent-devletleri anlamı yanında, Reformasyon ile beraber Katolik Papalıktan icazet almadan davranabilmelerini ifade edecek şekilde, bağımsız kiliselere atfedilen bir anlam kazanmıştır. Akılcılık ve bireyciliğin gelişimiyle beraber, yönetsel bir düzlemin yanında, kişilere atfedilen bir nitelik olarak karşımıza çıkmaya başlamış ve ahlaki bir boyut kazanmıştır. Özerkliğin yönetsel ya da siyasal anlamı yanında etik alana uyarlanması, aynı zamanda bu kavramın bireyselleşmesi ve rasyonelleşmesiyle beraber gerçekleşmiştir. Şehir/devlet yönetiminden ayrı, etik bir nitelik kazanmasını temel olarak Kant’a borçluyuz. Kant, transandantal rasyonel bir özne üzerinden ideal bir özerklik anlayışı geliştirmiş; bu anlayışı her insanın içsel bir değere, haysiyete, sahip olmasıyla temellendirmiştir.

Kendi başına yasa çıkarabilme, öz-yönetim, öz-belirlenim gibi politik anlamlar içerecek şekilde gelişmesi yanında; bireysel egemenlik, öz-sahiplik gibi bireysel ya da psikolojik anlamlar da barındırmaktadır.¹⁰⁰ Özerklik ahlaki, politik, toplumsal ve uygulamalı etik bakımından çeşitli işlevlere sahiptir. Genel hatları itibarıyla, bireysel özerkliğin, saygı gösterilmesi gereken ve kendi kendini belirleyip bağımsız olması gereken bir benlik idealini tasvir ettiği konusunda uzlaşılmaktadır.

⁹⁹ Mark Piper, “Autonomy: Normative,” **Internet Encyclopedia of Philosophy**, <<https://iep.utm.edu/aut-norm/>> Erişim Tarihi 02.04.2021.

¹⁰⁰ Bkz. Viv Ashley, “Philosophical Models of Personal Autonomy,” **The Essex Autonomy Project-Green Paper Technical Report**, s. 2-4. Ayrıca bkz. G. Dworkin, *a.g.k.*, s. 6.

Kişinin rasyonel bir özne olarak eylemesi, özerklikle yakından ilişkilidir. Özerklik, öznenin seçimler ya da tercihler yapabilme kudreti ve bilinçli niyetleri doğrultusunda harekete geçmesidir çünkü kendi kendine kural koyma ve bu kurallarla bağlı olmayı içermektedir. Özerkliğin ahlaki alandaki temeli, kendi ahlaki yasalarını koyan ve bunlara uygun olarak eyleyen bireye dayanmaktadır. Başta Kant'ınki olmak üzere, ahlaki yükümlülük ve sorumluluk, irade ve kişisel bütünlük üzerine birçok görüş bulunmaktadır.

Bu çalışmada üzerinde durulan ve akıl ile iradeyi merkeze alan bireysel özerklik fikrinin nüvelerini ilkin Rousseau'da görmek mümkündür. Rousseau¹⁰¹ özerkliği bu şekilde ifade etmemiş; ancak 'manevi özgürlük' olarak kullandığı kavram, bireysel özerkliği tanımlamaktadır. Rousseau'nun *Toplum Sözleşmesi*'nde doğal, toplumsal ve manevi olmak üzere üç özgürlük evresi bulmak mümkündür.¹⁰² Doğa durumundan sivil topluma geçişle beraber, içgüdünün yerini adalet alır ve daha önce eksik olan ahlak, kişinin davranışlarına yön vermeye başlar. Doğa durumunda sınır tanımayan doğal özgürlük, toplum sözleşmesi ile beraber genel iradenin sınırladığı toplumsal bir özgürlüğe yerini bırakır. Toplumsal durumda kişi ayrıca manevi bir özgürlük kazanmaktadır. Rousseau'ya göre, "insanı kendi kendisinin efendisi yapan 'manevi' özgürlüğünü ekleyebiliriz: çünkü, salt isteklerin itkisine uymak kölelik, kendimiz için koyduğumuz yasalara boyun eğmekse özgürlüktür."¹⁰³

Ahlaki tercihler yapabilme, bir kişi için doğru ve yanlışların ne olduğunu belirleyebilme ve doğru olduğuna inandığı şeyi yapma olarak tasvir edilebilecek 'ahlaki özerklik',¹⁰⁴ kimi hak kuramları bakımından kendi başına bir değer ifade eder. Bireyin

¹⁰¹ J.J. Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, çev. Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul, 2001, s. 30.

¹⁰² Bertram, bunlara dördüncü bir özgürlük türünü, 'cumhuriyetçi özgürlük'ü, eklemektedir. Bkz. Christopher Bertram, "Rousseau's Legacy in Two Conceptions of the General Will: Democratic and Transcendent," **Review of Politics**, Yıl 2012, Cilt 74, Sayı 3, s. 403-420.

¹⁰³ Rousseau, *a.g.k.*, s. 30.

¹⁰⁴ Ahlaki ve bireysel özerklik arasındaki ilişki ve yakınlık üzerine bkz. Jeremy Waldron, "Moral and Personal Autonomy," J. Christman ve J. Anderson (ed.), **Autonomy and the Challenges to Liberalism**, Cambridge University Press, New York, 2005, s. 307-329; Robert S. Taylor, "Kantian Personal

yanlış yaptığı ya da yanlış seçimlerde bulunduğu, yetersiz veya yanlış ahlaki görüşlere sahip olduğu durumlarda bile, ahlaki özerklik değerini yitirmez. Bu görüş, özellikle Rousseau'nun özerklik kavramını alıp kendi sistematığı içinde yeniden yorumlayan çağdaşı Kant ile ilişkilendirilmektedir. İnsanların 'kendinde amaçlar' olarak saygıyı hak ettikleri ve özerk varlıklar olarak haysiyete sahip olduklarına dair fikirleri, hak-temelli kuramlarda neredeyse temel bir önerme vazifesi görmektedir.¹⁰⁵ Kant'ın özerklik fikrinin etkisi, ahlaki ve siyasi düşünceler üzerinde halen devam ettiği için bu konu üzerinde durmak açıklayıcı olacaktır.

Kant'a göre,¹⁰⁶ insanlar eleştirel bir düşünce olmadan duyusal itkilerle hareket ettiklerinde hareketleri nedensel güçlerin denetimindedir. Bu nedenle de 'dış erk', yani heteronomdur. Fakat insanın ayırt edici özelliklerinden biri 'akılsal irade' sahibi olmaları ve ahlaki özneler olarak özerk eylemeleridir. Bu özerkliğin önemi ise diğer tüm eylemleri belirleyen nedensel güçlerden bağımsız ve belki de onlara rağmen eyleyebilmeyi sağlamasındandır.

İnsanın irade özgürlüğü sadece kendi amaçlarını belirleme kudretinden değil, aynı zamanda bu belirlemenin akılsal bir biçimde yapılmasından kaynaklanmaktadır. Özerkliğin temellendirildiği kaynak, Kant'ın kişilerin araçsallaştırılmaksızın kendi başına bir değer ifade etmeleri ve evrensel ahlak normu oluşturma konusundaki *maksimi*, başka bir ifadeyle ahlak ilkesidir.¹⁰⁷ Buna göre, bir kimsenin genel geçer bir yasa olacak biçimde eylemesi, ahlak ilkesi uyarınca davranması akılsaldır. Genel geçer nesnel ahlak yasasının niteliğini açıklamak için Kant,¹⁰⁸ yalan yere söz verme örneği üzerinde durmaktadır. Buna göre, bir sözü tutma niyeti olmadan söz vermek, akılsal değildir. Böyle bir maksime herkesin uymasını beklemek akıldışıdır. Tutulmayacak bir

Autonomy," **Political Theory**, Yıl 2005, Cilt 33, Sayı 5, s. 602-628; David Johnston, **The Idea of Liberal Theory**, Princeton University Press, New York, 1994.

¹⁰⁵ Bkz. Tom Campbell, **Rights: A Critical Introduction**, Routledge, London, 2006, s. 54 vd.

¹⁰⁶ İmmanuel Kant, **Ahlak Metafizığının Temellendirilmesi**, çev. İoanna Kuçuradi, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1981, s. 9 vd.

¹⁰⁷ A.k., s. 38.

¹⁰⁸ A.k., s. 17-19 ve s. 47.

söz vermek, insanın kendisiyle çelişmesidir. Bu çelişmenin yanlış olduğunu gösteren de akıldır. Bu argümanın doğruluğu kabul edildiğinde, failin istek ve arzularından bağımsız bir ahlak ilkesinin kurulması için yol açılmakta ve aynı zamanda tüm akılsal failer ya da öznelere için sorumlulukla özdeş bir hak anlayışının nüveleri ortaya çıkmaktadır.

Buna göre, ahlaki anlamda bir kimsenin özerk olması, bu kimsenin sadece kendi mutluluk arayışı tarafından yönlendirilmeyip, tüm rasyonel kişiler açısından evrensel bir amaç olabilecek bir güdüyle eyleyebilmesi anlamına gelmektedir. Özerkliği tüm kişisel çıkarlardan arındırılmış bir irade tezahürü ya da kapasitesi olarak değerlendiren Kant ve onun takipçileri,¹⁰⁹ böylece hem özerkliği ahlaki bir boyuta mahkûm etmekte (uygulamada kullanılmasını zorlaştırmakta) hem de ideal/aşkın bir düzeyde tanımlanan özerk kişi özneliğini daraltmaktadır. Böylece de özerk sayılacak kişi sayısını sınırlamış olmaktadır.

Bireysel özerklik, Kant'ın ortaya koyduğu temellendirmeden yola çıkılarak birçok farklı biçimde anlaşılabilmekte, hak kuramları söz konusu olduğunda ise kişilerin devlet ya da toplum tarafından yapılabilecek dayatmalara karşı bir zırh gibi sıkıca sarıldıkları bir kavram niteliğine bürünmektedir. Böylece, farklılıkların korunması ya da ifade edilebilmesi, hayat biçimlerinin ve hayatta güdülecek amaçların kişilerin kendini tanımladığı kimliklerin özgünlüğü konusunda işlevsel bir araç sunmaktadır.

1.4.1. Farklı Kuramların Bireysel Özerkliğe Yaklaşımları

Bireysel özerklik; siyasal ve ahlaki bir idealdir ve sosyoloji, ahlak ve siyaset felsefesi, tıp etiği, psikoloji ve teoloji başta olmak üzere birçok bilim dalı ve disiplinde yer bulan kilit bir kavramdır. Siyasal bir ideal olarak özerklik yurttaşlara belirli

¹⁰⁹ Örneğin bkz. T. E. Jr. Hill, **Autonomy and Self-Respect**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1991; Christine Korsgaard ve diğ., **The Sources of Normativity**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1996.

amaçları, değerleri ve davranış biçimlerini benimsetmeye çalışan siyasi kurumlara karşı bir savunma işlevi üstlenmektedir.¹¹⁰ Bu değerler ister teolojik ister seküler kökenli olsun; daha iyi bir toplum ya da insani tekamülün gerçekleştirilmesi ve bu doğrultuda toplum ve yurttaşların nasıl olmaları gerektiği konusunda belirli formlara işaret eder. Bunlar, cezai yaptırım yahut toplumsal baskıya maruz kalma biçiminde siyasi bir süreçte tekabül edebilir. Böyle bir bağlamda özerkliğin, toplumsal meşruiyetin her yurttaş için sağlanması ihtiyacından ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Buna ek olarak bireysel özerklik, siyasi kurumların her yurttaş için eşit saygı göstermesi ve çoğunluğun görüşünden farklılaşan kesimlerin dışarıda bırakılmaması için uygun bir hukuksal ve siyasal çerçeve arayışına denk düşmektedir. Liberal düşünce geleneğinin içinde geliştirilen ve bireycilik, bağımsızlık ve özgürlük gibi mefhumlara yaslanması nedeniyle bu geleneğin içindeki kimi düşünürlerce savunulan bireysel özerklik kavramı, desteğin yanı sıra farklı yönlerden eleştiriler de almaktadır.

Liberal bir bireycilik anlayışı üzerine kuruluşu olduğu gerekçesiyle, bireysel özerklik düşüncesi büyük ölçüde (tıpkı insan hakları kavramının kendisi gibi) Marksistler tarafından ya görmezden gelinmekte ya da eleştirilmektedir.¹¹¹ Kişiliğin geliştirilmesinde toplumsal çevreyle olan belirleyici ilişkinin ihmal edilmesi nedeniyle getirilen eleştiriler, özellikle Marksist feministlerin yeni bir alan açmasına neden olmuş; kişilik kuramları açısından tek boyutlu ve bağımsız bir anlayış yerine daha derinlikli analizlerin önü açılmıştır.¹¹² Bu bağlamda Nedelsky'nin geliştirdiği 'ilişkisel özerklik'

¹¹⁰ G. Dworkin, *a.g.k.*, s. 10.

¹¹¹ İstisnalar, elbette bulunmaktadır. Örneğin, özerkliğin içeriğini radikal bir biçimde dönüştürmeyi öneren ve kuramının merkezine yerleştiren Marksist bir düşünür için bkz. Cornelius Castoriadis, **Political and Social Writings, Vol 3, Recommencing the Revolution: From Socialism to the Autonomous Society**, çev ve ed. David Ames Curtis, Univ. of Minnesota Press, Minneapolis, 1993.

¹¹² Bkz. Carol Gilligan, **In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development**, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1982; Marilyn Friedman, "Autonomy and Split-Level Self," **Southern Journal of Philosophy**, Yıl 1986, Sayı 24, s. 19-35.

anlayışı, bireysel özerkliğin reddedilmesini değil; dönüştürülüp yeniden ve farklı bağlamlarda kullanılmasını önermesi açısından önemlidir.¹¹³

Marksist bir etik geliştirmeye çalışan Lukes'a göre,¹¹⁴ insan haklarının genel özellikleri bireycilik, özgürlükçülük ve evrensellik iddialarıdır. Bireycilik anlayışı, bireysel özerklik ve sınırlı bir devlet üzerine inşa edilmektedir. Özgürlükçülük anlayışı ise karşıtlıklar ve bu karşıtlıklar üzerinden yapılan tercihler üzerine kurgulanmaktadır: adil ve iyi karşıtlığı ile birey ve toplum karşıtlığı. İlk karşıtlık, liberal özgürlük ve etik anlayışı arasındaki gerilimli ilişkiye denk gelirken; ikinci karşıtlık, insan hakları anlayışının ilk ayağı olan bireycilik kavramsallaştırmasını toplumsallıktan koparan bir nitelik taşımaktadır. Evrensellik iddiası da insan haklarını toplum üstü ve tarih üstü bir varsayım üzerine inşa ederek genel geçer olma savını ifade etmektedir. Lukes,¹¹⁵ özgürlük anlayışının merkezine özerklik, mahremiyet ve kendini geliştirme kavramlarını yerleştirir. "Özgürlüğün üç yüzü" dediği bu unsurlardan birinin yokluğu ya da yetersizliği bile özgürlüğü ortadan kaldıracaktır. Bu üç yapıtaşı birbiriyle yakından ilişkilidir. Bireyin içinde engellenmeme hakkını talep edebildiği bir düşünce ve eylem alanını, özel alan olarak nitelendirmek mümkün ve bu alan özgürlük idealinin ayrılmaz bir bileşenidir. Bundan da öte, özel alanın da içinde öyle bir 'içsel' alan varsayar ki oraya müdahale etmek gerekçe kabul etmez ve zorunlu olarak özgürlüğün ihlali anlamına gelmektedir. Eşitliği, temelde insana saygı üzerine kurulu ve özgürlüğü de kamu müdahalesinden muaf bir alan, kendini geliştirme gücü ve kişisel özerkliğin alışımı olarak anlayan Lukes,¹¹⁶ bu iki düşünceyi yakından bağlantılı olarak kavramaktadır. Dolayısıyla kişilerin üç belirleyici özelliği olarak ifade ettiği özerk biçimde seçme ve eyleme yetisi, özel bir alan gerektiren değerli etkinlik ve ilişkilerde bulunma yetisi ve kendini geliştirme yetisi, insanlara saygınlık atfedildiği bir

¹¹³ Jennifer Nedelsky, "Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities," **Yale Journal of Law & Feminism**, Yıl 1989, Cilt 1, Sayı 1, s. 7-36; ayrıca bkz. John Christman, "Relational Autonomy, Liberal Individualism, and the Social Constitution of Selves," **Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition**, Yıl 2004, Cilt 117, Sayı 1/2, s. 143-164.

¹¹⁴ Steven Lukes, **Bireycilik**, Bilim ve Sanat Yay., Ankara, 2006.

¹¹⁵ A.k., s. 141-155.

¹¹⁶ A.k.

zeminin parçalarıdır. Bu saygının ne olduğu ile ilgili soruya verdiği cevap ise, kendini tekrar eder bir nitelikte; insanlara gerçekleşmiş ya da gerçekleşecek olan özerk, mahremiyeti hak eden ve kendini geliştirme yetisi bulunan varlıklar olarak davranılmasıdır.

Bireysel özerklik, kimi feministler ve Marksistlerce eleştirilmekte, kimilerince ise dönüştürüldükten ya da farklı bir bağlama oturtulduktan sonra yeniden kullanılmaktadır. Öte yandan, bireysel özerkliğin liberal düşünce geleneği içinde doğmuş ve geliştirilmiş olmasına rağmen tüm liberallerin bireysel özerkliğe mutlak bir bağlılık duyup destek verdiğini söylemek fazlaca iyimser bir ifade olacaktır. Bununla birlikte, bireysel özerkliğin gelişiminin izlerini liberal düşünce geleneğinin belli başlı isimleri üzerinden takip etmek mümkündür.

Siyasal liberalizmin temel düşüncesini oluşturan negatif özgürlük anlayışı ve bunun bir tezahürü olarak kabul edilen özel alan, kamusal müdahaleden muaf tutulması gereken düşünce ve eylem alanı olarak tarif edilirken, bunun kökleri Rönesans ve Reformasyon'a kadar dayandırılmaktadır.¹¹⁷ Kuşkusuz bunun önemli nedenlerinden biri, insanın öznelğine dair gelişen, farklı bir düşünüşün ortaya çıkıyor olmasıdır. Özel ve kamusal ayrımının modern sözleşme teorilerinde formüle edildiğini ortaya koyan Gobetti,¹¹⁸ birey-öznenin itaatkâr bir kuldan sonra, bu sefer bir 'yurttaş' kimliği ile karşımıza çıktığı hukuksal bir düzleme işaret etmektedir.

Gobetti'ye göre,¹¹⁹ erken dönem doğal hukuk teorisyenlerinin, özellikle Locke ve Hutcheson gibi İngilizlerin, yasal yetki ve hak sahibi bir 'yurttaş' kavramı ve kamusal ile özel karar verme arasındaki kıstas olarak 'zarar' kavramını ortaya koymuş olmaları belirleyici olmuştur. Arendt'in¹²⁰ de yorumladığı biçimiyle, Aristoteles'in özel ve

¹¹⁷ Bkz. örneğin J. Burckhardt, **İtalya'da Rönesans Kültürü-1**, Devlet Kitapları, 1974.

¹¹⁸ Bkz. Daniela Gobetti, "Humankind as a System: Private and Public Agency at the Origins of Modern Liberalism," **Public and Private in Thought and Practice: Perspectives on a Grand Dichotomy**, ed. Jeff Weintraub ve Krishan Kumar, The Univ. of Chicago Press, Chicago, 1997, s. 103; ayrıca bkz. Daniela Gobetti, **Private and Public: Individuals, Households, and Body Politics in Locke and Hutcheson**, Routledge, New York, 1992, s. 17-18.

¹¹⁹ *A.k.*, s. 103-4.

¹²⁰ Bkz. Arendt, *a.g.k.*

kamusal arasındaki ayrımı, nesnel biçimde verili ve doğada temellenen iki kurumsal alan arasındaki bir bölümlendirmedi. Oysa doğal hukukçular ve genel olarak liberal düşünce için bu ayrım, birey içindeki ‘faillik kipleri’ arasındaki bir ayrışmaya dayanmaktadır.¹²¹ Bu iki farklı alan, tarih ya da doğa tarafından belirlenmez; tüm beşerî topluluklarının en temel unsuru olan bireylerin kapasitelerinden kaynaklanır ve onların eylemlerinin sonucudur. Böylece doğal hukukçuların ortaya koyduğu biçimiyle, kişinin doğru eylem tarzını seçmesine olanak sağlayan şey, eylemlerinin ahlaki ve yasal sonucunu kendisi ve başkaları için değerlendirebilme kapasitesidir. Gobetti’ye göre,¹²² doğa durumundan çıkmak zorunlu hale geldiğinde, zorlama gücüyle beraber devlete devredilecek ya da onunla paylaşılacak olan, işte bu kapasitedir.

Liberal özgürlük anlayışının, özel alanın sınırlarının nerede başlayıp nerede biteceğine, bu sınırların hangi ilkelere göre çizileceğine, müdahalelerin nereden kaynaklandığına ve nasıl denetleneceğine ilişkin bir temellendirme olduğu söylenebilir. Liberal düşünce geleneği, mahremiyetin vazgeçilmez hatta kutsal olduğu, kendine ait hayatı olan bir insan tasvirini önceden varsayar. Berlin,¹²³ özel alan ya da mahremiyeti kendi başına kutsal bir şey olarak ‘negatif özgürlük’le bağlantılandırmıştır. Negatif özgürlüğü başkalarının müdahalesinden muafiyet olarak tanımlayan Berlin’e göre,¹²⁴ hiçbir biçimde ihlal edilemeyecek, kişisel asgari bir özgürlükler alanı olmalıdır çünkü bu alana ayak basıldığında insanın iyi, doğru ya da kutsal olarak bildiği çeşitli amaçları belirlemesi ve gerçekleştirmeye çalışmasına olanak verecek doğal yeteneklerinin asgari gelişimi için çok dar bir zemin kalacaktır. Bundan dolayı da sözü edilen bu asgari alanın ölçütünün ne olacağı tartışmaya açık olmakla beraber, Berlin’in

¹²¹ Gobetti, *a.g.m.*, s. 104.

¹²² *A.k.*, s. 104-5.

¹²³ Isaiah Berlin, “Two Concepts of Liberty,” **Liberalism and Its Critics**, ed. Michael J. Sandel, New York Univ. Press, New York, 1984, s. 17.

¹²⁴ *A.k.*

de ifade ettiği gibi “insan doğasını inkâr etmeyeceksek ya da onu bozmayacaksak, asgari bir kişisel özgürlük alanını muhafaza etmeliyiz.”¹²⁵

Müdahaleden bağışık, farklı özel alan anlayışlarıyla ilgili bu düşünce Locke, Paine, Burke, Jefferson ve Acton'da da bulunabilir. Klasik liberalizmde kişisel özgürlüğün neden önemli olduğu ve hangi gerekçelerle korunması gerektiği, Mill ve Constant'ın yazılarında görülebilir. Mill'e göre,¹²⁶ bir kimsenin topluma karşı sorumluluğu, sadece başkalarını ilgilendiren davranışlarından dolayı olabilir. Yalnızca kendisini ilgilendiren davranışları kısmında ise bu kimsenin bağımsızlığı, mutlak bir haktır; bedeni, zihni, kendiliği üzerinde birey egemendir. Buna göre özel alan, bireyin içinde rahat bırakıldığı veya bırakılması gerektiği ve istediği şeyi yapıp düşünebildiği, Mill'in ifadesiyle, “kendi iyiliğinin peşinden kendi bildiği şekilde koşabildiği bir alan, yani kamu hayatı içinde özel bir varoluş kavrayışıdır”.¹²⁷

Mill'in bu kısa ancak liberal özgürlük anlayışının temeli olarak kabul edilen tanımından da anlaşılabileceği üzere, özel alan kavramsallaştırmasının önerdiği kimi varsayımları çıkarmak mümkündür. Bunlardan ilki, özel alanın kamusal alandan ya da toplumsal, siyasal ve devlet alanından ayrı tutulmasıdır. Bu durum, devletin ve diğer kişilerin özel alana yapabilecekleri olası müdahalelerin önlenmesi ya da en azından belirli kimi kurallara bağlanabilmesi sonucunu doğuracaktır. İkinci olarak, bireyin sahip olabileceği bir müdahalesizlik alanı olarak özel alan, belirli nitelikteki bir faili – yani rasyonel, kendi seçimlerini yapmaya yetkin ve muktedir bir bireyi – ön gerektirmektedir. Özel alan bu bireyin kendine dair kararları alabildiği bir yer ve aynı zamanda kendi kararlarını alarak bireyselliğini geliştirebildiği bir yer olarak tasavvur edilmiştir.

¹²⁵ A.k., s. 19.

¹²⁶ John Stuart Mill, *a.g.k.*, s. 18.

¹²⁷ “Introductory,” *a.k.*, s. 12.

Mill'e göre,¹²⁸ özgürlük alanı üç unsurdan oluşur. Bunlardan ilki, en kapsamlı anlamında vicdan özgürlüğü; düşünce ve duygu özgürlüğü, tüm konularda fikir ve kanılarını açıklama özgürlüğü ve bu fikirleri ifade etme ve yayınlatma özgürlüğüdür. İkincisi, beğeniler ve hedefler; hayat yolumuzu kendi kişiliğimize uyacak şekilde tasarlama, doğabilecek sonuçlarına katlanmak koşuluyla, yani yaptıklarımızla diğer insanlara zarar vermediğimiz sürece, başkaları tarafından engellenmeksizin istediğimiz gibi eyleyebilme özgürlüğüdür. Bunlardan müdahale edilemeyecek olan üçüncü hak, bireylerin birleşme özgürlüğü ya da toplanma özgürlüğü olarak da ifade edilen haktır.

Mill'in zarar prensibi üzerine inşa ettiği faydacı özgürlük anlayışına karşı, Constant'ın bireysel özgürlüğü kişinin ahlaki gelişimi ve ilerlemenin ya da modernitenin koşulu olarak savunduğu söylenebilir. Fransız Devrimi'nin terör uygulamalarına karşı duran Constant'a göre¹²⁹ düzeni bozmayan, kişisel kanı gibi sadece insanın iç doğasına ait olan, kişisel kanının ifade edilmesiyle diğerlerine zarar vermeyen, üretim alanında rakip üreticilerin özgürce işlemesine izin veren her şey, bireysel olandır ve meşru olarak toplumun gücüne tabi tutulamaz.

Sözleşmecî düşünürlerden farklı olarak Mill ve Constant, liberalizmin daha gelişkin bir dönemini deneyimlemişlerdir ve artık bir devletin meşru biçimde nasıl kurulduğundan ve devletin yurttaşlarla ilişkisini düzenleyen ilkelerin ortaya konması kaygısından başka kaygılar taşımaktadır. Bunların başında, meşru iktidarın/devletin bir tiranlığa dönüşmemesi için gerekli önlemlerin ya da temel ilkelerin neler olabileceğini sorgulamak gelir. Ayrıca eşit unsurlardan oluşan bir doğa durumundan çıkıştan ziyade, temsili yönetimlerin kendine özgü sorunları ve bunların başında da azınlıkların sesinin çoğunluk yönetimi tarafından susturulması tehlikesine karşılık, bir müdahale edilmezlik alanını yeniden gözden geçirme çabalarını da unutmamak gerekir.

¹²⁸ Bkz. J. S. Mill, **Özgürlük Üstüne ve Seçme Yazılar**, Belge yay., İstanbul, 2005.

¹²⁹ Benjamin Constant, "The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns", <<http://www.uark.edu/depts/comminfo/cambridge/ancients.html>> Erişim Tarihi 10.08.2019.

Constant'ın Antik Yunan düşünürleri ile modern düşünürlerin özgürlük anlayışını, temsiliyet düzleminde karşılaştırdığı çalışmasında şu ifade kayda değerdir: “Modernlerin neredeyse tüm zevkleri özel hayatlarındadır: İktidardan ebediye dışlanan bu büyük çoğunluk, zorunlu olarak kamu hayatına oldukça gelip geçici bir ilgi duymaktadır.”¹³⁰ Dolayısıyla Antik Yunan polisinden farklı olarak modern dönemin yurttaşının yaşam alanı, özgürlük alanı olarak tarif edilen özel alana kaymış bulunmaktadır.

Bireysel özerklik, özgür bireyin yetkinlik idealleri benimsemesi anlamında kullanıldığında, liberal düşünce geleneği bu idealler üzerine şekillenen hayat tasarımlarına bir değer atfetmektedir. Liberal bir değer olarak bireysel özerklik, devletin olduğu gibi, diğer bireylerin de bu idealler ve tasarımların seçilmesine ve gerçekleştirilmesine müdahale edilmesini yasaklamaktadır. Buna göre, devlet ancak bu idealler ve tasarımların bireysel olarak gerçekleştirilmesini kolaylaştıracak kurumları oluşturma yetkisine sahip olarak kabul edilmektedir.¹³¹

R. Dworkin¹³² bireysel özerlikle ilgili iki görüşten söz etmektedir. İlkine göre, yurttaşların farklı kavramsallaştırmalara sahip olmasına dayanarak, yurttaşlarına eşit muamele edebilmesi için bir yönetimin herhangi birini tercih etmemesi gerekir; aksi halde bu eşitlik iddiası kaybolacaktır. İkinci görüş ise, iyi hayat ve insan için iyinin ne olduğu tespit edilmeden, eşit muameleden söz etmenin mümkün olmadığını iddia etmektedir çünkü birine eşit davranmak, gerçekten iyi ve akil bir insana davranılacağı gibi muamele etmek demektir.¹³³ Yazar, ahlaki alandaki iyinin toplum ve devlet tarafından kişilere dayatılmasına dayalı bu ikinci kavramsallaştırmada açık bir çelişki görmektedir. Nitekim iyi anlayışı konusunda liberalizmin, kuşkular taşıdığını iddia ederken bir yandan da iyi bir yaşamın nasıl olması gerektiğine dair bir tasavvurunun

¹³⁰ A.k.

¹³¹ Carlos Santiago Nino, **The Ethics of Human Rights**, Oxford Univ. Press, 1994, s. 132.

¹³² Ronald Dworkin, “Liberalism,” **Liberalism and Its Critics**, ed. Michael J. Sandel, New York Univ. Press, New York, 1984, 63-65.

¹³³ A.k.

olması bir çelişki teşkil etmektedir. R. Dworkin'in haklar anlayışını ele alan bölümde bu hususa yeniden dönülmektedir.

1.4.2. Pozitif Özgürlük Bağlamında Bireysel Özerklik

Özel hayata saygı hakkı, kişinin devletten talebi olarak hem edimler anlamında pozitif yükümlülükleri hem de imtina etmekten kaçınma anlamında negatif yükümlülükleri kapsamaktadır. Bu bağlamda, sadece hakka yapılacak bir müdahaleden korumayı değil, aynı zamanda bazı şartların varlığı halinde, bir kimsenin özel hayatını yaşamasını sağlama yükümlülüğünü de içermektedir.¹³⁴

Özel hayata saygı hakkı ve bireysel özerklik arasında doğrudan bir ilişki kuran Henkin'e göre,¹³⁵ ABD Yüksek Mahkemesi verdiği kararlar doğrultusunda yeni bir mahremiyet hakkı oluşturmakta ve bu hak da '*prima facie* bir özerklik bölgesi' yaratmaktadır. Henkin'in '*hard core privacy*' olarak adlandırdığı, aslında devletin çiğnememesi gereken özel bir hayat alanı, daha önceki Yüksek Mahkeme kararlarıyla halihazırda belirlenmiştir. Henkin'in vurgusu,¹³⁶ bu yerleşik özel hayat anlayışına ek olarak, özel hayatın yeni bir anlam kazandığı ve bunun da devletin müdahalesiyle değil, düzenlemeden tamamen azade olma şeklinde yorumlanmaya başlamasıdır. Başka bir ifadeyle, bizzat kamu görevlileri eliyle gerçekleşen bir müdahaleden farklı olarak; '*prima facie* bir özerklik bölgesi olarak özel hayatın devlet tarafından düzenlenmemesi gerektiği, Yüksek Mahkeme kararlarıyla geliştirilmiştir. *Prima facie* olarak nitelenmesi ise, temel kimi kişisel hakları içerdiği ifade edilen özel hayat bölgesinin zorlayıcı bir kamu yararı karşısında sınırlanabilmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla ABD Yüksek Mahkemesi kararlarından yola çıkan Henkin, özel hayatı 'özerklik' kavramıyla

¹³⁴ Aynı yönde bkz. Graeme Laurie, **Genetic Privacy: A Challenge to Medico-Legal Norms**, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s. 249.

¹³⁵ Louis Henkin, "Privacy and Autonomy," **Columbia Law Review**, Yıl 1974, Cilt 74, No 8, s. 1425.

¹³⁶ *A.k.*, s. 1424-25.

ilişkilendirmiş olarak yeniden adlandırmayı önermektedir ancak özerklik burada daha ziyade ‘genel bir özgürlük’ olarak anlaşılmaktadır. Üstelik özel hayatın korunaklı bölgesine neyin girip girmediği, neden bazı menfaatlerin korunup bazılarının korunmadığı, özel hayatın tam olarak ne olduğu sorularına mevcut içtihadı uygun bir cevap verilemeyeceğini Henkin de itiraf etmektedir: “İster genel bir özgürlük, isterse ayrı bir hak olarak anlaşılsın; özel hayatı belirleyen temel hakların neden ‘temel’ olduğunun tespit edilmesi gerekir...”¹³⁷

Mindle¹³⁸ ise özel hayat hakkının ortaya çıkışında ve evriminde çoğunlukla ileri sürüldüğü gibi, teknolojik gelişmelerin belirleyici olduğu görüşünü kabul etmemektedir. Mindle’a göre,¹³⁹ ABD hukukundan hareketle, özel hayat anlayışının gelişiminde etkili olan bazı etkenler şöyle sıralanabilir: akıl ve tutkuların ilişkisi bağlamında insan tasavvuru, kamusal ve özel arasındaki ayrımın meşrulaştırılma biçimi ve mülkiyet haklarına verilen değer konusundaki değerlendirme bakımından ayrılan farklı liberalizm anlayışlarındaki değişim.

Henkin gibi Mindle da mahremiyet hakkının giderek özerklikle özdeşmiş gibi anlaşılması eğilimini tespit etmiş ancak özel hayat, gizlenme ve inzivayı vurgulayıp bireyin isteğine aykırı olarak; mahremiyetin kamuya konu olması sonucunda uğrayacağı duygusal zarar ile ilgilenmiştir. Bireysel özerklik Mindle’a göre, “daha ziyade aleniyet ve kendini ifade etmeyle yöneliktir; özel ve kamusal ayrımıyla ilgili değildir ve siyasi gerçeklikle kamusal gelenekleri yeniden şekillendirmeye dair bir arzu doğurmaya eğilimlidir”.¹⁴⁰

Negatif bir özgürlüğü aşan bir anlama sahip biçimde tanımlandığında bireysel özerklik; bireyin failliği (hak ve yükümlülük taşıyıcısı ya da özne olması), devletten talep edilebilecek kimi edimlerin olması ve özel yaşama saygı hakkı bağlamında ortaya

¹³⁷ A.k., s. 1428.

¹³⁸ Grant B. Mindle, “Liberalism, Privacy, and Autonomy,” **Journal of Politics**, Yıl: 1989, Cilt: 51, Sayı: 3, s. 576.

¹³⁹ A.k.

¹⁴⁰ A.k., s. 575-576, dipnot 2.

ıkabilecek kimi özelliklerden söz etmek mümkündür. Buna göre, bireysel özerkliği temel alan bir hak anlayışı; kendi kararlarını alan, akılsal ve zgr irade sahibi, önsel ve eşit bir haysiyete sahip kabul edilen, toplumsal ya da biyolojik-fiziksel kısıtlamalar göz ardı edilerek ele alınan ve merkeze bireyin ya da kişinin yerleştirildiği bir insan tasavvuru üzerine kendini kurmaktadır.

Merkezde kişinin konumlandırılması sonucunda, özel hayata müdahale konusunda verilecek herhangi bir ‘zarar’ gibi dolayımly bir anlayış yerine; ‘rıza’ ve ‘kontrol’ gibi bireyin etkenliğini ortaya koyan kavramlara başvurmanın daha etkin bir koruma sağlayacağı fikri ne çıkmaktadır. Bireyin eyleme kudreti ile beraber düşünüldüğünde, özel hayatı konusundaki belirleyiciliğin kişide olması, onun iradesine bağlı olması talebi tutarlılık arz etmektedir. Ayrıca başkalarına verilecek olası bir zararın özgürlüğün sınırı olarak tarif edilmesi, özel hayat konusunda gerçekten göze görünür bir zarara yol açmasa bile, o kişinin duygu ve tercihlerine yapılan bir saygısızlık olarak yorumlanabilecektir.

Berlin de pozitif özgürlükle ilgili kuramını geliştirirken üstü kapalı biçimde özerklikten söz etmektedir.¹⁴¹

“Diğer insanların değil, kendi irademin eyleminin bir aracı olmak isterim. Bir nesne değil, bir özne olmak isterim... hakkında karar verilen değil, karar veren olmak isterim; dışsal tabiat ya da diğer insanların etkileyeceği beşeri bir rol oynamaktan aciz bir şey, hayvan ya da kle imişim gibi değil, kendi kendini yöneten yani, kendi amaçlarını ve siyasalarını belirleyen ve bunları gerçekleştiren (bir özne) olmak isterim.”

Özerklik idesi, değerlendirmeye dönük ya da düşünümsel bir kavram olmanın yanında, bir kişinin tercihlerini değiştirebilme ve bu tercihleri eyleme dökebilme yeteneğidir çünkü kişi bu tercihler üzerine düşünmüş ve kendisinin olarak benimsemiştir.¹⁴²

Bireysel zerklik ve genel özgürlük arasındaki ilişkinin niteliğine bakıldığında özgürlük, kabaca bir kişinin dilediğini yapabilmesi yahut hayatıyla ilgili önemli

¹⁴¹ Isaiah Berlin, **Four Essays on Liberty**, Oxford Univ. Press, Oxford, 1969, s. 131.

¹⁴² G. Dworkin, *a.g.k.*, s. 17.

seçeneklerinin kısıtlanmamış olması olarak tanımlanabilirse; özgürlüğe yapılacak bir müdahale, özerkliğe de yapılmış olacaktır. Buna karşın bireysel özerklik ve özgürlüğün her durumda örtüşüğünü söylemek mümkün değildir.

Marshall,¹⁴³ içtihatlar üzerinden bireysel özerklik, self-determinasyon ve kişisel kimlik doğrultusunda Mahkeme'nin 'genel bir özgürlük' anlayışı geliştirildiğini ileri sürmektedir. Kuramsal mülahazalar ve içtihat arasında bağlantılı bir çalışma olması ve Sözleşme sisteminin geliştirdiği özgürlük anlayışı savunusu bakımından orijinal olmakla beraber, daha yakından bakıldığında Marshall'ın çalışmasının uygulamayı yansıtmak yerine, kendi yaklaşımını destekleyecek şekilde eklektik olduğu görülebilmektedir. Ayrıca oluşturduğu kuramsal modelin sınırlılıklarına değinmediğini, oysa içtihatla birçok bakımdan sınırlılıkların olduğu belirtilmelidir. Bu tez çalışmasında ise daha sınırlı bir örneklem kullanılmakla beraber, genel özgürlük ve bireysel özerklik arasında da içtihadı uygun olarak farklı tanımlar yapıldığı ve farklı bir ilişki kurulduğu ifade edilmelidir. Kişinin dışarıdan belirlenmeden kendi tercihlerini oluşturması ve buna uygun olarak yaşaması temelinde tanımlanabilecek bireysel özerklik, hukuksal düzleme uyarlandığında sınırsız bir özgürlük olarak tasavvur edilmemeli ancak kişinin en özel, en mahrem yönlerine karşı yapılabilecek müdahalelere karşı bir bağımsızlık geliştirilmesini sağlamalı ve gerektiği takdirde de bu yönde devletlerin koruma yönündeki edimlerini de temin edebilmelidir.

Bireysel özerklik kavramının, farklı düşünsel gelenek ve yaklaşımlar arasındaki gelişimi ele alındıktan sonra, normatif alanda nasıl bir işlev yüklendiği ve Sözleşme sisteminde özel hayata saygı hakkıyla ilişkilendirilmesiyle bunun doğurduğu sonuçları değerlendirmek mümkündür.

¹⁴³ Bkz. Jill Marshall, **Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

İKİNCİ BÖLÜM:

ÖZEL HAYATIN HUKUK ALANINDA KORUNMASI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

Özel hayat ve mahremiyet kavramları etrafında geliştirilen kavramsal, tarihsel ve kuramsal tartışmalar, özel hayatın hukuksal düzlemde korunmasının incelenebilmesi açısından bir temel oluşturmuştur. Bu bölümde ise ulusal ve uluslararası hukuk alanında temel bir hak olarak özel hayatın korunması ele alınmaktadır. Bununla birlikte, bu çalışmanın zeminini oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminin genel hatları itibariyle ama özel hayata saygı hakkı odağına alarak özgünlüğünü oluşturan özellikleri, çalışma usulü ve son yıllarda karşılaştığı sorunlarla geçirdiği değişim hakkında bilgi verilmektedir. Sözleşme sisteminin ihlal inceleme usulüne geçmeden, Üye Devletlerin başlıcalarını da örnekleyen kimi hukuki düzenlerin özel hayatın korunması konusundaki düzenlemeleri ve bu konuda yaşanan uluslararası alandaki gelişimi tanıtmak; Sözleşme sisteminin özgünlüğünün daha iyi ortaya konmasında katkı sağlayacaktır.

2.1. FARKLI ÜLKELERDE VE ULUSLARARASI HUKUK DÜZLEMİNDE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

Özel hayatın hukuken teminat altına alınmış olması, bu kavram ve hak üzerine yapılan tartışmaları yatıştırmak bir yana, daha da derinleştirmiştir. Öncelikle özel hayatın bir kavram olarak neyi içerdiği ihtilaf yaratmaktadır. Hak sahibi öznenin yalnız kalabilmesi ile mi sınırlı olduğu, yoksa toplumsal ilişkiler içerisinde mi anlaşılması gerektiği; kişinin özel addedilen fiillerini mi, yoksa özel addedilen mekanları mı koruduğu; herkes bakımından aynı koruma rejiminin mi geçerli olması gerektiği, yoksa topluma mâl olmuş belirli kişilerin daha zayıf bir koruma rejimi altına mı sokulması gerektiği soruları özel hayat kavramıyla ilişkilendirilmektedir.

20. yüzyıla gelene kadar Avrupa’da özel hayat, soyluların sahip olduğu şan, şöhret, mahremiyet gibi birtakım soyut imtiyazları korurken; İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde kişilik hakları boyutu öne çıkarılarak her kişinin sahip olduğu bir hak olarak tanımlanmış ve birçok devletin anayasalarına dahil edilmeye başlamıştır.¹⁴⁴ Böylece özel hayata saygı hakkı, doğal hukuk geleneğinden türetilmiş olan kişilik hakları çerçevesinde pozitif hukukun bir parçası haline gelmiştir. Özel hayatın temel haklar düzeyinde korunmaya başlaması, diğer medeni ve siyasi haklardan farklı olarak nispeten geç bir tarihte, 20. yüzyılda gerçekleşmiştir. Buna karşılık, günümüze geldiğinde en kırılgan ve özellikle medyada en çok yer verilen haklardan biri olduğu ifade edilmektedir.¹⁴⁵

20. yüzyılda özel hayatın, herkesi koruma altına alması anlamında demokratikleşmesi ve hak kapsamındaki konuların çok çeşitlenmesi anlamında yaşadığı genişlemenin daha iyi ortaya konabilmesi için bu hakkın, farklı adlar altında ve biraz farklı içerikte olmakla beraber, çeşitli ulusal ve uluslararası düzenlemelerde nasıl yer aldığına değinmek; devamında ele alınacak Sözleşme sistemindeki haliyle özel hayata saygı hakkının hatlarını daha net ortaya çıkartmaya katkı sağlayacaktır.

2.1.1. Ulusal Hukuk Düzenlerinde Özel Hayatın Korunması

Tarihsel olarak özel hayatın gelişimi açısından iki hukuk geleneği arasında farklılıklar ortaya çıkmıştır. Kıta Avrupası’nda daha ziyade ‘özel hayat’ kavramıyla ifade edilen olgu, genel olarak kişi haklarıyla ilişkilendirilip özel hukuk bağlamında

¹⁴⁴ Özel hayatın Avrupa ve özellikle Fransa’daki gelişimini derinlemesine inceleyen en çarpıcı ve geniş kapsamlı örnek için bkz. **Özel Hayatın Tarihi** (5 cilt halinde), yay. hazırlayan Philippe Ariès ve Georges Duby, YKY, İstanbul, 2006-2010. Yine tarihsel bir perspektif sunan başka bir kaynak için bkz. Raymond Geuss, **Kamusal Şeyler, Özel Şeyler**, YKY, İstanbul, 2007.

¹⁴⁵ Françoise Tulkens, “Freedom of expression and information in a democratic society and the right to privacy under the European Convention on Human Rights: a comparative look at Articles 8 and 10 of the Convention in the case-law of the European Court of Human Rights”, **Conference Reports: Conference on Freedom of Expression and the Right to Privacy**, Strasbourg, 23 September 1999, <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/dh-mm\(2000\)007_en.asp#P438_62082](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/dh-mm(2000)007_en.asp#P438_62082)> Erişim Tarihi 02.03.2020.

yorumlanmıştır. Ortak hukukun (*common law*) geçerli olduğu ülkelerde ise ‘mahremiyet’ kavramı kullanılmakta ve genel hatlarıyla bu hakkın korunması iftira, gizliliğin ihlali, izinsiz girme gibi ceza hukukuna konu olan farklı suç kategorileri altında düzenlenmiştir. İki hukuk düzeni arasında farklılıklar, anayasal ve uluslararası insan hakları hukuku alanına da yansımıştır. Belli başlı ülkelerdeki özel hayata saygı hakkının hukuken düzenlenme şeklinin tanıtılması, bu hakkın gelişimini daha açık bir biçimde ortaya koyacaktır. Bu nedenle Birleşik Krallık, ABD, Almanya ve Fransa’da özel hayatın korunmasının gelişimi ve günümüzde duruma kısaca değinilmektedir.

Ortak hukukun geçerli olduğu ülkelerde, kişinin maddi olmayan menfaatler nedeniyle uğradığı zararlar geleneksel olarak sınırlı şekilde korunmuştur. Bu nedenle özel hayatı ilgilendiren kimi menfaatlerin korunması söz konusu olduğunda, özellikle Birleşik Krallık hukuk düzeninde ancak şöhret, mülkiyet ya da bedenle ilgili menfaatler gibi arkada yattığı düşünülen hakların etkilenmesi durumunda, mülke tecavüz ve iftira gibi mevcut suç kategorilerinin geniş biçimde yorumlanmasına dayalı ‘parazitik’ bir yöntemle sağlanagelmıştır.¹⁴⁶ Özel hayatın başka haklarla ilişkili olarak korunması, daha önce bahsedilen ‘indirgemeci yaklaşımlar’ın somut bir örneği olarak gösterilebilir. Özel hayatın ilk başta kendi başına bir hak olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen farklı yöntemlerle yine de korunmaktadır. Bu yöntemlerden ilki, hukuktaki mevcut dava sebeplerinin özel hayata yapılan saldırıları kapsayacak şekilde düzenlenmesi olmuştur. Böylece iftira, mülke tecavüz, itimadı suiistimal gibi halihazırdaki suçlar ve kanuni düzenlemeleri genişleterek özel hayatla ilgili bazı menfaatler korunmaya çalışılmıştır. İkinci olarak, yükümlülük doğuran koşullara yapılan atıfla (taciz ya da kişiliğe yapılan saldırılar gibi) ya da açıkça özel hayat ihlalinden bahisle, tedricen yeni dava nedenleri eklenmiştir. Ortak hukuk ülkelerinin özel hayatın korunması amacıyla uyguladığı üçüncü yöntem, Sözleşme’dekine benzer şekilde, kapsamlı bir hak olarak özel hayatın

¹⁴⁶ Huw Beverly-Smith ve diğ., *a.g.k.*, s. 8-9.

tanınması ve fakat belirli bazı hallerde hakkın sınırlanabilmesi olmuştur. Dördüncü ve son yöntem ise, her kişinin özel hayat hakkına sahip olduğunun ilan edilmesi ve hakka yapılan müdahalelerin hangi hallerde meşru sayılacağına açıkça belirtilmemesi olmuştur.¹⁴⁷ Anayasal bir hak olarak özel hayatın korunmasını ceza hukukuna nazaran daha dar kapsamlı ve farklı bir bağlamda gören, farklı bir gelişim çizgisi izlediğini savunan görüşlerin olması bu bağlamda değerlendirilebilir.¹⁴⁸ 1998 yılındaki İnsan Hakları Yasası (*Human Rights Act*) ile beraber Birleşik Krallık, özel hayat ya da mahremiyet hakkını açıkça tanımış ve Sözleşme ile uyumlu bir korumaya kavuşmuştur.

ABD’de ise 1800’lerin sonuna doğru önce doktrinde, sonra da yargı kararlarında kişiliğin maddi olmayan menfaatlerinin korunması eğilimi belirlemiştir. ABD’de mahremiyet, ‘kendi başına kalabilme hakkı’ gibi geniş bir ifade altında, birçok farklı menfaate yönelmiş saldırılara karşı yargıya başvuru yolunu açmıştır. Haysiyet ya da kişiliğin korunması,¹⁴⁹ bir kimsenin kendisi hakkındaki bilgilere erişimin kontrolü,¹⁵⁰ diğer kişilerin bir kimseye sınırlı erişilebilirliği,¹⁵¹ diğerlerinin faaliyetlerine katılmama özgürlüğü ya da diğerlerinden ayrı olma psikolojik koşulu,¹⁵² bireyin varlığına ilişkin ahlaki bir tasarrufun bahsedildiği toplumsal bir ritüel,¹⁵³ bireyin kimliğini ve bütünlüğünü koruyan ve ilişkilerini düzenleyen hukuki bir ilke,¹⁵⁴ bir mahremiyet alanı üzerinde kontrol sahibi bir öznenin durumu,¹⁵⁵ insan hayatının belirli yönlerini veya

¹⁴⁷ *A.k.*, s. 47.

¹⁴⁸ Örn. bkz. Richard F. Hixson, **Privacy in a Public Society: Human Rights in Conflict**, Oxford Univ. Press, New York, 1987; Louis Henkin, *a.g.m.* Anita Allen kişisel verilerle ilgili olarak geliştirilen birtakım standartları anlatmak için kullanılan ‘adil veri uygulamaları’ hariç, anayasal hak ve ceza hukukuyla diğer yasal düzenlemeler bakımından özel hayat hakkının pek de farklı olmadığını iddia etmektedir. Bkz. Anita L. Allen, “Constitutional Law and Privacy,” **A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Second edition, ed. Dennis Patterson, Blackwell Publishing, 2010, <http://www.blackwellreference.com/public/book.html?id=g9781405170062_9781405170062> Erişim Tarihi 30.10.2019.

¹⁴⁹ Edward J. Bloustein, *a.g.m.*

¹⁵⁰ Charles Fried, “Privacy: A Moral Analysis,” **Yale Law Journal**, Yıl 1968, Cilt 77, s. 475-493.

¹⁵¹ Ruth Gavison, “Privacy and the Limits of Law,” **Yale Law Journal**, Yıl 1980, Cilt 89, s. 421-471.

¹⁵² Richard Parker, “A Definition of Privacy,” **Rutgers Law Review**, Yıl 1974, Cilt 27, s. 275-276.

¹⁵³ Reiman, *a.g.m.*, s. 26-44.

¹⁵⁴ Jonathan Kahn, “Privacy as a Legal Principle of Identity Maintenance,” **Seton Hall Law Review**, Yıl 2003, Cilt 33, s. 371-410.

¹⁵⁵ Julie C. Innes, **Privacy, Intimacy and Isolation**, Oxford Univ. Press, New York, 1992, s. 69.

menfaatlerini korumaya ya da baskılamaya yarayan spesifik bir politik araç¹⁵⁶ gibi konular özel hayatla ilişkilendirilen farklı menfaatlere örnek olarak gösterilebilir. Bu ülkenin hukuk düzeninde kişiliğin korunması ya da kişilik hakları gibi bir kategori mevcut olmadığı için, kişinin görüntülerinin izinsiz basılmasında olduğu gibi hem maddi hem de manevi unsurlar içerebilecek bir hak ihlali durumunun nasıl değerlendirilmesi gerektiği meselesi, hala tartışılan birtakım hukuki sorunlara yol açmıştır.

Özel hayatın Kıta Avrupasındaki görünümüne bakıldığında ise, bu hakkın kişi haklarının bir boyutu olarak değerlendirildiğini görmekteyiz. Kişi haklarıyla özel hayat arasında ilişki kuran anlayışın kökenleri çok eskiye dayanmaktadır.¹⁵⁷ Önce Federal Almanya'nın Anayasası olan, sonra da birleşen iki Almanya'nın anayasası haline gelen Temel Yasa, insan haysiyetini korunması gereken temel bir değer olarak görmüş ve bununla bağlantılı olarak kişiliğin serbestçe geliştirilmesini anayasal düzeyde koruma altına almıştır. Öte yandan, temel hakların objektif bir değer olduğu, bu nedenle sunulan anayasal güvencelerin özel hukukta da (yatay) etki doğurması gerektiği AFAM tarafından çeşitli defalar karara bağlanmıştır. Bunun sonucunda, temel hakların, devlet ve kişi arasındaki dikey ilişkiyle sınırlı olmayıp üçüncü kişiler bakımından da etki doğurabilmesi (*drittwirkung*) için Alman medeni ve ceza hukukunda da düzenlemeye gidilmiştir.¹⁵⁸ Anayasa hukukunda ise, Temel Yasa'nın düzenlediği kişiliği geliştirme hakkına dayalı olarak, özel hayatın sınırları olağanüstü biçimde genişletilmiştir. Yine Temel Yasa'da yer alan insan haysiyeti ve kişiliği geliştirme haklarının birlikte

¹⁵⁶ Patricia Boling, *a.g.k.*, s. 34.

¹⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. James Q. Whitman, *a.g.m.*, s. 1151-1221.

¹⁵⁸ Bkz. örn. Hans-Joachim Cremer, **Human Rights and the Protection of Privacy in Tort Law: A Comparison Between English and German Law**, Routledge, London, 2011, s. 153 vd.; Jörg Fedtke, "Drittwirkung in Germany," **Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study**, ed. Dawn Oliver ve Jörg Fedtke, Routledge, Oxen, 2007, s. 125-156.

yorumlanması, genel (şamil) bir özgürlük ya da hareket serbestisi hakkı yaratmıştır.¹⁵⁹ Bunun içine kuşları beslemek, ormanda at sürmek, cücelerin mancınıkla atılması şeklindeki gösterilerle ilgili AFAM'ın verdiği kararların bize gösterdiği üzere, birçok farklı konu girebilmektedir.¹⁶⁰

Fransa'ya bakıldığında ise, özel hayatın öncelikle özel hukukta korunmaya başladığını görmek mümkündür. Fransız Medeni Kanunu'nun 9. maddesine göre, herkes özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Ayrıca 1382. maddeye göre, başkasına kasten zarar veren herkes, fiilinin doğurduğu zararı tazmin etmek durumundadır. Dolayısıyla kişilik haklarına bir müdahale söz konusu olduğunda Fransız hukuk sistemi maddi ve manevi zarar arasında bir ayrıma gitmemektedir; ikisini de eşit derecede korumaktadır. Alman hukuk sisteminden farklı olarak, subjektif bir kişilik hakkına yönelik bir müdahaleye odaklanmak yerine, haksız bir fiilin mevcudiyeti müdahale için yeterli görülmektedir.¹⁶¹

Genel olarak, özel hayatın korunması Avrupa'da kişisel haysiyet ve saygıya hak biçiminde tezahür ederken ortak hukukta daha çok özgürlükle ilgili değerlere yönelmektedir. Ayrıca ifade olarak da Avrupa'da 'özel hayat ve korunması' ifadesi hakimken ortak hukuk düzeninde 'mahremiyet' ifadesinin tercih edildiğini görmek mümkündür. Dolayısıyla Kıta Avrupasında özel hayat, kişi üzerinde durmakta ve tehdit olarak kişinin kamu nezdindeki saygınlığı, kişinin ifşa edilmesi ve ifşa yöntemleri –ki en başta medyanın geldiği tahmin edilebilir- görülürken; Atlantik'in öbür yanında kişinin evi ve hanesi, mahremiyetin korunmasında daha önemli bir rol üstlenmektedir. Birleşik Krallık, ortak hukuk düzenine sahip olmakla beraber, Sözleşme haklarını kendi

¹⁵⁹ Bkz. Mattias Kumm, "Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement," **Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy**, ed. George Pavlakos, Hart Publishing, Portland, 2007, s. 138.

¹⁶⁰ Mahkeme kararları için bkz. BVerfGE 6, 32 (cüce fırlatma); BVerfGE 54, 143 (güvercin besleme); BVerfGE 80, 137 (ormanda at sürme).

¹⁶¹ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Myriam Hunter-Henin, "France Horizontal Application and the Triumph of the European Convention on Human Rights," **Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study**, ed. Dawn Oliver ve Jörg Fedtke, Routledge, Oxen, 2007, s. 98-124.

hukuk düzenine iktibas eden yasayı 1998 yılında yürürlüğe soktukten sonra, Kıta Avrupası anlayışına yaklaşımıştır. Öte yandan ‘mahremiyet’ ifadesinin, genel hatları itibariyle özellikle kişisel verilerin korunmasını içerecek biçimde bir gelişim gösterdiğini not etmek gerekir.

2.1.2. Uluslararası Alanda Özel Hayatın Düzenlenmesi

Bir kimsenin özel hayatına saygı hakkı, ulusal hukuk düzenlerinde olduğu gibi, çeşitli uluslararası insan hakları metinlerinde de güvence altına alınmıştır. Örneğin, Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi’nde hiç kimsenin mahremiyeti, ailesi, konutu veya haberleşmesine ‘keyfi müdahale’ yapılamayacağı ve haysiyeti ile şöhretine saldırılamayacağı belirtilmiştir.¹⁶² Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi de ‘keyfi ve yasadışı müdahale’ kavramını kullanmakla beraber, aynı biçimde bir düzenleme getirmektedir.¹⁶³

Bölgesel uluslararası insan hakları metinlerine bakıldığında, İnsan Haklarına Dair Amerikan Sözleşmesi’nin mahremiyet hakkı başlığı altında bir düzenlemeye gittiği görülmektedir. Bu bağlamda kişinin haysiyeti ve onuru açıkça tanınmış; özel hayat, aile,

¹⁶² **Universal Declaration of Human Rights**, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948)

Article 12

No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

(**İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi**)

Madde 12

Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni ve yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz kalmaz. Herkesin bu tecavüz ve karışmalara karşı kanun ile korunmağa hakkı vardır. **Resmî Gazete**, Sayı: 7217, Tarih: 27.05.1949)

¹⁶³ **International Covenant on Civil and Political Rights** (G.A. Res 2200A (XXI) imza, onay ve katılmaya açılış 16 Aralık 1966, yürürlüğe giriş 23 Mart 1976)

Article 17

1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

(**Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme**)

Madde 17

1. Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlerde bulunulamaz.

2. Herkesin, bu gibi müdahalelere ya da tecavüzlere karşı yasalarca korunma hakkı vardır. **Resmî Gazete**, Sayı: 25175, Tarih: 02.07.2003.)

konut, haberleşmeye yönelik keyfi veya istismarcı müdahaleler yapılamayacağı belirtilmiştir.¹⁶⁴ İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı'nda¹⁶⁵ mahremiyet ya da özel hayat ile ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamakta; bunun yerine, ailenin korunması güvence altına alınmaktadır.¹⁶⁶ Bir diğer uluslararası hukuk metni olan İnsan Haklarına Dair Arap Şartı'nda (1997) ise mahremiyetin ihlal edilemeyeceği; bu hakkın ailevi işler, konut dokunulmazlığı ve haberleşme ile iletişimin diğer araçlarının gizliliğini içerdiği belirtilmiştir.¹⁶⁷ Bu metnin güncellenmiş versiyonu olan İnsan Hakları Arap Şartı'na (2004) ayrıca kişinin, şan veya şöhretine yönelik saldırılara karşı da korunacağı eklenmiştir.¹⁶⁸

Uluslararası nitelikteki bu düzenlemelerin ortak noktaları, özel hayat ya da mahremiyet olarak ifade edilen bir hakkın ortaya konması ve bu hakka keyfi biçimde müdahale edilemeyeceğinin belirtilmesidir. Bunun yanında, haberleşme ve konut

¹⁶⁴ **American Convention on Human Rights** (O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, yürürlüğe giriş 18 Temmuz 1978)

Article 11. Right to Privacy

1. Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized.
2. No one may be the object of arbitrary or abusive interference with his private life, his family, his home, or his correspondence, or of unlawful attacks on his honor or reputation.
3. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks. Bkz. <<https://treaties.un.org/pages/showdetails.aspx?objid=08000002800f10e1>> Erişim Tarihi 08.10.2021.

¹⁶⁵ **African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights**, (OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), yürürlüğe giriş 21 Ekim 1986)

Article 18

1. The family shall be the natural unit and basis of society. It shall be protected by the State which shall take care of its physical health and moral.
2. The State shall have the duty to assist the family which is the custodian of morals and traditional values recognized by the community.
3. The State shall ensure the elimination of every discrimination against women and also ensure the protection of the rights of the woman and the child as stipulated in international declarations and conventions.
4. The aged and the disabled shall also have the right to special measures of protection in keeping with their physical or moral needs. Bkz. <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3630.html>> Erişim Tarihi 03.07.2021.

¹⁶⁶ Afrika'da bireyselci yerine kolektivist bir insan hakları anlayışı olması nedeniyle, mahremiyetin sınırlı niteliğine yönelik eleştiriler ve bu hakkın Afrika'da gittikçe daha fazla düzenlenip uygulandığına dair bir çalışma için bkz. Alex B. Makulilo, ““A Person Is a Person through Other Persons”- A Critical Analysis of Privacy and Culture in Africa,” **Beijing Law Review**, Yıl 2016, Sayı 7, s. 192-204.

¹⁶⁷ **Arab Charter on Human Rights**, Arap Devletleri Ligi Konseyi, 15 Eylül 1994; yeniden basım **Hum. Rts. L.J.**, Yıl 1997, Cilt 18, s. 151.

Article 17

Privacy shall be inviolable and any infringement thereof shall constitute an offence. This privacy includes private family affairs, the inviolability of the home and the confidentiality of correspondence and other private means of communication.

¹⁶⁸ **Arab Charter on Human Rights**, United Nations Digital Library, <<https://digitallibrary.un.org/record/551368>> Erişim Tarihi 07.09.2021.

dokunulmazlığı hepsinde güvence altına alınmış; haysiyet ve şöhretin de bu hak kapsamında yer aldığı giderek daha açık bir şekilde belirtilmektedir. Dikkat çeken bir husus, Afrika ve Arap Şartlarında özel hayat ve aile hayatı arasında belirgin bir fark gözetilmemiş olmasıdır. Ancak her iki Şart'taki bu durum, doktrinde birçok eleştiriye maruz kaldığı gibi, toplumsal hayattaki gelişmeler ve konuyla ilgili verilen mahkeme kararları, bu bölgelerdeki anlayışın değişmekte olduğunu işaretlerini vermektedir.

Özel hayatın gelişimi konusunda Avrupa'ya bakıldığında, teknolojik gelişmelere koşturarak yaşanan ilgi, hukuksal alanda da kendini göstermiş ve ulusal düzenlemelerin yanında uluslararası alanda da özel hayatın daha iyi korunması için gerekli çalışmalar 1960 ve 1970'li yıllarda artmıştır. Bu bağlamda işaret edilen ilk örnek, 1960'lı yılların sonunda düzenlenen 'Özel Hayat Hakkına Dair Kuzey Ülkeleri Konferansı'dır. Bu konferansın sonuç bildirisine göre, özel hayat hakkı, 'bir kimsenin hayatını asgari ölçüde müdahale ile sürdürmesi için yalnız kalabilmesi hakkı'¹⁶⁹ olarak tanımlanmıştır. Bunun anlamı özel, aile ve konut hayatına; bir kimsenin fiziksel veya zihinsel bütünlüğüne ya da ahlaki veya entelektüel özgürlüğüne; şöhret ve şanına; kamuoyuna yanlış bir şekilde tanıtılmasına; özel hayatıyla ilgili rahatsız edici kimi bilgilerin ifşa edilmesine; adın ya da kimliğin kötüye kullanımına; izleme, casusluk, gözetleme ve rahatsız etmelere karşı; yazışmalarına; yazılı ya da sözlü olan özel iletişimine; mesleki bir güvene dayalı olarak elde edilen bilgilerin ifşa edilmesine yapılacak saldırılara karşı bireyin korunmasıdır.¹⁷⁰

Avrupa Konseyi¹⁷¹ İnsan Hakları Uzmanlar Komitesi 1970 yılında, özel hayat konusunda bir uzlaşmanın yokluğunu ileri sürerek bu konuda bir tanım yapmanın mümkün olmadığını; ancak özel hayatın unsurları konusunda belirli bir fikir birliği

¹⁶⁹ Bkz. **Conclusions of the Nordic Conference on the Right to Privacy**, 1967, Geneva, **International Commission of Jurists**, s. 2-3 <<http://unesdoc.unesco.org/images/0000/000025/002559eo.pdf>> Erişim Tarihi 29.03.2020. Ayrıca bkz. <<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iaufdi/article/viewFile/1023006529/1023006053>> Erişim Tarihi 29.03.2020.

¹⁷⁰ A.k.

¹⁷¹ Bundan sonra AK olarak anılacaktır.

olduğunu ifade etmiştir.¹⁷² Bununla birlikte, bu unsurların dökümünü yapmaktan ziyade, kavramsal bir formülasyon geliştirilmiştir. Özel hayata saygı hakkının, samimi ilişkiler alanı ve varlığının meşru biçimde kendine saklamak istediği yönlerini içinde gerçekleştirebilecek tüm ihlallere karşı, bireyin korunmasına yönelik menfaatin tanınması üzerine kurulu olduğu belirlenmiştir. Bu menfaat, kişisel iletişim ve ilişkiler, bireyin kişiliği ve özel hayatına dokunan fiillerle ilgilidir ve özellikle kişinin görüntüsü, sesi, konutu ve kişisel alanını ilgilendiren eşya ile bağlantılı olduğu saptanmıştır. Sonucunda da kitle iletişim araçları ve özel hayat konusunda bir tavsiye kararı benimsenmesi hakkında Bakanlar Komitesi'ne öneride bulunulması kararlaştırılmıştır.¹⁷³

Bu çalışmalarla bağlantılı olarak Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi, insan hakları ve kitle iletişim araçlarıyla ilgili bir karar ve tavsiye kararı vermiştir.¹⁷⁴ Buna göre, özel hayata saygı hakkı esasen asgari müdahaleyle bir kimsenin hayatını dilediği gibi sürdürebilmesinden oluşmaktadır. Bu hak; özel hayat, aile hayatı, konut dokunulmazlığı, fiziki ve ruhsal bütünlük, şeref ve şöhret, yanlış biçimde takdim edilmeme (iftira), faydasız ve utanç verici fiillerin ifşa edilmemesi, özel fotoğrafların yetkisiz şekilde yayımlanması yasağı, gayri meşru ya da kabul edilemez ölçüsüzlükler ve casusluk karşısında korunma, özel iletişimin yasadışı kullanımına karşı korunma, bir kimse tarafından gizlice elde edilen bilgilerin ifşa edilmesine karşı korunma ile ilgilidir.¹⁷⁵ Bu gelişmeler, kısa sürede özel hayat hakkının ulusal ve uluslararası düzeyde teminat altına alınmasına dönük artan çalışmaları göstermeleri bakımından çarpıcıdır.

Ulusal ve uluslararası alanlarda özel yaşamın bir hak olarak nasıl düzenlendiği ve korumaya alındığına değindikten sonra, bu çalışmanın inceleme alanını oluşturan

¹⁷² Bkz. **Yearbook of the European Convention on Human Rights-1970**, Martin Nijhoff Publ., The Hague, 1972, s. 82-86.

¹⁷³ *A.k.*

¹⁷⁴ “Declaration on mass communication media and Human Rights,” Parliamentary Assembly, **Resolution 428 (1970)** <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>> Erişim Tarihi 15.03.2022; “Mass communication media and Human Rights,” Parliamentary Assembly, **Recommendation 582 (1970)** <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=14617&lang=en>> Erişim Tarihi 15.03.2022.

¹⁷⁵ “Declaration on mass communication media and Human Rights,” *a.g.k.*

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde özel yaşamın nasıl değerlendirildiği, verilen kararlar ve ortaya çıkan sorunlar çerçevesinden ele alınmaktadır. Bununla birlikte, Sözleşme sisteminin kendine has işleyişi ve özelliklerine değinmeden, organlarının verdiği kararlar sonucu şekillendirilen bu hakkın niteliğini tam olarak anlamak mümkün olmayacağından, organların çalışma usulü ve sistemin özgünlüğünden de bahsedilmektedir.

2.2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİNDE ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ DÜZENLENİŞİ

Geleneksel olarak yalnız kalabilmeye konut dokunulmazlığı olarak formüle edilen ve tarihsel olarak sınırlı sayıdaki kişinin bir imtiyazı olmuş olan özel yaşama saygı hakkı; günümüze gelindiğinde birbirinden farklı birçok hukuki menfaati korumaya başlamıştır. Kavram düzeyinde sınırları pek de net olmayan özel hayatın, Sözleşme’de yer alan bir hak niteliğiyle aile, haberleşme, konut gibi çeşitli boyutları teminat altına alınmış; zaman içerisinde Sözleşme organlarının kararlarıyla ana hatları şekillendirilmiş ve madde hükmünün kapsamı genişletilmiştir. Nitekim hakkın ‘iç sınırları’nın genişlemesi (hak kapsamındaki özel hayat, aile hayatı, haberleşme ve konut unsurlarının geniş yorumlanması) yanında, diğer bazı Sözleşme haklarının boşta bıraktığı menfaatleri de kapsamasını anlatmak amacıyla ‘dış sınırlar’ının da genişlediği tespitleri yapılmaktadır.¹⁷⁶ Bu anlamda geleneksel olarak mekânsal birtakım sınırlar içerisinde kalan alanı koruduğu konusunda uzlaşılan özel hayatın; giderek işyerini, diğer kişilerle toplumsal ilişkileri, kişinin kendi kimliğini belirleyecek bazı boyutlara sahip

¹⁷⁶ Frédéric Sudre, “Rapport introductif: la ‘construction’ par le juge européen du droit au respect de la vie privée,” **Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme**, Bruylant, Bruxelles, s. 21-26.

olduğu, doktrinde kabul edilmekte ve içtihatlarla da teyit edilmektedir.¹⁷⁷ Toplumsal gelişmelere ayak uydurabilmek için kaçınılmaz sayılabilecek bu gelişme, beraberinde eleştirileri de getirmektedir.

Hak kapsamının genişletildiği eleştirilerinin en yoğun yaşandığı hakların başında gelen özel yaşama saygı hakkına dair geliştirilen içtihat, bir yandan literatürde tartışma yaratan bir kavramın hak düzeyinde nasıl yorumlandığını; öte yandan da Sözleşme sisteminin kendine has çalışma ve yorumlama usulüyle özgün niteliğini ortaya çıkarabilmek bakımından önem arz etmektedir.

2.2.1. Özel Hayata Saygı Hakkının Kapsamı ve Genişleme Sorunu

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesine göre,¹⁷⁸

1. Her şahıs hususi ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına maliktir.

2. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın müdahalesi demokratik bir cemiyette ancak milli güvenlik, amme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vuku bulabilir.

Maddenin düzenlemesine göre, ilk paragrafta korunan hak ve onu oluşturan unsurlar; ikinci paragrafta ise bu hakka Devletin yapabileceği müdahalenin koşulları ortaya konmaktadır. Hakkın unsurları aile, haberleşme, konut ve bu çalışmanın odağındaki özel yaşamdan oluşmaktadır. Hakka yapılacak olası müdahalelerin meşru sayılma koşulları ise meşru amaçlar (milli güvenlik, kamu emniyeti, iktisadi refah,

¹⁷⁷ Niemietz/Almanya, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 13710/88, 16.12.1992, para. 29; Burghartz/İsviçre, Komisyon Raporu (Genel Kurul), Başvuru No. 16213/90, 21.10.1992, para. 47; Friedl/Avusturya, Komisyon Raporu (Genel Kurul), Başvuru No. 15225/89, 19.05.1994, para. 46; Mikulić/Hırvatistan, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 53176/99, 07.02.2002, para. 53.

¹⁷⁸ Bkz. **Resmî Gazete**, Sayı: 8662, Tarih: 19.03.1954.

düzenin korunması, suçun önlenmesi, sağlığın ve ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması), hukuka uygunluk ve demokratik bir toplumda gereklilik olarak düzenlenmiştir. Bu koşulların dışında hakka yapılacak bir müdahale için yeni meşruluk koşullarının eklenemeyeceğini, dolayısıyla bu sayılanlarla sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Böylece madde hükmündeki sınırlama koşullarına dayanarak 8. maddenin ‘mutlak olmayan’ ya da ‘nitelikli bir hak’ olduğu söylenebilir.

Biçimsel olarak bakıldığında özel yaşama saygı hakkı (orijinal metinde *the right to respect for private life/droit au respect de la vie privée*); bireyin kimi eylem, tutum ve durumlarını Devletin müdahalelerine karşı koruyan bir ‘özgürlük’ söz konusu olmakla birlikte, bu özgürlüğün ‘-e hak’ (*right to; droit à*) gibi bir dille ifade edilmiş olması,¹⁷⁹ Sözleşme organlarının, Devletin müdahale etmeme yükümünün ötesinde bir yorum geliştirebilmesine olanak sağlamıştır.¹⁸⁰ Moreham, Mahkemenin böyle bir kategorizasyon yapmamasına rağmen kararlarından 8. maddenin ‘-e hak’ ve ‘-den özgürlük’ gibi genel iki boyuta sahip bir hak anlayışının çıkartılabileceğini ve bununla bağlantılı olarak, negatif ve pozitif yükümlülüklerin söz konusu olabileceğini ifade etmektedir.¹⁸¹ Buna göre, fiziksel ve manevi bütünlüğün korunması; kişisel verilerin toplanması ve ifşa edilmesi; yaşam alanının çevresel kirlilikten korunması, bir kişinin Devletten bu menfaatlerine müdahale edilmemesini bekleme hakkını oluşturmaktadır (negatif yükümlülük). Öte yandan, bireysel kimliğin tanınıp korunması ve bireysel özerklik ise, özel hayata saygı hakkına talep anlamını yükleyen (pozitif yükümlülük) boyutu oluşturmaktadır.¹⁸²

¹⁷⁹ Hohfeld ‘hak’ kavramını dört farklı kullanımı içerecek biçimde tanımlamaktadır: istem/talep, güç/yetki, ayrıcalık ve bağışıklık. İstem olarak hak ya da dar anlamda hak, üçüncü kişi bakımından bir ödev getirirken özgürlük, bir ödevle yükümlü olmama durumuna işaret etmektedir. Dolayısıyla ödevin zıddı bir hukuki anlama gelir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Wesley N. Hohfeld, Newcomb, **Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning**, Yale University Press, New Haven, 1964.

¹⁸⁰ David Harris ve diğ., **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford Univ. Press, Oxford, 2009, s. 341.

¹⁸¹ Nicole A. Moreham, “The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-examination,” **European Human Rights Law Review**, Yıl 2008, Sayı 1, s. 46-49.

¹⁸² A.k., s. 49-79.

8. maddenin hükmünde dikkat çeken başka bir nokta, özel hayata ‘saygı’ gösterilmesi hakkından söz edilmesidir. İlk bakışta, ‘saygı’ ifadesinin hakkın niteliğini zayıflattığı düşünülebilir. Nitekim erken tarihli bir çalışmada, 8. maddenin Sözleşme sistemindeki temel haklardan biri olmadığı, ulusal hukuk alandaki mevzulara dahil konulara çok girilmek istenmediği ve özel hayat konusundaki birçok farklı görüşün ancak ‘saygı’ gibi nispeten hukuk dışındaki bir kavram etrafında uzlaştırıldığı belirtilmektedir.¹⁸³

“‘Saygı’ ifadesi hukuk âlemine değil, adap ya da ahlak âlemine (*manners*) aittir ve bu, 8. maddeye belirsizlik katmaktadır. Teitgen Raporu’nun önerileriyle ‘ihlal edilemezlik’ olarak başlayan serüven, ‘keyfi müdahaleden bağışıklık’ biçiminde formüle edildi, daha sonra ‘devletin müdahalesinden korunma’ya dönüştü ve nihayet, anlamı budanarak ‘saygı’ kavramı üzerinde uzlaşıldı... Düzenlemenin birçok değişikliğe uğramış olması bu konuda birçok farklı görüşün olduğunu yansıtmaktadır ancak üzerinde uzlaşılan konu, 8. madde düzenlemesinin demokratik kurumların işleyişi için temel nitelikteki haklardan biri olmadığıdır.”

Günümüze gelindiğinde özel hayatın korunmasının öneminin anlaşılmasıyla birlikte, uzlaşıya varmak için seçilen bu ifade, farklı işlevler üstlenmiş; 8. maddenin koruma alanının genişletilmesinin meşruluk kaynaklardan biri olarak gösterilmesi yanında, Sözleşme’ye Taraf Devletlere pozitif yükümlük getirilebilmesinin kapısını aralamıştır. Böylece ‘saygı’ ifadesinin, hakkı zayıflatma iddiası bertaraf edilmiştir.

Öte yandan yine bu ifadeden kaynaklı olarak, özel hayatın korunması konusunda Devletlerin sadece müdahale etmekten imtina etmesine yönelik negatif bir yükümlülük anlayışının getirildiği izlenimi oluşabilmektedir. Oysa içtihat göstermektedir ki bu ifadenin muğlaklığına istinaden, Sözleşme organları Devletin müdahale etmeme yükümünün ötesinde ve her dava için farklılık gösterebilen pozitif bir yükümlülük getirebilmektedir. *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık* davası buna bir örnek olarak gösterilebilir.¹⁸⁴

¹⁸³ J.E.S. Fawcett, **The Application of the European Convention on Human Rights**, Clarendon Press, Oxford, 1969, s. 186.

¹⁸⁴ *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985, para. 67. (İlgili Devlette yasal yoldan ikamet eden kişilerin eşlerinin de buraya ikametinin kabul edilmemesi üzerine yapılan başvurular)

“8. maddenin temel amacının kamu görevlilerinin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumak olmasına rağmen, aile hayatına etkili ‘saygı’ya ilişkin pozitif yükümlülükler de ek olarak mevcut olabilir. Ancak özellikle bu pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda, ‘saygı’ kavramının sınırları belirlenmiş değildir: Sözleşmeciler Devletler’deki uygulamalar ve durumların çeşitliliği göz önüne alındığında, bu kavramın gereklilikleri davadan davaya çok farklılaşabilecektir.”

İhlale yol açmaması için Taraf Devletin kimi edimleri yerine getirmesi beklentisi yanında, saygı kavramının başka bir sonucu daha olmuştur. Bu sonuç, insan haklarının devlet ve birey arasındaki ilişkiden çıkıp bireylerarası (yatay) ilişkilere de sirayet etmesiyle ilgilidir.¹⁸⁵

“8. madde sadece Devletlerin ... müdahaleden imtina etmesini zorunlu kılmaz: Temelde menfi olan bu yükümlülüğe ek olarak, özel hayat ve aile hayatına etkili bir saygıya ilişkin müspet yükümlülükler mevcut olabilir... Bu yükümlülükler bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile özel hayata saygının temini için kimi düzenlemelerin yapılmasını içerebilir.”

Sözleşme’nin koruduğu bir hak olarak özel hayata saygı hakkı, açık bir şekilde tanımlanmamıştır. Bu nedenle hangi hukuki menfaatlerin bu kapsamda değerlendirileceğinin belirlenmesi, Sözleşme organlarının yetkisine bırakılmaktadır. Sözleşme sistemi bağlamında en başından beri özel hayata saygı hakkı “mahremiyet hakkından (*privacy*), birinin istediği sürece kamusalıktan korunaklı yaşama hakkı”ndan¹⁸⁶ öte bir anlam yüklenmiştir. Komisyona göre, Anglosakson ve Fransız hukukçular, özel hayatı mahremiyetle sınırlı olarak anlasalar da özel hayat orada sona ermez ve “özellikle bir kimsenin kendi kişiliğini gerçekleştirmek ve geliştirmek için gerekli duygusal alanda diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını”¹⁸⁷ da belirli bir oranda kapsamaktadır. Dolayısıyla Sözleşme sistemi içerisinde özel yaşamın, geleneksel ya da başka bir ifadeyle, devletin müdahalesinden bağımsız bir özgürlük alanı anlamını aşan şekilde yorumlandığı ifade edilmiştir. Yine de bireyin tüm çevresiyle kurduğu ilişkiler bu kapsamda değerlendirilmemiş ve bahsi geçen *X/İzlanda* başvurusuna konu oluşturan köpek besleme ediminin, özel hayata saygı hakkının

¹⁸⁵ *X ve Y/Hollanda, a.g.k.*, para. 23. (Zihinsel özürlü bir kızın ve babasının, kızın kaldığı özel klinikte uğradığı tecavüz nedeniyle ilgili Devletin bu konuda cezai bir düzenlemesinin olmaması sonucunda Mahkemeye gelen başvuru)

¹⁸⁶ *X/İzlanda*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 6825/74, 18.05.1976.

¹⁸⁷ *A.k.*

koruduğu menfaatler kapsamına girmediğine karar verilerek başvuru kabul edilebilir bulunmamıştır. Ne Komisyon ne de Mahkeme daha rafine bir tanımlamaya gitmiş; “tüketici bir tanımlamaya elverişli olmayan geniş bir terim”¹⁸⁸ olarak gördükleri özel hayat kavramını yine bir o kadar geniş kapsamlı ifadelerle nitelemeye çalışmıştır. Böylece geleneksel olarak özel hayat kapsamında anlaşılmayan birçok edim, bu hak kapsamına alınmış ve alınmaya devam etmektedir. Bunların en çarpıcı olanlarını örneklemek gerekirse özel hayat, bir kimsenin kamusal bir bağlamda bile diğerleriyle bir etkileşim bölgesini kapsar,¹⁸⁹ diğer insanlar ve dış dünya ile ilişki kurma ve geliştirmeyi,¹⁹⁰ (özellikle serbest bir meslek açısından) mesleki ya da iş niteliğine sahip fiilleri,¹⁹¹ bir kimsenin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü¹⁹² ve bazen fiziksel ve toplumsal kimliğini,¹⁹³ kimlik ve kişisel gelişim hakkını,¹⁹⁴ bireysel beşeri varlıklar olarak kimliğini oluşturma hakkı dahil, her bireyin kişisel alanının korumasını¹⁹⁵ içerir şekilde yorumlanmaktadır.

Sözleşme’nin 8. maddesi ilk bakışta özel hayatı, aile hayatını, haberleşme ve konutu düzenleyerek özel hayatın geleneksel temalarını korur görünmektedir fakat bu maddenin sunduğu hak koruması, içtihatlarla çok daha fazla hukuki menfaati kapsamına almıştır. Kişinin yalnız bırakılabilmesi, özel ilişkileri içerisinde sevdikleri ve ailesinin ortamına karışılmaması, hanesi ve konutuna müdahale edilmemesi, haberleşmesinin

¹⁸⁸ Bkz. örn. *Peck/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 44647/98, 28.04.2003, para. 57; *Bensaid/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 44599/98, 06.02.2001, para. 47; *S. ve Marper/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 30562/04 ve 30566/04, 04.12.2008, para. 66; *Smirnova/Rusya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 46133/99 ve 48183/99, 24.07.2003, para. 95.

¹⁸⁹ *P.G. ve J.H./Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 44787/98, 25.09.2001, para. 56; *Peck/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 57.

¹⁹⁰ *Rotaru/Romanya*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 28341/95, 04.05.2000, para. 43; *Amann/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 27798/95, 16.02.2000, para. 65.

¹⁹¹ *Niemietz/Almanya, a.g.k.*, para. 29.

¹⁹² *Von Hannover/Almanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 59320/00, 24.06.2004, para. 50.

¹⁹³ *Mikulić/Hırvatistan, a.g.k.*, para.53.

¹⁹⁴ *P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, a.g.k.*; *Pretty/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 2346/02, 29.04.2002, para. 61.

¹⁹⁵ *Christine Goodwin/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 28957/95, 11.07.2002, para. 90. Bu kararda ayrıca 8. maddenin garantilerinin yorumlanmasında kişisel (bireysel) özerklik kavramının önemli bir ilke olduğunun altı çizilmektedir. Ayrıca bkz. *Pretty/Birleşik Krallık, a.g.k.*

gizliliğine dokunulmaması, özel hayata saygı hakkının ‘geleneksel’ temalarına ya da negatif yönüne örnekler olarak gösterilebilir. Bunların yanında bu hak, kişinin dış dünya ve diğer kişilerle ilişkiler kurabildiği toplumsal bir ortamda kişiliğini ve bireysel özerkliğini kurup geliştirebilmesini de içerecek şekilde yorumlanmaya başlanmıştır.

Hakkın korunmasını temin etmekle görevli Mahkeme yargıçları, özel hayat kavramını çok geniş yorumlamakta ve 8. maddeyle ilişkili hukuki menfaatlerin hepsini birden kapsayacak ‘tüketici’ bir tanımlamanın mümkün olmadığını birçok kararda tekrar etmiştir. Özel yaşamın sosyal bir boyutu olduğu ve diğer kişilerle ilişkileri de kapsayabileceğine dair içtihat, bu hususa güzel bir örnek teşkil etmektedir. Buna göre, öncelikle Komisyon *Brüggeman ve Scheuten/Almanya* ile *X/İzlanda* davalarında, ‘diğer kişilerle ilişki kurup geliştirme’ hususunun özel hayatı niteleyen bir ifade olması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁹⁶ Yargıç S. K. Martens’in *Beldjoudi/Fransa* davasındaki¹⁹⁷ mutabık görüşüyle birlikte bu konu, Komisyondan sonra bu sefer de Mahkeme içtihadına girmiştir. Özel hayatın sosyal ilişkiler boyutunu Mahkemenin kendisi ise *Niemietz/Almanya* davasında ortaya koymuştur. Bu davada Mahkeme, bunu kendi sözleriyle şöyle ifade etmiştir:¹⁹⁸

“Mahkeme ‘özel hayat’ kavramını tüketici bir biçimde tanımlamaya çalışmanın ne gerekli ne de mümkün olduğunu düşünmektedir. Bununla birlikte, özel hayatı herkesin kişisel hayatını dilediğinde yaşayacağı ‘dar bir çevre’ ile sınırlamak ve bu çevre dışındaki dünyayı tamamen devre dışı bırakmak, özel hayatı çok fazla sınırlamak anlamına gelecektir. Özel hayata saygı, bireyin diğer kişilerle belirli ölçüde ilişki kurması ve geliştirmesi hakkını da kapsamalıdır.”

Özel hayat kavramının ve dolayısıyla hak kapsamının, bu denli genişleyip büyümesi konusunda farklı nedenler ileri sürülmektedir. De Schutter’e göre,¹⁹⁹ bu genişlemeye iki koşul etki etmektedir. Bunlardan ilki, özel hayatın veya onun görünümünden birinin başka bir hakla ya da özel hayatın başka bir yönüyle

¹⁹⁶ Bkz. *Brüggemann ve Scheuten/ Federal Almanya Cumhuriyeti*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 6959/75, 12.07.1977; *X/İzlanda*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 6825/74, 18.05.1976.

¹⁹⁷ *Beldjoudi/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 12083/86, 26.03.1992, S. K. Martens’in Mutabık Görüşü.

¹⁹⁸ *Niemietz/Almanya*, a.g.k., para. 29.

¹⁹⁹ De Schutter, a.g.m., s. 833-835.

birleşmesidir. İkincisiyse, Mahkeme ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı arasındaki etkileşim sonucunda özel hayatın genişlemesidir.

Bu koşullardan ilki, özel hayata saygı hakkının unsurları olarak düzenlenen kavramların bir arada kullanılmasından ve aralarında net çizgiler çizilmemesinden kaynaklanır. Özel hayat, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliğinden oluşan bu unsurların aynı çatı altında bulunması, farklı menfaatler arasında kolayca geçişkenlik sağlar ve bunlar arasında çeşitli kombinasyonların oluşmasıyla sonuçlanır. Örneğin, *Lopez Ostra/İspanya* davasında²⁰⁰ ciddi bir çevre kirliliğinin, kişilerin hem özel hayatını hem de aile hayatını etkileyebileceği ifade edilmiştir. *C/Belçika* davasında da²⁰¹ başvuran kişinin sınır dışı edilmesi, 8. maddenin iki boyutunu, yani özel hayatı ve aile hayatını beraber ilgilendirdiği belirtilmiştir.

Genişlemeye etki eden ikinci koşul, iki Avrupa mahkemesi arasındaki etkileşimin de geniş yorumlamaya katkıda bulunmasıdır.²⁰² Bu mahkemelerden biri, insan hakları konusunda yeterli güvence sağlamadığı hususunda eleştiri almamak; diğeri ise insan haklarının gelişimi konusunda geciktiği görüntüsünü vermemek için birbirlerinin içtihatlarını takip ederek özel hayat kavramını geliştirmeye çalışmaktadırlar. De Schutter'e göre,²⁰³ iki mahkeme arasındaki diyalog, Avrupa'da insan haklarının korunması konusunda derdestlik tehdidine yol açmaksızın özel hayatın kapsamının yeni alanlara açılmasına izin vermiştir.

Hak kapsamının birçok hukuki menfaati kapsayacak şekilde genişletilmesi, her kesim tarafından olumlu karşılanmamış; kavramsal bir kargaşa ile içtihadi bir belirsizlik sonucunu doğurduğu yönünde eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Bir yanda doktrinde özel hayat kavramının büründüğü görünümünün ya da tanımların çokluğu ve

²⁰⁰ *Lopez Ostra/İspanya*, a.g.k., para. 51.

²⁰¹ *C/Belçika*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 21794/93, 07.08.1996, para. 25.

²⁰² İki mahkeme arasındaki etkileşim için ayrıca bkz. Frank Scharkopf, "Human Dignity, Fundamental Rights of Personality and Communication," **European Fundamental Rights and Freedoms**, ed. Dirk Ehlers içinde, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, s. 399-429.

²⁰³ De Schutter, a.g.m., s. 835.

bunların birbiriyle ortak çok az paydaya sahip olması; öte yanda Mahkemenin de içinde olduğu yargı mercilerinin kararlarında özel hayata saygı hakkına yüklenen korumanın toplumsal ve teknolojik gelişmeleri karşılayabilmesi için hak kapsamının geniş yorumlanması, beraberinde çeşitli eleştirileri de getirmektedir. Hak kapsamının belirsiz olması sonucunda korumanın zayıflatılması, yargılama yetkilerinin aşılması, hukuk güvenliği gibi hususlar bu eleştirilerin başında gelmektedir.²⁰⁴

Örneğin Feldman,²⁰⁵ genişleme potansiyelinin sınırlı olduğunu belirtmektedir. Buna göre, özel yaşamın özerklikle ilgili diğer hak ya da menfaatleri yutacak şekilde geniş yorumlanması, özel hayata saygı hakkının mantığı ve meşruiyetini yok edecektir. Yazarın buradaki kaygısı özel hayatın, özerkliğin sadece bir vechesini oluşturmaya rağmen onunla özdeş olarak anlaşılmasının yaratacağı sakıncalardır. Haysiyet, özerklik, ahlaki bütünlük gibi değerler bu hakkın altında yatan genel nitelikteki değerlerdir. Ayrıca yazara göre örneğin, insanlık dışı muamele gibi diğer hakların da koruma ya da norm alanları olduğu unutulmamalı ve özel yaşama saygı hakkı ile diğer haklar arasındaki işlevlerde bir koruma görev dağılımı gözetilmelidir.

Sözleşme'nin yaşayan bir enstrüman olması, evrimsel yorum ve hakların etkili korunması gibi araçlarla, Sözleşme organları dinamik bir yorum yöntemini geliştirmiştir. Ancak doktrinde bu durumun, yargıcın yetkisinin sınırlarını zorlamak anlamına geldiğine dair eleştiriler de dile getirilmiştir.²⁰⁶ Hakları geniş yorumlamak, Sözleşme metninde ya da hazırlık çalışmalarında yer almayan birtakım menfaatlerin koruma altına alınmasına ve dolayısıyla hak kapsamının da genişlemesine yol açmaktadır. Tüm Sözleşme haklarını ilgilendiren bu geniş yorum, 8. madde özelinde daha da belirgin bir nitelik taşımaktadır.

²⁰⁴ Bkz. örn. *R.B./Macaristan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 64602/12, 12.04.2016, Yargıç Krzysztof Wojtyczek'in muhalif görüşü; ayrıca Janneke Gerards, *a.g.m.* ve George Letsas, **A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights**, Oxford Univ. Press, Oxford, 2007.

²⁰⁵ David Feldman, "The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights," **European Human Rights Law Review**, Yıl: 1997, Cilt: 3, s. 265-274.

²⁰⁶ Bkz. örn. Feldman, *a.g.m.*

Kurucuların niyetiyle ve Sözleşme metniyle sınırlı olmadığı gerekçesiyle eleştiri alan bu yorum yöntemi, cüzi menfaatleri de hakların teminat alanına soktuğu ve Sözleşme'deki hakların önemsizleşmesine yol açma riskini de taşıdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Letsas, bu duruma 'hak enflasyonu'²⁰⁷ adını vermektedir. Hakların ya da korunan hukuki menfaatlerin, çoğaldıkları ölçüde değer kaybedecekleri argümanı bize göre çok doğru değildir. Hatta Sözleşme'nin temellerinden biri olan yaşayan enstrüman anlayışının gereği olarak, Sözleşme'de güvenceye alınan hakların durağan değil; toplumdaki gelişmelere uygun olarak yorumlanması kimi durumlarda dinamik bir yorumu gerekli kılabilir. Bu hususlar, yorum konusunun ele alındığı üçüncü bölümde daha geniş biçimde ele alınmış ve meselenin geniş bir yorum olarak tarif edilmesinin doğru olmadığı gösterilmeye çalışılmıştır.

Ancak yorum mülahazalarına geçmeden önce, Sözleşme sisteminin nasıl bir özgün insan hakları koruma mekanizması geliştirdiğini ve bununla bağlantılı olarak, bu insan hakları mekanizmasının işleyişi tanıtılmıştır.

2.2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminin Çalışma Usulü ve Özgünlüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi, uluslararası bir antlaşma üzerine inşa edilmiş olmakla birlikte, insan haklarını korumakla yükümlendirildiği için uluslararası hukukun genelinden biraz daha farklı özellikler sergileyen bölgesel bir mekanizmadır. Sözleşme'ye Taraf Devletlerin bağlanma iradesinin ilk itici güç oluşturması ve koruma mekanizmasından çıkan kararlara uygun tedbirler alınması yanında; Sözleşme sistemi işlerliğini kendi organlarından alan, tüm mekanizmayı kuşatan ortak ve bağımsız ilkeler ortaya koyabilen ve bu organlardan nispeten bağımsız yargı kararları çıkarabilen bölgesel bir insan hakları koruma mekanizması oluşturmaktadır. Buradaki bölgeselliğin

²⁰⁷ Bkz. George Letsas, *a.g.k.*, s. 120-127.

önemi, sadece coğrafi bir yakınlıkla sınırlı olmayıp; Sözleşme'nin dibacesinde belirtildiği üzere, “siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğünden müteşekkil ortak bir miras”²⁰⁸ sahip, hemfikir Avrupalı devletlerin Sözleşme’de belirtilen hakları kolektif uygulamaya sokmak ve etkili bir siyasi demokrasi oluşturmak fikriyle bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Sözleşme’nin ana işlevleri; Batı Avrupa’da ortaya çıkabilecek bir savaşı engellemek, komünizm ve Nazi faşizmine karşı, ortak değerlere dayalı, liberal bir demokrasi anlayışını pekiştirmek ve üye devletlerin birbirine karşı, herhangi birinde otoriter bir sapmayı ele alacak bağımsız bir uluslararası mercie başvurabilecekleri bir erken uyarı aygıtını oluşturmak olarak tasarlanmıştır.²⁰⁹ Kuruluştaki amaç, devletlerarası başvurulara ağırlık verilmesiyle 1998’de 11. Protokol’ün yürürlüğe girmesiyle beraber, gerçek kişilerin Mahkemeye bireysel başvuru yolu zorunlu hale getirilmiş ve zaman içerisinde Sözleşme sisteminin ayırt edici niteliğine bürünmüştür. Ayrıca 1990’larda Doğu Bloku’nun çözülmesi ve buradaki devletlerin Sözleşme’ye taraf olması sonucunda, Sözleşme sisteminin komünizm ve Nazizm anlamında karşısında ‘ideolojik otoriteriyenizm’ karşıtlığı; yerini ulusal kurumlar, normlar ve süreçler, demokrasi ve insan haklarına saygı, hukukun üstünlüğü gibi Sözleşme ilkeleri etrafındaki yakınlaşmanın geliştirilmesine bırakmıştır.²¹⁰ Dolayısıyla Sözleşme’nin merkeze alındığı, siyasal bir amaç birliği etmiş ve bu uğurda egemenliklerini gönüllü olarak kısıtlayan Üye Devletlerin bir araya gelerek oluşturduğu bir örgütlenme ortaya çıkmıştır. Bu örgütlenmede ayrıca Üye Devletler, ulusal olmayan bir yargı merciin kararlarına uymakla bağışlanarak yargı kararlarının yerine getirilmesinin denetimini Sözleşme sisteminin başka bir organı olan uluslararası bir komiteye, Bakanlar Komitesine bırakmıştır.

²⁰⁸ **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, Rome, 4.XI.1950, s. 5, <https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf> Erişim Tarihi 28.05.2019.

²⁰⁹ Steven Greer, **The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2006, s. 20.

²¹⁰ *A.k.*, s. 57.

İkinci Dünya Savaşı bitiminde AK, bir taraftan savaşın getirdiği kötülöklere karşı, diğör taraftan dünyayı ikiye bölecek bir kamplaşmanın “özgür dünya” tarafını temsil iddiasıyla kurulmuş; ortak bir Avrupa mirasını şiar edinmiş ve insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmek üzere AK’ne taraf devletlerle birlikte bölgesel bir insan hakları koruma mekanizmasını kurmuştur. Bu mekanizmanın temeli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmuştur.

Sözleşme, insan haklarına işlerlik ve devletler-üstü bir nitelik kazandırabilmiş ilk ve en gelişkin bölgesel insan hakları sistemidir. Nitekim "dünyada güvencenin etkinliği, kapsamı ve coğrafi alan bakımından bu kadar yaygın başka bir yargı yoluyla koruma sistemi yoktur"²¹¹. Ayrıca söylem düzeyinde kaldığı iddia edilen insan haklarının²¹² hukuk düzeyinde nasıl ele alınıp işlevselleştirildiğini değerlendirmek bakımından Sözleşme sistemi, incelenmesi gereken en önemli örneği sunmaktadır.²¹³ Sözleşme, bir uluslararası hukuk metni olmasına rağmen (yani Sözleşmecî Devletlerin kendi iradeleri sonucunda bağitlandıkları ve yine kendi iradeleri sonucu Sözleşme’nin getirdiği yükümlölükleri yerine getirmeleri), kurduğı mekanizma, Sözleşmecî Devletlerden nispeten bağımsızlaşabilmiştir.

1950 yılının sonunda imzaya açılan ve 1953’te yürürlöğe giren Sözleşme, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa’nın yeniden yapılandırılması çalışmalarında önemli bir rol üstlenmek üzere oluşturulan siyasi bir mekanizmanın en önemli parçalarındandır. AK’nin desteğı ve girişimiyle ortaya konan Sözleşme’ye işlevsellik kazandıracak ve Taraf Devletlerin, yükümlölüklerini yerine getirip getirmediğini denetleyecek üç kurum oluşturulmuştur. Bunlar 1954’te oluşturulan Komisyon, 1959’da oluşturulan Avrupa

²¹¹ Rona Aybay, **İnsan Hakları: Seçilmiş Makaleler**, Pencere yayınları, İstanbul, 2010, s. 123.

²¹² Bu konuda klasikleşmiş ve şimdiye kadar aşılammış en ciddi eleştirilerin farklı iki siyasi kanattan yöneltilmesi ilginçtir. Bkz. Karl Marx, **Yahudi Sorunu**, Ankara, Sol yay., 1997; Jeremy Bentham, **Rights, Representation and Reform: Nonsense upon Stilts and Other Writings on the French Revolution**, ed. Philip Schofield et al., Oxford, Clarendon, 2002.

²¹³ İnsan haklarının hukuksallaştırılması ve beraberinde getirdiğı sorunların değerlendirildiğı bir çalışma için bkz. **The Legalization of Human Rights: Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law**, ed. Saladin Meckled-Garcia ve Başak Çalı, Oxfordshire, Routledge, 2006.

İnsan Hakları Divanı²¹⁴ ve AK'ye üye devletlerin Dışışleri Bakanlarından oluşan Bakanlar Komitesi'dir.

Bu çalışmada 'Sözleşme sistemi' olarak da ifade edilen bu üçlü mekanizma, 1998 yılında 11. Protokol²¹⁵ ile yeniden düzenlenene kadar yarı yargısal, yarı siyasi bir mekanizma olarak çalışmıştır. Buna göre, 11. Protokol öncesinde, soruşturma organı olarak kurulan Komisyon, kendisine gelen başvuruları kabul ya da reddedebiliyor; kabul edilebilir bulunan başvurular Komisyonun esas hakkındaki raporu hazırlamasından sonra Bakanlar Komitesinin dostça çözüm yolu için devreye girmesi aşamasına gelinebiliyordu (Sözleşme'nin eski 26., 37., 44., 47., 48. maddeleri). Bu aşamada Komisyon, bağlayıcı olmayan bir rapor verebiliyor ve şikâyeteye konu olan Sözleşme hakkının ihlal edilip edilmediğine dair görüşünü belirtebiliyordu. Kesin karar ise, Divan tarafından (eski 46. ve 54. maddeler) ya da Bakanlar Komitesince (eski 32. madde) verilmekteydi. Komisyon'un kabul edilemez bulduğu başvurular ise bu kararın kesinliği nedeniyle prosedürü sona erdiriyordu.

Divan, denetim mekanizmasının ikinci ve üst organıydı. Davalar, Divan önüne belirli kişilerce ve belli kimi koşullarda götürülebiliyordu. İhtiyari bir yetkiyle donatılmış olan Divana gidebilmek için, Taraf Devletin Divanın yargı yetkisini ayrı bir beyan ile kabul etmiş olması gerekiyordu (eski 46. madde). 11. Protokol bu durumu değiştirerek Komisyon ile Divanı tek bir organ, Mahkeme haline getirmiş ve Sözleşme'ye Taraf Devletlerin Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini tanımasını da sağlamıştır.

Mekanizmanın siyasi kanadı olan Bakanlar Komitesi ise Sözleşme ile değil, AK Statüsü ile kurulmuştur. Komitenin üyeleri, AK'ye taraf devletlerin Dışışleri Bakanlarından oluşmakta ve yılda iki kez toplanmaktadır. Toplantı halinde olmadığı

²¹⁴ Bundan sonra Divan olarak anılacaktır. Divan, 11. Protokol öncesi ikili sistemdeki (Komisyon ve Divan) Mahkeme'nin eski adı olarak kullanılmaktadır.

²¹⁵ İmzaya açılma tarihi: 11.5.1994; yürürlüğe giriş tarihi: 01.11.1998, Strasbourg.

zamanlarda, Komitenin görevlerine devamlı bir kurul olan Delegeler Komitesi vekâlet etmektedir. 11. Protokol sonucunda Bakanlar Komitesinin Sözleşme sistemi içindeki işlevi Mahkeme kararlarının gereğinin ilgili devletlerce yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi ve bununla ilgili işlemlerden ibaret olarak sınırlanmıştır (Sözleşme'nin 46. maddesi). Dolayısıyla 11. Protokol ile beraber, Sözleşme sisteminin tamamen yargısal, tam zamanlı, zorunlu yargıya dayalı ve kesin bağlayıcı kararlar alan bir insan hakları koruma mekanizması olarak yeniden şekillendirildiğini söylemek mümkündür.

Sözleşme sisteminde hem yapısal hem de biçimsel birçok değişiklik getiren reform niteliğindeki bu Protokol, aynı zamanda bireysel başvuru yolunun Sözleşme'ye taraf olmakla zorunlu olarak kabul edilmesini de getirmiştir. Böylece eski sistemde bireyler açısından bir yandan Divana gitmek, diğer yandan Sözleşme ile teminat altına alınan haklara müdahale iddiasıyla başvuruda bulunabilmek, Taraf Devletlerin ayrı ayrı beyanına bağlanmışken; yeni sistemle beraber devletlerin iradesine bırakılan bu alanlar Taraf Devletler açısından zorunlu hale getirilmiştir. Devlet başvurularına ek olarak, bireylerin de Sözleşme sisteminden faydalanabilmesinin, kişilerin yurttaşı oldukları egemen devletler karşısında edindikleri koruma çok büyük bir öneme sahiptir ve insan haklarının uygulanabilirliğinin başlıca teminatlarından²¹⁶ Bu nedenle, bireysel başvuru Sözleşme sisteminin merkezinde durmakta ve onun gelişimi açısından çok temel bir rol üstlenmektedir.²¹⁷

Sözleşme'nin önemi, çok taraflı bir uluslararası anlaşma olması ve bunun sonucunda Taraf Devletlerin birbirlerine karşı sübjektif düzeyde sağladığı hakların yanında; herkesin yararlanabileceği, genel ve objektif nitelikte bazı temel haklar ve güvenceler getirmiş olmasından kaynaklanmaktadır.²¹⁸ Böylece Taraf Devletlerin yetki alanı içinde bulunan herkesin yararlanabileceği 'ortak bir kamu düzeni' alanı

²¹⁶ Bkz. örneğin Pietro Sardaro, "Individual Complaints", **Protocol No. 14 and the Reform of the ECtHR** içinde, ed. Wouter Vandenhoele ve Paul Lemmens, Intersentia, Antwerpen, 2005, s. 46-50.

²¹⁷ Costas Paraskeva, "Reforming the European Court of Human Rights: An Ongoing Challenge," **Nordic Journal of International Law**, Yıl 2007, Cilt 76, Sayı 2-3, s. 186.

²¹⁸ Aybay, *a.g.k.*, s. 69.

yaratılmıştır. Bununla, sadece uyrukların değil, Taraf Devletlerin yetki alanı içinde bulunan ‘herkesin’ temel insan haklarını koruma altına alan bir düzenin yaratılması amaçlanmıştır.²¹⁹

Sözleşme sistemi, sadece insan haklarını ana amaç haline getirip bunu bir Avrupa kamu düzeninin temeline yerleştiren yargısal bir mekanizma kurmakla kalmamıştır. Amacı ve niteliği yanında, bu kamu düzeninin işleyişindeki dinamizm de sistemin ayırt edici bir özelliğidir. Bu dinamizm ise iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Öncelikle Sözleşme’nin 1950’de düzenlenen özgün biçiminin içeriği, hakların ve özgürlüklerin kapsamını genişleten ek protokollerle zaman içinde genişletilmiş ve başlangıçta orijinal metinde yer almayan kimi haklar eklenmiş ya da var olanlara yeni boyutlar eklenmiştir. Örneğin, Sözleşme’nin özgün biçiminde yer almayan eğitim hakkı, 1. Protokolle getirilmiş,²²⁰ başlangıçta varlığı kabul edilen ölüm cezasının verilebileceği haller önce 6. Protokolle²²¹ sınırlandırılmış, daha sonra 13. Protokolle²²² bu ceza bütünüyle kaldırılmıştır. Avrupalı bir kamu düzeninin dinamizmini sağlayan ikinci boyut ise Sözleşme’nin temel amacını göz önünde bulundurarak hakların kapsamını ve içeriğini güncel gelişmelere uygun ve etkili korunması için Sözleşme organlarının geliştirdiği özgün yorumlama yöntemi ve araçlarıdır.

Sözleşme, temenni düzeyinde kalma ihtimali taşıyan bir haklar bildirgesi ya da devletlerin iradeleri doğrultusunda şekillendirilmiş durağan bir anlaşma değildir. Her ikisinden ayrı olarak, hakların etkili korunmasını temel bir amaç edinmiş canlı bir enstrüman olarak düşünülmektedir. Kuşkusuz Sözleşme sistemini yürürlüğe sokan

²¹⁹ A.k., s. 69 vd.

²²⁰ **Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No. 11 (ETS No. 009)**, imzaya açılma tarihi: 20.03.1952, yürürlüğe giriş tarihi: 18.05.1954 < <https://rm.coe.int/168006377c> > Erişim Tarihi 03.04.2018.

²²¹ **Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of the Death Penalty (ETS No. 114)**, imzaya açılma tarihi: 28.04.1983, yürürlüğe giriş tarihi: 01.03.1985 < <https://rm.coe.int/168007952b> > Erişim Tarihi 03.04.2018.

²²² **Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances (ETS No. 187)**, imzaya açılma tarihi: 03.05.2002, yürürlüğe giriş tarihi: 01.07.2003 < <https://rm.coe.int/1680081563> > Erişim Tarihi 07.04.2018.

Roma Antlaşması'nı egemen devletler şekillendirmiş ve hayata geçirmiştir. Ayrıca ulusal hukuk düzenlerini ortadan kaldıracak bir yapı, dolayısıyla Sözleşme'ye mutlak anlamda bir anayasa statüsü de öngörölmüş değildir. Buna rağmen Sözleşme sistemiyle başlayan ve bu sistemin diğer bölgeler bakımından öncü model oluşturduğu bölgesel insan hakları mekanizmaları, insan haklarının yasallaşması ve kurumsallaşmasında belki de hiç umulmadık bir rol oynamaya başlamıştır.²²³

Tarihsel olarak birbiriyle yakın ilişkiler kurmuş toplumların, iki dünya savaşı görmüş bir coğrafyada belirli bir siyasal kampa karşı kurdukları bir örgütlenme ile insan hakları ve demokrasiye yaptıkları vurgu, bütünleşmeye dönük bir hedefinin güçlendirilmesini sağlamıştır. Dolayısıyla AK düzeyindeki örgütlenme, Avrupa'da gerçekleşen diğer siyasal ve ekonomik örgütlenmelerin bir parçasıdır. Doğu Bloku'nun ortadan kalkmasıyla, Sözleşme sistemi misyonsuz kalmak yerine bu bloktaki devletleri de kapsayacak şekilde genişletilmiş ve insan hakları ve demokrasinin geliştirilmesi vurgusu artmıştır. Ayrıca uluslararası hukukta kişilerin hak öznesi durumuna gelmesinde de bölgesel düzeydeki insan hakları koruma mekanizmalarının kurulmasının katkıları büyüktür. Özellikle bireysel başvurunun ve Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisinin tanınması, bu konuda atılan en büyük adım sayılabilir.

2.2.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Artan Dava Yüğü ve Reform Getiren Son Ek Protokoller

11. Protokol'ün tanıdığı imkanla, bireysel başvuruların sayısı özellikle 1980'lerden sonra artmaya başlamıştır. Sözleşme'ye Doğu Bloğu ülkelerinin de taraf olması, eski üyelerden dava sürelerinin uzunluğu gibi kemikleşmiş kimi sorunlar nedeniyle başvuruların devam etmesi, yaygın ve sistematik ihlallere işaret eden kopya

²²³ Bkz. Başak Çalı, *a.g.k.*

davalar,²²⁴ Sözleşme mekanizmasının etkili bir yol olarak meşruiyet kazanması ve nihayet birçok başvurunun açıkça temelden yoksun olması²²⁵ ve bunun sonucunda kabul edilemez bulunması gibi nedenlerle Mahkeme'nin dava yükü, altından kalkılması çok zor bir hal almıştır. Bu doğrultuda yapılan çalışmalar sonucunda 13 Mayıs 2004'te imzaya açılan ve Rusya'nın onaylamayı geciktirmesi nedeniyle ancak 1 Haziran 2010'da yürürlüğe giren 14. Protokol ortaya çıkarılmıştır.

14. Protokol²²⁶ üzerine yapılan çalışmalar ve tartışmalar bu çalışmanın konusunu oluşturmamakla beraber, koruma mekanizmasını hızlandırmak ve artan başvuruları etkili biçimde filtrelemek için yapılan bu düzenlemenin getireceği sonuçların ne olabileceğini tahayyül edebilmek için kısaca değinmek gerekmektedir. 14. Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle yargıçların seçilme süreleri değişmiş ve *ad hoc* yargıç seçilebilme imkânı ortaya çıkmış, AK İnsan Hakları Komiserine kimi yetkiler verilmesinin ve Avrupa Birliği'nin taraf olmasının yolu açılmıştır. Ancak bunlardan daha önemli üç düzenleme dikkat çekmektedir: kabul edilmezlik kararları bakımından tek yargıç formülü²²⁷, yerleşik içtihadı takip eden davalar bakımından üç yargıçlı komite²²⁸ ve bireysel başvurularda çitanın önemli bir mağduriyet derecesine yükseltilmesi²²⁹. Sözleşme'de değişiklik yapan 'önemli mağduriyet' hükmü²³⁰, Sözleşme ve

²²⁴ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. Kerem Altıparmak, "Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?" **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?** Ankara Barosu Yay., Ankara, 2009, s. 89-95.

²²⁵ Yapılan araştırmalar sonucunda, başvuruların %95'inin açıkça temelden yoksun olduğu ifade edilmektedir. Bkz. "Explanatory Report to The Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms amending the control system of the Convention," **Council of Europe Treaty Series - No. 194**, Strasbourg, 13.05.2004 <<https://rm.coe.int/16800d380f>> Erişim Tarihi 19.04.2019, para.7.

²²⁶ **Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention (CETS No. 194)**, imzaya açılma tarihi: 13.05.2004, yürürlüğe giriş tarihi: 01.06.2010 <<https://rm.coe.int/1680083711>> Erişim Tarihi 19.04.2019.

²²⁷ A.k., madde 7.

²²⁸ A.k., madde 8.

²²⁹ A.k., madde 12.

²³⁰ Türkiye bu Protokolü 6.10.2004 tarihinde imzalamış, 01.06.2006 tarih ve 5512 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu 6.6.2006 tarihinde 26190 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Protokol'ün onaylanmasını kararlaştıran 29.6.2006 tarih ve 2006/10693 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi 8.8.2006 tarih ve 26253 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır ve bu Protokol, Türkiye bakımından 1.6.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Orijinal dillerde 'prejudice important' ve

Protokoller’de belirtilen insan haklarına saygı ilkesi gereğince başvurunun esası hakkında incelemeye gerek bulunmaması ve başvuruya konu olayın iç hukuk mahkemesi tarafından yeterince incelenmemiş olması durumları hariç, başvuranın önemli bir mağduriyetinin bulunmaması durumunda kabul edilmezlik kararı verilebilmesini düzenlemektedir. Belirsizlik ve çok tartışma yaratan bu yeni kabul edilebilirlik koşulu, halihazırda kabul edilen başvurulara uygulanmayacak ve Protokol’ün yürürlüğe girdiği tarih itibariyle iki yıl boyunca ancak Mahkeme’nin Daireleri ve Büyük Dairesince uygulanabilecektir.²³¹

Bu çalışma bağlamında 14. Protokol’ün getireceği sonuçlar ve yeni çalışma usullerinin önemi, daha büyük ve sistematik ihlalleri tespit etmek pahasına, daha küçük ve tali konuların göz ardı edilip edilmeyeceği konusunda düşünülmektedir. Örneğin, oturmuş bir demokrasiye sahip olduğu kabul edilen üyelerden gelen başvuruların yerine, sistematik ve yaygın ihlallerin söz konusu olduğu düşünülerek (kamulaştırma davaları, geri çekilen Sovyet askerlerin ailelerinin durumu, eski ajanların durumu gibi) AK ve Sözleşme sistemine daha sonra üye olan Doğu Bloğu ülkelerine öncelik verilmesi pekâlâ söz konusu olabilir.²³² Öte yandan, Sözleşme’de korunan haklar arasında da bir hiyerarşinin ortaya çıkmasının önü açılabilir. Dolayısıyla, Sözleşme’nin temel iki amacı arasındaki (demokrasinin geliştirilmesi ve insan haklarının korunup geliştirilmesi) dengenin bozulması ve ibrenin demokrasi tarafına kayması ile sonuçlanabilir.

‘significant disadvantage’ olarak geçen yeni koşul, resmi Türkçe çevirisinde ‘önemli mağduriyet’ olarak tercüme edildiği için bu çalışmada da bu ifade kullanılmaktadır. Bkz. **İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlişkin 14 No’lu Protokol**, Resmî Gazete, Sayı 26253, Tarih 08.08.2006.

²³¹ **Protocol No. 14**, madde 20.

²³² Pilot davalar usulüyle inceleme yapılmaya başlandıktan sonra, buradan da birçok haksızlığın ortaya çıkacağını tahmin etmek güç değil. Nitekim yeni kriter açısından istisna getiren iki koruyucu hükümden ilki olan ‘insan haklarına saygının, davanın esastan incelenmesini gerektirmesi’ ilkesi, kanun değiştiğinde veya Mahkeme önündeki diğer davalardaki benzer konular karara bağlandığında, başvurunun incelenmesine devam edilmesini gerektirmemektedir. Bkz. *Léger/Fransa*, Mahkeme Kararı (kayıttan düşürme), Başvuru No. 19324/30, 30.3.2009, para. 51; *Rinck/Fransa*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 18774/09, 19.10.2010; *Fedotova/Rusya*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 73225/01, 13.4.2006.

Özel hayata saygı hakkı ise, yaygın ve sistematik ihlaller ve örneğin eşcinselliğin tanınması gibi, oturmuş bir Mahkeme içtihadı söz konusu olmadıkça gündeme çok fazla gelmeme gibi bir riski içermektedir. Bu riske ek olarak, bugüne kadar gelinen noktada özel hayata saygı hakkı cinsel kimlik, çevresel koşullar, manevi ve fiziksel bütünlük gibi birçok unsuru kapsayacak biçimde genişlemişken ‘ciddi mağduriyet’ koşulunun bu genişlemenin devam etmesine ne derece izin vereceği belirsiz gibi görünmektedir. Örneğin; işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezalandırmaya varmayan ve dolayısıyla Sözleşme’nin 3. maddesine²³³ müdahale oluşturmayan bir muamelenin, özel hayatın kapsadığı manevi ve fiziksel bütünlüğe müdahale oluşturduğu bir başvurunun²³⁴ ‘önemli mağduriyet’ koşulunu sağlayıp sağlamadığı konusunun ileride Mahkeme önüne gelme ihtimali azalabilecektir. Bu nedenle Mahkemenin; 8. maddenin kapsamını, maddeyle ilgili pozitif yükümlülükleri, müdahalenin meşrulaştırıldığı halleri yorumlarken kullandığı ilkelerin netleştirilmesi, eskiden beri bir sorun olmakla beraber artık daha acil bir hal almıştır.

Henüz yeni yürürlüğe giren ve Sözleşme sisteminin işleyişini ya da ruhunu tamamen değiştirebilecek olan 15. Protokol²³⁵ üzerinde de durmak gerekmektedir. Interlaken, İzmir ve Brighton reformasyon konferanslarında şekillendirilen bu Protokol vasıtasıyla, Sözleşme’nin dibacesine takdir marjı ve sübsidiarite ilkesi vurgusu eklenmektedir. Böylece “sübsidiarite ilkesi uyarınca üye devletler, bu Sözleşme’de ve Protokoller’inde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvenceye alma konusunda asli sorumluluğa sahiptir ve Mahkemenin yargısal denetimine tabi olmakla beraber, bu

²³³ İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme

Madde 3

Hiç kimse işkenceye, gayriinsani yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz. Bkz. **Resmî Gazete**, Sayı: 8662, Tarih: 19.03.1954.

²³⁴ Bkz. örn. *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 13134/87, 25.03.1993; *Wainwright/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 12350/04, 26.09.2006.

²³⁵ **Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 213)**, imzaya açılış tarihi: 24.06.2013, yürürlüğe giriş tarihi: 01.08.2021 <<https://rm.coe.int/1680084831>> Erişim Tarihi 19.04.2019.

konuda bir takdir yetkisine sahiptir”²³⁶ ifadesi eklenmek suretiyle bugüne kadar içtihatlarla geliştirilen ikincilik durumu Sözleşme’de de yerini alacaktır. Bunun yanında Mahkemeye başvuru için gerekli koşullardan biri olan 6 ay içinde başvuru süresi kısaltılıp 4 aya indirilmiştir.²³⁷ Kabul edilebilirlik koşullarından biri olan ‘önemli mağduriyet’ koşuluna da değişiklik getirilmiş ve getirdiği zayıf güvencelerden birinden de yoksun kılınmıştır.²³⁸ Büyük Daire lehine yargı yetkisinden feragat eden Daireye itiraz etme hakkının taraflardan alınması ile göreve başlarken yargıçlara 65 yaş sınırı getirilmesi, diğer değişiklikler olmuştur.²³⁹

Sözleşme sisteminin yargısal denetimi yetkisinin ikincil niteliğini desteklemeye dönük bir diğer ek protokol 16. Protokol’dür.²⁴⁰ Seçimlik olan bu düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle Mahkemenin bir Avrupa anayasa mahkemesine dönüştürülmesi tasarısına uygun olarak, üye devletlerin yüksek yargı mercileri danışma görüşü için Mahkemeye başvurabilecektir. Halihazırda mevcut olan üye devletlerin Mahkemeye danışma görüşü için başvurabilme hakkından farklı olarak, bu sefer önlerindeki davayla ilgili olarak ‘Sözleşme ve Protokoller’inde düzenlenen hak ve özgürlüklerin yorumlanması veya uygulanması hakkındaki ilkesel sorunlarda’ ulusal yüksek mahkemelerin danışma görüşü istemesi düzenlenmektedir. Görüş isteme gerekçesinin ve ilgili olay ile hukuki arka planın sunulması, görüş isteyen ulusal mahkemeye

²³⁶ A.k., madde 1.

²³⁷ A.k., madde 4.

²³⁸ A.k., madde 5. Buna göre, ciddi bir mağduriyetin oluşmaması nedeniyle kabul edilemez bulunacak başvurulara istisna getiren iki koşuldaki biri (başvuruya konu olayın iç hukuk mahkemesi tarafından yeterince incelenmemiş olması) ortadan kaldırılmıştır. Ancak insan haklarına saygının gerektirmesi halinde, dava esastan görüşülürken bu husus değerlendirilebilecektir. Ek Protokol’ün açıklama raporunda belirtildiği üzere, buradaki maksat ‘Mahkeme’yi önemsiz işlerle uğraştırmamaktır’. Bkz. “Explanatory Report: Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,” **Council of Europe Treaty Series - No. 213**

<https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf> Erişim Tarihi 19.04.2019.

²³⁹ Bkz. **Protocol No. 15**, madde 3 ve 2.

²⁴⁰ **Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 214)**, imzaya açılma tarihi: 02.10.2013, yürürlüğe giriş tarihi: 01.08.2018 <<https://rm.coe.int/1680084832>> Erişim Tarihi 22.04.2019.

birakılmaktadır.²⁴¹ Danışma görüşleri bağlayıcı olmamakla birlikte²⁴² görüşe konu oluşturan şikayetlerin bireysel başvuru yoluyla Mahkeme önüne getirilmesinin önü de açıktır.²⁴³ Bu doğrultuda, ulusal mahkemelerin Sözleşme'nin daha güçlü bir şekilde uygulanması konusunda Mahkeme ile etkileşim içinde çalışması öngörülmektedir.

Sözleşme'ye getirilen son ek protokollerin gösterdiği gibi, artan dava yüküyle baş edebilmek için Mahkemeye ancak en önemli sorunların gitmesi, geri kalan meselelerin Sözleşme sistemi uyarınca ulusal düzeyde çözülmesi konusunda yoğun çalışmalar yürütülmektedir. Bununla ilgili olarak, Mahkemenin misyonunun bireysel adalet mi, anayasal adalet mi olduğu tartışmaları²⁴⁴ yaşanmaktadır. Kanımızca Mahkeme anayasal bir Mahkeme olma niteliğine kavuşup bireysel adalet dağıtmaya devam edebilecek vasıtalarla sahiptir. Bu iki amaç birbirini kategorik olarak dışlayan nitelikte değildir; yeter ki denetim yetkisinin ikincilliği hususu köşeye çekilmek için bir bahane olarak kullanılsın ve reformasyon süreci salt teknik revizyonlar biçiminde işletilmesin. Bunların gerçekleştirilmesi, siyasi irade gerektirdiği kadar Mahkemenin de kararlılığını gerektirmektedir ve bu çalışmaya da konu olan kendine has yorumlama ilkeleri bu bağlamda yol gösterici bir ideal oluşturmaktadır.

2.2.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İhlal İddialarını İnceleme Usulü

Mahkeme, bir şikâyeti incelerken öncelikle bireysel başvurunun, kabul edilebilirlik koşullarını sağlayıp sağlamadığı değerlendirmesini yapmaktadır.²⁴⁵ Kabul

²⁴¹ A.k., madde 1.

²⁴² A.k., madde 5.

²⁴³ "Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms," **Council of Europe Treaty Series - No. 214**, <<https://rm.coe.int/16800d383e>> Erişim Tarihi 22.04.2019.

²⁴⁴ Bkz. Steven Greer, "Revisiting the Debate about 'Constitutionalising' the European Court of Human Rights," **Human Rights Law Review**, Yıl 2012, Cilt 12, s. 655-688; Kanstantsin Dzehtsiarou ve Alan Greene, "Restructuring the European Court of Human Rights: Preserving the Right to Individual Petition and Promoting Constitutionalism," **Public Law**, Yıl 2013, Sayı 4, s. 710-719; Fiona de Londras, "Dual Functionality and the Persistent Frailty of the European Court of Human Rights," **European Human Rights Law Review**, Yıl 2013, Sayı 1, s. 38-46.

²⁴⁵ Bir başvurunun kabul edilebilirlik koşulları için bkz. **İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Madde 35**, <https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf>

edilebilir bulunan bir başvuruda, ilgili hak ya da haklar bakımından herhangi bir müdahalenin varlığı araştırılır. Bu aşama aynı zamanda başvuruya konu oluşturan şikâyetin, ilgili madde/ler kapsamına girip girmediğinin incelenmesidir.²⁴⁶ Başvurunun, örneğin 8. maddenin unsurlarından özel hayat, aile hayatı, haberleşme veya konut kapsamında olduğuna karar verildiği takdirde; Mahkeme hakka bir müdahale olup olmadığına veya hakkı korumak için gerekli önlemlerin alınıp alınmadığına bakmaktadır. Bunlardan ilki, devletin hakka müdahale etmesinden imtina etmesini, yani negatif yükümlülükleri ifade etmektedir. İkincisi ise, özel hayata saygı hakkında sayılan unsurların korunması için devletin pozitif edimlerde bulunması, yani edimsel kimi adımlar atması konusundaki pozitif yükümlülükleri anlatmaktadır.

Yükümlülüğün negatif ya da pozitif oluşuna göre, farklı iki yol izlenmektedir. Devletin negatif bir yükümlülüğünün söz konusu olduğu davalarda, madde hükmünde belirtilen yol sırasıyla takip edilmektedir. Öncelikle müdahalenin yasaya uygunluğuna, sonra madde 8(2). maddede tüketici biçimde sayılan meşru amaçlardan en az birinin güdülüp güdülmediğine ve son olarak, meşru bir amaç doğrultusundan gerçekleşen müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına bakılmaktadır.

Pozitif yükümlülük içeren davalarda ise analiz biraz farklılaşmaktadır çünkü 8(2). maddedeki sınırlama koşulları pozitif yükümlülüklerle uygun olarak formüle edilmemiştir.²⁴⁷ Yine de ister pozitif yükümlülük ister negatif yükümlülük söz konusu olsun, Mahkeme her iki durum açısından uygulanacak ilkelerin benzer olup; aslolanın, kişi menfaatleri ve toplum genelinin arasında ‘adil bir denge’nin gözetilmesi olduğunu

Erişim tarihi 21.07.2019. Ayrıca bkz. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması**, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 57-105; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 941-944; Harris ve diğ., *a.g.k.*, s. 757-811.

²⁴⁶ Bu maddedeki hakkın ana hatları ile neleri kapsadığına dair bir özet için bkz. **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights: Right to respect for private and family life, home and correspondence**, 31.08.2021, <https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf> Erişim Tarihi 15.03.2022.

²⁴⁷ H. Tomas Gomez-Arostegui, “Defining Private Life under European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations,” **California Western International Law Journal**, Yıl 2005, Cilt 5, No. 2, s. 157.

ifade etmektedir.²⁴⁸ Yine her iki durumda, Sözleşme'ye uygunluğun sağlanması bakımından atılacak adımların neler olacağını belirleme konusunda devlete belirli bir takdir payı bırakılmaktadır.²⁴⁹ Ayrıca meşru bir amaç doğrultusunda haklar ve kamu yararı arasında adil bir denge kurarken pozitif bir yükümlülük söz konusu olduğunda bile, kısıtlama koşullarının geçerli olduğu belirtilmektedir.²⁵⁰ Başka bir ifadeyle, hakların kısıtlanmasının meşruiyeti denetlenirken farklı yükümlülük türleri söz konusu olsa bile, kamu yararı amaçlarıyla demokratik bir toplumda gereklilik değerlendirmesi yapılmaktadır. Mahkemenin daha sonraki kararlarındaysa, pozitif veya negatif yükümlülüklerin söz konusu oluşuna göre farklı yollardan inceleme yapılacağına ilişkin içtihat terk edilmiştir.²⁵¹ Negatif-pozitif yükümlülüklerin ortaya çıktığı durumlar tutarlı bir biçimde açıklanmamış, bu ikisinin sonuçlarının çok az farklı olduğu gerekçesiyle incelemede takip edilen yol uyumlaştırılmaya çalışılmıştır.

Müdahale oluştuğuna karar verildiği takdirde, madde metninde belirtilen meşru sınırlama koşullarına uygunluk değerlendirilmesi yapılmaktadır. Meşru sınırlama koşullarını oluşturan hukuka uygunluk, meşru amaçlar güdülmesi ve demokratik toplumda gereklilik incelemesi, Mahkemenin özel hayata saygı hakkına olası bir ihlalin araştırılmasının aşamalarını oluşturmaktadır. Hukuka uygunluk ve meşru amaçlar aşamaları, genellikle çok emek ve zaman harcanmadan geçilmekte, demokratik bir toplumda gereklilik aşamasına ağırlık verilmektedir. Son dönemde ise ağırlık verilen son aşamanın, orantılılık incelemesine dönüşmeye başladığını söyleyebiliriz. Orantılılık ve demokratik bir toplumda gereklilik değerlendirmeleri, aslında davalarda farklı noktalara bakılmasını gerektirmesine rağmen aynı anlamı içerecek şekilde yorumlanmaya başlamıştır. Böyle bir eğilimin ortaya çıkmasının nedeni, Mahkeme

²⁴⁸ *Powell ve Reiner/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 41.

²⁴⁹ *Rees/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 9532/81, 17.10.1986, para. 37; *Leander/İsveç*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 9248/81, 26.03.1987, para. 59; *W./Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 9749/82, 08.07.1987, para. 60.

²⁵⁰ *Powell ve Reiner/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 41.

²⁵¹ Örneğin bkz. *Gül/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 23218/94, 19.02.1996, para. 38.

yükünün baskısı altında ancak başvuruların en önemli hususları üzerinde durmak ve zaman tasarrufu sağlamak olabileceği gibi; Sözleşme haklarının ihlal edilip edilmediğini inceleme usulünden daha derin bir yorum farklılaşmasına işaret ediyor olması da mümkündür.

2.2.4.1. Müdahalenin Varlığı ve Özel Hayata Saygı Hakkı ile İlişkisi

İnsan hakları hukuku açısından müdahale, ilgili devletin bir tedbiri ya da ihmali sonucunda Sözleşme haklarından birinin ya da birkaçının çiğnendiği iddiasıdır. Müdahale iddiasının Mahkeme nezdinde kabul edilmesi durumunda, bu müdahalenin meşru olup olmadığı incelenir. Müdahalenin meşru olarak kabul edilmesi halinde, ihlal kararı çıkmaz ve dava sonuçlanır; müdahalenin meşru kabul edilmemesi halinde ise ihlal kararı verilir.

Öncelikle şikayetçi olan kişinin ileri sürdüğü hukuki bir menfaatin, ilgili hak kapsamında olup olmadığına karar vermek gerekmektedir. Sonrasında devletin bir müdahale oluşmadığına dair karşı iddiaları varsa kişinin ileri sürdüğü hukuki menfaat ve devletin şikâyet konusu tedbiri ya da hukuki düzenlemesi arasında bir illiyet bağının varlığı aranmaktadır. Böyle bir bağ tespit edilirse bir müdahalenin oluştuğu kararı verilmekte; müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı ve demokratik bir toplumda meşru bir amaç doğrultusunda yapılıp yapılmadığı değerlendirilmesine geçilmektedir.

Müdahale, ilgili hakkın fiilen ortadan kaldırıldığı ya da kısıtlandığı hallerde ortaya çıkmaktadır. Haklara yapılan bir kısıtlamanın hukuki bir düzenlemeden ya da fiili bir durumdan kaynaklanması eşit derecede önem arz etmektedir. Ayrıca hakka yapılan bir kısıtlama, kısa süreli olsa dahi müdahale olarak nitelendirilebilmektedir.²⁵²

²⁵² Bkz. örn. *Golder/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 4451/70, 21.02.1975. para. 26.

Müdahalenin varlığı araştırılırken Sözleşme organlarının yorumundan, mağduriyetle müdahale arasında belirli bir ilişkinin kurulduğu anlaşılmaktadır.²⁵³ Eski 25., yeni 34. maddedeki ‘mağdur olma’ ifadesi, söz konusu olayda bir fiil ya da ihmal sonucunda doğrudan etkilenen kişiyi vurgulamaktadır.²⁵⁴ Kişiler, şikâyet ettikleri tedbirin mağduru olduklarını iddia edebilirler. Gerçekte mağdur olup olmadıkları ise iddialarının esası incelendikten sonra açığa kavuşturulmaktadır.²⁵⁵

Müdahale ve mağduriyet arasındaki ilişki, ‘etkilenen kişi’ ve ‘etkilenilen olay’ arasındaki yakın bağdan oluşmaktadır. Ancak müdahale ve mağduriyetin arasında yine de bir mesafe bulunmaktadır. Öncelikle, mağduriyet ön itiraz aşamasında değerlendirilen ve yokluğu halinde başvurunun reddedildiği bir koşuldur.²⁵⁶ Oysa müdahale, davanın esas kısmında, başvuranın ileri sürdüğü çıkarın ilgili hak kapsamına girdiğine kanaat getirildikten sonra karara bağlanır. Dolayısıyla basit bir akıl yürütmeye, başvuran kişinin mağduriyeti sabit olduktan sonra ve ileri sürdüğü menfaatin Sözleşme’deki bir hak kapsamına girdiği karara bağlandıktan sonra, ilgili Devletin bir işlemi veya icraatı yerine getirmesi ya da pozitif yükümlülük durumunda yerine getirmemesi sonucunda bir müdahalenin olduğu ileri sürülebilir. Bu açıklamalar ışığında, iki kavram arasındaki yakınlık karşısında birbirini müteakip; ama

²⁵³ Sözleşme organları önünde yapılacak bir başvurunun kabul edilebilirlik koşullarından biri olan ‘mağduriyet’, başvuran kişinin şikâyetine konu olan işlem ya da ihmal nedeniyle ‘doğrudan etkilenmiş olma’ sına bağlıdır (Bkz. *Eckle/Almanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 8130/78, 15.07.1982, para. 66; *Klass ve diğ./Almanya*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 5029/71, 06.09.1978, para. 33). Dolayısıyla başvuran kişinin kamu davası (*actio popularis*) yoluyla Sözleşmeye aykırılık iddia ederek başvurusunun kabul edilebilir bulunması olanağı yoktur (*İrlanda/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 5310/71, 18.01.1978, para. 240). Ayrıca bireysel başvuru yolu, hukuki bir düzenlemenin *in abstracto* Sözleşme’ye aykırı olduğu kanaatiyle bireyler tarafından kullanılamaz (*Klass, a.g.k.*).

²⁵⁴ **İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme**

Madde 34-Bireysel Başvurular: Bu Sözleşme veya Protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci Taraflar’dan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme’ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler. Bkz. **Resmî Gazete**, *a.g.k.*

²⁵⁵ *Marckx/Belçika, a.g.k.*, para. 27; *Klass ve diğ./Almanya, a.g.k.*, para. 30-41; *Dudgeon/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 40-41.

²⁵⁶ Sözleşme’nin bireysel başvuruyu düzenleyen 34. maddesine göre, Taraf bir Devletin Sözleşme ya da Protokoller’inde korunan haklardan birini ihlal ettiği gerekçesiyle *mağdur olduğunu iddia eden* herhangi bir kişi, hükümet-dışı örgüt ya da bireyler grubu Mahkeme’ye başvurabilmektedir. Bkz. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, a.g.k.**

farklı inceleme aşamalarına ait oldukları söylenebilir.²⁵⁷ Ancak kimi durumlarda Mahkeme net bir ayırım yapmaktan kaçınmakta, hatta müdahalenin varlığını mağdur olma koşulunun yerine getirilmiş olmasından çıkarsamaktadır. Diğer bir ifadeyle, mağdur statüsü davanın esasına ilişkin olduğu durumlarda, ön inceleme aşamasında değerlendirilmemektedir.²⁵⁸

Genel kural olarak, şikâyetle konu olan müdahale iddiası, ilgili tedbirin ya da düzenlemenin şikayetçiye doğrudan uygulanmasını gerektirmektedir; ancak kimi istisnai durumlarda bu kural esnetilebilmektedir. Genel bir uygulamanın kısa zamanda kişiyi etkilemesi, ciddi ve telafisi olmayacak sonuçlar doğuracak bir müdahale olasılığı, uygulaması gerçekleşmemiş veya pratikte uygulanmasa bile bir iç hukuk kuralının yürürlükte olması, kişi haklarına müdahale oluşturmaya yetebilmektedir.

Bir müdahalenin varlığından söz edebilmek için, müdahale oluşturan önlem, bireye bir seçim olanağı tanımamalıdır. Bireyin kendi iradesiyle seçimi sonucunda hakkın kullanımına yönelik bir kısıtlamanın ortaya çıkması, müdahalenin oluşması için yeterli değildir. Kendi kusuru veya rızası sonucunda bir hakkı kısıtlanan kişi, müdahale olduğu gerekçesiyle şikâyetle bulunamaz.²⁵⁹ Ancak bunun geçerli olması için önemli bir kamu yararının olmaması, vazgeçmenin kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde yapılmış olması ve önemiyle orantılı asgari güvencelerin sağlanması gerekmektedir.²⁶⁰ Ayrıca bazı hakların (ırk ya da cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağı gibi) sağladığı kamu yararının ağırlığı nedeniyle vazgeçmeye konu oluşturamayacağı da belirtilmiştir.²⁶¹

²⁵⁷ Aynı yönde bir görüş için bkz. Peter J. Duffy, “The Protection of Privacy, Family Life and Other Rights under Article 8 of the European Convention on Human Rights,” **Yearbook of European Law** (1982), Clarendon Press, Oxford, 1983, s. 191-238.

²⁵⁸ *Siliadin/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 73316/01, 26.07.2005, para. 63; *Hirsi Jamaa ve diğ./İtalya*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 27765/09, 23.02.2012, para. 110-12.

²⁵⁹ *Thomas McFeeley et al./Birleşik Krallık*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 8317/78, 15.05.1980, para. 79-80.

²⁶⁰ *Deweert/Belçika*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 6903/75, 27.02.1980; *Hermi/İtalya*, Mahkeme (Genel Kurul) Kararı, Başvuru No. 18114/02, 18.10.2006.

²⁶¹ *D.H. ve diğ./Çek Cumhuriyeti*, Mahkeme (Genel Kurul) Kararı, Başvuru No. 57325/00, 13.11.2007, para. 204; *Konstantin Markin/Rusya*, Mahkeme (Genel Kurul) Kararı, Başvuru No. 30078/06, 22.03.2012, para. 150.

Hak kapsamında olduğu gibi, bir müdahalenin oluştuğu ya da oluşmadığı kararı verilirken devletlere belli bir takdir marjı bırakılması sakıncalı olabilir. Nitekim müdahalenin varlığını belirleme aşamasında devletlere tanınacak olası bir takdir marjı, şikâyetle bulunan kişilerin hak ihlali iddialarına daha baştan set çekilmesine yol açabilir ve Sözleşme sistemi göstermelik bir mekanizma haline gelebilir.²⁶²

Genel planda bir hakka yapılan müdahalenin, Sözleşme organlarının işleyişinde nasıl ele alındığı ve özellik gösteren hususlar üzerinde duruldu. Özel hayata saygı hakkı bakımından bu konunun önemli olmasını nedeni ise kapsamı geniş olarak yorumlanan bu hakka yapılan müdahalelerin sınırlarının nasıl belirlendiği sorusundan kaynaklanmaktadır. Ayrı bir çalışma olabilecek kadar farklı boyutları olan bu mevzuda, Sözleşme organları her zaman net bir cevap vermemekte; genellikle şikâyetin esastan incelenmesi aşamasıyla birleştirme yoluna gitmektedir. Pozitif ve negatif yükümlülükler açısından Sözleşme organlarının farklı bir değerlendirme usulüne gitmesi de bu ayrımın bulanıklaşmasına katkıda bulunmaktadır.

2.2.4.2. Meşru Sınırlama Koşulları

Sözleşme’de koruma altına alınan özel hayata saygı hakkı mutlak niteliğe sahip bir hak olmayıp istisna getirilen, başka bir ifadeyle sınırlandırılmış olan bir haktır. Maddenin düzenlenişinden de anlaşılacağı üzere, ilk paragrafta korunan hakkın kapsamı ve ikinci paragrafta da bu kapsama girebilecek konunun hangi koşullar ve kıstaslara göre meşru sayılabileceği gösterilmektedir. Sözleşme organları önüne özel hayata saygı hakkıyla ilgili bir başvuru geldiği zaman, şikâyetle konu olan olay veya işlemin bu maddedeki kavramlardan biri (özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme) kapsamına girip girmediğine bakılır. Bir diğer ifadeyle, maddenin şikâyet konusu olaya

²⁶² Müdahale konusunda devletlere takdir marjı bırakılmasının sakıncalı olduğu yönündeki bir görüş için bkz. Ali Rıza Çoban, “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,” **AÜHFD**, Yıl 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 187-223.

uygulanabilirliği tespit edilir. Daha sonra söz konusu şikâyetin (bu bir yasal düzenleme, bir işlem ya da alınan bir önlem olabilir) bir müdahale teşkil edip etmediği belirlenir. Ancak uygulanabilirlik ve müdahalenin varlığı incelemeleri, her zaman ayrı ayrı yapılmayabilir; özellikle yerleşik bir içtihat söz konusu olduğunda ya da başvuran veya ilgili Devletten itiraz gelmediği hallerde, Mahkeme ikisini birleştirip doğrudan bir müdahalenin mevcut olup olmadığına bakabilmektedir. Müdahalenin varlığına hükmedilmesi durumunda, müdahalenin meşru olup olmadığını ve dolayısıyla ihlale yol açıp açmadığının tespiti aşamasına geçilir. Gerçekleşmiş olan bu müdahalenin meşruiyeti meselesi, 8(2). maddede belirtilen koşullar uyarınca hareket edilip edilmediğinin değerlendirilmesini gerektirir.

2.2.4.2.1. Hukuka Uygunluk²⁶³ Koşulu

8(1). maddesindeki hakka yapılan müdahalenin ihlale yol açıp açmadığını tespit etmek için Sözleşme organlarının ilk değerlendirdiği husus, ilgili müdahalenin ‘hukuka uygun’ (ya da aynı anlama gelmek üzere, ‘hukuken öngörülmüş’) olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti²⁶⁴. Hukuka uygunluğun gerçekleşmemesi halinde Mahkeme incelemesine devam etmemekte ve ihlal kararı vermektedir. Ancak söz konusu pozitif yükümlülükler olduğunda, 8(2). maddedeki hukuka uygunluk testi Devletin doğrudan müdahalede bulunduğu olaylara uygulandığı şekilde uygulanmamaktadır. Bu tür durumlarda, ilgili Üye Devlet ulusal hukuk tarafından

²⁶³ *Law/loi* kavramının Türkçe çevirisinde kullanılabilecek olan iki kavram ‘yasa’ ve ‘hukuk’ olmakla beraber, bu çalışmada ‘hukuk’ terimi tercih edilmiştir çünkü ‘yasa’, Sözleşme içtihadının geliştirdiği anlamı tam olarak karşılamamaktadır. Zira Sözleşme organları bu kavramı hem ortak hukuktaki yazılı olmayan kuralları ve Kıta Avrupası hukuklarındaki yargı kararlarını hem de yasa altı düzenlemeleri içerecek şekilde kullanmaktadır. Daha da önemlisi, biçimsel olarak değil, maddi olarak anlaşıldığı için ‘yasa’ yerine ‘hukuk’ (kuralı) tercih edilmiştir.

²⁶⁴ “Hukuka uygunluk” teriminin İngilizce ve Fransızca ifadeleri (*according to law* ve *prévue par la loi*), yani ‘hukuka uygun olarak’ ve ‘hukuken öngörülmüş’ ilk bakışta örtüşmemektedir. *Malone/Birleşik Krallık* davasında bu konuya açıklık getirilmiş ve iki dildeki farklı ifadenin aynı anlama gelecek şekilde anlaşılması gerektiği salık verilmiştir. Bkz. *Malone/Birleşik Krallık*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 8691/79, 17.12.1981, para. 119. Ayrıca *Sunday Times/Birleşik Krallık*(No.1), Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 6538/74, 26.04.1979, para. 48.

öngörülen belirli bir önlem doğrultusunda hareket etmemiş olsa bile, yine de başka bir önlem yoluyla pozitif yükümlülüklerini yerine getirebilir.²⁶⁵ Bu nedenle, pozitif yükümlülüklerle uyulmadığı hallerde, hukuka uygunluk testi Mahkeme tarafından ayrı ve belirleyici bir test olarak değil, bireysel çıkar ve kamu yararı arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığı tespitinde dikkate alınan unsurlardan biri olarak değerlendirilmektedir.²⁶⁶ Dolayısıyla pozitif yükümlülüklerde hukuka uygunluk koşulunun sağlanmaması, kendiliğinden bir ihlale yol açmamaktadır.

Hukuka uygunluk koşulu *Sunday Times/Birleşik Krallık* davası²⁶⁷ ile belirginlik kazanmıştır:

“İç hukukta bir dayanağın olması gereğine ek olarak, hukuken öngörülmüş olma²⁶⁸ ifadesinden iki gereklilik ortaya çıkar: i) İç hukuktaki kural yeterince ulaşılabilir olmalı: Hukuk kuralının belirli bir durumda hangi koşullarda uygulanabilir olduğuyla ilgili vatandaşlar yeterince haberdar edilmelidir. ii) Bir normun ‘hukuk kuralı’ (*law*) olarak addedilebilmesi için vatandaşın davranışını düzenleyebileceği açıklikte olmalıdır. Yurttaşın belirli bir fiilin getireceği sonuçları, gerekirse uygun hukuki bir tavsiye ile beraber, duruma uygun makul bir derecede öngörebilmesi gerekir. Bu sonuçlar mutlak biçimde öngörülme zorunda değildir.”²⁶⁹

Böylece Mahkemenin hukuka uygunluk değerlendirmesinde dikkate aldığı iki temel husus ortaya çıkmaktadır: iç hukukta dayanak ve hukukun niteliğini belirleyecek olan erişilebilirlik ve öngörülebilirlik. Ayrıca *Silver ve diğ./Birleşik Krallık* davasında²⁷⁰ Komisyon ‘hukuka uygunluk’ ifadesinin iç hukuka bir referans olmaktan öte, Üye Devletlerin mirası ve demokratik toplumlarda ortak nokta olan hukukun üstünlüğüne de atıfta bulunduğunu belirlemiştir. Dolayısıyla hukuka uygunluk

²⁶⁵ *Fadeyeva/Rusya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 55723/00, 09.06.2005, para. 96.

²⁶⁶ *A.k.*, para. 98.

²⁶⁷ Sakinleştirici bir ilaç, hamile kadınlar üzerindeki etkileri yeterince sınanmadan kadınlara uygulanmış ve sonucunda doğan çocuklarda ciddi bozukluklar ortaya çıkmıştır. Taraflar arasındaki dava devam ederken ‘Sunday Times’ gazetesi bu konuda uyarılmasına rağmen yazılar yazmış ve nihayet devam eden sürece müdahale ettiği gerekçesiyle mahkemeye saygısızlıktan gazetenin bu konudaki yazılarını meneden bir mahkeme emri çıkmıştır. Bkz. *Sunday Times/Birleşik Krallık*, *a.g.k.*

²⁶⁸ Sözleşme’nin 10. maddesinde düzenlenen ifade hürriyetini kısıtlayan işlemlerin ‘hukuken öngörülmüş olması’ (*prescribed by law*) gerekmektedir. 10. ve 8. maddeleri arasındaki bu ifade farklılığı sadece İngilizce dili bakımından mevcuttur; Sözleşmenin diğer resmi olan Fransızca bakımından bir farklılık yoktur. Dolayısıyla *prescribed by the law* ve *according to law* ifadeleri arasında bir farklılık olup olmadığı sorusu sorulabilir. *Sunday Times/Birleşik Krallık* davasında bu soruya, iki ifadenin eşit değerde ve aynı anlama karşı geldikleri cevabı verilmiştir.

²⁶⁹ *Sunday Times/Birleşik Krallık*, *a.g.k.* para. 49.

²⁷⁰ *Silver ve diğ./Birleşik Krallık*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 ve 7136/75, 11.10.1980, para. 281.

aşamasında Sözleşme organları iç hukukta bir dayanağın olması yanında, hukukun üstünlüğüyle bağdaşabilmesi için ilgili hukuksal düzenlemenin niteliğinin de önemli olduğunu belirtmekte ve bu bağlamda hukuk kuralının erişilebilirliğiyle öngörülebilirliğine dikkat etmektedir.

Hukukilik testiyle ilgili biçimsel boyut iyi formüle edilmiş ve yerleşmiş gibi görünmesine rağmen iş uygulamaya gelince sorunlar ortaya çıkmaktadır. Şikâyet konusu bu nedenle soyut olarak değil, başvuran kişinin ileri sürdüğü hukuki çıkar ve Devletin müdahale gerekçeleri göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Hukuka uygunluk testinin temel amacının iç hukuksal düzenlemenin verdiği yetkinin keyfi ve sınırsız biçimde kullanılmasının önüne geçmek olduğu kabul edildiğinden, Sözleşme organlarının bir müdahalenin hukuka uygunluğunu değerlendirirken üzerinde durduğu kıstas, yeterli usulî güvencelerin mevcut olup olmadığıdır.

Mahkeme ‘hukuk’u ‘biçimsel’ olarak değil, maddi anlamında kavramaktadır.²⁷¹ Dolayısıyla yasa altı düzenlemeleri ve yazılı olmayan hukuk kurallarını da “hukuk” olarak değerlendirmektedir.²⁷² Bu değerlendirmenin içine ortak hukukun yazılı olmayan kuralları girmekte, ayrıca yargı kararlarını da dışarıda bırakılmamaktadır. Kısaca ‘hukuk’, yetkili mahkemelerin yorumladığı biçimiyle yürürlükteki metinlerdir.²⁷³ Kendi payına Mahkeme de ilgili iç hukuk kuralı apaçık surette ihlal edilmediği ya da keyfi biçimde uygulanmadığı sürece iç hukuk mahkemelerinin bu yorumunu sorgulamamaktadır.²⁷⁴

Mahkeme iç hukukun yorumlanması ve uygulanmasını Taraf Devletlerin kamu görevlilerine, özellikle de mahkemelere düşen bir görev olduğunu tespit etmekle

²⁷¹ A.k., para. 278. Ayrıca bkz. Sultan Üzeltürk, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, Beta, İstanbul, 2004, s. 233.

²⁷² Bkz. *Kruslin/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 11801/85, 24.04.1990, para. 29.

²⁷³ A.k., para. 29.

²⁷⁴ *Weber ve Saravia/Almanya*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 54934/00, 29.06.2006, para. 90.

beraber²⁷⁵ kimi durumlarda (özellikle kamu görevlilerinin söz konusu müdahalenin iç hukuk düzenine ya da Sözleşme standardına uygunluğunu etkili biçimde soruşturmaması halinde²⁷⁶) şikayete konu olan önlemin iç hukuka uygunluğunu gözden geçirebileceğini belirtmektedir.²⁷⁷ Ancak iç hukukta dayanağın olması, davaya konu olan müdahalenin iç hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesini gerektirir mi, sorusuna verilebilecek yanıt açık değildir. Sözleşme organları önce iç hukuka, sonra Sözleşme standardına uygunluk gibi bir testi her zaman tutarlı bir biçimde yapmamıştır.²⁷⁸

Müdahaleye yol açan önlemin, iç hukukta bir dayanağının olması hukuka uygunluk koşulunun sağlanması için yeterli değildir. Sözleşme'nin dibacesinde yer alan ve 8. maddeye içkin olan hukukun üstünlüğünün yerine getirilebilmesi için ilgili hukuk kuralının yeterince erişilebilir ve öngörülebilir olması da gerekmektedir.²⁷⁹ Başka bir ifadeyle, bireyin tutumunu belirleyebilmesi için, gerekirse hukuki bir yardım olarak hukuk kuralının yeterli kesinlikte formüle edilmiş olması gerekir. Dolayısıyla müdahaleye zemin oluşturan hukuk kuralı, keyfiliğe karşı yeterli bir koruma sağlamalı ve yetkililere bırakılan takdirin kapsamını ve uygulanma biçimini yeterli açıklıkta belirtmelidir.²⁸⁰

Sözleşme organları müdahalenin iç hukukta bir dayanağı olduğu tespitinden sonra bu hukukun niteliğine, yani erişilebilir ve öngörülebilir olup olmadığına bakmaktadır. Erişilebilirlik için hukuk kuralının resmî gazeteler gibi, yasama işlemlerinin yayınlandığı bir yerde yayınlanmış olmasını yeterli bulunmaktadır. Ayrıca internette

²⁷⁵ *Kruslin/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 11801/85, 24.04.1990, para. 29; *Amann/İsviçre*, Mahkeme (Büyük Daire) Kararı, Başvuru No. 27798/95, 16.02.2000, para. 52.

²⁷⁶ *Giorgi Nikolaishvili/Gürcistan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 37048/04, 13.01.2009, para. 125.

²⁷⁷ *Craxi/İtalya* (No. 2), Mahkeme Kararı, Başvuru No. 25337/94, 17.07.2003, para. 78.

²⁷⁸ Örneğin, *Şahin/Türkiye* davasında 'hakların kısıtlanması yasayla yapılır' iç hukuk gereğini dikkate almamış ve rektörün düzenleme yetkisini bu bağlamda yeterli görmüştür. Bkz. *Şahin/Türkiye*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 44774/98, 29.06.2004.

²⁷⁹ *S. ve Marper/Birleşik Krallık*, a.g.k., para. 95-96.

²⁸⁰ *Rotaru/Romanya*, a.g.k., para. 55.

yayınlanmış olması da bir belgenin ulaşılabilir olması için yeterli bulunmuştur²⁸¹. Yayınlanmamış hukuk kuralına gelince, ‘yasa gücü taşımamasına rağmen talimat ve genelgelerin içeriğinin ilgili kişiler tarafından yeterince bilinebilir olması’ gibi kısıtlı bir boyutta erişilebilir sayılmaktadır; aksi halde ilgili hukuk kuralı kamuoyunun bilgisi ve incelemesi dışında sayılıp diğer koşulları inceleme gereği duymadan ihlal kararı verilebilmektedir.²⁸²

Hukukun niteliğini belirleyen ikinci koşul ise, bu hukuk kuralının öngörülebilmesidir. Öngörülebilirlik, hukuk kuralının kişilerin davranışlarını düzenleyebilmesini sağlayacak kadar açık olması demektir; ancak bu açıklık ya da sarahatin ne olduğu, sınırlarının nereye kadar uzandığı konusu net değildir. Kişinin davranışlarını belirleyebilmesi için gerekirse ilgili hukuk kuralının sonuçlarını bir avukat yardımıyla çözümlemesi sarahat konusunu yeterince açıklamamaktadır. Bu konudaki belirsizlik, bir hukuk kuralının düzenlediği konuda yetkililere verdiği takdir yetkisinin sınırlarının kesin olarak belirlenememesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla öngörülebilirlik koşulu değerlendirilirken bu yetkinin sınırlarına, uygulanma biçimine ve amacı doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığına bakılarak karar verilmektedir.²⁸³ Bunun için kullanılan enstrümanın içeriği, kapsadığı alan ve hitap ettiği kişilerin statüsüyle sayısı, iç hukuk kuralının açıklık düzeyinin belirlenmesinde önem taşımaktadır.²⁸⁴ Bir hukuk kuralının, kamu görevlilerinin Sözleşme haklarına keyfi müdahalesine karşı hukuki bir koruma sunması da sınırsız takdir yetkisinin ortaya çıkmasını engellemek için kullanılan bir ölçüttür.²⁸⁵ Bu bağlamda telefon dinlemeleri konusunda gelişkin bir içtihat olduğu belirtilmelidir: Telefon dinlemesine yol açacak suç türleri, telefonu dinlenebilecek kişi kategorilerinin tanımı, telefon dinleme süresinin

²⁸¹ *Kennedy/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 26839/05, 18.05.2010, para. 157.

²⁸² *Silver ve diğ./Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983, para. 88; *Shimovolos/Rusya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 30194/09, 21.06.2011, para. 68.

²⁸³ *M.S./İsveç*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 20837/92, 11.04.1996, para. 45.

²⁸⁴ *S. ve Marper/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 96.

²⁸⁵ *Rotaru/Romanya, a.g.k.*, para. 55; *Amann/İsviçre, a.g.k.*, para. 56.

sınırı, elde edilen bilgilerin inceleme, kullanım ve depolanmasında takip edilecek usuller, üçüncü kişilerle bu bilgiyi paylaşırken gösterilen özen ve nihayet, kayıtların silineceği ya da silinmesi gerektiği ve bantların yok edileceği ya da yok edilmesi gerektiği koşullar takdir yetkisinin kapsamını ve uygulama usulünü açığa kavuşturmak için yeterli görülmektedir.²⁸⁶

2.2.4.2.2. Meşru Amaçlara Uygunluk Koşulu

Hukuka uygunluk değerlendirmesine sonra, özel hayata yapılan bir müdahalenin ihlale yol açmaması için, maddenin ikinci paragrafında belirtilen amaçlardan en az biri doğrultusunda yapılmış olması gerekir. Buradaki amaçlar, esasen Devletlerin negatif yükümlülükleriyle ilgili olmakla beraber, pozitif bir yükümlülük söz konusu olduğunda da 8(2). maddede sayılan meşru amaçlar bir dereceye kadar dikkate alınabilmektedir.²⁸⁷

Müdahalenin amacı veya amaçlarını ortaya koymak, şikâyet edilen Devletin sorumluluğundadır ve Sözleşme organları genellikle ileri sürülen amaçları reddetmemektedir. Meşru amaçlar sayısal olarak sınırlı olmakla beraber, çok geniş anlamlar yüklenebilecek kavramlar oldukları için Devletlere bu konuda geniş bir hareket alanı sağlamaktadır.²⁸⁸

Özel hayata saygı hakkına yapılacak bir müdahalenin bu madde hükmünde sayılan amaçlardan biri ya da daha fazlasına dayanılarak yapılmış olması gerekir. Bu amaçlar ‘ulusal güvenlik’, ‘kamu emniyeti’, ‘ülkenin ekonomik refahı’, ‘suçun ya da düzensizliğin önlenmesi’, ‘sağlığın korunması’, ‘ahlakın korunması’ ve ‘başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması’ olarak sıralanmış ve bunların dışında başka bir

²⁸⁶ *Huvig/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 11105/84, 24.04.1990, para. 34; *Weber ve Saravia*, a.g.k., para. 93-95.

²⁸⁷ *Fadeyeva/Rusya*, a.g.k., para. 99-101.

²⁸⁸ Üzeltürk, a.g.k., s. 237-238.

amacın müdahalenin meşruiyeti bakımından ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir.²⁸⁹ Bu amaçlar dar biçimde yorumlanmalı ve her dava özelinde bu amaçlara duyulan ihtiyaç, ilgili Devlet tarafından ‘ikna edici bir biçimde’ gösterilmelidir.²⁹⁰

Sözleşme organları, meşru amaçlara uygunluk testi aşamasında Sözleşmeye aykırılığa çok nadiren hükmetmiştir.²⁹¹ Mahkeme ve Komisyon, müdahalenin hukuka uygunluğuna karar verdikten sonra, meşru bir amaç belirlemeyi kolayca gerçekleştirebilmektedir. ‘Demokratik bir toplumda gereklilik’ incelemesi aşaması ise belki de dava inceleme aşamalarının en önemlisi ve üzerinde en çok durulması gerekenidir.

2.2.4.2.3. Demokratik bir Toplumda Gereklilik Koşulu

Mahkemenin diğer nitelikli haklarda olduğu gibi, 8. maddeyle ilgili dava incelemesinde en önemli aşamayı, hakka yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının sınanması oluşturmaktadır. Bunun nedenleri, Mahkemenin genellikle şikayet konusu iddialardaki hukuksal menfaatlerin hak kapsamına girip girmediğini kısaca belirtmesi, hukuksal dayanak ve meşru amaçlara uygunluğun sıklıkla hızlıca geçilmesi ve davanın özünü oluşturan meseleleri son aşama olan demokratik bir toplumda gereklilik aşamasına bırakmasıdır. Dolayısıyla, bu inceleme aşamasının kavramsal ifadesinden Mahkemenin ne anladığı sorusu önem kazanmaktadır. Zira

²⁸⁹ Bkz. Sözleşme’nin 8(2) maddesi:

“2. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın müdahalesi demokratik bir cemiyette ancak milli güvenlik, amme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vukubulabilir.” **Resmî Gazete, a.g.k.**

²⁹⁰ *Klass ve diğ./Almanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 5029/71, 06.09.1978, para. 42; *Funke/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 10828/84, 25.02.1995, para. 55; *Crémieux/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 11471, 25.02.1995, para. 38; *Mialhe/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 12661/87, 25.02.1995, para. 36; *Schmidt/Almanya*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 31181/96, 23.10.1997; *B.R./Almanya*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 26722/95, 23.10.1997.

²⁹¹ Yutaka Arai, “The System of Restrictions”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, ed. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn ve Leo Zwaak, Intersentia, Antwerpen, 2006, s. 343-350.

‘demokratik bir toplumda gereklilik’ ifadesi, anlamını kolayca ele vermeyen bir ifadedir. Bir yandan demokrasiyle ilgili birçok farklı kavramsallaştırma bulunmakta ve bir yargı merciinin bunlardan hangisinin tercih edileceği konusunda söz söylemesi çok uygun görülmemektedir.²⁹² Öte yandan ‘gereklilik’ ifadesi, ‘kaçınılmazlık’ ve ‘keyfilik’, yani iki uç arasında, olabildiğince geniş bir yelpazede salınmaktadır. Konunun açıklığa kavuşması için ‘demokratik toplum’ ve ‘gereklilik’ kavramlarının içinin nasıl doldurulduğuna (ya da doldurulup doldurulmadığına) bakmak ve sonra da müdahalenin meşruiyetiyle ilgili olarak demokratik bir toplumda gereklilik aşamasının nasıl takdir marjı ve orantılılık değerlendirmesine büründüğüne bakmak uygun olacaktır.

Sözleşme, demokratik değerler ve insan hakları arasında bir denge kurmayı hedefleyen bir insan hakları koruma mekanizması sunmaktadır.²⁹³ Sözleşme’nin başlangıcında Sözleşme’de güvenceye alınan hakların korunması için ‘etkili bir siyasal demokrasinin’ en uygun ortam olduğunu belirtmenin yanında, 8. madde de dahil olmak üzere, kimi hakların kayıtlanmasında demokratik bir toplumda müdahalenin gerekli olması en önemli koşul olarak ortaya çıkmaktadır. 2. Dünya Savaşı sonrasında yapılan kimi insan hakları sözleşmeleri ve anayasalarla da ortaklaşan bir biçimde Sözleşme, nitelikli haklarla ilgili olarak 1. paragrafta hakkın varlığını belirlemekte, 2. paragrafta ise bu hakkın kayıtlanabileceği koşulları belirlemektedir.²⁹⁴

Sözleşme haklarına yapılacak bir müdahalenin gerekliliği için nasıl bir toplumun demokratik sayılacağı konusunda Sözleşme organları içtihadında kimi nitelikler sayılmaktaysa da kesin bir demokrasi tanımı bulmak mümkün değildir. Bu konuyu

²⁹² David Feldman, **Human Rights in England and Wales**, Oxford Univ. Press, Oxford, 1993, s. 539.

²⁹³ Sözleşme dibacesine göre, Sözleşme’deki temel hakların korunması, etkili bir siyasal demokrasi ve bu hakların dayandıkları insan haklarıyla ilgili ortak anlayış ve gözetim ile en iyi şekilde mümkündür. Bkz. <<http://www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/d5cc24a7-dc13-4318-b457-5c9014916d7a/0/englishanglais.pdf>> Erişim Tarihi 07.07.2021. Buna istinaden Steven Greer, merkeze Sözleşme haklarını alarak demokrasi ilkesinin bu hakların korunması için bir arka plan olduğu konusunun altını çizmekte ve dolayısıyla bir dengeden ziyade, hak ağırlıklı bir anlayışın olduğu konusunda ısrar etmektedir. Bkz. Steven Greer, **The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects**, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, s. 195-196.

²⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mattias Kumm, *a.g.m.*, s. 135-136.

incelerken Marks, hazırlık çalışmalarından ve Sözleşme organlarının ilk birkaç kararından, demokrasinin konjonktürel olarak ‘totalitarizm karşıtlığı’ anlamına gelecek şekilde kaba bir biçimde yorumlandığını saptamaktadır.²⁹⁵ Ancak bu durum zamanla değişmiş ve demokratik toplum anlayışı, ‘gece yarısı kapıyı çalan totaliter devlet’ ve Soğuk Savaş’ın gizli polisinden sıyrılarak keyfi güç kullanımını dışlayan, çoğunluğun yönetimini aşan ve yurttaşına karşı sorumluluğu olan bir yönetim biçiminde anlaşılmaya başlamıştır.²⁹⁶

Handyside/Birleşik Krallık davasında²⁹⁷ Sözleşme’nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğü²⁹⁸ bağlamında, demokratik bir toplumun niteliklerinin ana hatlarıyla tarif edildiğini görüyoruz. Buna göre, “ifade özgürlüğü bir Sözleşme hakkı olmanın ötesinde demokratik bir toplumun temellerinden birini; bu toplumun ilerlemesinin ve her kişinin gelişiminin temel koşullarından birini oluşturmaktadır.”²⁹⁹ Ayrıca Mahkeme “demokratik bir toplumun olmazsa olmazları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik ... toplumun bir kısmını ya da devleti rahatsız eden, onu şoke eden ya da ona saldıran fikir ve bilgi”³⁰⁰ de dahil olmak üzere, ifade özgürlüğü kapsamına almaktadır.

²⁹⁵ Susan Marks, “The European Convention on Human Rights and Its ‘Democratic Society’,” *The British Yearbook of International Law*, Yıl 1996, Cilt 66, Sayı 1, s. 210-212.

²⁹⁶ A.k.

²⁹⁷ *Handyside/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 5493/72, 07.12.1976.

²⁹⁸ **İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme**

Madde 10

1. Her fert ifade ve izhar hakkına sahiptir. Bu hak içtihat hürriyetini ve resmî makamların müdahalesi ve memleket sınırları mevzuubahis olmaksızın, haber veya fikir almak veya vermek serbestisini ihtiva eder. Bu madde, devletlerin radyo, sinema veya televizyon işletmelerini bir müsaade rejimine tabi kılmalarına mâni değildir.

2. Kullanılması vazife ve mesuliyeti tazammun eden bu hürriyetler, demokratik bir toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak, milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya âme emniyetinin, nizamı muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına imâmî olunması veya adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için ancak ve kanunla, muayyen merasime, şartlara, tahditlere veya müeyyidelere tabii tutulabilir. Bkz. **Resmî Gazete**, a.g.k.

²⁹⁹ *Handyside/Birleşik Krallık*, para. 49.

³⁰⁰ A.k.; *Lingens/Avusturya*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 9815/82, 08.07.1986, para. 41; *Oberschlick/Avusturya Davası*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 11662/85, 23.05.1991, para. 57.

Mahkeme ‘demokratik bir toplum’ ifadesini siyasi bir sistemi tanımlamaktan daha geniş biçimde; lafzi bir ifadeden öte, esaslı bir içeriğe sahip olarak yorumlamaktadır.³⁰¹

Demokratik bir toplumda gerekliliğe karar verirken Mahkeme, inceleme yapmaktan geri durmak için ‘takdir marjı’ doktrinini kullanabilmektedir. Sözleşme’de yer almayan ancak Protokol No. 15 ile Sözleşme sistemine dahil edilmekte olan ‘Sözleşme’nin ikincilliği’ ve bunun uzantısı olan takdir marjı doktrini, Mahkeme içtihatlarıyla geliştirilmiş ve insan haklarının korunmasında asıl rolün Sözleşmeci Devletlerde olduğuna işaret etmektedir. Takdir marjı doktrininin hukuksal temeli Fransa Devlet Konseyi (*Conseil d’État*) içtihadı başta olmak üzere, kamu hukukuna kadar uzanmaktadır. Matscher’in belirttiğine göre,³⁰² bu hususta hukukun tanımlanmamış terimlerini yorumlayan idari kararlarla hukukun izin verdiği yetkinin icrası sırasında alınan kararlar arasında idari mahkemelere atfen yapılan bir ayrım belirleyici olmaktadır. Ayrıca tanımlanmamış ifadelerin yorumu konusunda tamamen idari mahkemenin yetkisi içinde sayarken; ikinci durumda yetkinin aşıp aşılmadığı ve yetkinin hukuk uyarınca icra edilip edilmediğinin incelenmesinin yapıldığına dikkat çekmektedir.³⁰³ Sözleşme organlarının içtihadı göz önüne alındığında ise bu genel tespitin birebir teyit edilmediği belirtilmelidir. Nitekim Sözleşme, bünyesindeki hakların kapsamını, hakların kullanımına bağlı koşulları ve Üye Devletlerin kısıtlama koşullarının kabul edilebilirliğini genel ve tanımlanmamış terimlerle belirlemektedir. Tanımlanmamış terimler konusunda yargı merciinin tam yetkili olması durumu yerine; Mahkeme, Üye Devletlerin yetki aşımında bulunup bulunmadıklarını inceleme konusunda kendini yetkili görmektedir.

³⁰¹ Rabinder Singh, “The Place of the Human Rights Act in a Democratic Society,” **Understanding Human Rights Principles**, ed. Jeffrey Jowell ve Jonathan Cooper, Hart Publ., Oxford, 2002, s. 191.

³⁰² Franz Matscher, “Methods of Interpretation of the Convention,” **The European System for the Protection of Human Rights**, ed. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, 1993, s. 76.

³⁰³ A.k.

Sözleşme bağlamında ‘takdir marjı’, Sözleşme organlarının, ulusal mercii karar ve işlemlerine saygı duyup bir hakka yapılan müdahalenin ihlal oluşturduğuna karar vermeden geri durması olarak tanımlanabilir. ‘Ulusal takdir’ veya ‘değerlendirme marjı’ olarak da isimlendirilen takdir marjı, Yourow’a göre,³⁰⁴ Sözleşme organlarına bir “eylem serbestisi, manevra yapma, nefes alma ya da hareket alanı” sağlamaktadır. Takdir marjı doktrininin işlevselliği ise ortak bir insan hakları sistemi oluştururken kültürel, sosyal, tarihsel, yönetsel ve hukuksal bakımdan farklılaşan Sözleşme Üyesi Devletlerin ihtiyaçlarını dikkate almayı sağlamasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca Sözleşme sistemi, Avrupa Birliği’nden farklı olarak, bütünleşmeci veya supranasyonal bir nitelik taşımayıp Devletlerin egemenliklerini ve dolayısıyla bu Devletlerin organlarının işlemlerini dikkate almak durumundadır.³⁰⁵

Petzold’a göre,³⁰⁶ takdir marjı doğrudan ‘sübsidiarite’ ilkesinden köken almaktadır. Sözleşme’de ve hazırlık çalışmalarında bu ilkeden söz edilmemekle birlikte; Sözleşme’nin nihai amacı, hakların kolektif biçimde korunması ve bu amacın gerçekleştirilmesi için Sözleşme organları ve Üye Devletler arasında farklı yetkilere dayalı bir görev bölüşümü, birbirini tamamlayan bir mekanizmanın işleyebilmesi için bu ilke gereklidir. Bu nedenle hakların ulusal düzeyde ve Avrupa düzeyinde korunması; birbirinin yerine geçen değil, tamamlayıcı ve el ele yürüyen bir nitelik arz etmektedir.³⁰⁷ Petzold, Üye Devletler ve Sözleşme organlarının yetki dağılımını ve farklılaşan bu iki yetkiyi ise şöyle özetlemektedir.³⁰⁸

“Ulusal mercilerin kendi hukuk düzenindeki hak ve özgürlükleri düzenleme ve uygulama konusunda sahip olduğu ilksel ve geniş sorumluluk, uygulamanın hangi uygun araçlarla icra edileceği konusunda geniş bir seçim yelpazesini de beraberinde getirmektedir. Oysa

³⁰⁴ Howard Charles Yourow, **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, Martin Nijhoff Publ., Dordrecht, 1996, s. 13-14.

³⁰⁵ A.k., s. 4-6.

³⁰⁶ Herbert Petzold, “The Convention and the Principle of Subsidiarity,” **The European System for the Protection of Human Rights**, ed. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, 1993, s. 59. Bu savın 15 ve 16 No’lu Protokollerle teyit edildiğini görmek mümkündür.

³⁰⁷ A.k., s. 43.

³⁰⁸ A.k., s. 49.

Sözleşme organlarının denetleme yetkisi, Sözleşme standartları ölçüsü karşısında Devletlerin eylem seçiminin gözden geçirmesiyle sınırlı, daha dar kapsamlı bir yetkidir.”

Yine de Sözleşme organlarının işinin o kadar kolay olduğunu ileri sürmek yanlış olacaktır çünkü bu standartların ne olduğu konusu da bu organlar tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, Petzold’un ileri sürdüğü kadar da dar kapsamlı bir yetkiye sahip değildir.

Takdir marjı ya da bir diğer ifadeyle Devletlere bırakılan takdir payı; bir hak kapsamındaki menfaatin doğası, müdahale için Devletin dayandığı temeller (amaçlar), Üye Devletler arasında hukuk veya uygulama konusunda bir oydaşmanın olup olmaması ve Mahkeme içtihadında bu konuda daha önce verilen kararlar gibi unsurlar tarafından etkilenmektedir.³⁰⁹

İlk bakışta Devletlere verilen takdir yetkisinin esnekliği ve hatta ilkesizliği dikkat çekmektedir. Her davadaki olaylar, Devletin ilgili hakka uyguladığı kısıtlamanın ölçülülüğü, gerekliliği, niteliği ve yapısı; tarafların ya da Sözleşme organlarının Sözleşme’deki hak düzenlemelerinin metnine, bağlamına ve emsallere verilen değere göre ulusal mercilere bırakılan takdir marjı da genişleyip daralabilmektedir. Her dava kendine has özellikler taşıdığı için de takdir marjına dayalı olarak sunulabilecek çözümler çok çeşitli olabilmektedir.³¹⁰ Yine de *ad hoc* bir çözüm yöntemi olarak görülebilecek olan takdir marjı, belirli bireysel çıkarların korunmasında tutarlı ve tahmin edilebilir kimi yorum ilkeleri şablonları ortaya koymaktadır.³¹¹ Bu ilke şablonlarının başında, el ele giden takdir yetkisi ve uluslararası denetim arasındaki ilişkide Üye Devletlerin arasındaki bir oydaşmanın mevcudiyetinin belirleyiciliği gelmektedir. Buna göre, belirli bir konuda Avrupa’da bir oydaşmanın mevcut olması, ilgili Devlete bırakılan takdir marjının dar yorumlanmasına yol açmaktadır. Ulusal yasa

³⁰⁹ Yourow, *a.g.m.*, s. 188.

³¹⁰ Her davanın kendine has özelliklerinin ihmal edilmesi sonucunu doğuracağı için, Mahkeme’nin iş yüküyle baş etme konusunda bulunan çözümlerden biri olan ‘pilot dava’ yönteminin ciddi sıkıntılara yol açabileceği konusunda bkz. Kerem Altıparmak, “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?”, Kerem Altıparmak (yay. haz.) **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 60-111.

³¹¹ Yourow, *a.g.m.*, s. 192.

ve uygulamaların veya uluslararası hukuktaki gelişmelerin belirli bir konuda oydaşmanın olmadığı kanaatini güçlendirmesi durumunda ise, Mahkeme takdir marjını geniş biçimde yorumlamaktadır. Dolayısıyla Sözleşme'nin yorumunda Mahkeme 'otonom kavramlar' yorumlama ilkesine sıkça başvurmakla birlikte, Üye Devletlerin hukuk düzenleri ve uygulamaları arasındaki oydaşmaya da dikkat etmektedir.³¹² Bununla birlikte, Mahkemenin oydaşmanın mevcudiyetinin belirlenmesi konusunda izlediği yöntem pek belirgin değildir.

Nitelikli hakların kısıtlama hükümleri çerçevesinde Devletlere izin verilen müdahalenin sınırları 'demokratik bir toplumda gereklilik' kistası ile çizilmektedir. Mahkeme buradaki gerekliliği 'baskın bir toplumsal ihtiyaç' olarak yorumlamaktadır. Oysa bir işlemin baskın bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanıp kaynaklanmadığı konusundaki ilk değerlendirmeye ulusal merciler yetkilidir. Bu ise başvuran kişilerin ya da Devletlerin demokratik işleyişleri lehine kullanılabilecek, esnek bir yoruma yol açmaktadır.³¹³ Yourow,³¹⁴ ulusal takdir marjının tutarlılığına rağmen bu doktrinin nitelikli haklar bakımından tutarsız sonuçlar verdiği dikkat çekmektedir. Nitekim *Sunday Times/Birleşik Krallık* ve *Dudgeon/Birleşik Krallık* gibi davalarla, nitelikli hakları oluşturan 8.-11. madde ile ilgili davalarda uygulanacak olan takdir marjına dair temel standart şekillendirilmiştir.

Handyside/Birleşik Krallık, *Silver ve diğ./Birleşik Krallık* ve *Lingens/Avusturya* davalarıyla birlikte 'demokratik bir toplumda gereklilik' kavramının anlamı ana hatlarıyla belirlenmiştir. Buna göre, 'gerekli' sıfatı 'kaçınılmaz' ile eş anlamlı değildir; öte yandan 'kabul edilebilir, olağan, makul ya da arzu edilir' gibi ifadelerin esnekliğine

³¹² Coğunluk ve çoğulculuk demokrasisi arasındaki çekişme için bkz. George Letsas, "The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR," **European Journal of International Law**, Yıl 2004, Cilt 15, Sayı 2, s. 279-305; ayrıca bkz. Gomez-Arostegui, *a.g.m.*

³¹³ Matscher'e göre, Mahkeme'nin 'gereklilik'in ne olduğunu tespit için 'baskın bir toplumsal ihtiyaç' ölçütünü seçmesi isabetli değildir; çünkü hakkın kısıtlanması sonucunu doğuran düzenlemenin amacının meşruiyeti meselesi, yürütmenin yetki alanına girilmesi anlamına gelmektedir. Bkz Matscher, *a.g.m.*, s. 79. Ayrıca bkz. *Dudgeon/Birleşik Krallık* 'ta Yargıç Matscher'in muhalif görüşü.

³¹⁴ Yourow, *a.g.m.*, s. 193.

de sahip değildir.³¹⁵ Sınırsız olmamak kaydıyla, Üye Devletlerin haklarda bir kısıtlama yapabilmesi konusunda belirli bir takdir marjına sahip oldukları kabul edilmekle beraber, bu kısıtlamaların Sözleşme ile uyumlu olup olmadıklarını belirleme konusundaki nihai yetkili Mahkemedir.³¹⁶ ‘Demokratik bir toplumda gereklilik’ ifadesi, bir müdahalenin Sözleşme ile uyumlu olabilmesi için, diğer koşullara ek olarak, baskın bir toplumsal ihtiyacı karşılamak maksadıyla ve meşru amaçla orantılı olması anlamına gelmektedir.³¹⁷ Buna ek olarak, hakların kısıtlama hükümleri dar biçimde yorumlanmalıdır.³¹⁸ *Handyside/Birleşik Krallık* kararında³¹⁹ belirtildiği üzere, ‘gereklilik’ ifadesi, ‘kaçınılmaz’ terimiyle özdeş olmadığı gibi; ‘muhtak’, ‘mutlak surette gerekli’ ya da ‘tam tamına durumun gerektirdiği ölçüde’ gibi katı ifadeler de içermez. Ayrıca ‘kabul görebilir’, ‘yararlı’, ‘makul’, ‘normal’ veya ‘arzu edilir’ ifadelerinin yumuşaklığına da sahip değildir. Bu bağlamda gereklilik kavramının içeriğindeki baskın toplumsal ihtiyacın gerçekliği konusunda karara varmak, öncelikle ulusal mercilere aittir. Ulusal mercilere bırakılan yetkinin gerekçesi, kimi konuların uluslararası yargıca daha uzak nitelikte olabilmesidir:

“Devletin yetkili resmi mercileri, ülkelerinin yaşamsal gerçekleriyle doğrudan ve devamlı temas halinde olmaları nedeniyle, söz konusu yaşamsal koşulların gereklerinin belirgin içeriği ve bu ihtiyaca cevap verecek kısıtlamanın gerekli olduğuna karar vermek için uluslararası yargıçtan ilke olarak daha elverişli bir konumda ve yetkilidirler.”³²⁰

Kısıtlayıcı bir önlemin gerekliliği konusunda her Devlete bir takdir payının bırakılmasına Sözleşme ve içtihat izin vermektedir. Belirli bir konuda kamu yararının gereğini tespit etme ve bu doğrultuda alınacak önlemler konusunda Sözleşme organları ulusal kamu kurumlarının yerine geçmemektedir. Öte yandan bireyin hakları pahasına ortaya çıkabilecek olası bir suiistimale karşı da araya girme konusunda tereddüt

³¹⁵ *Handyside/Birleşik Krallık*, a.g.k., para. 48; *Silver ve diğ./Birleşik Krallık*, a.g.k., para 97.

³¹⁶ *Handyside/Birleşik Krallık*, a.g.k., para. 49; *Lingens/Avusturya*, a.g.k., para. 39.

³¹⁷ *Handyside/Birleşik Krallık*, a.g.k., para. 48-49; *Silver ve diğ./Birleşik Krallık*, a.g.k., para 97.

³¹⁸ *Klass ve diğ./Fed. Almanya*, para. 42; *Silver ve diğ./Birleşik Krallık*, a.g.k., para 97.

³¹⁹ *Handyside/Birleşik Krallık*, a.g.k., para. 48.

³²⁰ A.k.

etmemektedir. Nitekim Loucaides³²¹ kısıtlayıcı önlemin, yani müdahalenin veya amaçlarının meşruluğuna dair bir kuşkuya düşülmesi halinde; Devletlerin takdir marjına sığınmak yerine, Sözleşme organlarının bireysel özgürlüklerden bir tavır takınması (*in dubio pro libertate*) gerektiğini ileri sürmektedir. Bu öneride iki hususa dikkat çekilmektedir. Birincisi, takdir marjının ancak kısıtlayıcı önlemin kamu yararı bakımından gerekliliğinin gerektirdiği ölçüde verilmesi gerektiğidir. Bunun anlamı, hak kapsamının belirlenmesi ve demokratik bir toplumda gereklilik tespiti konusunda Sözleşme organlarının yetkili olmasıdır. Zira otonom kavramlar ilkesi, Sözleşme'deki kimi kavram ve hakların ulusal düzenlerinden bağımsız olarak yorumlanmasını gerektirmektedir.³²² Bu da Sözleşme'deki kimi kavramların ve hakların kapsamının ortak bir Avrupa standardı çerçevesinde ve dinamik bir yorumla belirlenmesine olanak tanımaktadır.

Takdir marjının, kamu yararı ve buna ulaşmak için alınacak tedbirin belirlenmesi konusuyla sınırlı tutulması önerisindeki ikinci husus, demokratik bir toplumda gerekliliğin üzerinde yoğunlaşmaktadır. Öncelikle, demokratik bir toplumun nasıl olması gerektiği, Sözleşme organlarınca birtakım parametreler etrafında belirlenmektedir. Bunun anlamı ise bu alanda Devletlere takdir marjı bırakılmaması gerektiğidir. Aksi halde, Üye Devlet sayısı kadar demokrasi tanımı yapıp farklı anlayışlar geliştirilebilecektir. Öte yandan gereklilik incelemesinde, baskın bir toplumsal ihtiyacın varlığı için iç hukuk düzeninde belirlenecek bir kamu yararının yerindelik denetimi yerine; Sözleşme organlarının şekli bir denetim yapması daha uygun görünmektedir. Loucaides,³²³ bunun hukuki bir düzenlemenin bir üst norma uygunluğu olarak düşünmek yerine; kamu yararının tespiti ve uygun görülecek tedbir gibi siyasi bir karar gerektiren ve onun mantığının sorgulanmasından ziyade, Sözleşme

³²¹ Loukis G. Loucaides, *Essays on the Developing Law of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, 1995, s. 218.

³²² Bkz. *Engel ve diğ./Hollanda*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 ve 5370/72, 08.06.1976;

³²³ Loucaides, *a.g.k.*

hakları üzerinde doğuracağı sonuçların denetimi olarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla iç hukuk düzenlemesinin ve onun uygulanması şeklinde tezahür eden bir tedbirin, bir hakka yönelik müdahale oluşturduğuna ilişkin kuşkunun, takdir marjı gerekçe gösterilerek görmezden gelinmemesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, şekli denetim ulusal düzenleme veya tedbirin Sözleşme'ye uygunluğu şeklindeki hiyerarşik ve soyut bir incelemeden ziyade her olayda farklı nitelikler sergileyebilecek somutlukta ve Avrupa standartları uyarınca fakat kamu yararının sorgulanması yapılmaksızın demokratik bir toplumda gereklilik incelemesi yapılmalıdır.

Belirli bir konuda ulusal mercilerin 'ülkelerinin yaşamsal güçleriyle doğrudan ve sürekli teması nedeniyle' değerlendirme yapma konusunda Mahkemeden daha iyi bir konumda olmaları ve uygulamaların önemli ölçüde farklılaşması halinde, takdir marjı doktrinine başvurulabilmektedir. İçtihadı göre takdir marjının uygulama alanlarının başında, bireysel kimi hukuki menfaatlerle kamu yararı arasında bir denge sağlanması durumunu içeren başvurular gelmektedir. Dolayısıyla takdir marjı ve orantısallık arasında bir ilişki bulunduğu; takdir marjının orantısallık testine bağlı kimi unsurlarca belirlendiği saptanabilir.³²⁴ Ayrıca Sözleşme'deki çeşitli düzenlemelerde kullanılan belirsiz ifade ve terimlere- 8. maddedeki 'saygı gibi'- bağlı olarak takdir marjı genişleyebilmektedir. Van Dijk ve Von Hoof,³²⁵ takdir marjının belirli bir durumun ciddiyeti yahut çeşitli çıkarların ağırlığının değerlendirilmesi ile ilgili olduğuna dikkat çekmektedirler. Dolayısıyla bu doktrin genel olarak belirli sorunlar, dava türleri ya da Sözleşme haklarıyla ilgili olarak ileri sürülemez ya da sürülmemelidir. Örneğin, dava konusu olayın hak kapsamına girip girmediği değerlendirilirken Devletlere takdir marjı verilemez ya da verilmemelidir.³²⁶ Ancak olaylar tespit edildikten sonraki değerlendirme aşamasında bu doktrine başvurulabilir. Hakkın varlığı ve kapsamı

³²⁴ P. Van Dijk ve G. J. H. Von Hoof, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 3rd edition, Kluwer Int'l Law, The Hague, 1998, s. 85.

³²⁵ *A.k.*, s. 85-6.

³²⁶ Bkz. Ali Rıza Çoban, *a.g.m.*, s. 200- 205.

belirlenirken Sözleşme organları kavramların otonom yorumu doğrultusunda karar almaktadır ama üzerinde uzlaşma olmayan ahlaki bazı konularda Devletlere takdir yetkisi verebilmektedir. Hukuka uygunluk gibi sadece usulî güvenceler getiren hükümler bakımından takdir marjının işletmek mümkün görünmemektedir. Ayrıca 2. maddede düzenlenen yaşama hakkı³²⁷ ve 3. maddede düzenlenen insanlık dışı muamele ile işkence yasağının³²⁸ mutlak olarak kabul edilmesi sonucunda, bu haklara yapılacak müdahalelerde Devletlere takdir marjı bırakılmaması gereğine de vurgu yapılmaktadır.³²⁹ Son olarak, içtihadı göre ihlalin çok açık olması ya da açıkça ihlalin olmaması halinde de takdir marjının devre dışı bırakılmış olduğu belirlenebilir.

Takdir marjı doktrini, Üye Devletlerin egemenliği ile Sözleşme uyarınca bu Devletlerin yükümlülüklerinin dengelenmesi konusunda Mahkemenin hassas görevini örneklemektedir.³³⁰ Macdonald'a göre,³³¹ Mahkeme bir konunun Devletin takdir yetkisinde olduğunu belirlediği zaman iki şeyden söz ediyor demektir: Ya konuyu değerlendirmiş ve kendini ulusal merciin yerine koymayı uygun bulmayarak gözden geçirme konusunda yetkisiz olduğuna karar vermiştir ya da ulusal merciin işlemini değerlendirmiş ve müdahalenin meşru olduğuna kanaat getirerek ihlal oluşmadığına karar vermiştir. Macdonald,³³² kendisinin belirlediği böyle bir ayrımın Mahkeme tarafından yapılmamasının, sadece devreye girmek istemediğine ilişkin bir beyanat

³²⁷ İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme

Madde 2

1. Her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır. Kamunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse kasten öldürülemez.
2. Öldürme, aşağıda derpiş edilen zaruret halleri dışında, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış telâkki olunmaz:

a) Her ferdin gayrimeşru cebir ve şiddete karşı korunmasını sağlamak için,
b) Kanun hükümleri dâhilinde bir tevkifi yerine getirmek veya kanuna uygun olarak mevkuf bulunan bir şahsın kaçmasını önlemek için,
c) Ayaklanma veya isyanı, kanuna uygun olarak bastırmak için.

Bkz. **Resmî Gazete**, *a.g.k.*

³²⁸ Bkz. dipnot 144.

³²⁹ P. Van Dijk ve G. J. H. Von Hoof, *a.g.k.*

³³⁰ Ronald St. J. Macdonald, "The Margin of Appreciation," **The European System for the Protection of Human Rights**, ed. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, 1993, s. 83.

³³¹ *A.k.*, s. 84-85.

³³² *A.k.*, s. 85.

verip arkadaki gerekçelerin neler olabileceğiyle ilgili tahminlere yol açtığı için eleştirmektedir. Takdir marjı birçok bakımdan Mahkemenin denetleme görev ve yetkisinin kapsamının bir tanımlaması olarak görülebilir.³³³ Öte yandan Macdonald,³³⁴ ‘marj’ kavramının kendisinin bağlam-bağımlı³³⁵ olmasından ötürü, takdir marjının tanımının yapılmaya çalışmasının sonuçsuz bir çaba olacağı konusunda uyarılmaktadır.

Takdir marjı, Sözleşme’nin imzalandığı dönemde öngörülme-yen sorunlarla başa çıkma konusunda kullanışlı bir araç olmuştur. Ayrıca Üye Devletlerin farklı siyasi, iktisadi, toplumsal ve kültürel geleneklerinden kaynaklanan farklı insan hakları anlayışlarını ortak bir Avrupa zemininde uzlaştırma konusunda da tüm eksiklik ve kusurlarına rağmen önemli bir rol üstlenmiştir. Avrupa çapında insan haklarının korunması konusunda bir örnek bir standardın yakalanmasında takdir marjı yararlı bir araç sunmaktadır. Sözleşme’nin hak koruma mekanizmasının Devletlerin iradeleri üzerine bina edildiği düşünüldüğünde, takdir marjı Sözleşme organları ve Üye Devletler arasında ortaya çıkabilecek sürtüşmeleri asgari ölçüde tutmayı genel olarak başarmaktadır.

Açık ve ayrıntılı düzenlemeler, usulî güvenceler, mutlak haklar ve açık ihlal/açıkça ihlal olmayan durumlar gibi noktalar; takdir marjının uygulama alanlarını belirlemekle beraber, Üye Devletlere bırakılacak takdir marjının genişliği konusu bu kadar kolay tespit edilememektedir. Yine de içtihattan bu genişliği etkileyen kimi unsurları çıkartmak mümkündür. Bunların başında ‘ortak bir Avrupa zemini’ gelmektedir. Üye Devletlerin hukuk ve uygulamaları arasında belirli bir ortaklık ya da önemli ölçüde farklılaşma olması durumuna göre, takdir marjının geniş ya da dar yorumlandığını söylemek mümkündür.³³⁶ Ortak bir Avrupa zemininin mevcut olup olmadığını

³³³ A.k., s. 84.

³³⁴ A.k., s. 85.

³³⁵ Mahkeme, takdir marjının kapsamının, “güdülen meşru amacın doğasına” ve “söz konusu müdahalenin belirli doğasına” bağlı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Leander/İsveç*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 9248/81, 26.03.1987, para. 59.

³³⁶ Bkz. örn. *Handyside/Birleşik Krallık*, a.g.k.

Mahkeme; Devletler arasındaki karşılaştırmalı bir araştırma, AK'nin Sözleşme dışındaki düzenlemeleri ya da uluslararası hukukun diğer antlaşmalarına bakarak tespit edebilmektedir. Buna karşın, açık bir araştırmaya dayanmaksızın yaptığı atıflar da mevcuttur³³⁷ ve bu konuda eleştirilmektedir. Ortak bir Avrupa zemininin tespiti konusunda Mahkeme'nin açıkça bir referansa bağlı olmaksızın yaptığı bulgulardan başka, ortaya çıkan diğer bir sorun, bu zeminin sayısal çoğunlukla mı, yoksa siyasal bir etik temelinde mi belirlenmesi gerektiğidir.³³⁸

Ortak bir Avrupa standardı ya da konsensüsü yanında, takdir marjının genişliğini etkileyen ikinci unsur, başvuruda ileri sürülen hakkın yahut bireyin ileri sürdüğü hukuki çıkarın niteliğidir. Çeşitli alanlar ve haklar arasında farklı takdir marjı anlayışlarına başvurulabilmektedir. Örneğin, kişinin en mahrem alanının söz konusu olması halinde, takdir marjı dar tutulmaktadır. İfade özgürlüğü ile mülkiyet hakkı (1. Protokol 1. madde)³³⁹ arasında da bir fark mevcuttur: İfade özgürlüğü konusunda takdir marjı daha dar yorumlanmaktadır. Öte yandan Van Dijk ve Von Hoof,³⁴⁰ ifade özgürlüğü konusunda kamuyu ilgilendiren bir araştırma ile ticari bir konuşma arasında da bir ayrımın olduğuna dikkat çekmektedir.

Takdir marjının genişliğini belirleyen üçüncü etmen, müdahaleye yol açan işlemin meşru amacı ve bu işlemin koşulları ya da bağlamıdır. Örneğin, ahlakın korunması amacını ileri süren Üye Devlete genel olarak daha geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Aynı şekilde ulusal güvenlik gerekçesiyle de Devlete daha geniş bir takdir yetkisi

³³⁷ Bkz. örn. *Dudgeon/Birleşik Krallık, a.g.k.*

³³⁸ Letsas, *a.g.m.*; karşı. Kanstantsin Dzehtsiarou, **European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2015.

³³⁹ **İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşmeye Ek Protokol**

Madde 1

Her hakikî veya hükmi şahıs mallarının masuniyetine riayet edilmesi hakkına maliktir. Herhangi bir kimse ancak âmme menfaati icabı olarak ve kanunun derpiş eylediği şartlar ve devletler hukukunun umumi prensipleri dâhilinde mülkünden mahrum edilebilir.

Yukardaki hükümler, devletlerin, emvalin umumi menfaate uygun olarak istimalini tanzim veya vergilerin veyahut sair mükellefiyetlerin veyahut da para cezalarının tahsili için zaruri gördükleri kanunları yürürlüğe koymak hususunda malik bulundukları hukuka halel getirmez. **Resmi Gazete, a.g.k.**

³⁴⁰ P. Van Dijk ve G. J. H. Von Hoof, *a.g.k.*, s. 88-89.

birakılmaktadır. Sosyal, ekonomik, kentsel ve çevresel politikaların başvuruya konu oluşturan şikayetle ilgili olması halinde de geniş bir takdir marjı bırakılmaktadır.³⁴¹

Bireysel menfaatin niteliği, müdahale amacının niteliği ve ortak bir Avrupa oydaşmasının varlığı olarak tasnif edilebilecek genel hususlar; tek başına ya da hiyerarşik bir sıralamayla takdir marjının kapsamını belirleyici olmaktan uzaktır. Bu hususların her dava özelinde göreceli bir değeri olduğu saptanmalı ve belirli bir olay çerçevesi dışında bunların arasındaki ilişkinin nasıl şekilleneceğini kestirmek güçtür. Belirli bir olayda bu unsurların aynı yönü işaret etmesi durumunda, takdir marjının genişliğini belirlemede güçlendirici bir rol oynayabilecekken; farklı yönleri işaret etmeleri durumunda, birbirini dengelemeleri ve her dava özelinde bir sonucun doğmasına yol açmaları söz konusu olacaktır. Örneğin, ahlakın korunması konusunda Mahkeme ortak bir Avrupa oydaşmasının yokluğuna dayanarak genel olarak Devletlere geniş bir takdir yetkisi verirken; bu oydaşmanın var olduğu belirli alanlarda (mesela, ulusal ceza hukuku düzenlemelerindeki değişimlerin gösterdiği bir yönelim³⁴²) yahut bireyin dokunulamayacak bir alanı (en mahrem alanı olarak cinsel hayatı³⁴³) söz konusu olduğunda, geniş bir takdir yetkisi anlayışına istisnalar yapabilmektedir.

Takdir marjı doktrini insan haklarının korunması için ulusal düzenler karşısında Sözleşme sisteminin tali rolüne (sübsidiarite ilkesi)³⁴⁴ ve yerel faktörler ve ihtiyaçları değerlendirme konusunda ulusal mercilerin daha iyi konumda olmasına dayanmaktadır.³⁴⁵ Bu durum, Mahkemenin denetiminin uygulanamayacağı ve Üye Devletlere bırakılmış dokunulmaz bir alanın mevcut olduğu anlamına gelmez. Nitekim Sözleşme organlarının birçok defa belirttiği gibi, takdir marjı Avrupa denetimiyle el ele gider ve her davada Devlete bırakılan bir takdir marjının olup olmadığına ve varsa, ne

³⁴¹ *Buckley/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 75.

³⁴² *Dudgeon/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 60-61.

³⁴³ *A.k.*, para. 52.

³⁴⁴ *Golder/Birleşik Krallık, a.g.k.*

³⁴⁵ *Handyside/Birleşik Krallık, a.g.k.*

kadar geniş yorumlanacağına, Sözleşme organları karar vermektedir.³⁴⁶ Bu nedenle, Van Dijk ve Von Hoof³⁴⁷ takdir marjını asıl olarak Sözleşme organlarının her dava özelinde farklı faktörlerce belirleyecekleri kendi denetim yetkilerinin derecesiyle ilgili bir konu olarak tarif etmekte; takdir marjını, Sözleşme organlarının kendi denetim derecesini belirlemesi olarak yorumlamaktadırlar. Başka bir deyişle, Devletlerin takdirine bırakılan bir konu olup olmadığı ve bu takdirin ne kadar geniş olduğuna, Sözleşme organları geçici ve koşullu olarak karar vermektedir.

Takdir marjı, Sözleşme organlarının bir yandan Sözleşme standartlarını genişletme ve derinleştirme anlamında geliştirme eğilimi; diğer yandan Üye Devletlerin, yasama başta olmak üzere, organlarının tasarruflarına saygı göstermesi eğilimi arasındaki gerilimli bir hat üzerinde oturmakta ve işlev olarak da bu gerilimi azaltmayı üstlenmektedir.

Orantılılık ya da dengeleme ise, başka bir hak ya da kamu yararı karşısında bir hakka yapılan müdahaleye izin verilmesi ya da hakkın sınırlanmasının meşru görülmesine dayanan bir ilkedir.³⁴⁸ Orantılılık ilkesi, haklara yapılan bir müdahalenin güttüğü amacın önemi karşısında bireyin sahip olduğu hakkın ve bu hakkın koruduğu hukuki menfaati sınırlamanın doğuracağı sonucun ciddiyetini dengelemek amacı gütmektedir. Dolayısıyla haklar ve kamu yararı arasında bir denge kurulmasına yöneliktir ve bu nedenle örtük olarak yargı ve yürütme arasında bir gerilime işaret etmektedir.³⁴⁹

Bununla beraber orantılılık, tek başına bir koşul değil, demokratik bir toplumda gerekliliğin doğrudan sonucu olarak yorumlanmaktadır.³⁵⁰ Mahkeme yetkisi dahilinde denetimini yaparken bir taraftan orantılılık, diğer taraftan takdir marjı arasında nazik bir

³⁴⁶ A.k., para. 49; *Lingens/Avusturya*, a.g.k., para. 39.

³⁴⁷ Van Dijk ve Von Hoof, a.g.k., s. 90.

³⁴⁸ *Handyside/Birleşik Krallık* kararından önce orantılılığın ilke olarak kabulü *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 2832/66, 2835/66 ve 2899/66, 18.06.1971, para. 93 kararıyla gerçekleşmiştir. Ayrıca bkz. *Golder/Birleşik Krallık*, a.g.k., para 45.

³⁴⁹ Bkz. *Dudgeon/Birleşik Krallık*’ta Yargıç Matscher’in muhalif görüşü.

³⁵⁰ *Handyside/Birleşik Krallık*, a.g.k., para. 49.

denge tutturmaya çalışmaktadır.³⁵¹ Matscher'e göre,³⁵² orantılılık ilkesi, takdir marjını düzeltici ve kısıtlayıcı bir işleve sahiptir.

Bu ilkenin haklarla ilgili sorunların çözümünde uygun bir yol olduğunu, hatta kaçınılmaz olduğunu ileri süren görüşler olduğu gibi, bu ilkenin temel hakların özüne zarar verdiğini ve özellikle kamu yararıyla çatışma halinde, kaçınılması gereken bir araç olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur. Greer,³⁵³ bir muhakeme yöntemi olarak dengelemeyle bunu destekleyen ve eleştiren iki uç örnek olarak Habermas ile Alexy'yi ele aldığı makalesinde, dengeleme/orantılılık yönteminin Mahkeme bakımından başka dinamiklerle beraber işlediğini ifade etmektedir. Greer'a göre,³⁵⁴ Mahkemenin yorumuyla ilgili ve kendi aralarında bir sınıflandırmaya tabi olmayan ilkelere kaynaklan sorumlu bir yaklaşım, orantılılık meselesini de etkilemektedir.³⁵⁵ Greer,³⁵⁶ kendi deyimiyle, 'yapısal bir Sözleşme yorumu' önermektedir. Buna göre, yorum ilkeleri karmaşasından kurtulmak için üç temel ilke etrafında bir düzenleme yapılması gerekir. Bu üç temel ilke 'haklar ilkesi', 'demokrasi ilkesi' ve 'haklara öncelik ilkesidir'. Bu ilkeler doğrultusunda da demokrasi ve hukukun üstünlüğü bağlamında insan haklarının korunması merkeze alınmalıdır.

³⁵¹ Marc-André Eissen, "The Principle of Proportionality in the Case-law of the ECtHR," **The European System for the Protection of Human Rights**, ed. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, 1993, s. 145.

³⁵² Matscher, *a.g.m.*, s. 79.

³⁵³ Steven Greer, "Balancing and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate," **Cambridge Law Journal**, Yıl 2004, Sayı 63 (2), s. 412-434.

³⁵⁴ Yazar bu konuda bireysel hakların etkili korunması, hukukun üstünlüğü ve demokrasi gibi siyasi ilkeler ile evrimsel (dinamik) yorum gibi yorumsal (*exegetical*) ilkeler olarak bir sınıflandırma yapmakta ve bunlar arasında bir hiyerarşi kurulması gerektiği üzerine bir kuram geliştirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Steven Greer, **The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2006.

³⁵⁵ Ancak Başak Çalı bundan daha yapısal bir soruna işaret etmektedir: Mahkeme 'hukuki kozmopolitizm' ve 'devletler topluluğu' arasında bir denge tutturmaya çalışmakta fakat bunun için sağlam ilkeleri olmadığından, bocalamaktadır. Bkz. Başak Çalı, "The Limits of International Justice at the ECtHR: Between Legal Cosmopolitanism and 'A Society of States'," **Paths to International Justice: Social and Legal Perspectives**, ed. Marie-Bénédicte Dembour ve Tobias Kelly, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2007, s. 111-134.

³⁵⁶ Bkz. Greer, *a.g.m.*, s. 417.

Greer'a göre,³⁵⁷ iki Sözleşme hakkı arasında ortaya çıkacak bir çatışmanın çözülmesinde Alexy'nin dengeleme analizinin eksik kaldığı iki husus bulunmaktadır. Öncelikle, her Sözleşme hakkının ifade ettiği anlamın ne olduğu konusundaki nihai sorumluluk Mahkemeye aittir. Tanımlama, tercüme etme ya da dengeleme olarak adlandırılması önemli değildir; 'haklar ilkesi'nin ne ifade ettiğinin açıklığa kavuşturulmasında Mahkeme yetkilidir. Dolayısıyla belirsiz normlara kesinlik kazandırmak ve bunları uygulamak söz konusu olduğunda yargının takdiri kaçınılmazdır. İkinci olarak, Mahkemenin tam bir anayasa mahkemesi olmamasından ve Üye Devletlere belirli bir takdir marjı bırakmaya yetkili (ve zorunda) olmasından dolayı, dengelemenin Alexy'nin analizindeki kadar katı olamayacağının da göz önüne alınması gerektiğini hatırlatmaktadır.³⁵⁸ Öte yandan Mahkeme içtihadının bu bağlamda kendine özgü yönleri olduğunu teslim etmektedir.³⁵⁹ Greer'a göre, öncelikle Alman Anayasa Mahkemesinden farklı bir muhakeme sıralaması takip eden Mahkeme; müdahalenin hukukilik ilkesine uyumlu olmasını, meşru amaçları gerçekleştirmek için demokratik bir toplumda gerekli olması ve baskın bir toplumsal ihtiyacı karşılamasını değerlendirmektedir. İkinci olarak, Alexy'nin üç kısımlı dengeleme testi, Mahkeme içtihadına göre tek bir boyuta indirgenmektedir çünkü Mahkemeye ulaşabilen başvuruların çoğunda gereklilik ve uygunluk soruları halihazırda birer cevap almış olmalıdır. Dolayısıyla soru, temel haklarına asgari ölçüde müdahale oluşturan işlemlerin belirli bir kamu yararını icra etmeye gerçekten muktedir olup olmadığı olmalıdır. Üçüncü olarak, Alexy kamu yararı ve temel hakları dengelemeye müsait çatışan ilkeler olarak görürken Mahkeme, haklara öncelik veren bir yaklaşıma sahiptir. Dolayısıyla Sözleşme haklarının birbiriyle dengelenmesi ve haklarla genel yararın dengelenmesi arasında bir fark mevcuttur.³⁶⁰ Son olarak, yazara göre, Mahkeme bir anayasa

³⁵⁷ Bkz. *a.g.m.*, s. 424.

³⁵⁸ *A.k.*

³⁵⁹ *A.k.*, s. 430.

³⁶⁰ *A.k.*, s. 433.

mahkemesi kudretinden yoksundur ve bu nedenle biçimsel hukuk kuralları oluşturmaktan da uzaktır.³⁶¹

Dengeleme, ölçülülük ve Sözleşme içtihadındaki kullanımıyla orantılılık, doktrinde sıkça üzerinde durulan; bireysel hakların kendi arasında veya bireysel hakla kamu yararının çatışması durumunda çözümün nasıl sağlanabileceği konusunda başvurulmuş bir kavramsallaştırmadır. Orantılılık olarak da ifade edilebilen dengeleme konusundaki tartışmaların, muhakeme/yargısal karar alma çalışmalarının kesinlik ve tarafsızlıkla yapılmasına dönük eski tartışmaların bir tezahürü olduğu ifade edilebilir.³⁶² Bu yöntemin cazibesi basitlik, kapsayıcılık, her şeye uyarlanabilme ve kesinlik sağlamasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir.³⁶³

Öte yandan, başta dengelenecek şeylerin (çıkar, hak, ilke vs.) aynı nitelikte olup olmadığı, dengelemenin hangi ölçüyle nasıl yapılacağı ve kim tarafından yapılmasının makul olduğu konuları olmak üzere, orantısallık yönteminin adaletle gölge düşürdüğü konusundaki eleştiriler de hafife alınacak cinsten değildir. Orantılılık ilkesine yöneltilecek öncelikli eleştiri, ortak ölçütün nicelik ve mekanik olarak belirlenmesinin kaçınılmazlığıdır. Para, mutluluk ya da haz olarak belirlenecek ‘fayda(cılık)’, ortak bir ölçüt konusunda akla ilk gelen yaklaşımdır. Ancak bu yaklaşım da karmaşık sorunların tek bir cevabı varmış yanılgısına düşürüp dengelemenin kuramsallığından bir parçayı eksiltmektedir.³⁶⁴ Ayrıca yargıç ve yasa koyucu arasındaki gerilimin ortadan kaldırılması konusunda da sessiz kaldığı ifade edilmektedir.

Öte yandan yargısal muhakeme (hatta ahlak) alanında kimi değerlerin ölçülebilir, kıyaslanabilir ve bazılarının diğerlerinden daha önemli olduğunu söylemek, faydacıların bile yüksek sesle söylemekten çekineceği şeylerdir. Dolayısıyla dengeleme konusunda matematiksel bir kesinlikten söz etmek pek mümkün görünmemektedir. Ancak

³⁶¹ A.k.

³⁶² Stavros Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?,” **I-CON**, Yıl 2009, Cilt 7, Sayı 3, s. 469.

³⁶³ A.k.

³⁶⁴ A.k., s. 471-2.

Tsakyarakis'e göre,³⁶⁵ matematiksel bir kesinlikten uzak olunması, ahlak konusunda topyekûn bir agnostizme de yol açmamalıdır. Tsakyarakis,³⁶⁶ bu konuda Waldron'un 'zayıf bir ölçülmezlik' (*weak incommensurability*) önerdiğini söylemektedir. Waldron,³⁶⁷ dengelemeyi geniş bir anlamda ele alıp dengelemenin sadece Benthamcı bir nicelikselleştirme olarak anlaşılmasının gerekmediğini; geniş anlamda dengelemenin ilgili değerler arasında bir ilişki kurmaya dair herhangi bir akıl yürütme biçimi olarak anlaşılabilirliğini belirtmektedir.

Tsakyarakis'e göre³⁶⁸ dengeleme, Waldron'un geniş anlamdaki dengeleme yorumuna karşı, uygulamada herhangi ahlaki bir muhakemeden uzak durarak kimi değerleri dengelemeyi amaçlayan spesifik bir yargılama testi olan orantısallık açısından büyük bir önem kazanmıştır. Dolayısıyla orantısallık testi herhangi bir öncelik söylemini bertaraf ederek değer çatışmalarını, bu değerlerin bir arada bulunabilme derecesini değerlendirerek çözmeye çalışmaktadır. Böylece insan hakları, toplumun genelini ilgilendiren çıkarlar karşısında bir öncelik ya da üstünlüğe sahip değildir; her ikisinin aynı düzlemde yer aldığı varsayılır ve haklar ancak genel faydanın gerekleriyle karşılaştırıldıktan sonra uygulanabilir. Nitekim Alexy³⁶⁹ bu nedenle temel hakları, düzenlendikleri haliyle *prima facie* haklar ve genel çıkar ile sağlaması yapıldıktan sonra 'gerçek' haklar olarak tasnif etmektedir.

Kısacası haklar ve kamu yararı arasındaki ilişkiyi *a priori* formül halinde sunmak mümkün değildir. Bunun yerine, hakkı kısıtlayan işlemin ileri sürülen kamu yararı amacına uygunluğu, gerekliliği ve getirmeyi hedeflediği yararın yanı sıra, bireye getirdiği yüke de bakmak gerekir. Genel olarak gereklilik ve uygunluk aşamaları ciddi bir sorun teşkil etmez zira bir hakkı kısıtlayan işlemin meşru bir amaca uygun ve bu

³⁶⁵ A.k., s. 472-3.

³⁶⁶ A.k., s. 473'te dipnot 14: Jeremy Waldron, "Fake Incommensurability: A Response to Prof. Shauer," **Hastings Law Journal**, Yıl 1994, Cilt 45, s. 817; ayrıca Jeremy Waldron, "Security and Liberty: The Image of Balance," *Journal of Political Philosophy*, Yıl 2003, Sayı 11, s. 191.

³⁶⁷ Waldron, "Fake Incommensurability...", s. 819.

³⁶⁸ Tsakyarakis, *a.g.m*, s. 468.

³⁶⁹ Alexy, *a.g.k*.

amaç için gerekli olduğunu savunmak zor değildir. Dolayısıyla asıl ağırlık, müdahalenin göreceli yoğunluğu ile hedeflenen amacın önemi arasındaki ilişkiye verilmektedir. Orantısallık ilkesi, değer çatışmalarının derece ya da yoğunluk konularına indirgenebileceğini; yoğunluk ya da derecenin ortak bir ölçü ile ölçülebileceğini ve bu sürecin çatışmaya bir çözüm sunacağını varsaymaktadır.³⁷⁰ Dolayısıyla bu ilke tarafsız olma, objektif olma ve herhangi bir ahlaki akıl yürütmeyi tamamen dışarıda bırakma iddiasındadır.

Tsakyrakis,³⁷¹ dengelemenin bir insan hakları yargı muhakeme yöntemi (*adjudication*) olarak kabul edilmemesi gerektiğini söylemektedir çünkü bir taraftan değerlerin ölçülebileceğini savunan, öte taraftan ahlaki bir duruştan uzak olma iddiasındaki bir argümanın tutarsızlık içinde olduğunu ifade etmektedir. Zira değerlerin ölçülmesi ve dengelenmesi, değerler arasında bir ilişkinin kurulması ve bir öncelik durumunun meşruluğunun oluşturulması demektir. Ayrıca orantılılık ilkesi nicelik ve kesinlik iddialarına da sahiptir ve ahlak unsurunu dışarıda bırakmayı savunduğu için farklı değerlerin iki ayrı kefedeki tartılmasına benzer, mekanik bir ölçüm işlemine tekabül etmektedir.³⁷² Yazarın orantılılık ya da dengelemeye karşı çıkmasının asıl nedeni ise ahlaki bir değerlendirmeden kaçınılması maksadıyla daha teknik/mekanik bir yöntemle hakların kısıtlanmasının meşru görülmesi ve bunun sonucunda temel haklara zarar verilmesidir. Dolayısıyla hakların ölçülebilir ve başka değerlere indirgenebilir değerler olarak görülmesinin, haklara zarar vereceğini düşünmektedir.

R. Dworkin'in hak anlayışından esinlenen ve merkezinde, dokunulmaması gereken bir öz bulunduğunu savunan bu görüş, dengeleme metaforunun yaygın kullanımına karşın, kimi çıkmazlarına işaret etmesi bakımından önemlidir. Haklar ve kamu yararı arasında bir çatışma olması durumunda nasıl karar verileceğine dair

³⁷⁰ Tsakyrakis, *a.g.m.*, s. 468.

³⁷¹ *A.k.*

³⁷² *A.k.*, s. 475.

nesnellik ve göreceli bir kesinlik iddiasıyla geliştirilen dengeleme aracının, dokunulmaz hak veya hakkın özü anlayışıyla uyuşması mümkün görünmemektedir. Ayrıca haklar konusunda, bilimsellik ve pratiklik amacıyla savunulan dengeleme, ortadan kaldırmayı hedeflediği ahlaki gerekçeleri ve bu doğrultudaki akıl yürütmeyi kaldıramadığı gibi sadece bunu gizlemektedir. Bu nedenle nesnellik iddiasının söylem düzeyinde kaldığı söylenebilir. Dengelemenin olumlu ve olumsuz yönleri açısından doktrin; bir ucunda Habermas ve R. Dworkin gibi hak temelli anlayışa sahip düşünürler ile diğer ucunda Alexy gibi matematiksel kesinlik peşindeki hukukçular arasında bölünmüştür. Ayrıca dengelemenin sorunlu yönlerinin kolayca görülebildiği de ortadadır. Yine de hak çatışmaları veya haklar ile kamu yararı çatışmaları bakımından daha iyi bir aracın henüz bulunamadığını vurgulamak gerekir. Bunun yanında, Sözleşme organları da dahil olmak üzere, dünyadaki birçok mahkemenin dengelemeyi kullanarak karar vermeleri nedeniyle, yani fiili durum karşısında; dengelemeyi görmezden gelmek veya kullanımdan kaldırmaktansa belki iyileştirmeye çalışmak daha iyi bir seçenek olacaktır.

Dengeleme ya da orantılılık, özel hayata saygı hakkı gibi nitelikli haklar bakımından Mahkemenin de temel uygulamalarından biridir.³⁷³ Nitekim “toplumun genel çıkarının gerekleriyle bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge kurma arayışı tüm Sözleşme’ye içkindir”.³⁷⁴ Bu nedenle haklarla ilgili meseleleri anlayabilmek için dengelemenin gerekçeleri, yarattığı sonuçlar ve kararlar arasındaki tutarlılıklar önem kazanmaktadır. Çok geniş kapsamlı bir çalışma olabilecek bu mülahazalar yerine, Mahkemenin giderek daha esnek bir dengeleme yöntemi izlediğini söylemekle yetinelim. Buna göre, Mahkeme uzun bir süre katı bir orantılılık testi uygulamıştır ancak daha yeni tarihli kararlarda daha gevşek bir testin uygulanmaya başladığını görmek mümkündür. Eskiden müdahalenin gerekçelerinin uygun ve yeterli

³⁷³ Van Dijk ve Von Hoof, *a.g.k.*, s. 81.

³⁷⁴ *Soering/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 14038/88, 07.07.1989, para. 89.

olup olmadığı, baskın bir toplumsal ihtiyacın mevcudiyeti ve müdahalenin meşru amaç ile orantılı olup olmadığı denetlenirken; yeni beliren eğilimle beraber, başka noktaların öne çıktığını saptamak mümkündür. Bunlar, müdahalenin ‘prensip’ meşru görülüp görülemeyeceği, müdahaleyle meşru amaç arasında ‘makul bir orantısallık’ olup olmadığı gibi gereklilik koşulunun gevşetilmesiyle sonuçlanacak parametrelerdir.³⁷⁵

³⁷⁵ Bkz. *Kokkinakis/Yunanistan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 14307/88, 25.05.1993; *Casado Coca/İspanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 15450/89, 24.02.1994; *Chorherr/Avusturya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 13308/87, 25.08.1993; *Hadjianastassiou/Yunanistan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 12945/87, 16.12.1992.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:
KURAM VE UYGULAMA BAĞLAMINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI
MAHKEMESİ'NİN DİNAMİK YORUMLAMA YÖNTEMİNİN GELİŞİMİ

Sözleşme organları ve özellikle 11. Protokol sonrasında Mahkeme, yapılan bireysel başvuruları incelerken bir yandan uluslararası hukukun genel kurallarını, diğer yandan kendi geliştirdiği yorumlama araçlarını kullanmaktadır. Başka hakları da ilgilendiren ancak özellikle birçok hukuki menfaatin korunması için referans bir hak olarak kullanılan özel hayata saygı hakkının yorumlanmasında sıkça kullanılan ve bu çalışmada ‘dinamik yorum’ olarak isimlendirilen yorumlama yönteminin özgünlüğünün anlatılabilmesi ve meşruiyetinin sağlanabilmesi için hukuk metodolojisi alanından destek alınmaktadır.

Bu doğrultuda Mahkemenin dinamik yorumlama yönteminin anlaşılabilmesi bakımından R. Dworkin’in sunduğu sistematik yorumlama çerçeve kanımızca en elverişli zemini sunmaktadır. Bunun için öncelikle, hukuksal yorumlama yöntemlerinden biri olarak sistematik yorumlama yöntemi açıklanmaktadır. Devamında R. Dworkin’in yöntemi, hukuksal bir yorumlama yöntemi olmasının ve sistematik yorumlamanın içine dahil edilebilmesinin yanında, haklarla ilgili genel bir hukuk kuramı olarak ele alınmaktadır. Bu zemin üzerine de Sözleşme organlarının bireysel özerklik doğrultusunda özel hayata saygı hakkını yorumlarken kullandıkları, dinamik yorumlama yöntemi oturtulmaktadır.

Bu bölümde önce genel olarak sistematik yorumlama yönteminin neden seçildiği ve özelliklerine değinilmekte; devamında ise özel bir türü olarak bütünsel yorumlama yönteminin üzerinde durulmaktadır. Hukukun yorumlanmasında genel bir kuram sunan bu yöntem, Sözleşme sistemine uyarlanmaya çalışıldığında bu sistemin organları vasıtasıyla geliştirilen kimi yorumlama ilkeleriyle etkileşime girmektedir. Yöntem ve ilkeler arasında bir ayrım olduğu ortaya konduktan sonra, aralarındaki etkileşim

sonucunda Mahkeme'ye has bir yorumlama yönteminin, dinamik yorumlamanın, meydana çıktığı gösterilmeye çalışılmaktadır. Böylece yapılan yorumlamaların; 'genişlik', hak kapsamının aşılması ve meşruiyeti konusundaki eleştirileri de ortadan kaldırması amaçlanmaktadır.

3.1. HERMENÖTİĞİN BİR DALI OLARAK SİSTEMATİK YORUMLAMA YÖNTEMİ

Yorumsamacılık ya da daha bilinen adıyla hermenötik, insanlar ve tanrılar arasındaki tercüman ve dilin kurucusu kabul edilen Antik Yunan tanrısı Hermes'e kadar götürülebilmektedir.³⁷⁶ Yunanca'daki *hermeneutikos*, 'açıklamayla ilgili, açıklayıcı' anlamlarına sahip bir kelimedir. 'Belirsiz olanı açıklığa kavuşturmak, çapraşık olanı anlaşılır kılmak' anlamlarına sahip olmakla birlikte, genellikle 'yorumlamak' anlamında kullanılmaktadır.³⁷⁷ Dolayısıyla bu kavramın birçok anlamı aynı anda içerecek şekilde kullanıldığı da söylenebilir.

“(Hermeneutik,) birincisi, bir manayı açığa çıkarmak, beyan etmek, dile getirmek anlamında ‘şerh’; ikincisi, bir sözü başka bir sözle aydınlatmak, izah etmek, tarif etmek anlamında ‘tefsir’; üçüncüsü, bir sözü başka bir söze çevirmek, tercüme etmek, aslına veya bir sonuca bağlamak, döndürmek, mealini vermek anlamındaki ‘te’vil’ kelimeleriyle ifade edilen manaların hepsini kapsar.”³⁷⁸

Hermenötik, felsefenin bir dalı ya da yöntemi olarak kabul edileceği modern döneme gelmeden önce, yüzyıllar boyunca filolojinin bir alt disiplini olarak vazife görmüştür. Hristiyan dünyasındaki temel metinlerin birçoğu “sonsuz bir anonim kopyacılar zincirinde belirsizlik ve dağınıklık izleri taşıyan çelişik versiyonlar halinde mevcut”³⁷⁹ olmuştur. Gerçek ile çarpıtılmış versiyonları ayırıştırma, otantik anlamın

³⁷⁶ Cengiz Otacı, “Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu,” **TBB Dergisi**, Yıl 2010, Sayı 89, s. 439-491.

³⁷⁷ Norman Blaikie, **Approaches to Social Enquiry**, Polity Press, Cambridge, 1993, s. 28.

³⁷⁸ Osman Bilen, **Çağdaş Yorum Bilim Kuramları: Felsefi ve Eleştirel Hermeneutik**, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2016, s. 28.

³⁷⁹ Zygmunt Bauman, **Hermenötik ve Sosyal Bilimler: Anlama'ya Dair Yaklaşımlar**, Ayrıntı Yay., İstanbul, 2017, s. 9.

yeniden elde edilmesi, filolojik-teolojik bir araç olarak kullanılan hermenötiğin ilk kullanım alanı olmuştur. Kutsal metinlerin yorumlanmasıyla ilgili bir kökeni olması yanında, günümüzde sosyal ve beşerî bilimlerdeki en karmaşık ve çeşitli görüşleri barındıran yaklaşımlardan biri olmuştur. Ayrıca metin yorumlamayla ilgili bir disiplin olma vasfını aşıp, kuramsal bir yönelimin yanında felsefî bir disiplin ve bir akımı anlatmak için de kullanılmaktadır.

Günümüzde hermenötik yaklaşımın en belirgin özelliği, beşerî bilimlerin doğa bilimlerinden farklı olarak özne ve nesne ayrımının, alanın konusu itibariyle mutlak olamayacağı ve aşılması gerektiği savusudur. Kişinin doğduğu, konuştuğu ve ilişki kurduğu andan itibaren kendini bir anlamlar ağı içinde bulduğu ve bu anlamların kişiden bağımsız olmadığı gibi, onun tarafından şekillendirildiği anlayışı; özne ile nesne ayrımının mutlak olarak yapılamayacağı argümanını beslemektedir.³⁸⁰ İnsan, içinde bulunduğu toplumsal, tarihsel ve kültürel ortamın belirlediği anlam dünyasının ufkuyla sınırlı bir anlama kapasitesine sahip olarak kabul edildiği için, beşerî bilimlerde doğa bilimlerindeki gibi bir kesinlik düzeyi elde etmek mümkün değildir. Doğa bilimlerinde geçerli olan, deney ve gözleme dayalı yöntemler, tekil olgular arasındaki ilişkiden (nedensellik) yola çıkarak bütün hakkında sonuçlar verebilmektedir. Oysa beşerî bilimlerde tarihi yapan da ona anlam atfeden de insandır. Tekil olaylardan yola çıkıp genel kanunlar elde etmek mümkün olmasa bile, doğa bilimlerinden farklı ve sınırlı sayılabilecek bir kesinlik anlayışı mümkündür.

Hermenötik yaklaşımın gelişimine kısaca bakıldığında; dinsel, edebi ve hukuki metinlerin okunup yorumlanmasında metinlerin tefsiri antikiteye kadar gitmektedir. Daha sonra 17. yüzyılda Alman topraklarında Protestan grupların İncil tefsiri konusundaki ilkeleri belirleme çalışmaları ise hermenötiği başka bir evreye taşımıştır. Mantık, retorik, metin eleştirisi ve tefsir gibi ortak yönleri olan yöntem ya da sanatlar,

³⁸⁰ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Erol Göka, Abdullah Topçuoğlu, Yasin Aktay, **Önce Söz Vardı: Yorumsamacılık Üzerine Bir Deneme**, Vadi Yayınları, Ankara, 1999, s. 26.

Aydınlanma ile birlikte düşüncenin evrenselliği ve akli ilkelerin değişmezliği çerçevesinde mantığın içine yerleştirilmiş³⁸¹ ve giderek teolojik bir araç vasfını yitirmeye başlamıştır.

Dini tefsir ve metinlerdeki gizli anlamı ortaya çıkarabilmeye dayalı bu erken dönem hermenötiği müteakiben Alman felsefeci Schleiermacher, modern hermenötiğin temellerini atmış; kavram, dönüşüme uğrayıp genel bir anlama yöntemi sunacak biçimde anlaşılmaya başlamıştır. Bu düşünür için anlama,³⁸² psikolojik ve gramatik olmak üzere ikili bir yorumlamaya dayanmaktadır. Metin analizini aşarak psikolojik bir boyut da kazanan hermenötik, tarihsel ve kültürel özgünlükleri öne çıkararak bunların temelinde sosyal/tinsel bilimlerin çalışma yöntemini geliştirmekle meşgul olmaya başlamıştır. ‘Yorumlama’ dan ‘anlama’ ya kayan ağırlık merkezi, metin yazarının ya da konuşmacının ifadelerinin arkasındaki düşünce yapısını çözmeye dayandırılmış ve bu kişiyi anlayabilmek için yazarın/konuşmacının zihinsel durumuna ulaşmak ve onu yeniden inşa etmek gerektiği ileri sürülmüştür.³⁸³ Toplumsal bir aktörün ya da metnin ilk yazarının zihinsel süreçlerini geriye dönük olarak yeniden yaşamaya dayalı bu diyalog ‘hermenötik döngü’ olarak formüle edilmiştir.³⁸⁴

Anlamanın genel kurallarını ortaya koymaya çalışan Schleiermacher’den sonra Dilthey anlamayı, beşerî/tinsel bilimlerinin yöntemi olarak daha da geliştirmiştir. Dilthey’e göre,³⁸⁵ doğa bilimlerinin yöntemi açıklama, beşerî bilimlerin yöntemi ise anlamadır; çünkü tarihsellik ve tecrübe hem bu bilimlerin nesnesini/konusunu hem de öznesini/araştırmacıyı değiştirip dönüştürmektedir. Tinsel bilimlerin konusunu

³⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bilen, *a.g.k.*, s. 253.

³⁸² Bauman, *a.g.k.*, s. 37-8.

³⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bauman, *a.g.k.*, s. 37- 41.

³⁸⁴ Bkz. Blaikie, *a.g.k.*, s. 29. Bauman, ‘hermenötik döngü’ kavramının Ast’ın Wach’tan ödünç aldığı bir fikir olduğunu belirtir ve tarihin “kendi uzlaşmaz özelliği içinde yorumlamamıza kapalı olanı şeffaf kılmak amacıyla özel olandan bütüne ve bütün olandan tekrar geri özel olana doğru ebedi bir hareketten ayrı bir anlaması” olmadığını; sürekli genişleyen döngüler halinde ve Tin idealine bir kez daha yaklaşarak tikelden tümele ve gerisin geri olan hareketlerin kişinin bilincine varması ve Tinle bütünleşmesini sağlayan bir buluş olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Bauman, *a.g.k.*, s. 37.

³⁸⁵ Wilhelm Dilthey, **Hermeneutik ve Tin Bilimleri**, çev. Doğan Özlem, Paradigma yayınları, İstanbul, 1999, s. 24-30.

oluşturan tarih ve yaşamaa, tamamlanmış süreçler olmadığı için doğa bilimlerindeki konulardan farklı ve dolayısıyla buradaki kesinlikten ayrılır.

Hegel felsefesinin belirleyici olduğu 19. yy. Almanyasının düşünsel ortamında devletini arayan Romantik bir milliyetçilik tarih, hukuk ve sanat alanlarını etkilemiştir. Modern hermenötiğin doğduğu bu topraklarda devletsiz bir ulusun boş merkezini ‘Tin’ (*Geist*) doldurmuş, tarihin öznesi ise çoğul/kolektif ve anonim bir ‘halk’ olarak seçilmiştir. Dilthey’in sosyal bilimleri, tinsel bilimler (*Geisteswissenschaften*) olarak adlandırıp kendine has bir yöntem geliştirmesi, tarihsel bilince anlama ve yorumlama konusunda biçtiği temel rol, anlamanın döngüsellliğini Tin ile bütünleşme anlamına gelecek şekilde formüle etmesi, böyle bir çağın anlayışının eksiksiz ifadeleridir. Bu anlayışa dayalı olarak Dilthey,³⁸⁶ hermenötiği metinsel yahut dilsel bir alandan çıkartıp yaşanmışlık ya da tecrübe (*Erlebnis*) üzerine inşa edilecek bir yöntem haline getirmeyi önermiştir.

Dilthey, hermenötiği beşerî bilimlere has bir yöntem arayışı çerçevesinde metodolojik alanda geliştirmişken başka bir Alman olan Heidegger ise hermenötiği ontolojik bir alana çekmiştir. Heidegger’in başka bir katkısı da fenomenoloji ve hermenötik arasında köprü kurarak insan varlığının (*Dasien*) yorumunu oluşturması olmuştur.³⁸⁷ Fenomenolojiden ödünç aldığı bilinçli tecrübeden doğan bilgi ve hermenötiğin dilsel yorumlama stratejilerini, kendine has bir insanın varoluşsal çözümlemesinde birleştirmiştir.³⁸⁸

Hermenötiği, sosyal bilimlere has bir yöntem arayışından ziyade insan varlığının dünyayı deneyimlemesi anlamında ontolojik bir mesele olarak ele alan Heidegger’dan sonra, nesnel bir bilgiye ulaşabilme sorunsalı etrafında hermenötik yaklaşımların da

³⁸⁶ Doğan Özlem ‘erlebnis’ terimini ‘iç deneyim’ olarak çevirmiştir. *A.k.*, s. 16.

³⁸⁷ Bkz. Edibe Sözen, **Söylem: Belirsizlik, Mücadele, Bilgi/Güç ve Refleksivite**, Paradigma yayınları, İstanbul, 1999, s. 74-75.

³⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Martin Heidegger, **Varlık ve Zaman**, Sentez Yayıncılık, Bursa, 2012.

ikiye ayrıldığı söylenebilir.³⁸⁹ Schleiermacher ve Dilthey geleneğinin takipçileri, yorumlamanın genel yöntemleri arayışını sürdürmüş ve insan varlığının ötesindeki tarihsel ve toplumsal anlamının nesnel olabilmesinin imkanlarını araştırmıştır. Başta Gadamer ve Ricoeur olmak üzere, Heidegger'in takipçileri ise metodolojik olmaktan ziyade anlamının/bilginin doğası ve koşullarını felsefi bir zeminde araştırılmasına odaklanmış; tarih ve kültürü aşan nesnellikte bir yorumlamanın imkânsız olduğunu savunmuştur.³⁹⁰

Bizim konumuz doğrultusunda önem arz eden sistematik yorumun, Gadamer ile olan yakın ilişkisi nedeniyle bu düşünürün belirli kavramları üzerinde daha fazla durmak gerekmektedir. Bu çalışmasının sınırlılıkları bağlamında, Gadamer'in birçok farklı alan ve düşünceyi etkileyen görüşlerini hakkıyla incelemek mümkün değildir.³⁹¹ Bu nedenle yazarın 'gelenek', 'anlama öncesi' ve 'ufukların kaynaşması' kavramlarına ağırlık veren bir değerlendirme yapılmıştır. Bu kilit kavramlar etrafında, yazarın, yorum hakkındaki düşünceler örgüsünü keşfetmek mümkündür.

Gadamer'e göre³⁹² yorumlama, kastedilen anlama değil, gizli olan ve açıklığa kavuşturulması gereken anlama göndermede bulunmaktadır. Okuyan ya da yorumlayan kişi, metinlerin apaçık ifade ettiği anlamın ötesine geçip metinlerin gayriihtiyari biçimde ifade ettikleri gerçekliği yakalamalıdır. Dolayısıyla Gadamer, bir metnin kendi söylediklerinin ötesinde, yazıldığı tarihsel dönem ve mekân içerisinde konumlandırılması ve ifade etmediği gerçekliğin yakalanmasından söz etmektedir. Nesnel bir yorumlamanın yapılması, yorumcunun ve metin yazarının farklı geleneklere ait olmasından ve bu geleneklerin her ikisini de sınırlaması nedeniyle mümkün değildir.

³⁸⁹ Blaikie, *a.g.k.*, s. 63.

³⁹⁰ *A.k.*

³⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hans-Georg Gadamer, "Hermeneutik," Doğan Özlem (der. ve çev.), **Hermeneutik Üzerine Yazılar**, İnkılap Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 11-33; Hans-Georg Gadamer, "Hermeneutik Problemin Evrenselliği" ve "Metin ve Yorum," Hüsamettin Arslan (der. ve çev.), **Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler**, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002, s. 61-73 ve s. 284-321; Hans-Georg Gadamer, **Hakikat ve Yöntem**, Paradigma yayınları, İstanbul, Cilt I- 2008, Cilt II-2009.

³⁹² Gadamer, **Hakikat ve Yöntem**, s. 300-301.

Anlam ancak yorumcunun sorduğu soruyu, içinde cevap aradığı metinle karşılıklı bir etkileşime, diyaloga sokarak bulunabilir. Başka bir ifadeyle, yorumcu kendi düşünsel ufkuyla sınırlıdır, belli bir geleneğe dahildir ve bu durum onun anlama öncesini oluşturmaktadır. Böylece başka bir metni anlamak, başka bir tarihsel dönemdeki olayı çözmek ya da başka bir kültürdeki olguyu idrak etmek için, onun düşünsel ufkuna temas etmek gerekmektedir. Bu temas, daha doğrusu kaynaşmanın sonucunda, yorumcu da metin de dönüşmektedir.

“Bir metin ya da tarihsel olaya yorumcunun anlam ufku içerisinde yaklaşılır ve metnin ya da olayın ufkuyla kaynaşması ile bu ufuk genişleyecektir. Anlama süreci, soru ve cevap diyalektikliği vasıtasıyla diğer ufukla girilen hermenötik konuşma sonucunda yorumcunun kendi anlam ufkunun genişlediği bir ‘ufukların kaynaşması’ni içermektedir.”³⁹³

Gadamer için anlama, Dilthey’de olduğu gibi, yazarın niyetini anlamak için onun zihnine ulaşma çabası, onun düşüncelerini yeniden inşa eylemi değildir: “Anlama, yeniden inşa etme değil; arabuluculuktur... Temel olarak geçmişin anlamını şimdiki duruma tercüme etmeye ya da bir arabuluculuğa dayanır.”³⁹⁴

Gadamer, Heidegger’in varoluşsal hermenötik anlayışını estetik, tarih ve beşerî bilimlerdeki anlama ve yorumlama pratiğine uyarlamıştır. Böylece anlamının tarihsellik ve sınırlılığını, gelenek ve dil üzerine oturan bir ontoloji anlayışını geliştirmiştir. Konumuz açısından bu düşünürün önemi, gelenek ve dilden doğan önbilgi ya da önyargılardan kaçınmanın imkânsızlığı ve bu nedenle bilmenin sınırlılığına yaptığı vurgudur. Bu vurgu, yorumlama yahut anlamamanın mümkün olmadığı gibi basit bir çıkarsamaya varmaktan ziyade, “önyargıların, ölümlü varlıkların anlama konusundaki gerekli koşulları olmasından”³⁹⁵ kaynaklanmaktadır. Bilen’e göre,³⁹⁶ Gadamer’de önyargı, asıl yargıya varmadan önceki yargıdır ve anlamamanın önkoşuludur. Önyargılar peşinen reddedilmesi gereken şeylerden ziyade, konu ya da çalışma nesnesine göre

³⁹³ Blaikie, *a.g.k.*, s. 64.

³⁹⁴ D. E. Linge, “Editor’s Introduction,” **Philosophical Hermeneutics**, H. G. Gadamer, Univ. of California Press, Berkeley, s. xi-lviii’den aktaran Blaikie, *a.g.k.*, s. 64.

³⁹⁵ Istvan M. Fehér, “Prejudice and Pre-Understanding,” **The Blackwell Companion to Hermeneutics**, Niall Keane ve Chris Lawn (ed.), Wiley Inc., Sussex, 2015, s. 376-386.

³⁹⁶ Bilen, *a.g.k.*, s. 141-176.

denenip sınanması gereken koşullardır. Anlama da bu sürecin içinde gerçekleşir ve önyargılar, anlaşılan şeyin anlamına dahil olur. Öte yandan anlamaya çalışan kişinin de kendisiyle ilgili bakışı dönüşmekte, bu sayede kendi önyargılarını ve sınırlılıklarını kavramaktadır. Yorumlama, anlamadan ayrı bir süreç değildir ve geçmişten gelen metinlerin, dil aracılığıyla genişleyerek geleneğin sürekliliğine katılmasını ifade etmektedir.

Gadamer açısından hukuki hermenötik ya da hermenötiğin hukuka uyarlanması, kendi hermenötik anlayışını geliştirmesi açısından odak noktalarından birini oluşturmaktadır çünkü hukuki pratik, hermenötik anlamayı eksiksiz örneklemektedir. Önündeki bir davayla ilgili olarak karar vermesi gereken bir yargıç, olayların somutluğu ve hukuki düzenlemelerin genelliği ile sınırlı olup, ikisi arasındaki bağı yoruma dayalı olarak kurmak durumundadır. Gadamer açısından bu durum, hermenötik anlamının somutlaşmasının ancak yorumla mümkün olduğunun canlı bir örneğini sunmaktadır.³⁹⁷ “Hermenötiğin hukuktaki rolü, hukuki deneyim ve pratiklerin tüm tekilliklerini kapsayabilecek genel bir hukuk bulunamayacağı gerçeğine dayanmaktadır. (Bu nedenle,) belirli bir olayın/davanın genel bir hukuk kuralına uyarlanması daima bir yorumlama eylemidir.”³⁹⁸

Gadamer’in gelenek ve önyargılar konusundaki görüşleri göz önüne alındığında, yorumlama pratiğini basit ve tek yönlü bir kelime ya da terim anlamını ortaya çıkarma eylemi olarak düşünmek yanlış olacaktır. Yorumlayan kişinin düşünsel ufkunu belirleyen, onun geçmiş deneyimleri ve kafasındaki belirli bir soruya cevap bulmak amacıyla metni okuması; metnin kendi başına, nesnel olarak yorumlanabilecek bir anlama sahip olmadığı anlamına gelecektir. Hukuki bir metne uyarlandığında genel

³⁹⁷ Hans-Georg Gadamer, **Truth and Method**, 2nd revision, trans. Joel Weinsheimer ve Donald G. Marshall, New York: Crossroad, 1989, s. 320 vd.

³⁹⁸ Hans-Georg Gadamer, “The Hermeneutics of Suspicion,” **Hermeneutics: Questions and Prospects**, ed. Gary Shapiro ve Alan Sica, Amherst, MA: University of Massachusetts Press, 1984, s. 55-65’ten aktaran Francis J. Mootz, “Hermeneutics and Law,” **The Blackwell Companion to Hermeneutics**, ed. Niall Keane ve Chris Lawn, John Wiley and Sons Inc., 2015, s. 772-784.

geçer bir anlama sahip olma sorunu, her hukukçunun ya da yargıcın belirli bir metni aynı biçimde yorumlama sorununa dönüşmektedir. Ayrıca hermenötiğin temel amacı olan, günümüze rehberlik etmek amacıyla geçmişten gelen bir metnin anlamını belirlemek hukukun temellerindendir. Öte yandan hukuki metinlerin belirli bir anlamı verecek şekilde yorumlanması bağlamında düşünüldüğünde; hermenötik yaklaşımın hukuka olan ilgisi, hukuk güvenliğini sarsabilecek bir nitelik kazanabilir.

Hermenötik, hukuki yorum konusunda birçok yaklaşımın kafa karışıklığını ve çelişkisini gözler önüne sermektedir. Lafzi bir yorumla hukuki yorumun eşitlenemediği durumlarda, orijinal niyete (yasa koyucunun niyeti) veya hukuk dışı bir alana başvurma kolaycılığına gidilebilmektedir. Oysa bunun yerine, hukuk güvenliği ve buradan hareketle hukukun üstünlüğünü, dava bağlamındaki olaylar örgüsünün özgünlüğünü kaybetmeden yargıcın öznel stratejileri üzerine inşa etmek gerekmektedir.³⁹⁹ Mootz'un 'yargıcın öznel stratejileri' olarak addettiği, Gadamer'in ise Aristoteles'in *phronesis* kavramından devralarak pratik bilgi ya da bilgelik (*praktisches Wissen*) olarak tercüme ettiği bu ifade,⁴⁰⁰ yargıcın keyfiliği ile özdeş sayılmamalıdır. Devraldığı bir hukuk normunu günümüz ihtiyaçlarına uyarlamak kuşkusuz tatbiki bir görevdir; ancak yargıcın hukuk yorumunu, bu özelliği nedeniyle keyfi olarak düşünmek doğru değildir. Zira Gadamer'e göre,⁴⁰¹ anlamak ve yorumlamak geçerli bir anlamı keşfedip tanımdır. "Hukuk bağlamında adaleti gerçekleştirme çabası içerisinde aşkınlık (soyut ve genel norm anlamında) ve pratik uğraşlar arasındaki diyalektik, tüm beşerî anlamlandırmanın diyalektik yapısının bir dışavurumudur."⁴⁰²

Gadamer'in felsefi hermenötiğe yaptığı katkıların yanında, hukuk alanında, özellikle yorum konusundaki katkıları kayda değer niteliktedir. Özellikle yorum yapma

³⁹⁹ Bkz. Francis J. Mootz, *a.g.m.*, s. 775.

⁴⁰⁰ Bkz. Riccardo Dottori, "The Concept of Phronesis by Aristotle and the Beginning of Hermeneutic Philosophy," *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XI, Yıl 2009, Sayı 1, s. 301-310.

⁴⁰¹ Gadamer, *Truth and Method*, s. 328.

⁴⁰² Lauren Swayne Barthold, *Gadamer's Dialectical Hermeneutics*, Lanham, MD: Lexington Books, 2010'dan aktaran Francis J. Mootz, *a.g.m.*

ve hukuk yaratma arasındaki tartışmalara, böyle bir ayrımı geçersiz kılacak savlar ileri sürmesi bakımından önemlidir.⁴⁰³ Bunun yanında, anayasa hukuku bağlamında günümüze kadar devam eden orijinalizm ve hukuku güncel koşullara uyarlama tartışmalarına da katkı sağladığı söylenebilir. Yasa koyucunun niyetinin mi, yorumcunun maksadının mı geçerli olacağı tartışmalarında ikisini birleştiren ve yorumcuya ağırlık veren bir görüş geliştirmiştir.

Ronald Dworkin, Stanley Fish, Neil Mc Cormick, Paul Amselek, Pierre André-Côté, Jacques Chevalier, Robert Alexy ve Friedrich Müller gibi yazarlar, hukuki yorumlama konusunda adı anılması gereken diğer isimlerin başında gelmektedir. Ayrıca Eleştirel Hukuk Çalışmaları ile Hukuk ve Edebiyat çevreleri de hermenötiğin dil, yorum ve anlam konusundaki argümanlarından yola çıkarak, ana akım hukuk anlayışını oluşturan hukuki pozitivizm karşısında kendi yaklaşımlarını geliştirmiştir.

3.1.1. Genel Olarak Sistematik Yorum

Hukuki bir normun anlamını ortaya çıkarmak için yorum yapmak elzemdir. Bunun yanı sıra, yorumun nasıl yapılacağı da önemlidir. Hukuki metinleri apaçık olarak düşünüp, yoruma yer olmadığı kanaati pek haklı değildir; çünkü soyut olarak formüle edilmiş hukuk kurallarının somut olaylara uygulanması için sorunun tespiti, çözümü sağlayacak kuralın tespiti, kuralın olaya uygulanması ve nihayet hukuki sonucun açıklanması gibi aşamalarda⁴⁰⁴ yargıcın yorumu kaçınılmaz olmaktadır.

Sistematik yorumlamada bir normun anlamı, bütün hukuk sisteminden çıkarılmaktadır. Normlar birbirinden bağımsız değil, bütünün bir parçası olarak düşünülmelidir. Böyle bir anlayış, hukuk düzeninin bir normlar yığınının ziyade

⁴⁰³ Fouad Zarbiev, “Book Review: Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d’une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*,” **Leiden Journal of International Law**, Yıl 2009, Sayı 22, s. 212.

⁴⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Nazım Sözer, **Hukukta Yöntembilim**, Beta, İstanbul, 2011, 2. Baskı, s. 33-37.

çelişkisi olmayan birlik tezahür eden bir bütün olmasına dayanmaktadır.⁴⁰⁵ Böylece bir normun anlamı diğer normların anlamı dikkate alındığında çelişkisiz olmalıdır, normun içinde yer aldığı hukuki düzenlemenin geneliyle uyum içinde bulunmalıdır (yasa, anayasa ya da bizim örneğimizde, uluslararası sözleşme) ve nihayet tüm hukuk düzeniyle ilişkili olarak değerlendirilmelidir.

Normun kavramsal ve amaçsal anlamı incelendikten sonra edinilen kanaatin sağlamasını yapmak için diğer normlar ile olan ilişkisi (bunlar mükerrer, tamamlayıcı ya da çatışan normlar olabilirler) saptanır. Buna ‘dar anlamda sistematik yorum’ demek mümkündür.

3.1.2. Sistematik Yorumun Diğer Yorum Türleriyle İlişkisi

Sistematik yorum birçok hukuki düzenleme arasında bir bağ kurmaya dayandığı gibi disiplinler arası bir incelemeye de uygunluk taşır.⁴⁰⁶ Öte yandan birçok yorumlama yöntemini de içeren daha geniş kapsamlı bir yöntem sağlamaktadır. Nitekim öncelikle olayla ilgili olan normu içeren metnin okunması ile lafzi yorumlama yapılmaktadır. Belli bir hukuki metnin içerdiği normun anlamının ortaya çıkarılması, doğal olarak öncelikle burada kullanılan kelimelerin anlamının (ister genel/günlük dildeki, ister teknik anlamdaki kavramlar, isterse de imla veya olaya uygulanacak müessesenin unsurlarının tespiti olabilir) açığa kavuşturulmasıyla başlamaktadır. Kelime veya kavramların anlamının belirlenmesi, normun anlamının ortaya çıkarılması için, başka bir ifadeyle lafzi yorumun normun anlamının tespitinde yeterli görülmesi halinde, yoruma daha fazla devam edilmesine gerek yoktur. Ancak lafzi yorumdan makul

⁴⁰⁵ Bkz. Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, Filiz kitabevi, İstanbul, 2013, s. 198.

⁴⁰⁶ Bkz. Ali Nazım Sözer, *a.g.k.*, s. 64-65.

olmayan bir sonuç çıkması ya da çıkan sonucun doktrin ve yargı kararlarıyla uyuşmaması halinde amaçsal, tarihsel ve sistematik yoruma başvurulmalıdır.⁴⁰⁷

Bir normun yorumunda önce dile, dil bilgisine, kelimelere ilişkin inceleme yapılması; normun metinsel bir yapıya sahip olması karşısında, doğaldır. Ancak incelemeye lafzi yorumla başlanmasına rağmen diğer yorum yöntemleriyle arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi olduğundan bahsetmek doğru değildir.

Sistematik yorumun diğer yorum türlerine nazaran birtakım avantajları bulunmaktadır. Öncelikle, sistematik yorumun lafzi yorumu dışlamayıp hâlihazırda kapsadığını belirtmek gerekir. Üstelik sistematik yorumla, lafzi yorumla netleştirilemeyen kimi kavramların, bu sefer farklı normlar arasında ve genel olarak hukuk düzeninde nasıl değerlendirildiğini de incelemek mümkün olmaktadır.

Diğer bir yorum yöntemi olan amaçsal yöntemin de sistematik yorum yöntemiyle yakın bir ilişki içerisinde olduğu söylenebilir. Bir norm ile ulaşılmak istenen hedefi bulmaya çalışan ve ‘gai’ ya da ‘teleolojik’ olarak da adlandırılan bu yorum yönteminin de sistematik yorumlama tarafından kapsandığını görebilmekteyiz. Çünkü bir normun amacı, hükmün lafzından ziyade normun bütününde, hatta daha gerisinde, normlar bütününde ya da tüm hukuk düzeni içerisinde bulunabilmektedir. Tersinden ifade edilirse, normun içinde bulunduğu hukuki düzenlemenin genel anlayışı açıklığa kavuşturulmaya çalışıldığında, sistematik yorum içinde ayrıca amaçsal (teleolojik) yorumun da yapıldığı ortaya çıkmaktadır.

Bir diğer yorumlama türü olan tarihsel yorum, bir normun anlamını belirlemek için ilgili düzenlemenin yapıldığı dönemin koşullarının ve yasa koyucunun iradesinin merkeze alındığı bir yorumlama yöntemidir.⁴⁰⁸ Bu çalışmanın konusu açısından tarihsel yorumun önemi, egemen devletlerin uluslararası bir sözleşmeyle bağitlanmayı seçtikleri

⁴⁰⁷ Sözer, anayasaya uygun yorumun ayrı bir yorumlama türü olduğundan bahsetmektedir. Oysa Işıқтаç ve Metin, bunu sistematik yorum yönteminin özel bir türü olduğuna işaret etmektedir. Bkz. Işıқтаç ve Metin, *a.g.k.*, s. 199-200.

⁴⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sözer, *a.g.k.*, s. 89-97.

Sözleşme organlarının, Devletlerin ilk irade beyanlarının ötesine geçen kararlar verip vermedikleri ve dolayısıyla yetkilerini aşıp aşmadıkları tartışmasından kaynaklanmaktadır. Bu doğrultuda çalışma ilerledikçe genel anlamda sistematik bir yorumlama çerçevesinde değerlendirilebilecek olan Mahkeme'nin dinamik yorumunun, bu tartışmayı gereksiz kıldığı görülecektir.

Sistematik bir yorumlama yönteminin tercih edilme sebebi, sistematik yorumlamanın diğer yorum türlerini dışarıda bırakmaması ve onları kapsayacak nitelikte bir yorumlama yöntemi sunmasıdır. Norm çatışmalarının çözümü konusunda yol gösterici bir nitelik taşıdığı için diğer yorum türlerinden daha işlevseldir.⁴⁰⁹ Dworkin'in bütünsel yorumlama yöntemi özelinde ifade edildiğinde ise, sahip olunan hakların neler olduğuna ve haklarla kamu yararı arasındaki olası çatışmaların nasıl çözümlenebileceğine dair makul bir cevap sunmaktadır.

Buraya kadar ele alındığı biçimiyle, hukuku sistematik olarak yorumlamak, hukuka tarafsız yaklaşan ve teknik anlamda bir yorum yöntemi sunmaktadır. Oysa hukuku gerçekten sistematik olarak yorumlayabilmek için, sadece hukuk normlarının kendi aralarındaki ilişkiye dayalı olarak bir bütünlük içerisinde ele almak yeterli değildir. Hukukun kendisi de yorumsal bir kavram olduğu için yorumlama faaliyetini, normların ilişkisini belirlemekten öte hukukun içeriğinin doldurulması ve hukuk ile siyasetin, hedeflenen amaçlar doğrultusundaki işlerliğini sınamak maksadıyla da değerlendirmek gerekmektedir.

R. Dworkin'in sistematik ya da bütünsel yorumlama yöntemi bu konuda önemli bir işlevselliğe sahiptir. Hemen belirtilmelidir ki bu sadece bir 'yöntem' olmayıp, hukukun ne olduğuna ve ne olması gerektiğine dair genel bir kuram sunmaktadır. Bu çalışma bağlamında, yazarın uzun yıllara yayılan çalışmalarının tüm ayrıntılarıyla ele alınmasından ziyade, Mahkemenin çalışma yöntemini netleştirmek, verdiği kararları

⁴⁰⁹ Sözer, çatışan normlar yanında seçimlik, birbirini tamamlayan ve örtüşen normları da sistematik yorumlama başlığı altında incelemektedir. Bkz. Sözer, *a.g.k.*, s. 68-89.

anlamalı bir çerçeve içerisinde değerlendirebilmek amacıyla ve ortaya çıkan sorunların çözümlenmesinde yol gösterici olması bakımından bu kuramdan faydalanılmıştır.

3.2. BÜTÜNSEL YORUMLAMA KURAMI

Bütünsel yorumlama, bir hukuk sistemini oluşturan normlar çeşitliliğinde, normatif bir birlik olduğunu savunan ve bunu bulmayı hedefleyen bir yorumlama yöntemidir. Hukuki bir düzenlemenin, mevcut hukuk sistemiyle uyuşan ve adalet, hakkaniyet, bütünlük gibi değerler bakımından en iyi gerekçeyi sunan bir yorumunun yapılması, bütünsel yorumun başta gelen amacıdır.

Sistematik ya da bütünsel yorumlama (*law as integrity*) Ronald Dworkin ile özdeşleşmiş olan bir yorumlama kuramıdır. Yapısal yorumlama (*constructive interpretation*)⁴¹⁰ ya da hukuki yorumsamacılık (*legal interpretivism*)⁴¹¹ olarak da adlandırıldığını görmek mümkündür. Dworkin'in kurucusu olduğu hukuki yorumlama yöntemi, hermenötiğin bir dalı olarak kabul edildiği gibi, bazı kaynaklarda hukuki pozitivizm ve doğal hukuk kuramları arasına üçüncü bir yaklaşım olarak yerleştirilmektedir.⁴¹²

R. Dworkin, hukukun ne olduğuyla ilgili uyumsuzluklar söz konusu olduğunda, yetkili kurumların (örneğin, yasama) geçmişte verdikleri ve genellikle yazılı olarak vazedilen düzenlemelerin geçerli birer başvuru kaynağı olduğuna dair pozitivistlerin argümanlarını çürütmeye çalışarak, kendi hukuk anlayışını yorumlama üzerine inşa

⁴¹⁰ Bkz. R. Dworkin, **Law's Empire**, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1986, s. 52; David O. Brink, "Originalism and Constructive Interpretation," Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa (ed.), **Legacy of Ronald Dworkin** içinde, Oxford Univ. Press, Oxford, 2016, ch. 12; Francisca Christina Wilhelmina de Graaf, "Dworkin's Constructive Interpretation as a Method of Legal Research," **Law and Method**, Aralık 2015, s. 1-15.

⁴¹¹ Bkz. Perry, Stephen R., "Method and Principle in Legal Theory," **Faculty Scholarship**, Yıl 2002, Paper 1106, <http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1106> Erişim Tarihi 12.10.2020; ayrıca Nicos Stavropoulos, "Legal Interpretivism," **Stanford Encyclopedia of Philosophy Archives**, <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>> Erişim Tarihi 18.12.2020.

⁴¹² Bkz. Tina Botts, "Legal Hermeneutics," **Internet Encyclopedia of Philosophy**, <<http://www.iep.utm.edu/leg-herm/>> Erişim Tarihi 10.10.2020.

etmektedir. Yazara göre⁴¹³ yargıç, yazılı düzenlemelerde yer almayan ancak aslında yargıçların sıklıkla başvurdukları birtakım ilkelerin de devreye girdiği hukuki yorumlama sürecinde; hukuki pratiğin gerçekleştirmeyi amaçladığı ilkeler, amaçlar veya çıkarılardan oluşan bir şemayı kurgulayarak bu hukuki pratiğin (genel olarak ifade etmek gerekirse, yorumlama nesnesinin) altında yatan temel değeri bulup göstermeye çalışmalıdır. Ayrıca bütünsel yorumlama, ait olduğu türün (bu durumda hukukun) en iyi örneğini sunabilmesi için bir kavrama ya da pratiğe bir amaç yükleme sürecidir ve yazardan ziyade yorumcunun amaçlarıyla ilgilidir.⁴¹⁴ Buradaki ‘amaç’, yorum nesnesinin gayesi, *telosu* olup yorumlanmakta olan pratiğin normatif olarak gerekçelendirmesini sağlamalıdır.⁴¹⁵

R. Dworkin’e göre⁴¹⁶ hukukun izin verdikleri ya da gerektirdikleri ancak hukuki yorumlama vasıtasıyla ve yorumlama pratiği içinde anlam kazanan, belirli önermelerin gerçekliğine dayanmaktadır. Bu nedenle yorumlamayla ilgili birtakım standartlar geliştirmek ve bunların zamanla nasıl değiştiğini belirlemek, kısmen yorumlama pratiğini kuran süreçlerdir. Böylece yorum yapan kişi, ilgili kavram ya da kuruma bir anlam dayatmakta ve bu kavram ya da kurumu bu anlam doğrultusunda yeniden yapılandırmaya çalışmaktadır. Hukuksal kavramsallaştırmalar oluşturmak ve bunları desteklemek ile tercih edilen kavramsallaştırmalardan hukukun somut gereklilikleri için değerlendirme ölçütleri çıkartmak, hukukun politik bir kavram olduğunu savunan R. Dworkin’de açıkça normatif ve politik girişimlerdir. Hal böyleyken hukuki yorum meseleleri de sonuna kadar estetik ve siyasal kurama bağımlı olacaktır.⁴¹⁷ Bununla birlikte, hukukun politik kararlarla belirlenmesi, yani kavramsallaştırılması, sonsuz sayıda görüşün ve keyfi biçimde alınan kararların hukuk kılıfı altına sokulması olarak

⁴¹³ R. Dworkin, *Law’s Empire*, a.g.k., s. 52.

⁴¹⁴ A.k.

⁴¹⁵ Lawrence B. Solum, “The Unity of Interpretation,” *Boston University Law Review*, Yıl 2010, Cilt 90, s. 559-60.

⁴¹⁶ R. Dworkin, *Law’s Empire*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1986, s. 47.

⁴¹⁷ R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1985, s. 168.

anlaşılmalıdır. Tersine, ilkelerle şekillendirilen ve bütünlük olarak anlaşılan hukuki yorum ile hâlihazırda hukuk pratiğinde mevcut olan birtakım ilkelerin (bazen lafzi olarak açıkça telaffuz edilmemiş olsalar dahi) bulunup çıkartılarak ama bir yandan da geçmişe sadık kalınarak daha iyi bir gelecek için en iyi yolun belirlenmesi amaçlanmaktadır.⁴¹⁸

Burada dikkat edilmesi gereken husus, R. Dworkin'in sadece pozitif hukuksal düzenlemeleri değil, siyasal amaçlar ve hukuki düzenlemelerden çıkarılacak ilkeleri de dikkate alan bir değerlendirme yapmaya davet etmesidir. Pozitif hukuki düzenlemelere 'kural', kurallar dışındaki standartlar kümesine ise genel bir çerçeve olarak 'ilke' adını vermektedir.⁴¹⁹ Bu çerçeveye daha yakından bakıldığında, politikalar ve ilkelerin ayrıştırıldığını gözden kaçırmamak gerekir. 'İlkeler'in kısa bir tanımını vermek gerekirse: Ekonomik, siyasal ya da toplumsal bir kaygıdan (politikalarından ya da siyasal amaçlardan) bağımsız olarak; "adalet, hakkaniyet ya da ahlakın başka bir boyutunun gerektirmesinden dolayı, uyulması gereken standartlar"dır.⁴²⁰

Bütünsel yorumlamada pozitif hukuki düzenlemeler elbette (R. Dworkin'in ifadesiyle 'kurallar' ya da 'hukuki pratik'⁴²¹) göz ardı edilmez ancak bunların somut bir olaya uyarlanabilmesi için yorumlanmaları gerekir. Öte yandan, kuralların nasıl yorumlanacağı konusunda bir uyuşmazlık yaşandığında ya da kuralların bazı alanları ya da konuları düzenleme konusunda yetersiz kalması durumunda, ilkelere başvurarak olası bir cevap bulmak mümkün olacaktır. Yazar, bu tür durumları 'zor davalar' olarak tarif etmektedir.⁴²² Zor davalardan bahsedilmesi, sadece hukuki bir boşluk durumunda

⁴¹⁸ R. Dworkin, **Law's Empire**, *a.g.k.*, s. 413.

⁴¹⁹ Bkz. R. Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, Dost Kitabevi, Ankara, 2007, s. 46.

⁴²⁰ *A.k.*

⁴²¹ R. Dworkin yorumlama kuramını ilk ortaya attığı eseri **Taking Right Seriously**'de 'ilke' ve 'kural' kavramlarını kullanmakta, ikisi arasındaki ayrım üzerinden ilkelerin niteliğini belirginleştirmeye çalışmaktadır. Oysa yorumlama kuramını geliştirdiği sonraki eseri olan **Law's Empire**'de 'kurallardan' söz etmek yerine 'hukuki pratik'ten söz etmektedir. Bu husus, yazarın yorumlama etkinliğini hem hukuk alanı açısından hem de genel olarak ele almasıyla ve yorumlamayı insan pratikleri bakımından daha da önemli görmeye başlamış olmasıyla açıklanabilir. Aynı yöndeki bir görüş için bkz. Lawrence B. Solum, *a.g.m.*

⁴²² Bkz. "Zor Davalar" bölümü, R. Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, *a.g.k.*, s. 114-167.

ilkelere başvurulacağı anlamında kullanılmamaktadır. Kuralların yorumlanması konusunda da yargıçlar arasında bir uyuşmazlık yaşanabilir ve bu durum sadece lafzî yorumların farkından kaynaklanmayıp, hukukun ne olduğu konusundaki temel görüş ayrılıklarından kaynaklanabilir. Böylece kurala ya da hukuki pratiğe hangi amacın yüklenmiş olduğu konusundaki bir görüş ayrılığı da davanın zor hale gelmesi için yeterli olacaktır.

İlkeler ve kurallarla ilişkilendirildiğinde, yorumlama faaliyeti iki varsayıma dayandırılabilir. Öncelikle, hukuki pratiğin mevcut olduğunu tespit etmek yeterli değildir; bu pratikten ayrı bir çıkara ya da amaca hizmet etmek ya da kuraldan bağımsız bir ilkeyi uygulamak gibi işlevler içeren bir değere sahip olduğunu da kabul etmek gerekir. İkinci olarak kurallar, altlarında yatan değeri (çıkar, amaç ya da ilke) kendi başlarına ve oldukları haliyle koruyamazlar. Bu işlevin yerine getirilebilmesi için yorumlanma işlemine tabi tutulmaları gerekir. Bu durumda hukuki kural ya da pratikler kendiliğinden uygulanabilir olarak kabul edilemez ve yorumlama, hukuki pratiğin ve ardındaki değerın somutlaştırılmasıdır.

Yorumlama işlemi, hukuki pratiğin nedenini belirlemek değil, esasen bunun ardında yatan değerın bulunup çıkarılmasıdır. Bu nedenle bütünsel yorumlama açısından geçmişteki hukuki ya da yargısal kararları veren kimselerin niyetleri ve onların amaçları temel olarak önemli değildir. Başka bir ifadeyle, bütünsel bir yorumlama sürecinde belirli bir hukuki pratik yorumlanırken bu “pratiğin tarihi, biçimi ya da hedefi, olası yorumları kısıtlamaktadır”⁴²³ ancak pratiğin hedefi kapsamında yer alan ‘kurucuların’ niyeti, yorumlamayı doğrudan belirlememektedir. Aksinin kabulü halinde, bütünsel yorumlamanın *sui generis* niteliklerinden biri olan amacın ‘yorumcu’ tarafından belirlenmesi ortadan kaybolacaktır. Sözleşme sistemi açısından bu hususun

⁴²³ R. Dworkin, *Law’s Empire*, a.g.k, s. 52.

önemi, Sözleşme yorumunda orijinalist-aktivist yorum tartışması⁴²⁴ bağlamında ortaya çıkmaktadır.

3.2.1. R. Dworkin'in 'Bütünlük Olarak Hukuk' Anlayışı

Hukuku tutarlı ve normatif bir bütün olarak yorumlamak, R. Dworkin'in hukuk kavramsallaştırmasının önemli bir yönüdür. Bütünlük olarak hukuk, hukuki pratiği yorumlarken geçmişteki ve günümüzdeki kuralların yanında diğer hukuki standartları (politik amaçları ve ilkeleri) da göz önüne almayı ve birbiriyle ilişkili olarak değerlendirmeyi gerektiren bir idealdir.⁴²⁵ Geçmiş hukuki pratiklere uygunluk, günümüz koşullarının gerektirdiği ölçüde aranmaktadır.⁴²⁶ R. Dworkin böylece hukuki düzenlemelerin sabit metinler olarak anlaşılmasından kaynaklanabilecek kısıtları aşmayı ancak hiçbir sınırı olmayıp keyfi çıkarlar güdebilecek pragmatik bir stratejiye saplanmaktan kaçınmayı da sağlayacak bir muhakeme yöntemi sunmaktadır. Öte yandan zor davalarda bir yargıcın vereceği ve kendisinin doğru kabul ettiği karar, yazarın ifadesiyle, bir fizik kanunu değildir;⁴²⁷ hukuku yapısal olarak yorumlayan aktörlerden birisinin bu sürece yaptığı bir katkıdır. Kabul görüp görmeyeceği, yargıcın katkısı dışındaki bir sürecin parçasıdır. Ayrıca R. Dworkin'de hukukun bütünsel olarak kavranması, metafiziksel bir gereklilik olmayıp bir tür sadakat biçiminde ele alınmaktadır: Hukuki bir gelenekten doğan (dolayısıyla yeterince nesnel temellere

⁴²⁴ Bkz. Alastair Mowbray, "The Creativity of the European Court of Human Rights," **Human Rights Law Review**, Yıl 2005, Cilt 5, Sayı 1, s. 57-79; George Letsas, "Intentionalism and the Interpretation of the ECHR", **Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On**, ed. Malgosia Fitzmaurice ve diğ., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, s. 257-272.

⁴²⁵ A.k., s. 225. Bu idealin kendi başına bir değere mi, politik bakımdan araçsal bir değere mi sahip olduğu tartışması için bkz. J. Crowe, "Dworkin and the Value of Integrity," **Deakin Law Review**, Yıl 2007, Cilt 12, Sayı 1, s. 167-180.

⁴²⁶ R. Dworkin, **Law's Empire**, a.g.k, s. 227.

⁴²⁷ A.k., s. 13.

dayanan) kavramsallaştırmaların kabul görüp görmeyeceği ve görse bile nereye kadar sürdürüleceği ancak bu kavramsallaştırmaya gösterilecek sadakate bağlıdır.⁴²⁸

R. Dworkin, hukukun bir bütün olarak yorumlanmasını, farklı bölümlerinin farklı tarih dilimlerinde farklı yazarlarca yazılan ancak yine de anlamlı bir bütün oluşturan zincirleme bir romana benzetmektedir.⁴²⁹ Romanı yazmaya başlayan ilk kişi hariç, diğer tüm yazarların, yorumlama ve yeni bir bölüm yazmayla ilgili çifte bir görevi bulunmaktadır. Bu da yorumcuyu hem eleştirmen hem de yazar yapmaktadır. Yargıcın görevi; bu durumda hem kendinden önceki hukuksal pratikleri gözden geçirmek hem de hukuki pratiğin altında yattığını düşündüğü değerlere en uygun biçimde kendi yorumunu ortaya koyup, bu doğrultuda karar vermektir. Yazar, doğru hukuki yorumun, biçim ya da esasla ilgili boyutu konusunda makul sayılacak bir uyumsuzluğun varlığının bilinemezci ya da çoğul doğrulara yol açacak nitelikte olmadığını sürekli vurgulamaktadır. Zincirleme bir romanda yorumcunun-yazarın çeşitli sanatsal ve edebi tutumlar arasında hassas bir denge gözetmesinde olduğu gibi, bir bütün olarak hukukta yargıç (zincirleme hukukta yorumcu) da kararını uygunluk ve gerekçelendirme ölçütleriyle sınırlandırarak, farklı türden politik kanaatler arasında çok hassas bir denge üzerine kurmalıdır.⁴³⁰

R. Dworkin'in yorumlama yöntemi, somut bir davada en doğru kararı bulma konusunda yargıçlara yol gösterici bir muhakeme şeması sunmakla beraber; atılacak her adımı tarif eden, gösteren ve kesin sonuçlar veren bir algoritma sunmamaktadır.⁴³¹ Yine de belirli değerlerle ve geçmiş hukuki pratikten çıkartılacak ilkeler çerçevesinde sınırlandırılan yargıca rehberlik edecek hem hukuki düzenlemeleri hem de moral ilkeleri göz ardı etmeden kullanılacak esnek bir program sunmaktadır.

⁴²⁸ Bkz. John D. Inazu, "The Limits of Integrity," **Law and Contemporary Problems**, Yıl 2012, Cilt 75, Sayı 4, s. 188-189.

⁴²⁹ R. Dworkin, **Law's Empire**, *a.g.k.*, s. 228-238. Ayrıca R. Dworkin, "Law as Interpretation, **Critical Inquiry**, Yıl 1982, Cilt 9, s. 191 vd.

⁴³⁰ R. Dworkin, **Law's Empire**, *a.g.k.*, s. 239.

⁴³¹ *A.k.*, s. 412.

R. Dworkin açısından herkesin eşit ilgi ve saygı görmesi çok temel bir ilkedir ve tüm yorumlamaların öncelikle bu ilkeye uygun olması gerekir.⁴³² Ayrıca yorumların uygunluk ve gerekçelendirme bakımından da sınanması gerekmektedir. Bütünsel yorumlamanın aşamalarını tasvir etmek, bu konuyu daha anlaşılır kılacaktır.

3.2.2. Bütünsel Yorumun Aşamaları

R. Dworkin⁴³³ yorumun aşamalarını yorum öncesi, yorumlama ve yorum sonrası şeklinde üçe ayırmaktadır. Daha sonraki bir eserinde⁴³⁴ bu ayrımı olgunlaştırmış ve aşamaları daha belirgin biçimde ele almıştır. Birçok hukuk kuramı açısından işlevsellik sunan ancak yapay olduğunun da farkında olduğu bir şema çerçevesinde, yorumlama sürecini dört aşama altında incelemeyi önermektedir: semantik (anlamsal) aşama, içtihadi aşama, doktrin aşaması ve hüküm aşaması.⁴³⁵ Semantik aşamada, katılımcıların dünyayı yeteri düzeyde aynı yönde anlamlandırmaları ve birbirlerinin dediklerindeki anlamı tanımak için, çıkar ve kanaatlerinin yeterince benzer olması sağlanmaktadır. Bunu, hukukun temeline dair ortak somut/nesnel kriterler olarak düşünmemek gerekir, aksi halde ya hukukçuların bir talebi değerlendirirken üç aşağı beş yukarı aynı kriterleri kabul ettiği ya da hukuk hakkında gerçekte bir uzlaşma veya uzlaşmazlığa varılamayacak kadar farklı şeylerden söz edildiği bir çıkmaza saplanılacaktır.⁴³⁶ Kısacası semantik aşama, toplumsal varsayım ve pratiklerin, bir uzlaşmazlığa izin verecek kadar esnek; ancak yine de bir anlamsal topluluğun paylaştığı ortak bir anlamsal zeminden hareket edilerek seçilmesi aşaması şeklinde tanımlanabilir.

⁴³² R. Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, *a.g.k.*, s. 223-249.

⁴³³ R. Dworkin, **Law's Empire**, *a.g.k.*, s. 65 vd.

⁴³⁴ R. Dworkin, **Justice in Robes**, Harvard Univ. Press, Cambridge, 2006, s. 9-21.

⁴³⁵ *A.k.*

⁴³⁶ Bu çıkmazın ikinci ayağını, nihilist bir absürt olarak nitelendirmesi sonucunda yazar; ilkinin, yani somut ve her hukukçunun üzerinde anlaşabileceği somut kriter arayışının, kendi kuramını bu görüşlere karşıt olarak geliştirdiği, bizi konvansiyonalizme veya iradeciliğin geçmiş niyetlerinde boş yere eşelenmeye iteceğini söylemektedir. Dworkin bu durumu '*the semantic sting*' olarak adlandırmaktadır. Bkz. R. Dworkin, **Law's Empire**, *a.g.k.*, s. 47-49.

İçtihadî aşama, pratiği en iyi yansıtan ya da meşrulaştıran değerlerin ele alındığı bir süreçten oluşmaktadır. R. Dworkin⁴³⁷ bu aşamayı, içtihadın içeriğini dolduracak hukuksal düzenlemelerin ve ilkelerle siyasal değerler gibi yorumsal kavramların ‘geçici bir içerik’ oluşturacak şekilde toplanması olarak tasvir etmektedir. Yorum öncesi aşamada belirlenen uygulamanın temel unsurları için belirli bir meşrulaştırma oluşturulması amacıyla, bu pratikle ilgili bir argüman geliştirilip, neden bu argümanın peşine düşmenin önemli olduğunun gösterildiği aşama olarak da ifade edilebilir. Dolayısıyla içtihadî aşama, kuralları ve ilkeleri içerecek şekilde, somut olayı ilgilendiren tüm standartların toplandığı ve hangilerinin somut olaya uygulanacağını belirlendiği bir süreçtir. Bununla birlikte, bu konudaki standartların ortaya çıkarılıp belirlenmesi, yepyeni bir şeyin icadı değildir; bu konuda var olan pratiğin yeni bir yorumu olması hususuna dikkat edilmesi gerekmektedir.

İçtihadın incelenmesi sonucunda somut olayla en ilgili görülen argümanın (ilkenin) belirlenmesi ve meşru olarak kabul edilebilmesi için, “geçerli kabul edilen hukuk pratiğinin en iyi yorumunu sağlayan, kişisel ve politik ahlakın ilkelerinden doğmuş olması”⁴³⁸ gerekmektedir. İçtihadî aşamada ortaya çıkarılan geçici içerikle beraber, doktrin aşamasında uygunluk ve değer bakımından sınanıp kural ya da ilkelerin bazıları elenmekte ve geriye kalan(lar) somut olayda kullanılmak üzere hüküm aşamasında değerlendirilmeye alınmaktadır. ‘Değer’, hukuki pratiğin gerçekleştirmeyi amaç edindiği adalet, özgürlük, hürriyet, demokrasi, eşitlik, hukukilik, topluluk ve vatanseverlik gibi hedeflere göndermede bulunmaktadır. ‘Uygunluk’ ise yine hukuki pratiğin içerisindeki sürekliliği temin etmek için içtihat aşamasında belirlenen standartlarla (kurallar ve genel anlamda ilkelerle) ileri sürülen yorumlama argümanının bağlantılı olmasını ifade etmektedir. Bu bağlantı, geçmiş uygulamaların ve düzenlemelerin mutlak bir tekrarı olmak zorunda olmadığı gibi, hukuki pratiğin daha

⁴³⁷ R. Dworkin, *Justice in Robes*, a.g.k, s. 12-13.

⁴³⁸ A.k., s. 14.

geniş bir dairesinden de çıkarılmış olabilir.⁴³⁹ Bunun yanı sıra tutarlı, açıklayıcı ve meşruiyet bakımından ikna edici bir yorumlama argümanı niteliği taşınmalıdır.

Nihayet hüküm aşamasında “yorum, onun biçimini dönüştürmek üzere pratiğe geri dönmektedir”.⁴⁴⁰ Doktrin aşamasında duruma en uygun argümanı (kural veya ilkeyi) seçerek yorumcu, bu durumda yargıç, başka argümanları eleyerek bir karara varmaktadır. Elenen argümanlar daha önceki pratikler bakımından genel kabul görmüş olabilir ancak yorumcu daha önce verilen bir kararla uyuşmayacak şekilde eskiden muteber olmayan bir argümanı geçerli kabul edebilir. Böylece kabul edilen argüman yeni yükümlülükleri beraberinde getirebilecektir.

Yorum sonrası ya da yeniden şekillendirme aşamasında, yorumlama aşamasında elde edilen meşrulaştırmaya daha iyi hizmet edebilmesi için pratiğin gerçekte neyi gerektirdiğine dair yorumcunun anlayışı açığa kavuşturulmaktadır.⁴⁴¹ Bu konuda yorumcunun kanaatleri diğer aşamalardan, özellikle semantik olandan farklı olarak toplum tarafından mutlak bir uzlaşıyla paylaşılacak zorunda değildir. Yorumlanacak toplumsal (ya da bizim durumumuzda hukuki) pratiğin belirlenmesi ve hatta pratiği en iyi şekilde yansıtacak bir argümanın uygunluğunun tespit edilmesi süreçlerinden farklı olarak yorumcu, son aşamada⁴⁴² kendisinin de ait olduğu dilsel-anlamsal topluluktan kopabilir ve yorumlama vasıtasıyla oradaki bir anlamı dönüşüme uğratabilir.⁴⁴³

⁴³⁹ R. Dworkin, uygunluğun belirlenmesi aşamasında yargıcın önündeki somut olayla ilgili olarak faydalanabileceği hukuk dallarını eşmerkezli daireler olarak tarif etmekte ve en merkezdeki daireye öncelikle bakılması gereğine rağmen (*local priority*) bu stratejinin mutlak olmadığını ve bazı hallerde hukuk dalları/alanları arasındaki ayrımın dikkate alınmayabileceğini ifade etmektedir. Bkz. R. Dworkin, **Law's Empire**, a.g.k, s. 250-254.

⁴⁴⁰ A.k., s. 48.

⁴⁴¹ A.k., s. 66.

⁴⁴² R. Dworkin'in iki farklı eserine (**Justice in Robes** ve **Law's Empire**) göre, son aşamaya 'yorum sonrası' ya da 'hüküm aşaması' diyebiliriz.

⁴⁴³ Yorumun, dilsel-anlamsal bir topluluğun ahlakından kopamayacağı ve dolayısıyla yorumu biçimlendireceğine dair eleştiriler için bkz. Stanley Fish, “Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism,” **Critical Inquiry**, Yıl 1982, Cilt 9, Sayı 1, s. 201-216; ayrıca bkz. E. D. Hirsch, Jr., “The Politics of Theories of Interpretation,” **Critical Inquiry**, Yıl 1982, Cilt 9, Sayı 1, s. 235-247.

3.2.3. Dworkin'in Hak Kuramı

Dworkin'in düşüncesine göre, egemen hukuk kuramı olan liberalizm, birbirinden bağımsız iki kısma sahiptir.⁴⁴⁴ Bunlardan ilki, hukukun ne olduğunu vazeder ve hukukun doğruluğu için gerekli ve yeterli koşullara ilişkindir. Doğruluk ise, belirli toplumsal kurumların kurallarla ilgili olgularla sınırlı olduğuna dair hukuki pozitivizm tarafından belirlenmektedir. Olan hukuktan bağımsız olarak değerlendirilen diğer kısım ise hukukun ne olması gerektiğine dair, hukuk ve toplumsal kurumların genel yarar doğrultusunda hareket etmesi gerektiğini savunan; bunu da çoğunluğun yararının baskın olarak değerlendiren faydacı bir yaklaşıma göre belirlenmektedir.

Kendi pozisyonuna gelince Dworkin, liberal kuramın içinden konuştuğunu kabul etmektedir ama öte yandan liberalizmin egemen olan faydacı ve pozitivist yaklaşımlarını eleştirmekte; eşitlik ve özgürlüğü dengelemeye çalışan kendi hak kuramını, doğal haklar ve özgürlükler düşüncesine dayalı olarak geliştirmektedir. Dworkin'in hak anlayışı, onun tüm yaşamı boyunca farklı eserlerinde geliştirmeye çalıştığı genel hukuk kuramının da bir parçasını oluşturmaktadır.

Dworkin'e göre, genel bir hukuk kuramı kavramsal ve normatif olmak üzere, iki yöne sahip olmalıdır. Kavramsal yön, egemen hukuk kuramının kavramlarını revize edip yeni bir dağarcık geliştirmelidir. Normatif yönü kendi içinde yasama kuramı, muhakeme kuramı ve kanunlara uyulmasını sağlayacak olan uyum kuramını içerecek argümanlara sahip olmalıdır. Bu hususları kısaca açıklamak gerekirse yasama kuramı, kanun yapımının şartlarını belirleyen meşruiyet kuramı ve yasama konularını betimleyen yasama adaleti kuramını içermelidir. Muhakeme, zor davalar için standartları belirleyen uyuşmazlık kuramı ve bunun hangi durumlarda uygulanacağını açıklayan yargı yetkisi kuramlarını içermelidir. Son olarak uyum kuramı, yurttaşların

⁴⁴⁴ R. Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, *a.g.k.*, s. 9-15.

kanunlara itaat etmesinin sınırlarını ve doğasını tartışan bir riayet etme kuramı ve zorlamayla cezanın amaçlarını tartışıp yetkililerin ihlal ve suç kategorilerine nasıl cevap vermesi gerektiğini tasvir eden bir zorlama kuramı içermelidir. Uyum kuramı ise bu ikisi arasında bir karşılaştırma da yapıp bunu geliştirmelidir.

Böylece denilebilir ki Dworkin yasama, yürütme ve yargı arasında yeniden bir görev tanımı yapılmasını içeren bütüncül bir hukuk ve adalet teorisi geliştirme çabasıdadır. Bilinen, tanıdık kavramlara farklı anlamlar ve görevler atfetmekte ve olan ve olması gereken hukuk gibi kabul görmüş ayrımları ortadan kaldırmayı önermektedir. Ayrıca birçok hukukçunun aksine, sadece hukuk kuramı değil; siyasi, yasal, yargısal ve genel olarak bir toplumsal kuram oluşturmaya çalışmaktadır.

Haklara yönelik anlayışı ise sıra dışı bir ifadeyle akıllarda yer etmektedir: koz olarak haklar. İskambil kâğıdı oyunlarına biraz aşına olan bir kimse, koz olarak belirlenen kağıtların ya da serinin, rakam büyüklüğüne bakmadan diğer kağıtları almaya muktedir olduğunu bilebilir. Dworkin'in bu alışılmadık tanımlaması da hakların, her durumda diğer her şeyden üstün tutulmasını ifade etmektedir. Bu argümanda öncelikle belirtilmesi gereken husus, bunun bir ideal ya da temenniden öte, hukukun gerçekliği olduğunun kabul edilmesidir. Dworkin, hakların üstünlüğünü hem vazedilmiş hukuka hem de olan-olması gereken ayrımını ortadan kaldırdığı bütünsel hukuk anlayışına dayandırmaktadır. Bu anlayışa göre yargıçlar, her bakımdan üstün özelliklere sahip olmalıdır. Nitekim Dworkin yargıçları, gerekli donanım ve erdemi haiz Herküller olarak nitelendirmektedir. Böylece yargıçlar, mevcut hukuk içerisinde davaları çözmeleri için gerekli ilkeleri bulup en iyi kararları verebilecek yeterliliktedir.

İkinci olarak, haklar, karşılarına çıkıp çatışma yaratabilecek diğer kamusal iyilerden üstündürler. Dikkati çekmek gerekir ki madun ve hatta eşit değildirler; üstün

kabul edilirler.⁴⁴⁵ Bu bakımdan da haklar ‘koz’ olarak nitelendirilmektedir. Kamusal fayda ve haklar arasında yaşanacak bir çatışmada bir tür dengelemeye gidilmesinin mümkün olup olmadığı, mümkün kabul edilmesi halinde hangi parametrelerin kullanılacağı, dokunulmayacak bir özün var olup olmadığı gibi konular üzerinden çözümsüz tartışmalar yaşanmaktadır. Dworkin’in buradaki çarpıcı tarafı, haklar ve kamu yararının çatışması halinde çatışmanın nasıl çözüleceğine dair, belki de fazla kolaycı, bir çözüm önermesidir. Bu kadar güçlü bir hak anlayışının sonucunda, nelerin hak olarak kabul edilip nelerin dışarıda bırakılacağı belirleyici etken haline gelmektedir.⁴⁴⁶

Dworkin, ABD hukuk düzenindeki anlamıyla mahremiyeti ya da bu çalışmadaki ifadesiyle, özel yaşama saygı hakkını, birçok farklı değeri korumak için ortaya atılmış parlak bir buluş olarak görmekte ve Haklar Bildirgesi’nde (*Bill of Rights*) sayılan sayılmayan birçok hakkı (ve hukuki menfaati) kapsadığını savunmaktadır.⁴⁴⁷ Dworkin’e göre, Haklar Bildirgesi kimisi daha somut, kimisi daha soyut olan ilkeler açısından oluşmaktadır. Usul gibi görünen ancak ilkelerin şekillendirdiği siyasi bir ideal (hür ve eşit vatandaş topluluğundan oluşan anayasal bir iskelet) temelinde kurulan argümanını, yargı tarihine dayandırmaktadır. Somuttan soyuta giden bir skalada, Haklar Bildirgesi çeşitli ilkelerden oluşmaktadır. Yazara göre, buradaki en önemli hükümler, siyasi bir etiği mümkün olan en soyut terimlerle ifade etmektedir. Haklar Bildirgesi’nin esaslı ya da bütünsel bir okuması yapıldığı takdirde, buradaki ilkelerin ya da hakların kapsamının muazzam derecede olduğunu görmek mümkündür.⁴⁴⁸ Dworkin’in önerdiği ilkeler okuması sonucunda, anayasal yapının üç önemli özelliği ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, anayasal yapının, bireysel hakların temel kaynağı olan ‘eşit ilgi’ ve ‘genel

⁴⁴⁵ Ronald Dworkin, “Rights as Trumps,” **Theories of Rights**, ed. Jeremy Waldron, Oxford Univ. Press, New York, 1984, s. 153-67.

⁴⁴⁶ R. Dworkin, “Hangi Haklara Saibiz,” **Hakları Ciddiye Almak**, *a.g.k.*, s. 315-328.

⁴⁴⁷ Ronald Dworkin, “The Concept of Unenumerated Rights: Whether and How *Roe* Should be Overruled,” **The University of Chicago Law Review**, Yıl 1992, Sayı 59, s. 382-383.

⁴⁴⁸ *A.k.*

özgürlük' üzerine inşa edilmiş olmasıdır. Buna dayanarak da hukuk tarihinde açıkça reddedilmemiş olan ilkeler ister yazılı olsun ister olmasın, bireysel haklara köken oluşturabilir. Ortak hukukun temel mantığına uygun olan bu önerme, aslında oldukça radikal kabul edilmelidir. Hakların, gerektiğinde türetilebileceği bir memba olarak anayasaya işaret edilmiş olması önemli bir husustur. Böylece hukuka dair çözümler, yine hukukun kendi içinde aranmaktadır.

İkinci olarak, özgürlük ve eşitlik ilkelerinin geniş ölçüde kesişmesine dayanarak eşit koruma hükmü (*equal protection clause*) ve hukuka uygunluk/hukuki özen hükmü (*due protection clause*) yaklaşık olarak aynı korumayı temin etmektedir.⁴⁴⁹ Bu nedenle, birinin uygulanamadığı yerde, diğeri devreye sokulabilecektir. Anayasal düzeydeki bu en soyut iki hüküm, Haklar Bildirgesi'nin kapsamını tam da bu hususa dayanarak genişletmektedir.

Buradan yola çıkarak Dworkin, özel yaşama saygı hakkının devreye girebilmesi için üç koşuldan oluşan bir testin uygulamaya sokulmasını önermektedir.⁴⁵⁰ Bu koşullardan ilki, yasal kararın ya da idari işlemin esasen 'dinsel' konulardaki kişisel kanaat ve inançlarla ilgili olmasıdır. Yazarın 'dinsel' inanç ifadesi, insan yaşamının öznel bir varoluş değerinden bağımsız olarak, nesnel ya da kendi başına bir değere sahip olduğu kabulünü anlatmaktadır.⁴⁵¹ Biyolojik yaşamın tek başına diğer tüm hak ve değerlerden üstün tutulması durumunda özel yaşama saygının devreye sokulabilmesi koşulunu ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, ne olursa olsun insanın yaşaması ve yaşatılması gereğinin bir tabu olarak kabul edilmesi sonucunda, yaşamın sorgusuz ve mutlak değerde kabul edilmesine dair kanaatleri ifade etmektedir. İkinci olarak, dinsel konuları ilgilendiren bir hususun altında yatan değer en iyi nasıl anlaşılacağı ve bunun gerekliliklerine dair toplum köklü bir biçimde bölünmüş olmalıdır. Başka bir ifadeyle,

⁴⁴⁹ A.k.

⁴⁵⁰ A.k.

⁴⁵¹ A.k., s. 413-415.

belli bir konudaki çatışmanın, uzlaştırılmayacak biçimde toplumu bölmüş olması gerekmektedir. Üçüncü ve son olarak, idarenin edimi sonucunda hakkı zarar gören kişinin çok büyük, orantısız veya telafi edilemeyecek şekilde zarar görmesi söz konusu olmalıdır. Tüm bu koşulların sonucunda idare, sadece kişileri ilgilendiren bir hususta temel bir değeri dayatmak amacıyla hareket ettiğinde özel yaşama saygı hakkının devreye sokulması mümkündür.

Yaşam, ölüm, üreme gibi konuları Dworkin, kişinin en mahrem alanına, özgürlük alanının en dokunulmaz iç çekirdeğine ait olarak görmektedir ancak yine de bu tür konuları hukukun düzenleme alanı dışında kabul etmek yerine; idarenin kendi doğrusunu ya da çoğunluğun makbul kabul ettiği değeri dayatmaya çalıştığı noktada devreye girecek özel bir koruma kalkanı sunmaktır.⁴⁵² Bu durumda özel yaşama saygı hakkı, temel nitelikteki bir değer dayatılması maksadıyla devletin veya toplumun, kişi hak ve özgürlüklerine dokunmaya çalıştığında iktidarın gücünü sınırlamak için vardır. Bu spesifik durum dışında, özel yaşama saygı hakkının koruma alanı, kamu yararı veya diğer kişi haklarıyla çatışması durumunda kısıtlanabilecektir. Dolayısıyla olağan koşullardaki koruma ve olağan dışı koruma olarak ikili bir hak korumasından bahsedebiliriz. Aslında Dworkin'in koz olarak haklar anlayışının geneli için de bu önerme geçerli sayılabilir. Yani pozitif hukuk tarafından açıkça hükme bağlanmış temel hakların, bir katalog ya da düzenlemede 'sayılan' hakların korunmasını reddettiğini kabul etmek yerine; kanaatimizce, bu anlayışın yetersiz kaldığı noktada mevzuatta 'sayılmayan' ancak aslında ilkeler düzeyinde mevcut olan hakların veya menfaatlerin devreye sokulmasını savunmaktadır.

Bu konudaki bir çalışmada bu türden bir ayrım yapılmakta ancak Dworkin'in sadece tek bir hak korumasını savunduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, Pildes, temel

⁴⁵² Dworkin'in ifadesiyle, 'içsel bir değeri dayatmak' ya da liberallerle komünteryenler arasındaki tartışmanın ayaklarından biri olan 'ahlaken iyi bir yaşam' dayatması hakkında bkz. **Liberalism and Its Critics**, ed. Michael J. Sandel, New York Univ. Press, New York, 1984.

haklar konusunda A tipi ve B tipi biçiminde ikili bir ayrıma gitmektedir.⁴⁵³ Bu ayrımdan yola çıkarak da Dworkin'in hak kuramının B tipinde olduğunu ileri sürmektedir. Pildes'in ayrımına göre, kişi hak ve özgürlüklerine olası müdahaleleri A tipi müdahaleler olarak; kişinin en mahrem alanına ya da Dworkin'in ifadesiyle, dinsel konularda yapılacak müdahaleler ise B tipi olarak tasnif edilmiştir.⁴⁵⁴ Bir diğer ifadeyle, olağan koşullarda A tipi koruma yürürlükte olacaktır; zor davaların, dinsel konuların söz konusu olduğu istisnai durumlarda B tipi bir koruma devreye girecektir. Pildes, bu tipolojideki ayakları birbirine alternatif olarak kurgulamış ve Dworkin'in hak kuramının bu ikinci türden, yani B tipi bir hak anlayışına sahip olduğunu belirtmiştir. Oysa hak korumalarını bu şekilde tasnif etmek mümkünse, Dworkin'de iki düzeyli bir hak korumasının önerildiğini söylemek daha makul görünmektedir. Birbirine rakip ya da alternatif anlayışlar olarak düşünmek yerine, birbirini tamamlayan iki hak koruması olarak kabul edildiği takdirde, olağan davalar ve istisnai nitelikteki zor davalar ayrımıyla da örtüşebilecektir. Bu ayrımı oluşturan iki müdahale türü birbirini tamamlayıcı niteliktedir ve olağan hak korumasının yetersiz geldiği durumlarda istisnai korumanın devreye gireceği bir hak anlayışı biçiminde anlaşılmalıdır.

Olağan hak korumasının (A tipi) yetersiz kaldığı durumlarda, istisnai olan (B tipi) korumanın devreye girebilmesi için az önce bahsedilen koşulların yerine getirilmesi sonucunda bir eşiğin aşılması gerekmektedir. Bu eşiğin sınanmasında ise müdahale gerekçesinin kamu yararı ya da diğer kişilerin haklarının korunması olmaktan çıkıp içsel, temel bir değer dayatılması olması belirleyici olacaktır. Bu durumda kural, temel haklara dokunulmasının, özgürlük alanının daraltılması anlamını taşımasıdır. Başkalarının haklarının korunması maksadıyla yapıldığı takdirde de meşru kabul edilebilecektir. Bu kuralın istisnası ise, en mahrem konularda (Dworkin'in kullandığı

⁴⁵³ Richard H. Pildes, "Two Conceptions of Rights in Cases Involving Political "Rights"," **Houston Law Review**, Yıl 1997, Sayı 34, s. 323- 332.

⁴⁵⁴ A.k.,

anlamda ‘dinsel’ konulara) vazedilmiş bir hak olup olmadığına bakılmaksızın, yapılan herhangi bir dokunma, ihlal sayılmalıdır/sayılacaktır.⁴⁵⁵ Çünkü bu en mahrem konular pratikte başka kişileri de ilgilendirebilmekle beraber, o kadar kişiseldir ki hukuken başkalarının menfaatleriyle dengelenememesi gerekmektedir. Bu istisnanın anlamı, temel haklara yapılan kısıtlamalardan farklı olarak, ‘dinsel’ konulardaki herhangi bir dokunmanın (başka kişilerin hukuki menfaatleri gerekçe gösterilerek yapılacak müdahalenin meşru kabul edilmediğini hatırlayarak), içsel bir değer veya ahlaki bir anlayış ya da çoğunluk görüşü dayatmak anlamına geleceğidir. Bunun ise, meşru bir kısıtlama gerekçesi oluşturamayacağı için hak ihlali oluşturduğunu tespit etmek gerekir.

Özel hayata saygı hakkının devreye girdiği nokta da burasıdır: Temel bir değer dayatılması amacıyla devlet veya toplumun çoğunluğu, kişi hak ve özgürlüklerine müdahale ettiğinde, özel yaşama saygı hakkı bu gücü sınırlamak için kullanılacaktır. Başka bir ifadeyle, kişi hak ve özgürlüklerine yapılan müdahaleler ile kişinin en mahremiyle ilgili hukuki menfaatlere yapılan müdahaleler arasında bir ayrım yapmak mümkündür. Bu ayrıma, olağan ve istisnai müdahaleler arasındaki bir ayrım olarak da bakmak mümkündür. Bireysel özerklik ilkesinin temel alındığı bir bağlamda özel hayata saygı hakkı, somut ve soyut iki koruma sunarak her iki türdeki müdahaleleri tespit etmek üzere geliştirilmiştir. Bununla birlikte, kuramsal alandaki bu dokunulmaz özel hayata saygı hakkının ve çoğunluğun baskın ahlaki değerleri karşısında sunduğu korumanın, Sözleşme sistemi bağlamında pratiğin, yani içtihatların değerlendirilmesi ve kuramla karşılaştırılıp sınanması gerekmektedir.

⁴⁵⁵ Dworkin *lex ferenda* ve *lex lata* arasında bilinen anlamda bir ayrım yapmamaktadır çünkü bugün yapılan belirli bir yorum, yarın farklı bir yoruma dönüşebileceği için, ‘olan’ ve ‘olması gereken hukuk’ ayrımı anlamsız ve gereksizdir. Ayrıca en iyi yorumun peşinde olan hukukçu, kendi açısından halihazırda olması gereken hukuku işaret ederek ve karara bağlayarak ‘olan’ hukuka dönüştürecek ve ikisi arasındaki geleneksel ayrımı gereksizleştirebilmektedir.

3.3. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KULLANDIĞI YORUMLAMA YÖNTEM VE İLKELERİYLE GELİŞTİRDİĞİ DİNAMİK YORUMLAMA

Sözleşme ile ilgili literatürde; yorumlama yöntemleri, araç ve teknikleri, doktrinleri ile ilkeleri gibi birçok terim kullanılmaktadır. Bu nedenle hangi terimlerin kullanılacağına dair bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Sadece insan hakları hukuku değil, aynı zamanda uluslararası hukuk alanında yorum konusundaki bu anlaşmazlık; yorum ve uygulama ilişkisinin farklı farklı kurulmasından, yorumun hukuk içerisinde değişik biçimlerde konumlandırılmasından, pratik ve kuramsal olarak yorumun çeşitli şekillerde yapılmasından kaynaklanabilmektedir. Kanaatimizce yorumlama yöntemleri, doktrinleri, ilkeleri ve araçlarının birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılması kimi nüansların göz ardı edilmesine yol açmaktadır. Bunun önüne geçmek için de belirli kavramların arasında ayırma gitmek ve hangi anlamda kullanıldıklarını belirlemek gerekmektedir. Bu doğrultuda, ilk olarak bu kavram ve terimlerin ne ifade ettikleri açıklığa kavuşturulmalıdır.

‘İlke’ terimi felsefe sözlüklerinde “başlangıç, çıkış noktası; ilk olan; köken; dayanak; temel neden, ilk neden; yasaların ve nesnel gerçeğin karakteristik özelliklerinin genelleştirilmesiyle elde edilen ve insana, hem teorik çalışmasında hem de pratik faaliyetinde *rehberlik eden* genel temel yasa”⁴⁵⁶ anlamlarını içermektedir.

Sistematik yorumlama yöntemi bağlamında ilkeler özel bir konuma sahiptir; pozitif hukuki düzenlemeleri yansıtan kurallar ve ilkeler, hukuku asli olarak oluşturan standartlar kümesidir.⁴⁵⁷ Bu çalışma bağlamında bu anlamına ek olarak; ‘bir

⁴⁵⁶ *İlke*, Manfred Buhr ve Alfred Kosing, **Bilimsel Felsefe Sözlüğü**, 2. Baskı, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul, 1999, s. 204; Ayrıca bkz. *Principe*, Mustafa Namık Çankı, **Büyük Felsefe Lugatı**, 2. Cilt, Aşıkoğlu Matbaası, İstanbul, 1955, s. 735-740; *İlke*, Bedia Akarsu, **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, TDK Yayınları, Ankara, 1975, s. 96.

⁴⁵⁷ Ayrıca bkz. 2.2. No’lu başlık.

düzenlemenin yorumlanmasında göz önüne alınan genel bir amaç' ya da 'yorumlama sürecinde gözetilen hedefler' gibi daha spesifik bir anlamda da kullanılmaktadır.

“Doktrin’ terimi ise genel anlamda ‘öğreti; belirli bir konuyla ilgili, belli bir anlayış ve düşünceye dayalı dogma ve kavramların bütünü”⁴⁵⁸ olarak kullanılırken hukuki düzlemde “bir hukuk kaide, prensip veya nazariyesi”⁴⁵⁹ anlamına gelmektedir. Bu çalışma özelinde doktrin kavramı hem öğreti, görüşler bütünü anlamında hem de sistematik yorumun aşamalarından birini anlatmak için kullanılmıştır. Yaygın olarak kullanılan, örneğin, ‘takdir marjı doktrini’ yerine, ‘takdir marjı yorumlama ilkesi’ tercih edilmiştir.

Yorumlama yöntemi ve ilkesi arasındaki ayrım ve ilişkinin açıklığa kavuşması için bazı noktalara tekrar değinmek gerekmektedir. Yorumlama yöntemi, belirli bir muhakeme yürütme tekniğini ifade etmektedir. Bu teknik, belirli bir kararı desteklemek amacıyla kullanılan ve kararın altında yatan gerekçenin somutlaşmasında yargıca yardım eden, esasa ilişkin varsayımı açıklığa kavuşturur. ⁴⁶⁰ Belirli bir yorumlama yönteminin seçilmesine bağlı olarak yorumcunun ya da bu durumda yargıcın akıl yürütmesi, esasa ilişkin meşru bir argüman tarafından belirlenmektedir. Yorumlama yöntemi, yorumlama sonucunda ortaya çıkan sonucun hangi ‘epistemik unsur’⁴⁶¹ tarafından meşrulaştırılacağını da açıklığa kavuşturur. Örneğin, amaçsal yorum, belirli bir hukuki düzenlemenin amaç ve konusunun belirleyici olduğu bir yorumlama yöntemidir. Dolayısıyla yorumlama yöntemi, yöntemin hususiyetini ifade eden temel bir ‘epistemik unsur’ (metin, amaç, tarih, sistemsel bütünlük gibi) doğrultusunda esasa ilişkin muhakeme yürütmeye yarayan bir teknik sunmaktadır.

⁴⁵⁸ *Doktrin*, **TDK Büyük Türkçe Sözlük**, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 18.07.2021.

⁴⁵⁹ *Doctrin*, Mustafa Ovacık, **İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü**, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 119. Ayrıca uluslararası hukukun yardımcı kaynaklarından birini anlatmaktadır. Bkz. **Uluslararası Adalet Divanı Statüsü**, madde 38, <<http://www.icj-cij.org/en/statute>> Erişim Tarihi 18.07.2020.

⁴⁶⁰ Bkz. Hanneke Senden, **Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system: an analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union**, Intersentia, Cambridge, 2011, s. 44-45.

⁴⁶¹ Kavram için bkz. *a.k., passim*.

Yorumlama ilkesi ise bir yorumlama yöntemi vasıtasıyla, bir düzenlemenin yorumlanmasında göz önüne alınan genel bir amaç ya da hedef işlevi görmektedir. Epistemik bir unsur içermemekle beraber, yorumlanan metnin, yani Sözleşme'nin bütününe ilgilendiren ve yorumlama sürecine yön veren genel bir hedef sunmaktadır. Örnek vermek gerekirse, hakların etkili korunması ya da Sözleşme'nin yaşayan enstrüman olması gibi ilkeler, Sözleşme organlarının hangi yorumlama yöntemini kullanacağını belirtmez; bunun yerine, ulaşılması gereken birer hedef sunarlar. Bu doğrultuda, yorumlama yönteminin belirli bir epistemik unsuru merkeze alarak yorumlama sürecine bir güzergâh çizdiği; yorumlama ilkelerinin ise yorumlama sürecinin güzergahına varılacak bir hedef noktası belirlediği söylenebilir. Yorumlama yöntemi ve ilkelerinin ikisini birlikte ifade etmek için ise 'yorumlama araçları' terimini tercih etmek yerinde olacaktır.

Yorumlama yöntemi ve ilkeleri arasındaki tamamlayıcı nitelik ve aralarındaki ayrım ortaya konduktan sonra, uluslararası hukukun genel yorumlama kurallarıyla uyum içinde olup olmadığı, başka bir ifadeyle Sözleşme sisteminin kendine has yorumlama araçlarının meşruiyetini sorgulamak yerinde olacaktır.

Uluslararası anlaşmaların nasıl yorumlanacağını düzenleyen kurallar, kendisi de uluslararası bir antlaşma niteliği taşıyan Sözleşme'yi bağlamaktadır. Bu durum, Sözleşme organlarının kendi kararlarında da teyit edilmektedir.⁴⁶² Sözleşme organlarının erken dönem içtihatlarında, dar bir lafzi yoruma nispeten daha bağlı oldukları ve yeni haklar yaratacak ya da hakları yeni menfaatler kapsayacak şekilde yorumlamaktan kaçındıkları tespit edilebilir. Nitekim Sözleşme'nin hazırlanmasındaki en önemli çalışmalardan biri olan 'Teitgen Raporu'na göre:⁴⁶³

⁴⁶² *Golder/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 29; *Lawless/İrlanda (No.3)*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 332/57, 01.07.1961, para. 14; *Belçika Dil Davası a.g.k.*, para. 4.

⁴⁶³ "Establishment of a collective guarantee of essential freedoms and fundamental rights," **Report - Doc. 77**, 05.09.1949, madde 7, <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=36&lang=en>> Erişim Tarihi: 20.09.2019.

“Her Üye Devlet, kendi ülkesi içinde insan haklarını koruyacak düzenlemeleri yapmakta yetkili olmakla beraber kolektif garantinin amacı, bu düzenleme ve uygulamaların Uluslararası Adalet Daimî Divanı Statüsü 38. maddesinde bahsi geçen ve medenileşmiş milletlerce tanınan hukukun genel ilkeleriyle uyumlu olmasını temin etmek olmalıdır.”

Sözleşme, II. Dünya Savaşı’nda yaşananlara karşı bir tepki olarak tasarlanmış ve Sözleşme organlarının erken dönem faaliyetleri geleneksel yorum kuralları (metne bağlı dar yorum, kurucuların niyetine bağlılık gibi) çerçevesinde kalmışken Sözleşme lafzının belirsizliğini bertaraf etme ve buradaki hakları somutlayabilme gerekçeleriyle, zaman içinde Sözleşme sistemine özgü bir yorumlama biçimi geliştirilmiştir.

Hukuk yaratan antlaşma, objektif yükümlülükler, yaşayan enstrüman, pratik ve etkili haklar gibi argümanlarla⁴⁶⁴ Sözleşme organları hem Sözleşme’nin niteliğinin diğer uluslararası anlaşmalardan ayrıksı olduğunu hem de buna bağlı olarak yorumlama yöntem ve araçlarının diğer hukuk enstrümanlarından biraz daha farklı olduğunu temellendirmeye çalışmaktadır. Örneğin, karşılaştırmalı yorum gibi bilindik bir yola başvurduğunda bile, Sözleşme organları bunu kendine özgü biçimde kullanabilmektedir. Yaygın olarak kabul edilen bu eğilim, kimi zaman eleştiriler de almaktadır. Christoffersen karşılaştırmalı yorumun farklı bağlamda kullanılması için “içinde evrimsel bir yorumun gizli olduğu Truva atı”⁴⁶⁵ benzetmesini yapmaktadır çünkü karşılaştırmalı bir yorum yapıldığında Sözleşme’nin koruma standartları, mantiken ulusal ve uluslararası hukukla birlikte gelişmek durumundadır. Oysa yazara göre Mahkeme, standartlar arasında bir uyum gözetmeyi her zaman titiz bir şekilde yapmayabilmektedir.

Bu durumun kökeninde, Sözleşme’nin insan haklarını koruyan bir anlaşma olmasından ötürü *sui generis* bir nitelikte olup olmadığı ve böylece diğer uluslararası anlaşmalardan farklı özelliklere mi sahip olduğu ve organlarının da yorumlama araçları geliştirirken elini daha serbest mi bıraktığı soruları bulunmaktadır. Bu sorular ise insan

⁴⁶⁴ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Jonas Christoffersen, **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, s. 49-56.

⁴⁶⁵ A.k., s. 57.

haklarını temin eden anlaşmaların, uluslararası hukukun bir parçası mı, onun istisnası mı olduğu tartışmasıyla aynı bağlamda değerlendirilmelidir.⁴⁶⁶ Bu çalışmanın sınırlarını aşan bu tartışma, sadece insan hakları rejiminin uluslararası hukuk bağlamında özel bir konuma yerleştirildiğini belirtmek yeterli olacaktır.

Nitekim Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinde yorumlama kuralları düzenlenmiştir.⁴⁶⁷ Ancak Uluslararası Adalet Divanı'nın 1951 tarihli 'Sözleşmelere Çekince Koyma Konusundaki Danışma Görüşü'nde⁴⁶⁸ ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 24.09.1982 tarihli danışma görüşünde⁴⁶⁹, insan hakları anlaşmalarının geleneksel anlamda birer antlaşma olmadığını, ortak bir değer

⁴⁶⁶ Uluslararası hukuktaki parçalanmayı değerlendiren bir raporda insan hakları rejimlerinin müstakil niteliklerinden (*self-contained regimes*) bahsedilmektedir. Bkz. "Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law," **Report of the Study Group of the International Law Commission**, Finalized by Martti Koskenniemi, International Law Commission, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CN.4/L.682> Erişim tarihi 17.07.2021.

⁴⁶⁷ **Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi** (İmzaya açılma: 23 Mayıs 1969; yürürlüğe giriş: 27.01.1980) **Kesim 3: Andlaşmaların Yorumu**

Madde 31- Genel yorum kuralı:

1. Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade (olağan) manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.

2. Bir andlaşmanın yorumu bakımından, andlaşmanın bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar:

(a) andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir andlaşma;

(b) andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.

3. Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler dikkate alınır:

(a) Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki herhangi bir andlaşma,

(b) Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması,

(c) Taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.

4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir.

Madde 32- Tamamlayıcı yorum araçları

31. maddenin uygulanmasından hasil olan manayı teyit etmek veya 31. Maddeye göre yapılan yorum, (a) manayı muğlak veya anlaşılmaz bırakıyorsa (b) çok açık bir şekilde saçma olan veya makul olmayan bir sonuca götürüyorsa, manayı tespit etmek için andlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapıma şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.

Çeviri için bkz. İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016. İngilizce metin için bkz. United Nations, **Treaty Series**, vol. 1155, p. 331,

<https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf> Erişim Tarihi 08.10.2020.

⁴⁶⁸ "Advisory Opinion Concerning Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide," **International Court of Justice (ICJ)**, 28 May 1951,

<<https://www.refworld.org/cases,ICJ,4023a7644.html>> Erişim Tarihi 16.07.2020.

⁴⁶⁹ "Mahkeme'nin Danışma Görüşü Yetkisine Tabi 'Diğer Antlaşmalar' konusunda Peru tarafından talep edilen Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Danışma Görüşü," **Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-1/82 of September 24, 1982**, "Other Treaties" Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on Human Rights), <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_ing1.pdf> Erişim Tarihi 16.07.2020.

ifade eden insan haklarının korunmasını amaçladığı ifade edilmiştir. Mahkeme de *Avusturya/İtalya* kararında,⁴⁷⁰ Sözleşme Devletlerinin yükümlülüklerinin subjektif karakterine vurgu yaparak insan haklarının karşılıklılığa dayalı ve subjektif nitelikte olmadığını; başka bir ifadeyle, uluslararası hukuktaki devlet yükümlülüklerinden farklı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Sözleşme'nin 'hukuk yaratan bir antlaşma' olduğuna dayanarak Sözleşme'nin amacını gerçekleştirmek ve hedefine ulaşmak için en uygun olabilecek yorumlamayı bulması gerektiğine hükmedilmiştir.⁴⁷¹ İnsan hakları düzenlemelerinin özel bir amaç ve hedefe sahip oldukları, geleneksel anlamda uluslararası hukuk düzenlemelerinden farklı bir niteliğe sahip oldukları anlayışı sonucunda, Sözleşme organlarının geliştirmiş olduğu bazı temel yorumlama ilkeleri ortaya çıkarılmıştır.⁴⁷² Birçok yorumlama ilkesinden bahsetmek mümkündür ancak bu çalışmanın konu ve amacı bakımından sadece en önemlileri üzerinde durulmaktadır.

Konu ve amaç doğrultusunda yapılan yorum ilkesi, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nden (31. madde) kaynaklanmaktadır. Buna göre kelime ve ifadeler, olağan anlamlarına uygun olarak ve içinde bulundukları anlaşmanın konu ve amacı doğrultusunda yorumlanmalıdır.⁴⁷³ Sözleşme'nin konusu ve temel amacı ise "demokratik bir toplumun değer ve ideallerini korumak ve geliştirmek"tir.⁴⁷⁴ Bu amaçlara yapılan vurgu, birçok davada Mahkeme'nin açıkça aktivist ya da ilerlemeci bir

⁴⁷⁰ *Avusturya/İtalya* (Kabul Edilebilirlik), Komisyon Kararı, Başvuru No. 788/60, 11.01.1961, s. 19.

⁴⁷¹ Bkz. *Louizidou/Türkiye* (İlk İtirazlar), Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 15318/89, 23.03.1995, para. 84; *Wemhoff/Almanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 2122/64, 27.06.1968, para. 8; *Sunday Times/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 48.

⁴⁷² De Schutter Sözleşme'nin yorumlama ilkelerini, hak kapsamını genişleten ve daraltan olmak üzere ikili bir tasnifle incelemeyi önermektedir. Hakları genişleten ilkeler özerk kavramlar, evrimsel yorum (hakları toplumsal ve ekonomik koşullara göre uyarlama), amaç ve hedefi dikkate alarak yorum, karşılaştırmalı yorum, ortak kamu düzeni oluşturma, lafzi yorumla sınırlı olmama ilkelerinden; daraltıcı yorum ilkeleri ise takdir marjı, kurucuların niyetiyle sınırlı olma, hukuk güvenliği, ulusal gereklilikler, bütünsel yorum gibi ilkelerden oluşmaktadır. Bkz. Olivier De Schutter, "L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme : un essai en démolition," **Revue de droit international et de sciences diplomatiques et politiques**, Yıl 1992, Sayı 70, s. 83-127. Dolayısıyla aslında birçok yorumlama ilkesinden bahsetmek mümkündür ancak bu çalışmanın konu ve amacı bakımından sadece en önemlileri üzerinde durulmaktadır.

⁴⁷³ *Golder/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 29.

⁴⁷⁴ Bkz. *Cruz Veras ve diğ./İsveç*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 15576/89, 20.03.1991, para. 119; ayrıca bkz. Clare Ovey, Robin White, Francis Geoffrey Jacobs, **Jacobs and White: The European Convention on Human Rights**, 4. Basım, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 34-35.

yaklaşım benimsemesine yol açmıştır.⁴⁷⁵ Bununla bağlantılı olarak Mahkeme, Sözleşme’yi toplumsal görüşlere bağlı olarak terimlerin anlamının zaman içerisinde değişebildiği, yaşayan bir enstrüman olarak yorumlamaktadır.⁴⁷⁶

Bayatyan/Ermenistan kararında “günümüz koşulları’na ek olarak ‘demokratik ülkelerde hâkim olan fikirler’in de Sözleşme yorumunda etkili olabileceği”⁴⁷⁷ vurgusu yapılmıştır. “Bu evrimsel yaklaşım, Komisyon ve Mahkeme’nin 1949-50’de Sözleşme’nin hazırlandığı zamanda hâkim olan koşulların değil, mevcut gerçeklikleri ve tutumları dikkate alması anlamındadır”.⁴⁷⁸ 8. madde bakımından dinamik yorumun anlamı, toplumsal hayatın koşullarının gerektirdiği durumlarda özel hayat kavramından yeni hakların türetilmesi için kapıyı sürekli açık bırakmasıdır.⁴⁷⁹

Sözleşme’de kullanılan bir diğer yorumlama ilkesi olan ‘kavramların otonom biçimde yorumlanması’⁴⁸⁰, Sözleşme organlarının bazı kavramları, Sözleşmeci Devletlerin bu kavramları iç hukuklarında kullandıkları anlamdan bağımsız olarak ele almaları, özdeş olarak kullanmamaları ya da aynı anlama tekabül edecek şekilde yorumlamak zorunda olmamaları esasına dayanmaktadır.⁴⁸¹ Bunun anlamı ise ilgili Devletin belirli bir kavrama atfettiği anlamın, Mahkeme tarafından dikkate alınmak zorunda olmamasıdır.⁴⁸²

Gomez-Arostegui,⁴⁸³ bu bağlamda Mahkemenin karşılaştığı bir gerilime işaret etmektedir. Buna göre Mahkeme, ulusal hukuk düzenlemeleri ve uygulamalarına dayanmak ile bunlardan tamamen ayrı uluslararası bir yorumun yapılması arasında, otonom kavramların nasıl belirleneceği konusunda bir tercihte bulunmak zorunda

⁴⁷⁵ Van Dijk ve diğ., *a.g.k.*, s. 73-4.

⁴⁷⁶ *Tyrer/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 5856/72, 25.04.1978, para. 31; *Soering/Birleşik Krallık*, *a.g.k.*, para. 102; *Vo/Fransa*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 53924/00, 08.07.2004, para. 82.

⁴⁷⁷ *Bayatyan/Ermenistan*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 23459/03, 07.07.2011, para. 102.

⁴⁷⁸ Van Dijk ve diğ., *a.g.k.*, s. 77-8.

⁴⁷⁹ Aynı yönde bir görüş için bkz. Loucaides, *a.g.k.*, s. 83.

⁴⁸⁰ Bkz. örn. *Engel ve diğ./Hollanda*, *a.g.k.*

⁴⁸¹ Van Dijk ve diğ., *a.g.k.*, s. 77.

⁴⁸² Ovey ve diğ., *a.g.k.*, s. 31-32.

⁴⁸³ Gomez-Arostegui, *a.g.m.*, s. 159.

kalmaktadır. Bununla bağlantılı olarak, bu tercihin temellendirilememesi durumunda Mahkemenin yargılama yetkisinin meşruiyetinin sorgulanması ihtimali ortaya çıkmaktadır. Bu ise Avrupa düzeyindeki bağımsız bir denetimin sürdürülebilmesi ve Üye Devletlerin 'Avrupa ortak miras'ından kopmama istekleri arasındaki mücadeleye işaret etmektedir.

Bu durumda, Üye Devletler arasındaki oydaşma ve bununla bağlantılı olarak takdir marjı ile Mahkemenin özgünlüğünün ve üyelerinden bağımsızlığının emaresi olarak işaret edilebilecek otonom kavramlar ilkesi arasında bir gerilimin varlığına dikkat çekmek gerekir. Ancak yorumlama ilkeleri arasında bir rekabetin olması olağan bir durumdur; Mahkemenin çeşitli ilkeler ve yöntemler arasından seçimler yaparak yolunu açmasıyla sıkça karşılaşılmaktadır. Christoffersen,⁴⁸⁴ ortak Avrupa standardının takdir marjından türediğini düşünmenin yanlış olduğunu, aksi halde bu iki kavramın anlaşılamayacağını ifade etmektedir. *Sporrong ve Lönnroth/İsveç* davasıyla⁴⁸⁵ ortaya konan 'adil denge arayışı tüm Sözleşme'ye içkindir' anlayışı 1980'lerde daha sık kullanılmaya başlamıştır. Adil denge söyleminin giderek artan kullanımı, klasik yorumlama ilkelerinin ve metinsel analizin Sözleşme organlarının kendi standardını geliştirme isteği karşısındaki yetersizliğine bağlanabilir. Christoffersen'e göre,⁴⁸⁶ Sözleşme organları; geliştirdikleri 'yasa yapan antlaşma, objektif yükümlülükler, yaşayan enstrüman, pratik ve etkili haklar' ilkeleriyle Sözleşme sistemini, insan haklarının kolektif uygulanması amacı taşıdığı gerekçesiyle diğer uluslararası hukuk anlaşmalarından farklı nitelikte olduğunu kanıtlamaya ve kabul ettirmeye çalışmaktadır.

Kökenini iç hukuklardaki ilkelerden alan ve onlarla ortaklıklar taşımasına rağmen belirtilen bu yorumlama ilkeleri; uluslararası bir anlaşma ve onun organlarında görmeye alışık olmadığımız biçimde, sürekli evrilen ve dinamik bir yorumla hakların etkili bir

⁴⁸⁴ Bkz Jonas Christoffersen, *a.g.k.*, s. 44.

⁴⁸⁵ *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 7151/75 ve 7152/75, 23.09.1982, para. 69.

⁴⁸⁶ Christoffersen, *a.g.k.*, s. 49-56.

şeklde korumasını sağlamaktadır. Kimi yazarlar bunu bir adım öteye taşımaktadır. Bunların en dikkat çeken örneği olan Letsas’a göre,⁴⁸⁷ Mahkeme’nin geliştirdiği ‘evrimsel yorum’ içtihadı, sadece ortak bir Avrupa standardı hedefi gütmekle kalmaz; temel olarak ve genellikle Sözleşme’nin ‘ahlaki hakikati’ne doğru olan bir evrimin gelişim çizgisini göstermektedir. Yazarın bu kaniya varmasının nedenleri, Mahkeme’nin ulusal hukuku karşılaştırmalı bir biçimde incelememesi, kimi kavramları otonom olarak yorumlayıp ulusal hukuklardan bağımsızlaşması ve ortak bir standart (sayısal çoğunluğa dayalı bir oydaşma) yaklaşımı yerine, ilgili hakka dair ‘yapısal bir muhakeme’ yürütmesidir.⁴⁸⁸ Yazarın argümanları, Sözleşme’yi hazırlayan kişilerin niyetlerini okumaya dayalı bir orijinalizm karşısında, Sözleşme haklarının ahlaki kimi temeller üzerine oturduğu ve bu ideale yaklaşıldığı ölçüde yorumun evirilebileceği kabulüne dayanmaktadır. Mahkemenin bu yorum yöntemi sayesinde Sözleşme’nin haklarını meşrulaştıran ahlaki ilkeler ya da yazarın dediği gibi, “objektif öz ya da değerler”⁴⁸⁹ olduğu ortaya çıkarılmakta; bu değerden dolayı ve ona yaklaşıldıkça evrim önem kazanmaktadır. Bu bakımdan evrimsel yorum ve otonom kavramlar ilkeleri arasında bir ortaklık kurulmaktadır: Sözleşme’nin hakları kuramsal veya hayali değil, uygulamaya dönük ve etkilidir ve bu nedenle sadece Devletlerin egemen iradelerine bırakılmamalıdır.⁴⁹⁰ Dolayısıyla Mahkeme’nin asli görevi, oydaşmaya dayalı ortak bir standardı tespit etmek değil, hakkın altında yatan değer anlaşılmaması ve bu değere yaklaşan uygulamaların ortaya çıkarılmasıdır.

Sözleşme organları, hukukun genel ilkelerinin çizdiği çerçeveyi gözeterek ama aynı zamanda Sözleşme sisteminin amaçlarını gerçekleştirmek için kendine has bazı teknikler vasıtasıyla ‘dinamik yorum’ olarak adlandırılabilir bir yorumlama yöntemi geliştirmiştir. Genel teorik planda yorumsamacılık (hermenötik), özelde ise R.

⁴⁸⁷ George Letsas, *A Theory of Interpretation of the ECHR*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2007, s. 78-9.

⁴⁸⁸ A.k.

⁴⁸⁹ A.k., s. 79.

⁴⁹⁰ A.k.

Dworkin'in bütünsel hukuk yorumu ile yan yana konumlandırılabilir olan dinamik yorumlama; Sözleşme haklarının altında yatan kimi değerler olduğunu ve hakların etkili bir biçimde hayata geçirilebilmesi için bu değerlerin ortaya çıkarılmasına ve günümüz koşullarına uyarlanmasına dayanmaktadır. Bu yöntem; metne dayalı yorumlamanın, kavramların belirsizliği karşısında yetersiz kaldığı, hazırlık çalışmalarının ve kurucuların ya da Taraf Devletlerin niyetlerinin durağanlığının çıkmaza girdiği, ilkelere dayalı bir tutarlığa ihtiyaç duyulduğunda hukuka uygun bir çıkış yolu sunmaktadır.

Mahkeme dinamik yorum yöntemini erken tarihlerden beri kullanmaktadır. Örneğin *Belçika Dil Davasında* 'Sözleşme'nin bir bütün olarak yorumlanması gerektiği'ni ve bunun sonucunda 'Sözleşme'nin belirli bir hükmünü ilgilendiren bir konunun bazı bakımlardan bir başka hüküm tarafından düzenlenebileceği'ni karara bağlamıştır.⁴⁹¹ Sözleşme'yi bir bütün olarak değerlendirirken ayrıca Sözleşme'nin 'çeşitli hükümleri arasında içsel bir tutarlılık ve uyum geliştirecek şekilde yorumlanması' gereğine vurgu yapılmıştır.⁴⁹²

Bunun yanında *Tyrer, Engel, Airey* gibi davalarda Sözleşme organları dinamik yorum, etkililik, otonom kavramlar gibi kendine has yorumlama ilkeleri geliştirmiştir. *Golder* davası ise bu konuda çığır açmıştır.⁴⁹³ Bu davada açıkça belirtilmeyen bir hukuki menfaatin (mahkemeye erişim) adil yargılanma hakkının (6. madde)⁴⁹⁴

⁴⁹¹ Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium"/*Belçika*, Mahkeme Kararı (Esas) (Genel Kurul), Başvuru No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64 ve 23.07.1968, para. 7.

⁴⁹² Bkz. örn. *Stec ve diğ./Birleşik Krallık*, Kabul Edilebilirlik Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 65731/01 ve 65900/01, 06.07.2005, para. 48; *Austin ve diğ./Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 39692/09, 40713/09 ve 41008/09, 15.03.2012, para. 54; *Catan ve diğ./Moldova ve Rusya*, Mahkeme Kararı (BD), Başvuru No. 43370/04, 18454/06 ve 8252/05, 19.10.2012, para. 136.

⁴⁹³ *Golder/Birleşik Krallık*, a.g.k.

⁴⁹⁴ **İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme**

Madde 6

1. Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından dâvasının mâkul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir. Hüküm aleni olarak verilir, şu kadar ki demokratik bir toplulukta âmme intizamının veya milli güvenliğin veya ahlâkın yaratına veya küçüğün menfaati veya dâvaya taraf olanların korunması veya adaletin selâmetine zarar verebileceği bazı hususi hallerde, mahkemece zaruri görülecek ölçüde, aleniyet dâvanın devamınca tamamen veya kısmen Basın mensupları ve halk hakkında tahdid edilebilir.
2. Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.

kapsamında olduğu kararı verilmiş ve böylece Sözleşme'nin sözel olarak ifade etmediği, hazırlık çalışmalarında (*travaux préparatoires*) da yer almayan bir hak, koruma altına alınmıştır. Bunu yaparken Mahkeme henüz yürürlüğe girmemiş olan ve uluslararası antlaşmaların yorumlanması konusunda genel nitelikli kurallar getiren Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi⁴⁹⁵ ile ilişkili olarak bir değerlendirme yapmıştır. Buna göre,

“Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesindeki ‘genel kural’da sunulduğu üzere, bir antlaşmanın yorumlanması süreci bir bütünlük teşkil eder, tek bir birleşik etkinliktir; bu kural (6.) maddenin yakinen bütünlüğe olan dört paragrafında sayılan çeşitli unsurları aynı temele yerleştirmektedir.”⁴⁹⁶

Devamında metne dayalı ve amaçsal bir yorumlamaya giderek mahkemeye erişimin bir hak olup olmadığı sorgulanmış ve nihayetinde bu menfaatin adil yargılanma hakkının ‘içkin’ bir unsuru olduğu, bunun bu şekilde yorumlanmasının Devletlere yeni yükümlülükler getiren geniş bir yorum olmayıp 6(1). maddenin ‘bağlam’ından ve Sözleşme'nin ‘hedef ve amacı’ndan çıkan bir sonuç olduğunu karara bağlamıştır.⁴⁹⁷

Bu örnek dava kararından görüleceği üzere, Mahkeme genellikle normatif bir yorumlama yapmakta, incelediği hakkın özüne ve demokratik bir toplumda taşıdığı moral değere önem vermekte ve bütün bunları yaparken kurucu anlaşmasının, yani Sözleşme'nin insan haklarının korumasına dair spesifik özelliği nedeniyle aslında yetkilerini aşmayıp yorumlama kurallarına da uymaya çalışmaktadır. Ayrıca Viyana Sözleşmesi'ne daha yakından bakıldığında tek bir yorum kuralının getirilmediği,

3. Her sanık ezcümle:

- a) Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek,
- b) Müdafasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak,
- c) Kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafii veya eğer bir müdafii tayin için malî imkânlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek,
- d) İddia şahitlerini sorguya çekmek veya çektirmek, müdafaa şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,
- e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından meccanen faydalanmak, haklarına sahiptir. Bkz. **Resmî Gazete**, *a.g.k.*

⁴⁹⁵ 23.05.1969'da imzaya açılmış olup 27.01.1980'de yürürlüğe girmiştir.

⁴⁹⁶ *Golder/Birleşik Krallık*, *a.g.k.*, para. 30.

⁴⁹⁷ *A.k.* para. 36.

getirilen yorum kurallarının esnek ve normatif bir güzergâhta muhakeme yürütmeye müsait olduğu; ayrıca yorumlanacak anlaşmanın niteliğinin de göz önüne alınmasına izin verildiği görülecektir. Dolayısıyla hem Sözleşme organlarının geliştirdiği özgün yorumlama araçları hem de Sözleşme'nin insan haklarını koruyan spesifik niteliği, uluslararası hukukun genel yorumlama kuralları çerçevesi içinde kalmaktadır.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM:

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA BİREYSEL ÖZERKLİĞİN NİTELİĞİ VE SINIRLILIKLARI

Bu çalışmada kullanılan “bireysel özerklik” kavramı, Sözleşme organlarının kararlarına uygun olarak, özel hayata saygı hakkının içeriği ve sınırlarını belirleme veya farklı şikayetler karşısında bunlara yönelik anlayışını güncelleme işlevi gören bir yorum ilkesi olarak kullanılmaktadır. Sözleşme organlarının vurgulamaya çalıştığı nokta, bireylerin dilediği gibi eyleme ya da tercihlerini kendilerinin belirlemesi anlamında bireysel özerkliğin önemli ve dolayısıyla hukuken korunması gereken bir değer olduğudur. Böylece bireysel özerklik, özel hayata saygı hakkının içeriği ve sınırlarını belirleme ve hak kapsamında açıkça yer almayan hukuki menfaat iddiaları karşısında özel hayat anlayışını güncelleme işlevi gören bir yorumlama ilkesi olarak anlaşılmaktadır. Ancak Mahkeme içtihatlarında bu açıklıkta bir tanımlama henüz ortaya çıkmamıştır. Bunun yerine bireysel özerklik, birçok Sözleşme hakkıyla ilişkilendirilen, kimi başvuruda hak, kimisinde ilke olarak tarif edilen; henüz geliştirilmeye çalışılan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte dinamik yorumlama, hakların ardında yatan ilkelere yapılan atıflar, tekrar edilen ifadeler gibi parametrelere bakıldığında, bireysel özerkliğin Mahkeme içtihatlarında giderek ana hatları belirginleşen ve kendine yer bulan bir değer olmaya başladığı tespitlerini yapmak mümkündür. Her şeyden önce özel yaşama saygı hakkı bağlamında atıfta bulunulan bu ilke, 8. maddenin niteliğini de dönüştürmekte ve hatta Sözleşme sisteminin pozitif özgürlük anlayışının nüvesi haline getirmektedir. Tüm bunlarla birlikte hem Sözleşme sisteminin, ulusal hukuk düzenleri karşısındaki ikincil niteliğinden ve dinamik yorumlamanın kısıtları olmasından dolayı hem de etik ve felsefi olarak uzlaştırılması belki de mümkün olmayan kimi konular bağlamında bir hak iddiası olarak Mahkeme

önüne çıkması sonucunda, bireysel özerkliğin sınırları da ortaya çıkmaktadır. Kişinin bedeni üzerindeki tasarruflarıyla yaşamına ve ölümüne dair alabileceği kararlar ve Devletlerin bu kararlara dönük müdahaleleri, bu çerçevede hem en kişisel, en mahrem konuları hem de etik olarak en hassas konuları örneklemektedir. Bu sebepten kişinin kendi bedeni ve yaşamını ilgilendiren başvurular, bireysel özerkliğin hak kapsamını genişletici işlevinin sınırlarını göstermek bakımından önem arz etmektedir.

Çalışmanın bu son bölümünde, bireysel özerkliğin Mahkeme kararlarından ortaya çıktığı haliyle, bir yorumlama ilkesi olarak niteliği, sonuçları ve sınırlılıkları araştırılmaktadır. Bunun için öncelikle hangi şikayetler bağlamında ve hangi değerlerle ilişkili olarak bireysel özelliğe başvurulduğunu, diğer hakların yanında özellikle 8. maddeyle ilişkilendirildiği ve neden hak ya da ilke olarak kendisine başvurulduğu ortaya konmaktadır. Daha sonra ise içtihatlarda yer aldığı haliyle, temelde pozitif bir özgürlük anlayışını geliştirmek maksadıyla başvuru olan bir yorumlama ilkesi olduğu tespit edilmekte ve bunun sonuçları üzerinde durulmaktadır. Özel hayata saygı hakkının bu ilke doğrultusunda yorumlanması sonucunda hakkın kazandığı yeni anlam, referans hak, üzerinde ise ayrıca durulmaktadır.

Bir kişinin kendi yaşamı, ölümü ve üretmesiyle ilgili verdiği kararlar bu kişinin en mahrem alanını oluşturur. Bu konularda kendi bildiği gibi karar alıp davranamayacaksa kişinin özerkliğinden veya özgürlüğünden söz etmek mümkün müdür? Sözleşme sistemi çerçevesinde bireysel özerklik ilkesiyle yorumlanan özel hayata saygı hakkı, kişinin kendi tercihleri doğrultusunda iyi addettiği bir yaşamı seçebileceği; kendi bedeniyle ve kimliğiyle ilgili konularda dışarıdan belirlenmeden karar alabileceği pozitif bir özgürlük anlayışının geliştirilmesine olanak sağlamaktadır. Bununla birlikte özel hayata saygı hakkının kişinin yaşam hakkıyla çatıştığı ve Dworkin'in zor davalar olarak tarif ettiği kimi durumlarda; kişinin yaşamına üstünlük tanındığı, hatta özel hayata saygı hakkının

değerlendirmeye alınmayabilmektedir. Bu tür davalar, dinamik yorumun ve bireysel özerkliğin sınırlarlılığını göstermesi açısından önemlidir.

Dolayısıyla bireysel özerkliğin hak kapsamının genişletici özelliğinin sınırlarını gösterebilmek için Sözleşme organları içtihatları açısından zor davaları örnekleyen üç tema olarak destekli intihar, kürtaja erişim ve açlık grevcisini zorla besleme davaları seçilip ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu davalarda başvuruçuların hak iddialarının nasıl değerlendirildiği, bireysel özerklik ile ilişki kurulup kurulmadığı, 8. madde kapsamına dahil edilip edilmediği ve nihayet, bu tür davalardaki kişi yaşamı-özel hayatı çatışmalarının hangi yollarla çözüldüğü değerlendirilmektedir.

4.1. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA BİREYSEL ÖZERKLİĞİN NİTELİĞİ

İlk ortaya çıktığı kararlarda bireysel özerklik kavramının, insan haysiyeti ve kişi özgürlüğü kavramlarıyla yan yana yer alması dikkat çekmektedir. İnsan haysiyeti ve kişi özgürlüğü kavram ya da ilkeleri, insan haklarının korumayı amaç edindiği temel değerlerdir. Nitekim *C.R./Birleşik Krallık* davasında⁴⁹⁸ Mahkeme, kişi özgürlüğü ve insan haysiyetine saygının, Sözleşme'nin en temel niteliği olduğunu ilk defa belirlemiştir. Daha sonra da birçok kararında bu ifade tekrar edilmiştir.⁴⁹⁹ Bu karardan önce de yargıçların muhalif görüşlerinde yer alan bu anlayış, insan haysiyeti ve kişi özgürlüğünün “bir kimsenin kişiliğine en uygun düşecek biçimde kaderini ve kendini şekillendirmekte serbest olması”⁵⁰⁰ olarak anlaşılmasını önermektedir.

⁴⁹⁸ *C.R./Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 20190/92, 27.09.1995, para. 42.

⁴⁹⁹ Bkz. örn. *Christine Goodwin/Birleşik Krallık*, a.g.k.; *Molka/Polonya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 56550/00, 11.04.2004; *I./Birleşik Krallık*, a.g.k.; *Koch/Almanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 497/09, 19.07.2012.

⁵⁰⁰ Bkz. Yargıç Martens'in muhalif görüşü, *Cossey/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 10843/84, 27.09.1990.

Bireysel özerklik ilkesinin, kendisinden daha geniş kapsamlı ilkeler olan insan haysiyeti ve kişi özgürlüğünden türediği ya da onların spesifik bir uzantısı olduğu da savunulmaktadır.⁵⁰¹ Bu görüşe göre, bireysel özerkliği, daha temel değerlerin uzantısı olan somut içeriğe sahip bir hak olarak tasavvur etmek gerekir. Sözleşme'nin diğer haklarıyla kıyaslandığında, böyle bir somutluğa sahip olmadığını görmek zor değildir. Bu nedenle uygulanabilir bir haktan ziyade, bireysel özerkliği çeşitli Sözleşme haklarının yorumlanmasında altta yatan bir değer ya da ilke olarak görmek daha doğru olacaktır. Buna rağmen kimi kararlarda bu kavramdan 'hak' olarak bahsedildiğini not etmek gerekir.

İnsan haysiyeti ve kişi özgürlüğüne bir taraftan Sözleşme'nin altında yatan temel değerler, genel ilkeler olarak işaret edilirken diğer yandan da bu kavramların bireysel özerklik ve öz-belirlenim ile olan anlam yakınlığı dikkat çekmektedir. *Pretty/Birleşik Krallık* davası da bu çıkarımı teyit etmektedir: "Sözleşme'nin 8. maddesinin bu türden bir öz-belirlenim hakkını içerdiği daha önceki bir kararla tespit edilmemişse de Mahkeme, bireysel özerkliğin Sözleşme haklarının yorumunun altında yatan temel bir ilke olduğu kanaatindedir."⁵⁰²

Pretty/Birleşik Krallık kararından önce de muhalif bir görüşte bu anlayışın filizlenmekte olduğu ifade edilmelidir. Nitekim *Sheffield ve Horsham/Birleşik Krallık* davasında Yargıç Van Dijk'in muhalif görüşüne göre, "öz-belirlenim hakkı Sözleşme'ye açıkça ve ayrı bir biçimde dahil edilmemiş ancak özellikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen 5. madde⁵⁰³ ile özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8.

⁵⁰¹ Bkz. Christopher McCrudden, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights," *The European Journal of Human Rights*, Cilt 19, Sayı 4, Yıl 2008, s. 655-724. Ayrıca bkz. Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 545-6.

⁵⁰² *Pretty/Birleşik Krallık*, a.g.k., para. 61.

⁵⁰³ **İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme**
Madde 4

1. Her ferdin hürriyete ve güvenliğe hakkı vardır. Aşağıda mezkûr haller ve kanuni usuller dışında hiç kimse hürriyetinden mahrum edilemez:

a) Salahiyetli bir mahkeme tarafından mahkûmiyeti üzerine usulü dairesinde hapsedilmesi,

madde gibi bazı hakların temelinde yer almaktadır.”⁵⁰⁴ Dolayısıyla başlarda açıkça bireysel özerklik olarak ifade edilmeyen ancak içtihat gelişip yerleştikçe terimin açıkça kullanıldığı anlamıyla, kişinin hayatını kendisinin belirlemesi; kişi özgürlüğü ve insan haysiyeti ilkeleriyle eşit düzeyde ele alınmakta ve bunlar, Sözleşme’nin altında yatan temel yorum ilkeleri olarak değerlendirilmektedir.

Bireysel özerklik, kararlarda yer almakta ancak bir hak mı, bir ilke mi; yoksa 8. maddenin koruduğu değerlerden biri ya da tüm Sözleşme sistemi altında yatan değerlerden biri mi olduğu hususları belirginlik kazanmamıştır. Ayrıca bir ilke olarak anlaşılması durumunda, tüm Sözleşme sisteminin altında yatan genel bir ilke mi, yoksa sadece 8. maddenin yorumlanmasında kullanılan bir ilke mi olduğu araştırılmalıdır.

Sözleşme organları içtihatlarında bireysel özerklik kavramının ilk kullanıldığı yer, 1995 yılındaki *Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık* başvurusu⁵⁰⁵ hakkında verilen Komisyon Raporudur. Bedensel zarar da içeren cinsel faaliyetlerin incelendiği bu davada, kişilerin cinsel edimlerini kapsayan bir bağlamda bireysel özerklik, kamu yararı karşısında dikkate alınması gereken bir menfaat olarak değerlendirilmiştir.

-
- b) Bir mahkeme tarafından kanuna uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı yahut kanunun koyduğu bir mükellefiyetin yerine getirilmesini sağlamak üzere yakalanması veya tevkifi,
- c) Bir suç işlediği Şüphesi altında olan yahut suç işlemesine veya suçu işledikten sonra kaçmasına mâni olmak zarureti inancım doğuran mâkul sebeplerin mevcudiyeti dolayısıyla, yetkili adli makam önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve hapsi,
- d) Bir küçüğün nezaret altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilmiş usulüne uygun bir tevkif kararı bulunması,
- e) Bulaşıcı bir hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastası, bir alkoliğin, uyuşturucu maddelere müptelâ bir kimsenin yahut bir serserinin kanuna uygun mevkufiyeti,
- f) Bir kimsenin memlekete usulüne uygun olmıyarak girmekten men'i, veya baklanda bir sınır dışı kılma veya geri verme muamelesine tevessül olunması sebebiyle yakalanmasına veya tevkifine karar verilmesi.
2. Tevkif olunan her ferde, tevkifini icabettiren sebepler ve kendisine karşı vâki bütün isnatlar en kısa bir zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.
3. İşbu maddenin I/c fıkrasında derpiş edilen şartlara göre yakalanan veya tevkif edilen herkesin, hemen bir hâkim veya adlî görevi yapmaya kanunen mezun kılınmış diğer bir memur huzuruna çıkarılması lâzım ve mâkul bir süre içinde muhakeme edilmeye yahut adlî takibat sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverme ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.
4. Yakalanması veya tevkif sebebiyle hürriyetinden mahrum bırakılan her şahıs hürriyeti tahdidin kanuna uygunluğu hakkında kısa bir zamanda karar vermesi ve keyfiyet kanuna aykırı görüldüğü takdirde tahliyesini emretmesi için bir mahkemeye; itiraz eylemek hakkını haizdir. 5. İşbu maddenin hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tevkif muamelesinin mağduru olan her şahsın tazminat istemeye hakkı vardır. Bkz. **Resmî Gazete**, a.g.k.

⁵⁰⁴ Bkz. Yargıç Van Dijk’in muhalif görüşü, *Sheffield and Horsham/Birleşik Krallık*, a.g.k.

⁵⁰⁵ Bkz. *Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 21627/93, 21826/93 ve 21974/93, 26.10.1995.

Bireysel özerkliğin tanımı yapılmamış ve kapsamının ne olduğu belirlenmemiştir. Sadece cinsel hayat ile yakın bir münasebet içinde olduğu dolaylı olarak ima edilmiş; öte yandan, müdahalenin demokratik bir toplumda gereklilik koşulunu sağladığı gerekçesiyle ihlal oluşmadığı kararına varılmıştır.

Mahkeme kararlarında ise bireysel özerklik kavramı ilk defa *Johansen/Norveç* davasında⁵⁰⁶ belirlemiştir. 8. madde ile doğrudan bir ilişki kurmadan, bireysel özerkliğin çocuk ve dolayısıyla bir kişinin gelişiminin önemli bir yönü olduğuna değinilmiş ancak bu kavrama hukuki bir değer atfedilmemiştir. Kısa bir süre sonra Mahkeme, *Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık* kararını⁵⁰⁷ vermiştir. Milat niteliğindeki *Pretty/Birleşik Krallık* kararından önce verilen bir diğer karar olan *Keenan/Birleşik Krallık*'ta⁵⁰⁸ bireysel özerklikten, bu defa cezaevi koşullarında tutuklu ve hükümlülerin intiharına karşı Devletlerin yaşam hakkını pozitif yükümlülük altında korumaları bağlamında bahsedilmiştir. Dolayısıyla *Pretty/Birleşik Krallık* öncesi kararlarda bireysel özerklik, kişiyle bağlantılı bir menfaat olarak değerlendirilmiş ancak Sözleşme açısından niteliği belirlenmemiş; özellikle 8. madde ile olan ilişkisi üzerinde durulmamıştır.

Pretty/Birleşik Krallık,⁵⁰⁹ Mahkemenin bireysel özerlikle ilgili verdiği en önemli kararların başında gelmektedir. Tıp destekli intihar konusunda verilen bu kararda, bireysel özerklik kavramının “özel hayata saygı hakkının teminatlarının yorumlanmasının altında yatan önemli bir ilke”⁵¹⁰ olduğu belirlenmiş; daha sonraki birçok davada bu karara atıfta bulunulmuştur. Bu doğrultuda ilk önce, *Pretty/Birleşik Krallık*'ta ‘önemli bir ilke’ olarak ifade edilen bireysel özerkliğin, farklı kararlarda ‘hak’

⁵⁰⁶ *Johansen/Norveç*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 17383/90, 07.08.1996.

⁵⁰⁷ Bkz. *Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık*, a.g.k.

⁵⁰⁸ *Keenan/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 27229/95, 03.04.2001. Bu davada cezaevinde intihar eden bir mahkûmun ölümünün engellenmemesi konu edilmiştir; kişinin bireysel özerkliğine hâlel getirmeden hayat hakkını koruyacak pozitif kimi edimlerin ya da önlemlerin mevcudiyeti değerlendirilmiştir ve benzer birçok dava açısından örnek karar olarak ele alınmaktadır.

⁵⁰⁹ *Pretty/Birleşik Krallık*, a.g.k.

⁵¹⁰ A.k., para. 61.

olarak da kullanıldığını belirtmek gerekir. Bireysel özerkliğin hak ya da ilke olarak nitelendirilmesi, kavramla ilgili içtihadın gelişmediği, ilk zamanlarda nasıl ele alınacağına karar verilemediği bir ‘erken dönem’ sorunu olarak algılanmamalıdır. Güncel kararlarda da bu belirsizliğin devam etmekte olduğu görülmektedir.

Kişinin kendisine zarar verdiği faaliyetlerin bireysel özerklik kapsamında değerlendirildiği konusunda verilmiş daha yakın tarihli bir karar, *Prilutskiy/Ukrayna* kararıdır.⁵¹¹ Bu davada bireysel özerklik kavramının, özellikle özel hayatla ilgili olan Sözleşme teminatları altında yatan önemli bir ilke olduğu yinelenmiş ve tehlikeli birtakım faaliyet alanlarında olsa da “2. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin paternalistik yorumlarla zayıflatılmaması gerektiği”⁵¹² belirtilmiştir. Verilen karara göre, bir kişinin hayatını kendi seçimleri doğrultusunda yaşaması, bu kişi için tehlikeli ya da fiziken veya ahlaken zararlı olarak addedilen yapıdaki faaliyetleri yürütme imkânını da içerebilmektedir. Bu türden faaliyetlere karşı alınan tedbirler, kişisel tercih hürriyetine karşı yapılmış sayılıp Sözleşme kapsamında müdahale olarak yorumlanmıştır.

M.C./Bulgaristan davasında⁵¹³ çocuk yaştaki bir kişinin uğradığı tecavüzün etkin bir şekilde soruşturmaya tabi tutulmaması konu edilmiştir. Kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü açısından değerlendirilen şikâyet konusu, rıza unsurunun yokluğuna vurgu yapılarak ele alınmıştır. Nitekim karara ek mutabık görüşünde yargıç Tulkens,⁵¹⁴ bireysel özerklik açısından rıza unsurunun önemine dikkat çekmiş ve özerklik ‘hakkı’ndan söz etmiştir.

K.A. ve A.D./Belçika davasında⁵¹⁵ bireysel özerkliğin 8. maddenin teminatlarını yorumlama konusunda önemli bir ilke olduğu belirlendikten sonra ya bireysel özerklik ya da kişisel gelişim (*le développement personnel*) biçiminde tezahür eden kişinin

⁵¹¹ *Prilutskiy/Ukrayna*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 40429/08, 26.02.2015.

⁵¹² *A.k.*, para. 32.

⁵¹³ *M.C./Bulgaristan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 39272/98, 04.12.2003.

⁵¹⁴ Bkz. Yargıç Tulkens’in muhalif görüşü, *a.k.*

⁵¹⁵ *K.A. ve A.D./Belçika*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 42758/98 ve 45558/99, 17.02.2005.

kendini geliştirmesi hakkının (*le droit à l'épanouissement personnel*) 8. maddenin korumasında olduğu belirlenmiştir. 'Kişisel gelişim' ve 'kişinin kendini geliştirmesi hakkı' arasındaki ayrımın neye dayandığı açık olmamakla beraber, başka kararlarda da ifadesini bulan böyle bir formüle başvurulmuştur. Kişinin kendini geliştirmesi hakkı 'dış dünya ve diğer insanlarla beraber ilişki kurma ve sürdürme'⁵¹⁶ olarak tanımlanmış ve bu bağlamda cinsel ilişkilerin, özel alanın en mahrem veçhesini oluşturduğu için bu hakkın korumasından faydalandığı şeklinde yorumlanmıştır. Cinsel ilişkilerin kökeninde, bir kişinin bedeni üzerinde tasarrufta bulunma hakkının yer aldığı ve beden üzerinde yapılan tasarrufların, tehlikeli yahut zararlı olsa da bireysel özerkliğin ayrılmaz bir parçası olduğu ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle, *Pretty/Birleşik Krallık* davasından alıntı yapılarak "bireysel özerklik, bir kişinin bedeni üzerinde tercihler yapabilmesi hakkı"⁵¹⁷ olarak tanımlanmıştır. Oysa *Pretty/Birleşik Krallık*'taki ifadeye göre, bireysel özerklik bir 'ilke' olarak belirlenmiştir.

Evans/Birleşik Krallık davasında da⁵¹⁸ *Pretty/Birleşik Krallık*'a atıfla bir 'hak'tan söz edilmektedir. *Tysic/Polonya*⁵¹⁹ ve *Kalacheva/Rusya* davalarında da⁵²⁰ bireysel özerklik için kullanılan ifade 'hak'tır. Muhalif görüşlerde de 'hak' olma vasfına sıklıkla rastlanmaktadır. Güncel kararlarda bireysel özerklikten 'hak' olarak bahsedilmesi iki nedene bağlanabilir. Öncelikle, *Pretty/Birleşik Krallık* kararına atıfta bulunan itihadattan kaynaklanan bir tekrarlanmanın söz konusu olduğunu görmek mümkündür. İkinci olarak, bireysel özerkliğin ya da kişisel tercihlerin sadece bir ilke değil; aynı zamanda bir uygulama, bu tercihlerin hayata geçirilmesi boyutunu içerecek şekilde yorumlandığı için de bireysel özerklikten bir 'hak' olarak bahsedilebilmektedir. Yine de bu türden kararların, bireysel özerklikten bir 'ilke' olarak bahsedilen kararlara nazaran azınlıkta

⁵¹⁶ Bkz. *Niemietz/Almanya, a.g.k.*

⁵¹⁷ *A.k.*, para. 83.

⁵¹⁸ *Evans/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 6339/05, 07.03.2006, para. 57; Büyük Daire olarak Mahkeme Kararı, 10.04.2007, para. 71.

⁵¹⁹ *Tysic/Polonya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 5410/03, 20.03.2007, para. 107.

⁵²⁰ *Kalacheva/Rusya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 3451/05, 07.05.2009, para. 27.

olduğu belirtilmelidir. Ayrıca yakın bir tarihte Mahkeme'nin Büyük Daire oturumunda verdiği *Bărbulescu/Romanya* kararında⁵²¹ özel hayatla ilgili içtihat kapsamlı bir şekilde sayılmış ve bireysel özerklik *Pretty/Birleşik Krallık* kararıyla ilişkilendirilerek bu sefer açık bir biçimde 'yorumlama ilkesi' olarak tanımlanmıştır.⁵²² Bu doğrultuda, bireysel özerkliği, kişisel tercihleri hayata geçiren bir uygulamaya işaret ettiği ölçüde 'hak'; fakat asıl olarak kişisel tercihlerin ve özellikle bedensel tasarruflar söz konusu olduğu durumlarda bir 'yorumlama ilkesi' olarak değerlendirmek gerekir.

8. maddenin temin ettiği güvencelerin yorumlanmasında bireysel özerkliğin çok önemli bir ilke olduğu Mahkeme kararlarında defaatle teyit edilmiştir.⁵²³ Dolayısıyla bu ilkenin özel hayata saygı hakkı ile çok yakın bir ilişki içerisinde olduğu açık olmakla beraber, özel hayata saygı hakkı dışındaki bazı haklar açısından da bireysel özerklik kavramı Mahkeme tarafından kullanılmaktadır. Örneğin, *Sørensen ve Rasmussen/Danimarka* davasında⁵²⁴ bireysel özerkliğin bu defa (tüm) 'Sözleşme haklarının yorumlanmasında önemli bir ilke' olduğu belirtilmiş; örgütlenme özgürlüğünden (11. madde)⁵²⁵ zımnen anlaşılan bireyin seçme özgürlüğünün doğal bir sonucu ve bu düzenlemenin negatif yönünün teyidi olarak görülmesi gerektiğine karar verilmiştir. *Vörður Ólafsson/İzlanda* davasında⁵²⁶ bu bulgu teyit edilmiş ve bireysel özerklik ve seçme özgürlüğünün, toplanma ve örgütlenme hakkına içkin olduğu ifade

⁵²¹ *Bărbulescu/Romanya*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 61496/08, 05.09.2017.

⁵²² A.k., para. 70.

⁵²³ Bkz. örn. *Reklos and Davourlis/Yunanistan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 1234/05, 15.01.2009, para. 39; *Schlumpf/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 29002/06, 08.01.2009, para. 100; *Ciubotaru/Moldova*, Mahkeme Kararı, Başvuru No.27138/04, 27.04.2010, para. 49.

⁵²⁴ *Sørensen ve Rasmussen/Danimarka*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 52562/99 ve 52620/99, 11.01.2006.

⁵²⁵ **İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme**

Madde 11

1. Her şahıs asayışı ihlâl etmiyen toplantılara katılmak ve başkalarıyla birlikte sendikalar tesis etmek ve kendi menfaatlerini korumak üzere sendikalara girmek hakkı dâhil olmak üzere dernek kurmak hakkını haizdir.

2. Bu haklarına kullanılması, demokratik bir toplulukla, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak millî güvenliğin, âmme emniyetinin, nizamı muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının, hak ve hürriyetlerinin korunması için ve ancak kanunla tahdide tabi tutulabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında idare, silâhlı kuvvetler veya zabıta mensuplarının muhik tahditler koymasına mani değildir. Bkz. **Resmî Gazete**, a.g.k.

⁵²⁶ *Vörður Ólafsson/İzlanda*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 20161/06.

edilmiştir. *Tourkiki Enosi Xanthis ve diğ./Yunanistan* kararında⁵²⁷ ise etnik kimlik hakkındaki görüşlerin, bireysel özerklik ‘kavramı’ ile toplanma ve örgütlenme hürriyeti vasıtasıyla ifade edilebilmesine olanak sağlanmıştır.

Başka bir bağlamda *Siliadin/Fransa* kararında⁵²⁸ zorla çalıştırma veya kölelik (4. madde)⁵²⁹ ile özerklik yoksunluğu arasında bir ayırım yapılmış ve bireysel özerkliğin hatları çizilmiştir. *Jehovah’s Witnesses of Moscow ve diğ./Rusya* kararında⁵³⁰ ise bireysel özerkliğin vücut bütünlüğü, beden sağlığı ve dinsel inanç alanında da geçerli olduğuna ve dolayısıyla 9. madde⁵³¹ ile ilişkili olduğuna karar verilmiştir. Ayrıca *Di Trizio/İsviçre* davasında⁵³² kısmi zamanlı çalışma için belirlenen sakatlık oranlarının ayrımcı bir uygulama olduğu iddiaları da kişisel özerklik kavramıyla bağlantılı olarak incelenmiştir.

Eğitim hakkı bağlamında da bireysel özerkliğe başvurulduğunu görmek mümkündür. Örneğin, *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye* davasında⁵³³ “eğitimin ... öğrencilerin zihinsel güçleri ve karakteriyle beraber kişisel özerkliğin de geliştirildiği bir süreç”⁵³⁴ olduğu belirtilmiştir.⁵³⁵

Yakın tarihli bir kararda, başvuran kişinin adil yargılanma hakkı kapsamında cezai kovuşturmada savunmasını belirleyebilmesi konusu değerlendirilmiş; dokuza

⁵²⁷ *Tourkiki Enosi Xanthis ve diğ./Yunanistan*, Mahkeme kararı, Başvuru No. 26698, 27.03.2008.

⁵²⁸ *Siliadin/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 73316/01, 26.07.2005.

⁵²⁹ Bkz. dipnot No. 506.

⁵³⁰ *Jehovah’s Witnesses of Moscow ve diğ./Rusya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 302/02, 10.06.2010.

⁵³¹ **İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme**

Madde 9

1. Her şahıs düşünme, vicdan ve din hürriyetine sahiptir. Bu hak din veya kanaat değiştirme, hürriyetini ve alenen veya hususi tarzda ibadet ve âyin veya öğretimini yapmak suretiyle tek başına veya toplu olarak dinini veya kanaatini izhar eylemek hürriyetini tazammun eder.

2. Din veya kanaatleri izhar etmek hürriyeti demokratik bir cemiyette ancak âmme güvenliğinin, âmme nizamının, genel sağlığın veya umumi ahlâkın yahut başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri olan tedbirlerle ve kanunla tahdit edilebilir. Bkz. **Resmî Gazete**, a.g.k.

⁵³² *Di Trizio/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 7186/09,02.02.2016.

⁵³³ *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 1448/04, 09.10.2007.

⁵³⁴ A.k., para. 55.

⁵³⁵ Dava kararının Fransızca versiyonunda ‘bireysel özerklik’ ifadesi kullanılmışken İngilizce versiyonunda ‘kişisel bağımsızlık’ ifadesi yer almaktadır. Kararın Türkçe çevirisi de İngilizce diline uygun olarak çevrilmiştir. Bkz. *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, Karar (Dışişleri Bakanlığı-Türkçe çevirisi), Başvuru No. 1448/04, 09.10.2007, para. 55.

sekiz oyla ihlal çıkmayan *Correia de Matos/Portekiz* kararıyla⁵³⁶ ilgili olarak muhalefet şerhi düşen yargıçlar, 6. madde bağlamında da bireysel özerkliğin hesaba katılması gerektiğini ifade etmişlerdir.

Bu kararların da gösterdiği üzere, bireysel özerkliğin sadece özel hayata saygı hakkının değil, tüm Sözleşme haklarının yorumlanmasında önemli bir ilke olarak görüldüğü söylenebilir. Bu tespit, Sözleşme'nin en temel niteliğinin kişi özgürlüğü ve insan haysiyetine saygı olduğu savıyla de tutarlılık arz etmektedir. Böylece bireysel özerkliğin tek başına uygulanabilir bir hak değil, tüm temel hakların altında yatan temel bir ilke olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, kim olduğundan bağımsız olarak, insan olmanın getirdiği haysiyetle muamele görmek, temel hakların türediği kaynaktır. Başta özel hayata saygı hakkı olmak üzere, Sözleşme'deki birçok hak da buradan doğmaktadır. Ayrıca Sözleşme sisteminde özel hayata saygı hakkı özerklikle bağlantılı olarak yorumlanmanın yanında, toplumsal bir bağlama da sahiptir. Hak sahibi kişi, toplumsal ilişkilerinden, ailevi ve mesleki hayatından ayrı bir biçimde ele alınmaz çünkü kişinin böyle bir biçimde ele alınması onun özel hayatının bir yönünü eksik bırakmak ya da daraltmak anlamına gelecektir.

4.2. BİREYSEL ÖZERKLİK İLKESİ DOĞRULTUSUNDA YAPILAN YORUMLAMANIN GENEL SONUÇLARI

Sözleşme organlarının kullandığı yorumlama yöntemi, hukuki bir çerçevede salt bir metin okuması değildir; çeşitli değerler içeren ve bu değerleri gerçekleştirmek için aktif katılım, sürekli değerlendirme gerektiren bir süreçtir. Mahkemenin, Sözleşme'nin lafzına anlam katmak ve amaçlarını gerçekleştirmek için kullandığı yorumlama ilkeleri de bu sürecin asli unsurlarındandır. Sözleşme'nin kendine has amaçları ve nitelikleri ile

⁵³⁶ Bkz. *Correia de Matos/Portekiz*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 56402/12, 04.04.2018.

insan haklarını koruma gibi bir konuya sahip olması nedeniyle, iç hukuklardan farklılaşabilen bazı yorumlama ilkelerini devreye sokabilmektedir. Bu nedenle, ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinde belirli bir konuda oluşan uzlaşının yanında; Sözleşme'nin temel amacına, insan haklarının korunmasına uygun olarak hakların altında yatan değerlerin, yani ilkelerin de hakların yorumunda dikkate alınması gerekmektedir. Bu ilkelerin başta gelenleri kişinin haysiyeti, kişiliğin geliştirilmesi ve gerçekleştirilmesi, hukukun üstünlüğü ve bireysel özerkliği olarak ifade edilmektedir. Bu ilkelerden bireysel özerklik, başka haklarla ilişkili olarak da değerlendirilmekte ancak özellikle 8. madde bağlamında işaret edilen bir ilkedir.

Bireysel özerklik temelinde yorumlanan özel hayata saygı hakkı, kişi ve kişiliğiyle ilgili bir hak anlayışı öngörerek geleneksel anlamdaki mekânsal ve fiziksel sınırları aşan bir hak anlayışının yeşermesine zemin hazırlamaktadır. Hakların bireysel özerkliğe dayalı olarak yorumlanması, maddi bir zarar koşulu yerine, kişiye ve tercihlerine saygı koşulunu getirmektedir.⁵³⁷ Bireysel özerklik, özel hayatın hak korumasını genişleten ve negatif bir özgürlük kavrayışını aşan bir özgürlük anlayışının geliştirilmesine olanak sağlamaktadır. Sadece müdahaleden imtina etmek üzerine kurulu bir korumayla sınırlı kalmayıp kişiliğin geliştirilmesi ve gerçekleştirilmesi için bazı tedbirlerin alınmasını getirebilmektedir. Böylece metinle sınırlı olmaksızın kimi hukuki menfaatlerin hak kapsamına alınabilmesine, Üye Devletlerden hakların etkili korunması için pozitif edimlerde bulunmalarının talep edilebilmesine, usulî kimi güvencelerin getirilebilmesine ve bazı istisnai durumlarda kısıtlama koşullarına kadar etkileri olabilmektedir.

⁵³⁷ Kuramsal düzlemdeki bu argüman için bkz. Stanley I. Benn, *a.g.m.*, s. 228-229.

4.2.1. Hak Kapsamının Genişlemesi

Özel hayata saygı hakkı, Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin 12. maddesinden⁵³⁸ etkilenilerek düzenlenmiş ve 1950'lerin konjonktürüne uygun olarak, herkesin keyfi bir kamu müdahalesinden uzak hayata hakkına sahip olduğu şeklinde anlaşılmıştır.⁵³⁹ Nitekim yargıç Fitzmaurice'in *Marckx/Belçika* davasındaki muhalif görüşü,⁵⁴⁰ 8. maddenin kapsamının 'totaliter bir devlete karşı bireyin konutunun korunmasının sağlanmasıyla sınırlı tutulması gerektiği' yönündedir. Dolayısıyla bu görüş, hazırlık çalışmaları sırasındaki yaklaşımı doğrulamaktadır. Oysa bu davadaki karar sonucunu belirleyen çoğunluğun görüşü, bu yaklaşımı kabul etmemiştir.

Özel hayat, yapılabilecek her türlü tanımdan çok daha fazla anlam ifade etmeye müsait genel ve soyut bir kavramdır. Nitekim *Niemietz/Almanya*⁵⁴¹ davasında Mahkeme, özel hayat kavramını tüketici biçimde tanımlamaya çalışmanın ne mümkün ne de gerekli olduğuna karar vermiştir. *Pretty/Birleşik Krallık*⁵⁴² davasında özel hayat kavramının tüketici bir tanıma tabi kılınamayacak kadar geniş olduğu ifade edilmiştir. *Botta/İtalya* davasındaki ifadeyle, 'özel hayat alanı'⁵⁴³ 1950'lerden günümüze kadar çok genişlemiştir. Bu davada nüve halinde bulunan, özel hayatın kapsamına giren kimlik ve kişiliğin geliştirilmesi⁵⁴⁴ menfaatinin bir hak olarak anlaşılması ilk defa *Bensaid* davasında⁵⁴⁵ dile getirilmiştir. Mahkeme, özel hayat kavramının kapsamını iki anlamda genişletmiştir: Bireyin kişisel ilişkilerini kapsayan mahremiyet alanı anlamında özel hayata saygı hakkını sağlamlaştırılmış ve ayrıca diğer kişilerle kurduğu ilişkileri

⁵³⁸ İlgili madde için bkz. 74. Dipnot.

⁵³⁹ Bkz. **Travaux préparatoires, Preparatory Work on Article 8**, European Commission of Human Rights, Strasbourg, 9.8.1956, <[https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART8-DH\(56\)12-EN1674980.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART8-DH(56)12-EN1674980.pdf)> Erişim tarihi 27.06.2019.

⁵⁴⁰ Bkz. *Marckx/Belçika*, a.g.k.

⁵⁴¹ *Niemietz/Almanya*, a.g.k., para. 29.

⁵⁴² *Pretty/Birleşik Krallık*, a.g.k., para. 61.

⁵⁴³ *Botta/İtalya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 21439/93, 24.02.1998, para. 33.

⁵⁴⁴ *Botta/İtalya*, a.g.k., para. 32.

⁵⁴⁵ *Bensaid/Birleşik Krallık*, a.g.k., para. 47.

kapsayacak biçimde ‘toplumsal bir özel hayat’ anlayışlı geliştirmiş ve bu alana girebilecek menfaatler çoğaltılmıştır.⁵⁴⁶

Bireyin özel yaşamının yeni alanlara doğru peyderpey genişletilmesiyle birlikte, kamusal alan ile özel alan arasındaki sınırlar, özel hayatı koruyacak biçimde katı yorumlamaktan çıkarılmıştır. Daha önce kamusal alan sınırları içerisinde değerlendirilen kimi durumlar, özel alana ait olarak yorumlanmaya başlamıştır. Örneğin, *Peck/Birleşik Krallık* davasında⁵⁴⁷ kamusal alanda çekilen görüntülerin kaydedilmesi, muhafaza edilmesi ve dağıtılması özel hayat kapsamında değerlendirilmiş; *Rotaru/Romanya* davasında⁵⁴⁸ ise kamu görevlilerince kamusal nitelik taşıyan kimi verilerin toplanıp sistematik olarak tutulması, özel hayata müdahale olarak yorumlanmıştır. Ayrıca kamuoyuna mal olmuş bir kişinin ve ailesinin görüntülerinin çekilmesi ve medyada yer alması da kamusal alandan özel alana dahil olarak yorumlanabilmiştir.⁵⁴⁹

Kişisel, toplumsal ve ekonomik ilişkilerin tüm insanların özel hayatının kurucu unsurları olduğunu⁵⁵⁰ kabul ederek Mahkeme; 8. maddenin korumasını diğerleriyle ilişki kurma ve geliştirme,⁵⁵¹ kökenlerini öğrenme,⁵⁵² haysiyetsiz bir ölümü engellemek için ölüm anını seçme,⁵⁵³ mesleki faaliyet icra etmeyi kapsayacak⁵⁵⁴ biçimde genişletmiştir. Kişisel kimlik,⁵⁵⁵ çevreyle ilgili bazı menfaatler,⁵⁵⁶ sosyo-ekonomik

⁵⁴⁶ Bkz. Frederic Sudre, *a.g.m.*, s. 15-19.

⁵⁴⁷ Bkz. *Peck/Birleşik Krallık*, *a.g.k.*

⁵⁴⁸ Bkz. *Rotaru/Romanya*, *a.g.k.*

⁵⁴⁹ Bkz. *Von Hannover/Almanya*, *a.g.k.*

⁵⁵⁰ *Slivenko/Latvia*, Mahkeme Kararı (BD), Başvuru No. 48321/99, 09.10.2003, para. 96.

⁵⁵¹ Bkz. *Niemietz/Almanya*, *a.g.k.*

⁵⁵² Bkz. *Mikulić/Hırvatistan*, *a.g.k.*; *Odièvre/Fransa*, Mahkeme Kararı (BD), Başvuru No. 42326/98, 13.02.2003.

⁵⁵³ Bkz. *Pretty/Birleşik Krallık*, *a.g.k.*

⁵⁵⁴ Bkz. *Sidabras ve Džiautas/Litvanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 55480/00 ve 59330/00, 27.07.2004.

⁵⁵⁵ Örn. soyadı hakkı- *Burghartz/İsviçre*, *a.g.k.*; isim hakkı-*Guillot/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 22500/93, 24.10.1996.

⁵⁵⁶ *Lopez Ostra/İspanya*, *a.g.k.*; *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, *a.g.k.*; *Guerra ve diğ./İtalya*, *a.g.k.*

haklar,⁵⁵⁷ kamusal alandaki kimi menfaatlerin özel alana dahil edilmesi ve aile, konut, haberleşmenin kapsamının genişletilmesi de bu bağlamda değerlendirilebilir.

Sudre,⁵⁵⁸ 8. maddenin iç ve dış sınırlarındaki değişimlerden bahsederken hem maddenin kendi içindeki unsurlar (özel, aile, konut ve haberleşme) hem de diğer maddelerle özel hayata saygı hakkı arasındaki dış sınırların özel hayat lehine genişlediği tespitinde bulunmaktadır. Özel hayatın iç sınırlarının genişlemesini “iç içe geçen nesneler (*gigogne*) kavram örtüsü” olarak ifade eden Sudre’a göre,⁵⁵⁹ Sözleşme organları örneğin, özel hayat ile aile hayatı kavramlarını giderek birbirine geçecek biçimde kullanır gözükmektedir. Örneğin, sağlıklı bir çevrede yaşama, kimlik, sağlık,⁵⁶⁰ azınlık mensuplarının geleneksel yaşam biçimine sahip olma, aile mensubunun naaşını görme⁵⁶¹ gibi menfaatler, ‘özel yaşam ve aile yaşamı’ ifadesi kullanılarak ikisini ayırmadan 8. madde kapsamına dahil edilmiştir. Yazar ayrıca dış sınırlar konusunda, 8. maddenin Sözleşme içindeki diğer haklar bakımından ‘gözenekli’ bir yapıda olduğunu ifade etmektedir.⁵⁶² Buna göre, işkence ve insanlık dışı muamele yasağı (3. madde), adil yargılanma hakkı (6. madde) ve ayrımcılık yasağı (14. madde)⁵⁶³ ile 8. madde sınırları değişken bir nitelik taşımaktadır. İfade hürriyeti (10. madde) ile ise ters orantılı bir ilişkisi vardır, yani iki hakkın koruduğu menfaatler çatışabilmektedir.

Birçok farklı hukuki menfaati koruduğuna kanaat getirilen özel hayata saygı hakkına dair tutarlı bir tanımın yapılamaması, bu hak ve hatta kavram konusunda eleştirilere yol açmıştır. Bu eleştirilere çarpıcı bir örneği, Wacks “özel hayatın

⁵⁵⁷ *Sidabras ve Dziautas/Litvanya* davasıyla, Mahkeme ilk defa sosyal haklar alanına girmiştir (özel sektörde bir meslek icra etme geniş kapsamlı yasağının özel hayata müdahale oluşturmaması). Bkz. *Sidabras ve Dziautas/Litvanya*, a.g.k., para. 47.

⁵⁵⁸ Sudre, a.g.m., s. 27.

⁵⁵⁹ A.k.

⁵⁶⁰ Bkz. *McGinley ve Egan/Birleşik Krallık*, a.g.k.

⁵⁶¹ Bkz. örn. *Panullo ve Fort/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 37794/97, 30.10.2001

⁵⁶² Sudre, a.g.m., s. 21.

⁵⁶³ **İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme**

Madde 14

İşbu Sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerden istifade keyfiyeti, bilhassa cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, millî veya sosyal menşé, millî bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi diğer bir durum üzerine müesses hiçbir tefriki tabi olmaksızın sağlanmalıdır. Bkz. **Resmî Gazete**, a.g.k.

sefilliği”nden⁵⁶⁴ söz ederek vermektedir. Feldman ise özel hayatı “iyi tanımlanmış bir hedefe güçlü bir atış yapan tüfekten ziyade, geniş bir beşerî uğraşlar alanına neredeyse ayırım gözetmeden saçmalar yağdıran çifteye”⁵⁶⁵ benzeterek hakkın kapsamının genişlemesinin hedeften uzaklaşmaya yol açacağına dikkat çekerek bu konuyu eleştirmektedir. Ayrıca özel hayatla bağlantılı hakların üç aşamalı bir durumda korunması gerektiğini ileri sürmektedir.⁵⁶⁶ Öncelikle, somut bir olayda özel hayatı ilgilendiren bir menfaat bulunmalıdır. İkinci olarak, hukuken meşru olan bu menfaatin sürdürülmesi, yüksek bir önem derecesine sahip olmalıdır. Son olarak, menfaatin ihlali kişi açısından ciddi sonuçlar doğurmalıdır. Başka bir deyişle, özel hayatı ilgilendiren hukuki bir menfaatin varlığı temel bir niteliktedir; yani menfaatin yokluğunda bir hak talebi ya da ihlal iddiası ileri sürülemez. Buna karşın menfaatin varlığı sorusuna olumlu bir cevap verilmesi halinde, ihlal iddiası dikkate alınabilir ve menfaatin ağırlığı tartılabilir olmalıdır. Menfaatin varlığına karar verildikten sonraki aşamalar, çatışan bireysel hakların kamu yararıyla dengelenmesi ile ilgilidir. Dolayısıyla hakka yapılacak müdahalenin ağırlık derecesi ile ilgilidir.⁵⁶⁷ Feldman’a göre, ayrıca özel hayata saygı hakkının çok geniş bir kapsamda olduğunun kabul edilmesi ve genel özgürlük kavramı ile özdeşleşecek kadar geniş yorumlanması, bir tanım eksikliğine yol açmakta ve bunun sonucunda hakkın moral ve siyasi söylemdeki gücünü zayıflatmaktadır.⁵⁶⁸

Gerards ve Senden’e göre ise Mahkeme, hak kapsamının belirlenmesi konusundaki güçlüğü aşmak için kendince bir yol bulmuştur fakat bunun da ayrıca sakıncaları bulunmaktadır.⁵⁶⁹ Bu çözüm yolu, hak kapsamının tanımlanması ve hakka yönelik müdahalenin meşruiyetinin incelenmesi aşamaları arasında keskin bir ayrımın

⁵⁶⁴ Bkz. R. Wacks, “The Poverty of Privacy,” **Law Quarterly Review**, Yıl 1980, Cilt 96, Sayı 73, s. 73-89.

⁵⁶⁵ Feldman, “The Developing Scope of Article 8...,” *a.g.m.*, s. 50.

⁵⁶⁶ *A.k.*, s. 49-51.

⁵⁶⁷ *A.k.*

⁵⁶⁸ David Feldman, “Secrecy, Dignity or Autonomy? Views of Privacy as a Civil Liberty,” **Current Legal Problems**, Yıl 1994, Cilt 47, s. 41-71.

⁵⁶⁹ Janneke Gerards ve Hanneke Senden, “The Fundamental Rights and The European Court of Human Rights,” **I-CON**, Yıl 2009, Cilt 7, Sayı 4, s. 619-653.

yapılmasıdır. Çünkü yazarlara göre sorun yaratan husus, hak kapsamı ve müdahalenin meşruiyetinin incelenme aşamalarının birlikte değerlendirilmesidir. Buna göre, Mahkeme birçok kararında, kapsamın belirlenmesi aşamasını ya görmezden gelip atlamakta ya da Sözleşme'nin uygulanabilir olduğunu söylemekle yetinmekte veya kapsam aşaması ile kısıtlamanın meşruiyeti aşamalarını tek bir testmiş gibi birleştirmektedir. Çözüm önerisi olarak, kapsam ve sınırlama aşamalarının daha açık bir şekilde belirlenmesi, hak kapsamının da netleşmesine katkı sağlayacağı savunulmaktadır.

Buna karşın Letsas,⁵⁷⁰ haklar arasında niteliksel bir ayrım yapmanın, genişleyen hak kapsamı sorununu kendiliğinden çözeceğini ileri sürmektedir. Letsas,⁵⁷¹ haklar konusunda kurucu ve tanısıl sorunları ayırmayı önermektedir. Kurucu sorunlar, hakların hakikati üzerine ve bir uzlaşıya dayalı olmayan nesnel ahlaki standartlar. Tanısıl sorunlar ise bazen kurucu sorunları doğrudan değil, dolaylı olarak teşhis etmeye çalışmaktadır. Dolaylı teşhis durumunda, kurucu sorunu oluşturan varlığın yerine onunla ilişkilendirilen başka bir varlığın (vekil varlık) mevcudiyeti araştırılmaktadır. Temel haklar konusunda yargıcın görevi de bu şemaya uygun olarak, tanısıl sorunları tespit etmektir; kurucu sorunlarla ilgili değildir. İnsanların sahip olduğu hakların neler olduğu, neden bunlara sahip olunduğu ile ilgili genel bir kuram sunmaktan ziyade yargıcın/mahkemenin görevi, kişilerin haklarının ihlal edildiği iddialarına doğru cevaplar verilmesini sağlamaktır. Başka bir ifadeyle, yanlış sonuçları azaltıp doğru sonuçları artırarak temel bir hakkın çiğnenip çiğnenmediğine karar vermektir. Bu nedenle yargıcın görevi tanısıl bir niteliktedir ve akıl yürütme yöntemi de tanısıl bir teste eşdeğerdir. Yani bir hakkın ne olup olmadığı ayrı bir konu; bu hakkın ihlal

⁵⁷⁰ George Letsas, "The Scope and Balancing of Rights: Diagnostic or Constitutive?," **Shaping Rights in the European Convention of Human Rights: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, içinde, ed. Eva Brems ve Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2014. s. 38-65.

⁵⁷¹ *A.k.*, s. 38-51.

edildiğini tespit etmek ayrı bir konudur. Ayrıca yargısal bir değerlendirme, tanınal testlerin birçoğunda olduğu gibi, dolaylı bir nitelik taşıyabilir. Bu durumda bir hak ihlalinin kendisini oluşturan niteliklerden ziyade, bazı aracı ya da vekiller seçilip ihlal yerine bunların varlığı sorgulanmaktadır.

Doktrindeki bu görüşlerin ifade ettiği hususlar, hakların nereye kadar uzandığının ve kapsamlarının belirlenmesi konusundaki güçlükleri değerlendirmekte ve çeşitli çözüm önerileri sunmaktadır. Bireysel özerklik ilkesi uyarınca yapılan yorumlama ise özel hayata saygı hakkının kapsamını bu anlamda netleştirmekten ziyade, kişinin kendi belirleyeceği tercihler doğrultusundaki bir yaşantıyı ilgilendirdiği ölçüde, her türlü hak iddiasına açık bir hüküm niteliği kazandırmaktadır. Hal böyle olunca ilk bakışta özel hayata saygı hakkı, genel bir özgürlükle eşdeğer olarak yorumlanıyor görünebilir ancak içtihatlarla yakından bakıldığında, bu savın Sözleşme organlarıncaya desteklenmediği görülmektedir. Bu bakımdan daha önce de ifade edildiği gibi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nden ayrı bir yaklaşım sergilendiği ifade edilebilir. Böylece, her türlü kişisel iddianın hak kabul edildiği bir anlayış ve hiçbir eşik olmadığı bir kapı olarak düşünmek gerçekçi değildir. Bununla birlikte, çeşitli hukuki menfaatlerin hangilerinin hak kapsamına dahil edilip hangilerinin dışarıda bırakılacağını belirleyen o eşik ne olduğu hususu açıklanmış olmaktan uzaktır. Neyin hak kapsamına dahil edildiği konusunda net bir eşik (vücut bütünlüğü, kişilik, haysiyet, kişiliğin geliştirilmesi, kimlik, vücut bütünlüğü, yaşam biçimi gibi) ya da kriterler belirlenmemiş olmakla birlikte, tüm bu kavramların zaman zaman bireysel özerklikle birlikte kullanıldığını söylemek mümkündür. Bireysel özerkliğin sınırlılığı başlığında açıklandığı üzere, Sözleşme organları verdikleri kararlarla, bireysel özerklik ilkesiyle 8. madde iddialarının neyi kapsadığını açıklamak yerine, neyin dışarıda bırakıldığını ifade etme yoluna gitmiştir.

4.2.2. Pozitif Yükümlülüklerin Artması

Pozitif yükümlülükler, tek bir hakla ilgili olmayıp bireysel özerkliğin doğrudan bir sonucu değildir. Ancak bu ilkenin getirdiği yorumlamayla birlikte 8. madde açısından önemli kimi sonuçlar doğurmaktadır. Böylece özel hayata saygı hakkını geniş yorumlamanın diğer bir boyutu, Devletlerin müdahale etmeme yükümü yanında Sözleşme haklarını koruma ve geliştirme ödevi ya da içtihatları adıyla ‘pozitif yükümlülüklerin’ getirilmiş olmasıdır. Pozitif yükümlülüklerin üç ana amaçla kullanıldığını tespit etmek mümkündür. Bunlardan ilki, diğerlerine de temel oluşturan, insan haklarını gerçekleştirmek amacıdır. Usulî güvenceler sağlamak ve yatay ilişkilerde, yani gerçek kişiler arasında da koruma sağlamak ise pozitif yükümlülüklerin diğer iki amacıdır.⁵⁷²

Pozitif yükümlülüklerin hangi düzenlemelere dayandırılarak meşru kabul edildiğine baktığımızda; Sözleşme haklarının madde hükmünde açıkça belirtilen ve açıkça belirtilmeyen yükümlülükler bakımından iki farklı durumdan söz etmek mümkündür. Sözleşme’nin 2. maddesindeki yaşam hakkının yasayla korunması yükümlülüğü, 6. madde kapsamındaki adil yargılama hakkı kapsamında hukuki yardım ve tercüman temin edilmesi gibi Sözleşme’nin bazı maddelerinde kimi pozitif yükümlülüklerden somut olarak bahsedilmektedir. Özel hayata saygı hakkı gibi maddeler bakımından ise pozitif yükümlülüklerle ilgili bir hüküm olmamasına karşın, bu türden yükümlülükler Sözleşme organlarının içtihatlarıyla geliştirilmiştir ve genellikle bir Sözleşme hakkının ‘etkili kullanımı’ gerekçe gösterilerek meşrulaştırılmaktadır.⁵⁷³ Bu doğrultuda, öncelikle Sözleşme’nin 1. maddesine işaret edilmekte; bu maddeyle Taraf Devletlere, yargılama yetkisine giren kişilerin hak ve

⁵⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Dimitris Xenos, **The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights**, Routledge, London, 2012.

⁵⁷³ Bkz. Alastair Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the ECHR by the ECtHR**, Hart Publ., Oxford, 2004, s. 221.

özgürlüklerini güvence altına alma ödevi yüklenmektedir.⁵⁷⁴ Bu ödevin Taraf Devletlere yönelik olarak, Sözleşme haklarını ihlal etmekten imtina etme (negatif yükümlülük) ve hakları korumak amacıyla edimde bulunma (pozitif yükümlülük) biçiminde ikili bir yükümlülük anlayışı getirdiği, içtihatlarla teyit edilmiş ve yerleşiklik kazanmıştır.⁵⁷⁵ Ayrıca ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddede de haklar ve özgürlüklerden bahsedilmekte; bunların ‘güvenceye alınması’ ifadeleri kullanılmakta ve 1. maddeye yapılan pozitif yükümlülük atfı güçlendirilmektedir.⁵⁷⁶ Pozitif yükümlülük konusundaki bu genel tespitlere ek olarak, 8. maddedeki pozitif yükümlülük kaynağının ‘saygı’ ifadesinde olduğu, içtihatlarla tespit edilmiştir.

Sözleşme bağlamında pozitif yükümlülüklerin en çok geliştirildiği hakların başında 8. madde gelmektedir.⁵⁷⁷ Bir müdahalenin meşruluk kazanması 8(2). maddedeki yasallık, meşru amaç ve demokratik bir toplumda gereklilik aşamalarından geçerek tespit edilebilirken; pozitif yükümlülükler bakımından meşru amacın ileri sürdüğü kamu yararı ve hakkın koruduğu hukuki menfaat arasında ‘adil bir dengenin’ kurulmuş olması gerekmektedir. İlk bakışta farklı iki yol izlendiği kanısı oluşsa da birçok kararda teyit edildiği üzere, negatif ve pozitif yükümlülükler bakımından çatışan menfaatler arasındaki ağırlığın tartılması ve dengelenmesi, ortak bir nokta olarak kabul edilmektedir.⁵⁷⁸ Pozitif yükümlülüğün doğması için Devletin edimi ve ihmali arasındaki çizginin çok net çizilmediğini söylemek mümkündür.⁵⁷⁹ *Airey/İrlanda* kararında,⁵⁸⁰

⁵⁷⁴ **İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme**

Madde 1 (İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü)

Yüksek Akid Taraflar kendi kaza haklarına tabi her ferde işbu Sözleşmenin birinci faslında tarif edilen hak ve hürriyetleri tanırlar. Bkz. **Resmî Gazete**, a.g.k.

⁵⁷⁵ Koch, şeklen bu tipolojiye bağlı kalmasına rağmen Mahkeme’nin insan haklarına saygı, insan haklarını koruma ve gerçekleştirilmesini sağlama biçiminde üçlü bir biçimde sınıflandırılacak bir yükümlülük getirdiğini ileri sürmektedir. Ayrıntılı inceleme için bkz. Ida Elisabeth Koch, “Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?,” **Human Rights Law Review**, Yıl 2005, Cilt 5, Sayı 1, s. 81-103.

⁵⁷⁶ Ida Elisabeth Koch, **Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, s. 13-20.

⁵⁷⁷ Aynı yönde bkz. Robert Uerpman-Wittzack, “Personal Rights and the Prohibition of Discrimination,” **European Fundamental Rights and Freedoms**, ed. Dirk Ehlers, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, s. 76.

⁵⁷⁸ *Lopez Ostra/İspanya*, a.g.k., para. 51; *Ciliz/Hollanda*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 29192/95, 11.07.2000, para. 61; *Odièvre/Fransa*, a.g.k., para. 40.

⁵⁷⁹ Bkz. Harris ve diğ., a.g.k., s. 18-21; Mowbray, a.g.k.

Devletin pasif konumda kalmasının kimi durumlarda yetersiz olabileceği ve eylemle ihmal arasında bir ayrım gözetilmemesi gerektiği hususları üzerinde durulmaktadır.

*Airey/İrlanda*⁵⁸¹ ile *X ve Y/Hollanda*⁵⁸² kararları, maddenin gerçek kişilerden kaynaklı müdahaleleri de içerecek şekilde yorumlanabileceğini göstermiştir. Buradan, ulusal yasalar izin verdiği ölçüde, Sözleşme haklarının doğrudan gerçek kişilere karşı güvence oluşturabileceği sonucuna varılabilir. Ayrıca diğer kişilerin fiillerinden doğabilecek müdahalelere karşı Üye Devletin hukuku bu konuda bir düzenleme içermiyorsa ilgili Devlet, Sözleşme organları nezdinde yine de sorumlu tutulabilecektir. Bununla beraber Devletin bu sorumluluğunu, gerçek kişilerin yapacağı her saldırıyı Devletin tazmin edeceği biçiminde anlamamak gerekir. Zira Devletin sorumluluğu ancak kişilerin Sözleşme'den doğan haklarının korunması için gerekli pozitif yükümlülüklerin, ilgili Devlet tarafından yerine getirilmemesinden doğabilmektedir.

Pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki nitelik farkının ne olduğu sorgulandığında, Mahkeme'nin bu konuda katı bir ayrım yapmaktan kaçındığı söylenebilir. Örneğin, *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık* davası⁵⁸³ bağlamında özel bir şirketin işlettiği bir havaalanından kaynaklı gürültünün, özel hayata saygı hakkına müdahale olup olmadığının incelenmesi gündeme gelmiştir. Mahkeme pozitif yükümlülükler kapsamında Devletin önlem alması yahut negatif yükümlülükler kapsamında müdahale etmekten imtina etmesi arasında karar vermekten kaçınmıştır. Bunun yerine, “bireyin ve bir bütün olarak toplumun yarışan çıkarları arasında ‘adil bir denge’ kurulmasının gözetilmesi gereği nedeniyle, her iki durumda da uygulanacak ilkelerin geniş ölçüde aynı olduklarına”⁵⁸⁴ hükmetmiştir. Ayrıca yükümlülük ister negatif ister pozitif olsun, Devletlerin bu

⁵⁸⁰ *Airey/İrlanda*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 6289/73, 09.10.1979, para. 25.

⁵⁸¹ *A.k.*

⁵⁸² *X ve Y/Hollanda*, *a.g.k.*

⁵⁸³ *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, *a.g.k.*

⁵⁸⁴ *A.k.*, para. 41.

konuda belirli bir takdir marjına sahip oldukları ve dolayısıyla adil bir dengenin varlığı incelenirken 8(2). maddedeki amaçların, belirli ölçüde göz önüne alınması gerektiği belirtilmiştir.⁵⁸⁵ Davanın sonucunda, adil bir dengenin mevcut olduğuna hükmedilmiş; jet uçaklarının artan kullanımının, ülkenin ekonomik gelişimi için gerekli olduğuna kanaat getirilerek Devletin pozitif yükümlülüklerine bir sınır getirilmiştir.

Pozitif yükümlülüklerin bir kısmı, aslında birey-devlet dikotomisine göre şekillendirilen insan haklarının hâkim anlayışına uymamakla birlikte bu konuda bazı adımların atıldığı ifade edilmelidir. Yine de Sözleşme sisteminin kuruluşunda öngörüldüğü gibi birey-devlet ilişkileri alanından çıkıp Üye Devletlerin içindeki gerçek kişiler arasındaki ilişkileri denetleme konusunda Sözleşme organları tereddüt etmektedir. Mahkemenin, özel hayata saygı hakkının diğer kişilerle olan ilişkileri de kapsadığını birçok kararda kabul etmiş olmasına rağmen kişiler arasındaki ilişkiler alanına müdahale edip etmemesi ya da bunun ölçüsü sorununun çözümü kolay değildir. Zira Mahkemenin pozitif yükümlülükleri gerekçe göstererek gerçek kişiler alanına adım atması, devletlerin münhasır alanı olan iç hukuk düzenlerine karışma ve sonucunda, kendi yargılama yetkisinin sorgulanmasını beraberinde getirme tehlikesi barındırmaktadır. Öte yandan, gerçek kişiler arasındaki kimi durumlarda hakların korunması için Devletlerin tedbir alıp almadığının denetlenmesi (örneğin aile içi şiddet davalarında olduğu gibi), hakla doğrudan ilişkili olabilmektedir. Bu durumda, devletin müdahalesinden bağımsız olması gereken bireysel bir eylemlilik alanı olarak özel alanın korunması ve bu alana dokunulmaması arasında bir dengenin kurulmasının yolu, bu husustaki asıl mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine de buradaki denge, çok hassas bir niteliğe sahiptir çünkü bu dengenin kurulamaması halinde “insan haklarının özelleşmesi,

⁵⁸⁵ A.k.

özelin kamusallaşmasıyla sonuçlanacak ve devletten korunması gereken yeni talepler ortaya çıkarılacaktır”.⁵⁸⁶

Böylece Sözleşme organları, Devletleri pozitif yükümlülükler bakımından sorumlu tutma ya da ulusal mercilere bu konuda takdir marjı bırakma konusunda kolayca karar verememektedir. Nitekim *X ve Y/Hollanda* davasının raporunda Komisyon, “diğer kişilerin cinsel ilişki tekliflerini değerlendirebilme yeteneğinden yoksun kişilerin”⁵⁸⁷ korunması konusunda yasa koyucunun düzenleme yapması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte “ilgili kişilerin fiziksel bütünlüğünün muhafaza edilmesi amacıyla kurallar koymasının daha zor olduğunu çünkü bunun Sözleşme’nin 8. maddesince korunan cinsel özel hayata, Devletin kabul edilemez müdahalesi riskini beraberinde getirdiği”⁵⁸⁸ tespitini de yapmıştır. Komisyon, özel ilişkilerdeki müdahale sorunları konusunda Sözleşme organlarının geri durup ulusal makamlara öncelik mi vereceği, yoksa denetleme yetkilerinin Üye Devletlerin içindeki gerçek kişilerin arasındaki ilişkileri de mi kapsayacağı konusunda net bir tutum sergilememiştir.⁵⁸⁹

“Bu durum 8. maddenin üçüncü taraflar arasında uygulanıp uygulanamayacağı sorununu (*Drittwirkung*) ortaya çıkarmaktadır. Ancak bir Sözleşme hakkının üçüncü taraflar arasında uygulanabilmesi için içeriğinin açık olması ve farklı Üye Devletler arasında bu konuda görüş farklılığının olmaması gerekir... Korunmaya muhtaç bu kişilerin (*personae miserales*) kollanması gerektiği konusunda genel bir uzlaşma mevcut olsa da bu korumanın kapsamı konusundaki görüşler değişkenlik göstermektedir.”

Bu kararsız tutum daha sonraki içtihatlar ile değişmiş ve kişiler arasındaki ilişkiler bakımından da Devletlerin sorumluluğunun doğabileceği kabul edilmiştir. Örneğin, üvey bir babanın, reşit olmayan kızının müstehcen görüntülerini internete koyarak cinsel tacize maruz bıraktığı şikayetin değerlendirildiği bir dava bulunmaktadır.⁵⁹⁰ Bu dava bağlamında, “özel hayatın ya da aile hayatının etkili korunmasına içkin pozitif yükümlülükler olabileceği... bu

⁵⁸⁶ Andrew Clapham, **Human Rights in the Private Sphere**, Clarendon Press, New York, 1993, s. 220.

⁵⁸⁷ *X ve Y/Hollanda*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 8978/80, 05.07.1983.

⁵⁸⁸ *A.k.*, para. 55.

⁵⁸⁹ *A.k.*, para. 56.

⁵⁹⁰ *E.S./İsveç, Mahkeme Kararı*, Başvuru No. 5786/08, 21.06.2012.

yükümlüklerin, kişiler arasındaki alanda bile tedbir alınmasını gerektirebileceği”⁵⁹¹ belirlenmiştir.

Gerçek kişilerin arasındaki ilişkilerin özel hayata saygı hakkıyla uyumlu olacak şekilde düzenlenmesindeki tedbirlerin belirlenmesi ister negatif ister pozitif yükümlülük bağlamında olsun, geniş ölçüde Devletlerin takdir yetkisi bağlamında görülmektedir. Özel hayatın temel değerleri ve çok önemli yönleri söz konusu olduğunda, ağır suçların etkili şekilde engellenmesi için cezai müeyyidelerin varlığı aranabilmektedir.⁵⁹² Ayrıca belirli bir kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne karşı gerçek ve somut bir riskin mevcut olduğu yetkililer tarafından biliniyorsa ya da bilinmesi gerekliyse; yetkileri ölçüsünde bu riskin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmış olması gerekmektedir.⁵⁹³

Sözleşme organları, pozitif yükümlülükler dair genel kapsamlı bir öğreti geliştirmemiş; bunun yerine, bu hususu belirli bir hak ile ilgili her dava için ayrı biçimde ele almıştır. Yine de *Golder/Birleşik Krallık ve Airey/İrlanda* davalarında ortaya konan “hakların etkili korunması”⁵⁹⁴ ilkesinden yola çıkarak müdahale etmeme ya da müdahaleden imtina etmeye dayalı negatif yükümlülük yanında, her hak için birtakım pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkabileceği tespit edilebilir. Her Üye Devletin içindeki farklı uygulama ve durumlar göz önüne alındığında, ‘saygı’ kavramından türetilebilecek pozitif yükümlülüklerin neler olabileceğini önceden belirlemek zordur.⁵⁹⁵ Yine de Sözleşme organları bu türden yükümlülüklerin içeriğini değerlendirirken birtakım ölçütler geliştirmiştir. Bu ölçütlerin bir kısmı başvuran kişiyle ilgili iken (söz konusu menfaatin önemi, özel hayatın temel değerleri ya da çok önemli boyutlarının mevzu bahis olması, toplumsal gerçeklik ve hukuk arasındaki uyumsuzluğun başvuran üzerindeki etkisi, iç hukuktaki idari ve yasal uygulamaların tutarlılığı gibi) bir kısmı

⁵⁹¹ A.k., para. 57.

⁵⁹² Bkz. *M.C./Bulgaristan, a.g.k.*, para. 150; *K.U./Finlandiya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 2872/02, 02.12.2008, para. 43.

⁵⁹³ Bkz. *Georgel ve Georgeta Stoicescu/Romanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 9718/03, 26.07.2011, para. 49-51.

⁵⁹⁴ *Golder/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 28, *Airey/İrlanda, a.g.k.*, para. 24.

⁵⁹⁵ Bkz. *Christine Goodwin/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 72.

ilgili Devletin durumunun (yükümlülüğün dar ve tanımlı ya da geniş ve belirsiz oluşu; yükümlülüğün Devlete getirebileceği yükün boyutu gibi) incelenmesini içermektedir.⁵⁹⁶

Doktrinde bu konudaki yükümlülüklerin tasnifi konusunda kimi öneriler bulunmaktadır. Örneğin, Harris ve diğ., 8-11. maddeler için ortak kimi olasılıkları sıralamaktadır. Başta hakkın kullanımının etkili olmasını temin etmek için kamu görevlilerinin gerekli tedbirleri alması yükümlülüğü; ayrıca hakkın kullanımının diğer gerçek kişilerce engellenmemesi için yetkililerin gerekli tedbirleri yerine getirmesi ve nihayet, hakkın etkili kullanımını temin için gerçek kişilerin gerekli adımları atmasını yetkililerin sağlaması yükümlülüğünü önermektedirler.⁵⁹⁷ Yazarların belirttiği üzere bunlardan ilki, diğer ikisini de kapsayan ancak daha net bir tablo ortaya çıkmasını sağlamak açısından alt başlıklara ayrılması mümkün olan genel bir yükümlülüktür.⁵⁹⁸

Pozitif yükümlülükler, Devletlere mutlak bir yükümlülük getirmekten uzaktır. Pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda, Devletler takdir marjına her halükârda sahiptir. Kimi koşullara bağlı olarak bu marjın dar ya da geniş yorumlandığı belirtilmedir. Örneğin, şikâyet konusu edilen hakkın ağırlığı ya da önemine göre takdir marjı dar tutulabilecektir. Sözleşme'nin 6(1). maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının, medeni bir hak olarak yorumlanması da bu duruma bir emsal teşkil etmektedir.⁵⁹⁹ Öte yandan pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesi için gerekli sosyal ve ekonomik kaynaklara bağlı olarak, Devletlerin bu konuda daha geniş bir takdir marjına sahip olduğu kabul edilmektedir.⁶⁰⁰

“Bir Devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamını belirlemek için; kamu çıkarıyla bireyin çıkarları arasında kurulması gereken adil dengeye, Sözleşmeciler Devletlerde geçerli olan durumların çeşitliliğine ve öncelikler ve kaynaklar bakımından yapılması gereken tercihlere

⁵⁹⁶ Bkz. *A.B. ve C./İrlanda*, Mahkeme (Genel Kurul) Kararı, Başvuru No. 25579/05, 16.12.2010, para 247-249.

⁵⁹⁷ D.J. Harris, M. O'Boyle, Colin Warbrick, Ed Bates, **Law of the European Convention on Human Rights** 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 342-3.

⁵⁹⁸ *X and Association of Z/Birleşik Krallık*, Başvuru No. 4515/70, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, 12.07.1971.

⁵⁹⁹ *Golder/Birleşik Krallık*, a.g.k.

⁶⁰⁰ *Botta/İtalya*, a.g.k.

bakılmalıdır. Ayrıca bu yükümlülükler, altından kalkılamayacak ya da ölçüsüz bir külfet yükleyecek biçimde yorumlanmamalıdır.”⁶⁰¹

Bu bağlamdaki son bir husus olarak, adil denge vurgusu birçok kararlarda teyit edilmiştir. Özel hayata saygı hakkı kısıtlama koşullarından olan meşru amaçlar gözetilerek kişinin hakkıyla kamu yararının çatışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulmalıdır. Bu doğrultuda, bir Devletin Sözleşme kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülüklerini değerlendirmek için geçerli olan ilkelerin benzer olduğu kabul edilmektedir.⁶⁰²

4.2.3. Usulî Güvencelerin Getirilmesi

Mahkeme, takdir marjı nedeniyle esasa yönelik inceleme alanının daraldığı kimi durumlarda, usulî kimi güvenceler türetmek için de pozitif yükümlülükler kavramını kullanmaktadır. Örneğin Mahkeme, velayet konusundaki bir davada, diğer aile üyelerinin çocukla görüşme koşullarının belirsiz olmasının çocuk üzerindeki etkilerini göz önüne alarak ilgili Devletin bu belirsizliği giderecek olan yasal düzenlemeleri bir an önce yapması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁰³

Özel yaşama saygı hakkından usulî güvenceler türetilmesi, 8. maddenin birçok hukuki menfaati içerecek şekilde dinamik yorumlanmasının sonuçlarından biridir. Usulî güvenceleri belirli olarak düzenleyen adil yargılama hakkının, yani 6(1). maddenin uygulanması söz konusu olmadığında, özel hayata saygı hakkı, genel bir koruma sunan bir hak olarak devreye girebilmektedir. Kimi istisnai hallerde ise her iki maddenin de ihlal edildiği kararı çıkabilmektedir.⁶⁰⁴ Kimi davalarda şikayetlerin örtüştüğü

⁶⁰¹ *İlasçu ve diğ./Moldova ve Rusya*, Mahkeme Kararı, Başvuru no. 48787/99, 08.07.2004, para. 332.

⁶⁰² Bkz. *Gaskin/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 42; *Roche/Birleşik Krallık*, Mahkeme (Genel Kurul) Kararı, Başvuru No. 32555/96, 19.10.2005, para. 157.

⁶⁰³ Bkz. *Sylvester/Avusturya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 36812/97 40104/98, 24.04.2003, para.60; *Hatton/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 36022/97, 08.07.2003, para. 103-104.

⁶⁰⁴ *Elsholz/Almanya*, Mahkeme (Genel Kurul) Kararı, Başvuru No. 25735/94, 13.07.2000.

gerekçesiyle, sadece 8. madde ihlalleri incelenebilmekte, adil yargılanmayı düzenleyen 6. madde kapsamında bir inceleme gereksiz görülebilmektedir.⁶⁰⁵

Özel hayata saygı hakkının referans bir hak olarak değerlendirilip bu haktan usulî güvenceler türetilmesi yanında, özel hayata saygı hakkının bireysel özerklikle bağlantılı olarak yorumlanması sonucunda, kişilerin fiil ehliyetinin kısıtlandığı kimi davalarda şikayetlerin usul yönünden de incelendiği görülmektedir.

A.N./Litvanya davasında⁶⁰⁶ zihinsel sorunları nedeniyle bir kişinin ehliyetinin kısıtlanmasına ilişkin şikâyet incelenmiş ve bu durumun bireysel özerklikle yakın ilişki içinde olması nedeniyle, özel hayatın ciddi şekilde ihlal edildiği kararına varılmıştır. Benzer bir fiil ehliyeti kısıtlaması davası olan *Lashin/Rusya* davasında⁶⁰⁷ bireysel özerkliğe, kendi başına bir hak ya da bir yorumlama ilkesi olmasından farklı bir işlev yüklendiğini görmekteyiz. Akıl hastalığı nedeniyle fiil ehliyeti kısıtlanan şikayetçinin bireysel özerkliği ciddi şekilde sınırlandığından, buna yol açan tedbirin daha katı bir şekilde incelenmesi ve bununla bağlantılı olarak Devlete bırakılan takdir marjının daha dar olacağı kararlaştırılmıştır. Ayrıca iç hukuk prosedürünün niteliğine özel bir itina gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle, 8. maddenin usulî kimi güvenceleri açıkça içermemesine rağmen, bireysel özerkliğe getirilen ciddi kısıtlamalar içeren tedbirler söz konusu olduğunda, Devletin takdir marjı daha dar olarak yorumlanmakta ve şikayet, usul yönünden incelenebilmektedir.⁶⁰⁸ Dikkat çeken başka bir husus, bireysel özerkliğin, diğer davalarda genel olarak hak kapsamının ve uygulanabilirliğinin belirlenmesinde kullanılan bir yorumlama ilkesi olmasına karşın; ehliyetten yoksun kılınma davalarında ‘demokratik bir toplumda gereklilik’ testindeki bir parametre olarak değerlendirilmesidir.

⁶⁰⁵ Bkz. *Haase/Almanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 11057/02, 08.04.2004.

⁶⁰⁶ *A.N./Litvanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 17280/08, 31.05.2016.

⁶⁰⁷ *Lashin/Rusya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 33117/02, 22.01.2013.

⁶⁰⁸ Ayrıca bkz. *X ve Y/Hırvatistan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 5193/09, 03.11.2011.

4.2.4. Kısıtlama Koşullarına Yönelik Etki

Sözleşme’de belirtilen hakların hangi koşullarda sınırlanabileceği açıkça belirtilmiştir. Üç türlü sınırlama biçiminden söz edilebilir. Bunlardan ilki, 15. maddenin⁶⁰⁹ örneklediği genel istisna hükmü ya da genel sınırlama koşullarını; ikinci olarak, 8. maddeden 11. maddeye kadar, madde hükümlerinde belirtilen özel sınırlama koşullarını ve son olarak, belirtilmeyen içkin sınırlamalarından söz etmek mümkündür. İlk iki sınırlama koşulu Sözleşme metninde açıkça belirtilmektedir fakat içkin sınırlamalar Sözleşme lafzında yer almadığı için tartışma yaratmaktadır.

Meşru sınırlama koşulları, belirli bir Sözleşme hakkının özünü zedeleyecek biçimde anlaşılmamalıdır. Süre, mekân veya içerik olarak mutlak yasaklar ya da aşırı kısıtlamalar, hakkın özüne zarar verebilir ancak Sözleşme’nin düzenlediği meşru kısıtlamalar belirli konular, belirli bir süre veya belirli koşullar için bir hakka sınırlama getirmektedir. Bunun dışındaki kısıtlamaların, sınırlama kavramını aştığı kabul edilmektedir.⁶¹⁰

Sözleşme metninde bazı hakların hangi koşullarda sınırlanabileceği hususu açıkça düzenlenmiş, bazı haklar bakımından ise bu tür sınırlamalardan bahsedilmemiştir. Sınırlanabilir ve sınırlanamaz ya da nitelikli ve mutlak haklar ayrımı da bu temelde yapılmaktadır. Bunların yanında, Sözleşme’de açıkça yazılmasa da kimi haklar bakımından zımni birtakım sınırlamaların olabileceği konusu tartışma yaratmaktadır.

⁶⁰⁹ İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme

Madde 15

1. Harb veya milletin varlığını tehdit eden diğer umumi bir tehlike halinde her Yüksek Akid Taraf ancak, durumun iktiza ettiği nispette ve devletler hukukundan doğan diğer mükellefiyetlerle tezat teşkil eylememek şartıyla, işbu Sözleşmede derpiş olunan mükellefiyetlere aykırı tedbirler alabilir.
2. Yukardaki hüküm, meşru harb fiilleri neticesinde vâki ölüm hadisesi müstesna, ikinci ve üçüncü maddeler ile dördüncü maddenin birinci fıkrasını ve yedinci maddeyi hiçbir suretle ihlâl etmez.
3. Bu ihlâl hakkını istimal eden her Yüksek Akid Taraf alınan tedbirlerden ve bunları icabettiren sebeplerden Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bilgi verir. Bu Yüksek Akid Taraf mezkûr tedbirlerin mer’iyetten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tamamıyla tatbikına tekrar başlandığı tarihten de Avrupa Konseyi Genel Sekreterini haberdar eder. Bkz. **Resmî Gazete**, a.g.k.

⁶¹⁰ Bkz. *Van Oosterwijk/Belçika*, Komisyon Raporu (Genel Kurul), Başvuru No. 7654/76, 01.03.1979; *Belçika Dil davası*, a.g.k., para. 5; *Golder/Birleşik Krallık*, a.g.k., para. 38.

Hakların hangi koşullarda sınırlanabileceğine dair hükümleri dar yorumlamak gerektiği savı, içtihatla teyit edilmiştir;⁶¹¹ içkin sınırlamalar yaklaşımı ise açıkça belirtilmeyen kimi durumlarda da haklara yapılacak müdahalelerin meşru kabul edilmesi gerektiğine dayanmaktadır. Böylece içkin sınırlamaların varlığına ilişkin tartışma, açıkça belirtilmeyen ancak hakkın kendisinde içkin olduğu kabul edilen bazı hallerde, ilgili hakkın meşru biçimde sınırlanabileceği kabulünden kaynaklanmaktadır.⁶¹²

Loucaides,⁶¹³ kamu görevlilerinin ifade hürriyetinin kapsamını ve sınırlarını incelediği bir çalışmada, Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtilen sınırlamaların konu bakımından (*ratione materiae*) geçerli olduğunun ve dar yorumlanması gerektiğinin altını çizer. Bu sınırlamaların tematik olduğunu (ulusal güvenlik, genel ahlakın veya sağlığın korunması gibi) ve açıkça kişilere atıfta bulunulmadığı için, kişi bakımından (*ratione personae*) uygun bir nitelikte olmadığı sonucuna varmaktadır. Buradan hareketle, ifade hürriyetine sadece kamu görevlilerinin statüsünden kaynaklı kimi kısıtlamaların getirilmesinin yanlış olduğunu fakat Sözleşme organlarının bu kanıyı paylaşmadığını yansıtan bir içtihat geliştirdiğini eklemektedir.⁶¹⁴ Bu içtihada göre, statüleri gereği sahip oldukları belirli 'görev ve sorumluluklar' nedeniyle kamu görevlilerinin ifade hürriyetlerinin kısıtlanabilmesi, diğer kişilerden farklı bir konumdadır. Nitekim *Handyside/Birleşik Krallık* davası "ifade hürriyetini kullanan kişinin, durumuna ve kullandığı teknik vasıtalarla göre kapsamı değişen, bazı görev ve sorumluluklar da üstlendiğini"⁶¹⁵ belirtmiş ve kişilerin, ifade hürriyetlerinin kısıtlanabilmesini değerlendirirken farklılıklar olabileceğini karara bağlamıştır. Aynı şekilde *Engel ve diğ./Hollanda* davasında⁶¹⁶ 'görev ve sorumluluklar'a dayanarak farklı kişi kategorilerine göre farklı standartların gözetilebileceği belirtilmiştir.

⁶¹¹ Bkz. *Sunday Times/Birleşik Krallık*, a.g.k.

⁶¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Fazıl Sağlam, a.g.k., s. 32-47.

⁶¹³ Loucaides, a.g.k., s. 56.

⁶¹⁴ A.k., s. 57.

⁶¹⁵ *Handyside/Birleşik Krallık*, a.g.k., para. 49.

⁶¹⁶ *Engel ve diğ./Hollanda*, a.g.k., para. 100-101.

Loucaides⁶¹⁷ zımni ya da kendi ifadesiyle *de facto* kısıtlamaların kimi zaman meşru sınırlamaların kaçınılmaz sonucu olarak ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir. Bir kişinin gözüaltına alınması ya da mahkûm olması durumlarında olduğu gibi, kişinin fiiliyatta kimi kısıtlamalara maruz kalması sonucunda, bazı hakları etkin olarak kullanamaması sonucu ortaya çıkabilmektedir. Bunları sabit ya da olağan olarak ele almak yerine, Sözleşme'nin ilgili düzenlemeleri ve uygulanabilir meşru kısıtlamaları ışığında, her olay özelinde gelişen içtihat uyarınca yeniden değerlendirmek daha uygun olacaktır. Loucaides,⁶¹⁸ Sözleşme organlarının kamu görevlisi gibi belirli bir kategoriye ait kişiler bakımından geliştirdiği zımni sınırlamaların,⁶¹⁹ dolaylı olarak yeni bir kısıtlama koşulu yaratacağını ve Sözleşme sistemini tasarlayıp kuranların böyle bir niyetinin olmadığını vurgulamaktadır. Meşru amaçların geniş yorumlanmasının, kısıtlama hükümlerinin dar yorumlanması anlayışını yıktığına kanaat getirmektedir. Ayrıca kişilerin statüsünün sadece kısıtlanması hedeflenen belirli bir fiilin, söz konusu kısıtlama kapsamına girip girmediği değerlendirilirken dikkate alınabileceğini ifade etmektedir.⁶²⁰ Nitekim *Vogt/Almanya* davasında⁶²¹ Komisyon, Loucaides'in ileri sürdüğü gibi görev ve sorumluluklar kavramının yorumunu 'demokratik bir toplumda gereklilik' kriteriyle bağlantılandırmıştır.

Engel ve diğ./Hollanda davasında, belirli bir statü ya da kategorideki kişilerin (bu davada silahlı kuvvetler mensupları) ifade hürriyetlerine, bu statüden kaynaklı olarak yapılacak özel ve fazladan kısıtlamaların "belirli bir grupta ortaya çıkacak bir düzensizliğin, toplumun bütününe sirayet edebileceği"⁶²² gerekçesiyle meşru görülmesi, Loucaides'in uyarısını haklı göstermektedir. Dolayısıyla belirli bir toplumsal grubun

⁶¹⁷ Loucaides, *a.g.k.*, s. 218.

⁶¹⁸ *A.k.*, s. 59.

⁶¹⁹ Yazar 'spesifik kısıtlamalar' ve '*de facto*' kısıtlamalar ifadelerini kullanmaktadır. Bkz. Loucaides, s. 217-8. Oysa Arslan doktrinde bu konuda bir ayrım gözetilmeyip ikisinin birbiriyle karıştırılmasına karşın, "zımni sınırlamalar" (*implied limitations*) ve "içkin sınırlamalar" (*inherent limitations*) arasında belirgin bir fark olduğunu iddia etmektedir: İki kavramın kullanıldığı bağlam ve sahip oldukları işlevler farklıdır. Bkz. Gülay Arslan, **Özel Hayatın Korunması Hakkı**, Beta yay., İstanbul, 2011, s. 357-66.

⁶²⁰ Loucaides, *a.g.k.*, s. 59.

⁶²¹ *Vogt/Almanya*, Komisyon Raporu (Genel Kurul), Başvuru No. 17851/91, 30.11.1993, para. 62.

⁶²² *Engel ve diğ./Hollanda*, *a.g.k.*, para. 101.

içindeki düzeni, toplumun genelini ilgilendiren bir düzende eşitleyerek yorumlamak; 10. maddenin koruduğu ifade hürriyetinin “rahatsız edici, şoke edici veya saldırgan ifadeleri”⁶²³ de korumasıyla tezat oluşturacaktır. Başka bir ifadeyle bazı toplumsal grupların içindeki düzensizliklerin, toplum genelindeki düzene etkileri gerekçe gösterilerek kısıtlamaların meşru görülmesi, hakkın tam da korunması gereken özünü zedeleyecektir. Ayrıca belirli bir gruba (silahlı kuvvetler mensuplarına, kamu görevlilerine, cezaevlerindeki mahkûmlara vb.) yönelik kısıtlamanın geniş yorumlanması, farklı bir dava bağlamında başka bir grup için de teşkil edebilecektir. Kısacası haklara yönelik kısıtlamaların belirli kişi statüleri, grupları ya da kategorileri üzerinden daha geniş yorumlanması, hem Sözleşme’deki hakların koruma alanını zedeleyebilecek hem de bu kategorileri belirleyecek standartların noksanlığı yüzünden, herhangi bir grubun haklarının daha fazla müdahaleye açık olmasını gündeme getirebilecektir. Bir kişinin sadece herhangi bir kategoriye/statüye mensup olması nedeniyle Sözleşme’de belirtilen haklardan mahrum bırakılmaması ya da haklarının kısıtlanmaması gerekir. Özellikle de meşru kısıtlama koşulları açıkça belirtilen haklar bakımından, zımni sınırlamaların kabul edilmemesi gerekir. Kısıtlama koşullarının dar yorumlanmasının mantığı, bireylerin davranışlarının düzenleyebilmeleri için bunların açık ve öngörülebilir olması ve ilgili hakkın özünü zedeleyebilecek belirsizlikte olmamasıdır.⁶²⁴ Ayrıca kısıtlama koşulları, dilin olağan anlamını aşacak derecede esnetilecek biçimde anlaşılmamalıdır.⁶²⁵

İşlevleri veya statülerinin doğası itibariyle, belirli bir kategorideki bireylerin belirli bir haktan istifade etmesini koşula bağlayan veya özel olarak kısıtlayan zımni kısıtlamalar anlayışını kabul etmek iki açıdan sakıncalı olabilecektir. Birincisi, hakkı sınırlayan bir düzenleme ya da tedbir, ancak hakkın özüne zarar vermediği sürece meşru

⁶²³ Bkz. örn. *Oberschlick/Avusturya*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 11662/85, 23.05.1991, para. 57; *Janowski/Polonya*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 25716/94, 21.01.1999, para. 30.

⁶²⁴ Bkz. *Van Oosterwijck/Belçika*, a.g.k.

⁶²⁵ Bkz. *Sunday Times/Birleşik Krallık*, a.g.k.

kabul edilebilmektedir.⁶²⁶ İkincisi, meşru sınırlama koşullarının açıkça zikredildiği hallerde zımni sınırlamaların varlığını kabul etmek, sınırlama koşullarını belirsizleştirmenin kapısını aralayacaktır. Bu iki nedenle zımni sınırlamaların kabul edilmesi, hukuk güvenliğini zedeleyebilecek ve Sözleşme'nin temel amacı olan hakların korunması tehlikeye girecektir.

Doktrinde mutlak bir hak niteliğinde olmayan, yani nitelikli bir hak ve açık bir sınırlama hükmü içermeyen haklar bakımından sınırlandırmaya gidilmesi ve bunun hangi parametreye göre yapılacağı konusu tartışma yaratmaktadır.⁶²⁷ 8. madde bakımından eleştirilecek hususlar ise daha da fazladır çünkü bu hakkın kapsamında birçok farklı hukuki menfaatin zımni ya da potansiyel olarak yer aldığı kabul edildiğinde, sınırlamanın da zımni olarak genişleyebileceğini varsaymak mümkündür. Örtük bir hakkın ya da hukuki bir menfaatin varlığı halinde, sınırlamanın da örtük olarak kabul edilebileceğine dair bir eğilim bulunmaktadır.⁶²⁸ Doktrindeki bu eğilim, çeşitli Mahkeme kararlarınca da desteklenmektedir. Örneğin Mahkeme *Mahtieu-Mohin Clerfayt/Belçika* kararında⁶²⁹ 1. Protokol'ün 3. maddesindeki⁶³⁰ serbest seçimlerle ilgili örtük hakların mutlak olmadığını; bu maddenin ilgili hakları açıkça düzenlemediği için zımni kısıtlamalara gidilebileceğini belirtmiştir. Zımni kısıtlamalar konusunu ele alan ilk karar olan *Golder/Birleşik Krallık*'da da mutlak olmayan ve Sözleşme'de açıkça düzenlenmeyen bir hak (mahkemeye erişim hakkı adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddeye bağlanmıştır) bakımından örtülü kimi kısıtlamaların gündeme gelebileceği belirtilmiştir.

⁶²⁶ Bkz. *Van Oosterwijck/Belçika*, a.g.k.

⁶²⁷ Bkz. Fazıl Sağlam, a.g.k.; Korkut Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2000.

⁶²⁸ Bkz. Loucaides, a.g.k., s. 200-201; J. G. Merrills, **The Development of International Law by The European Court of Human Rights**, 2nd ed., Manchester Univ. Press, Manchester, 1993, s. 88.

⁶²⁹ *Mahtieu-Mohin Clerfayt/Belçika*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 9267/81, 02.03.1987.

⁶³⁰ **İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşmeye Ek Protokol**

Madde 3

Yüksek Âkîd Taraflar, teşriî organın intihabı hususunda halkın kanaatinin serbest olarak izharını sağlayan şerait dâhilinde uygun sürelerle gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler. Bkz. **Resmî Gazete**, a.g.k.

Loucaides'e göre,⁶³¹ Sözleşme'nin açıkça düzenlediği haklar ve sınırlamalar açısından zımni sınırlamalar söz konusu olamaz. Örneğin, *Golder/Birleşik Krallık* kararında, avukatına mektup yazmasına izin verilmeyen bir mahkûmun, 8. madde kapsamındaki hakkının örtük olarak sınırlanabileceği iddiası reddedilmiştir; ancak örtük bir hakkın söz konusu olması halinde örtük sınırlamalardan söz etmek mümkündür. Ayrıca 6. maddeden türetilebilecek 'mahkemeye erişim hakkı', madde hükmünde doğrudan düzenlenmemektedir. Bu nedenle mutlak olarak 6. madde tarafından korunmamaktadır ve örtük olarak sınırlanabilmesi mümkündür.

Loucaides'in önerisi başta açık ve tutarlı görünmektedir. Belirli bir hukuki menfaat, ilgili Sözleşme hakkınca koruma altına alındıysa meşru sınırlama koşulları sabit olmak üzere, örtük sınırlamalara açık değildir. Eğer hukuki menfaat doğrudan veya açıkça Sözleşme'de düzenlenmeyip varlığı örtük olarak kabul ediliyorsa; daha açık bir ifadeyle, ilgili madde ile bağlantılı olarak böyle bir menfaatin varlığı çıkarılabiliyorsa örtük sınırlamalara konu olabilecektir. Doktrinde açık hakka açık sınırlama, örtük hakka örtük sınırlama yapılması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Oysa örtük hakkın bağlantılı olduğu açık hakkın açık sınırlamaları, bu hak için de geçerli olmalıdır; aksi halde birçok içtihatla yasaklanmış olan, sınırlamaların genişlemesine yol açabilecektir.

Zımni sınırlamalar getirilmesi konusunda karşıt görüşler de bulunmaktadır. Örneğin, Müller bu konuda hakların önceden belirlenmiş bir koruma alanı olduğundan bahisle, bu alanın esnetilemeyeceğini ifade etmektedir. Müller'in savunduğu 'normun koruma alanı',⁶³² Sözleşme kapsamına uyarlandığında zımni kısıtlamaları değil; hakkın koruma alanını ya da kapsamını içermektedir. Örneğin, Sözleşme'nin 11. maddesi barışçıl toplanma hakkını teminat altına almaktadır. Dolayısıyla barışçıl olmayan

⁶³¹ Loucaides, *a.g.k.*, s. 200.

⁶³² Bkz. Friedrich Müller, **Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri**, Yayına Hazırlayan: Fazıl Sağlam, Çevirenler: Bertil Emrah Oder, Korkut Kanadoğlu, Osman Can, Fazıl Sağlam, Maltepe Üniversitesi Yayınları: 2009/2, 1. Baskı, İstanbul, 2009.

toplantılar, bu hakkın koruma alanı dışında bırakılmıştır. Hakkın temel bir niteliğini devre dışı bırakabilecek genişlemeler, hakkın koruduğu norm alanı dışına çıkılmasına neden olacaktır ve dolayısıyla bu noktada, hakkın kötüye kullanımından söz etmek gerekecektir.

8. madde söz konusu olduğunda, birçok farklı hukuki menfaatin özel hayata saygı hakkı kapsamında görülmesi, beraberinde zımni sınırlamaların da genişlemesini getirdiği takdirde, bu hakkın koruma gücü zayıflayabilecektir. Başka bir ifadeyle, bu tür sınırlamaların belirsiz derecede artmasının önünün açık olması, özel hayata yüklenen ‘geçirgenlik ve yüksek doyma noktası’⁶³³ düşürmek anlamına gelebilecektir. Ayrıca meşru sınırlama koşullarının belirsizleştirilmesi ve artmasına dair örtük sınırlamalarla ilgili genel eleştiriler de geçerli olmaya devam edecektir.

4.3. BİREYSEL ÖZERKLİK DOĞRULTUSUNDA YAPILAN YORUMLAMA SONUCUNDA ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ YENİ ANLAMI

Özel hayata saygı hakkı, bireysel özerklik ilkesi doğrultusunda ve dinamik bir yorumlama vasıtasıyla, Sözleşme’de telaffuz edilmeyen birçok hukuki menfaatin köken aldığı referans bir hak vazifesi üstlenmeye başlamıştır. Böylece özel hayatın korunması; bir kimsenin kişiliğini, kimliğini, özgünlüğünü ve bireyselliğini oluşturma ve geliştirmeye dayalı bir özgürlük anlayışının temeli haline gelmiştir.

Ayrıca 8. maddenin kişiliğin geliştirilmesi yönünde bireysel özerklik vurgusuyla yorumlanmaya başlaması sonucunda; özel hayata saygı hakkının farklı siyasi, cinsel ya da dinsel duruşları nedeniyle özellikle toplum baskısına maruz kalmaya daha açık olan kimselerin korunmasını da üstlenmeye başladığı söylenebilir. Başka bir deyişle, bir insan hakkı olarak devletin olası ihlallerine karşı oluşturduğu korumaya ek olarak;

⁶³³ Sudre, *a.g.m.*, s. 25.

toplum içinde çoğunluktan ayrıksı duran ve dolayısıyla baskılanma olasılığı yüksek olan kişi ve gruplara karşı, devletin sadece müdahale etmemesini değil, aynı zamanda pozitif kimi yükümlülükleri yerine getirmesini gerektiren bir niteliğe de bürünmüştür. Bu çerçevede, bu çalışmada tasvir edilen R. Dworkin'in hak anlayışıyla⁶³⁴ uyum içerisinde bir görünüm arz etmektedir.

Özel hayata saygı hakkının işlevi, bireyin kendi kimliğini ya da benzersizliğini ortaya koymak, korumak ve geliştirmek üzere hukuki bir çerçevede denetim güvencesi sağlamaktır. Bu nedenle özel hayatın korunması kişiliğin, bireyselliğin ya da benliğin oluşumunun; her bir kimsenin özgünlüğünün ve gelişiminin korunması olarak da anlaşılmalıdır. Bunun için gerekli ön koşul, her bir kimsenin tüm farklılığına ve özgünlüğüne rağmen eşit değerle kabulü ve bu kabul sonucunda Dworkin'in en temel hak olarak işaret ettiği, eşit saygı ve ilgiyi hak ettiği anlayışının temel bir ilke olarak belirlenmiş olmasıdır.

Sözleşme organları içtihatlarında bireysel özerklik; ruhsal ve fiziksel bütünlük, öz-belirlenim, kişisel kimlik, kişiliğin geliştirilmesi ve başkalarıyla ilişki kurmayla beraber, 8. maddenin koruduğu değerlerden biridir. Marshall'a göre, içtihatlarda kişiliğin geliştirme, öz-belirlenim ve bireysel özerklik arasında bir ayrım yapılmamakta ve özerklik tüm bu kavramları karşılayacak şekilde kullanılmaktadır.⁶³⁵

Özel hayata saygı hakkının koruduğu değer, bireyin özerkliği ve kişiliğin geliştirilmesi olduğu kabul edildiğinde; bu hakkın, kendi düzenlediği alanla sınırlı olmayıp Sözleşme'de ifade edilmeyen birçok farklı hukuki menfaati kapsama potansiyeline sahip bir kaynak sunduğu açığa çıkmaktadır. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkının bir 'referans hak'⁶³⁶ biçiminde yorumlanmasının meşruiyetini sağlayan,

⁶³⁴ Bkz. bu çalışmanın 3.2.3. Dworkin'in Hak Kuramı başlığı.

⁶³⁵ Marshall, *a.g.k.*

⁶³⁶ Kaboğlu'nun 'referans norm' kavramından esinle türetilmiştir. Bkz. İbrahim Kaboğlu, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı," **Anayasa Yargısı-8**, 25-27 Nisan 1991, Ankara, s. 300. <<https://anayasa.gov.tr/media/4800/kaboglu.pdf>> Erişim Tarihi 27.07.2019.

bireysel özerkliğin bu hakkın ardındaki temel bir yorumlama ilkesi olarak anlaşılmaya başlamış olmasıdır.

En genel anlamda, dışsal unsurlar tarafından belirlenmeme durumunu ifade eden ‘bireysel özerklik’ etrafında yeniden tanımlanan bir özel hayat kategorisi, bireyin kendini geliştirebileceği, kendi tercihleri doğrultusunda iyi addettiği bir hayatı seçebileceği bir hak rejimi; aynı zamanda devlet ve toplum dayatmalarına karşı bir koruma zırhı sunmaktadır.

Sözleşme organları içtihatlarında bireysel özerklik, tek başına uygulanabilir bir hak değil, tüm temel hakların altında yatan temel ilke olarak anlaşılmaktadır. Kim olduğundan bağımsız olarak, insan olmanın getirdiği haysiyetle muamele etmek ve edilmek temel hakların türediği kaynaktır. Hak sahibi kişinin kendisiyle, bedeniyle, kimliğiyle ilgili konularda özerk biçimde karar almasına dayanan; kimi durumlarda pozitif yükümlülükler getirilen ve aynı zamanda kişiyi toplumsal ilişkilerinden soyutlamayan bu yorumlama biçimi, Sözleşme’nin yöneldiği pozitif bir özgürlük anlayışı haline gelmiştir. 8. maddenin üstlendiği işlevin ‘referans hak’ olarak tarif edilmesinin altında, Sözleşme organlarının özel hayata saygı hakkını Sözleşme’de açıkça düzenlenmeyen hukuki menfaatlerin ileri sürülmesinde ve dinamik bir yorumlama vasıtasıyla müdahale karşısında hak kapsamına almasında bu anlayış yatmaktadır.

4.4. MAHKEME İÇTİHATLARINDA BİREYSEL ÖZERKLİĞİN SINIRLILIKLARI

Bireysel özerklik kavramına, Mahkeme kararları içerisinde birçok farklı bağlamda başvurulmuştur. Bir taraftan insan haysiyeti gibi tüm temel hakların altında yatan bir ilke olduğu vurgusu yapılmakta; diğer taraftan, bireysel özerkliğe bağımsız bir hak değeri atfedilmektedir. Bireysel özerklik, geniş bir anlam yelpazesi içermesi nedeniyle,

Sözleşme'nin birçok hakkı ile ilişkilidir. Kavramın somutlaştırılmaya çalıştığı ve en fazla kullanıldığı içtihatların ise özel hayata saygı hakkı ile ilgili olması dikkat çekmektedir. Bununla birlikte bazı içtihatlar bakımından bireysel özerkliğe atıfta bulunulmasına ya da kişisel karar, irade gibi bireysel özerklikle ilişkili kavramlara başvurulmasına rağmen bireysel özerkliğin korunmadığını ve dolayısıyla bu ilke bakımından kimi sınırlılıkların olduğunu gözlemlemek mümkündür.

Bireysel özerklik ilkesiyle yorumlanan özel hayata saygı hakkı, kişinin kendi tercihleri doğrultusunda iyi addettiği bir yaşamı seçebileceği; kendi bedeniyle ve kimliğiyle ilgili konularda dışarıdan belirlenmeden karar alabileceği pozitif bir özgürlük anlayışının geliştirilmesine olanak sağlamaktadır. Bununla birlikte özel hayata saygı hakkının, kişinin yaşam hakkıyla çatıştığı ve Dworkin'in zor davalar olarak tarif ettiği kimi durumlarda; kişinin yaşamına üstünlük tanındığı, hatta özel hayata saygı hakkının devre dışı bırakıldığı görülebilmektedir. Bu tür davalar, dinamik yorumun ve bireysel özerklik ilkesi doğrultusunda özel yaşama saygı hakkının nereye kadar uzanabileceğini göstermek açısından elverişli bir zemin sunmaktadır.

Bu doğrultuda, bireysel özerkliğin hak kapsamının genişletici özelliğinin sınırlarını gösterebilmek için Sözleşme organları içtihatları açısından zor davaları örnekleyen üç tema olarak destekli intihar, kürtaja erişim ve açlık grevcisini zorla besleme davaları seçilip ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu davalarda başvuruçuların hak iddialarının nasıl değerlendirildiği, bireysel özerklik ile ilişki kurulup kurulmadığı, 8. madde kapsamına dahil edilip edilmediği ve nihayet, bu tür davalardaki kişinin yaşamı-özel hayatı çatışmasının hangi yollarla çözüldüğü değerlendirilmektedir.

4.4.1. Bireysel Özerklik ve Destekli İntihar

Bireysel özerkliğin ve insan haysiyetinin, Sözleşme'nin altında yatan temel değerler olduğunun vurgulanması, bir kişinin ne zaman ve nasıl ölmek istediği konusunda bu kişiye bir hak tanınması için yeterli midir? Özel hayata saygı hakkı, bir kimseye onurlu bir ölüm hakkı tanınmasını ve dahi devletlerin kişiye bu yönde yardım etmesini temin edebilir mi? Özel hayata saygı hakkının ölüme dair hukuki bir menfaati kapsayacak şekilde yorumlanması, çelişkili gibi görünebilir. Bir yandan, 'hayat'tan bahsedilmesi, ölümü ne kadar kapsayabilir? Öte yandan, hayatın ağır ve acılı bir süreç olarak zuhur etmesi halinde, buna katlanmak istemeyen ve ağrısız, acısız bir ölüme kavuşmak isteyen kişilerin olması halinde hukukun, bu durumu dışlaması ya da görmezden gelmesi mümkün müdür?

Günümüzde tıbbın gelişmesi başta olmak üzere, birçok nedenle yaşamın süresi uzamış ancak yaşlılıkta hayat kalitesi aynı ölçüde geliştirilememiştir. Buna bağlı olarak bazı kimselerin, kendi belirledikleri bir zamanda ve biçimde ölmek istemesi şaşırtıcı değildir. Bununla birlikte, yaşlılık ve türlü hastalıkların getireceği acılar ve çaresizlikler karşısında onurlu bir ölüm için tıptan ve hekimlerden destek de istenebilmektedir. Kimi Avrupa ülkelerinde bu yönde düzenlemeler yapılmaktaysa da dinsel ve ahlaki olarak hassas bir konu olduğundan, henüz genel geçer bir hukuki eğilim ve uygulamadan söz etmek mümkün değildir.

Aslında 'mutlu ölüm', yani ötanazi üzerine yapılan tartışmalar, tıbbi ve teknolojik gelişmeler sonucunda insan ömrünün uzadığı son yüzyıla özgü değildir; literatürün bize gösterdiği kadarıyla Antik Yunan'a kadar götürülebilir.⁶³⁷ Günümüzde ölüm, evlerde ve aile yakınları etrafında yaşanır olmaktan çıkmış, hastane ve bakımevlerinde, tıbbi-teknik

⁶³⁷ Kısa bir tarihçe için bkz. Barry Rosenfeld, **Assisted Suicide and the Right to Die: The Interface of Social Science, Public Policy, and Medical Ethics**, American Psychological Association, Washington, 2004, s. 13-25. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel İncoğlu, **Ölme Hakkı: Ötanazi**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999.

uzmanların olabildiğince gelişmiş imkanlar ölçüsünde yürüttüğü bir sürece dönüşmüştür. Bu gelişmelere bağlı olarak da ölümün dini ve ahlaki çerçevelerdeki algılanışı ortadan kalkmaya yüz tutmuş; bunun yerini tıbbi ve teknik bir algılanış almıştır.⁶³⁸ Dolayısıyla dinsel ve ahlaki zeminde var olagelen tartışmalar ve hatta dogmatik yasaklar, bugüne gelindiğinde tıbbi etik ve hukuk bağlamına taşınmıştır. Hukuk alanındaki tezahürü ise acısız ve haysiyetli bir ölümün, yani ötanazinin, bir hak olup olmadığı ve bir kişinin yaşamıyla ilgili karar alırken ölümünün biçimi ve zamanı hakkında karar alıp alamayacağı, başka bir ifadeyle bireysel özerklik kapsamında olup olmadığı tartışmalarına dönüşmüştür.

4.4.1.1. Destekli İntiharla İlgili Tanımlamalar

Ölümün ne olduğu, hangi ölçütlere göre belirlenmesi gerektiği, ne zaman gerçekleşmiş sayılması gerektiği⁶³⁹ ve ölen ile ona yardım eden kişi açısından hukuki ve etik sonuçlarının ne olacağı soruları konusunda net bir uzlaşının mevcut olmaması gibi nedenler, konuyu tartışmayı yeterince güçleştirirken; bir de ötanazi ile ilgili ayrımların ortaya atılması ve aralarında gerçekten bir farkın olup olmadığı hususlarının da çekişmeli olması, belirsiz bir zemin ortaya çıkartmaktadır.

Tıp destekli, hekim destekli ya da yardım alarak intihar, ötanazinin türlerinden biridir. Bu nedenle ilk olarak ötanazinin ne olduğuna kısaca bakmak gerekir. Ötanaziyi, isteme bağlı olarak ve aktif-pasif oluşuna göre iki kategoriye ayırmak mümkündür. Öncelikle istemli (*voluntary*), istemsiz (*non-voluntary*) ve istem dışı (*involuntary*) olmak üzere; ölüm konusunda kişinin iradesinin ve isteğinin olup olmamasına göre bir sınıflandırma yapılabilmektedir. İstemli ötanazide kişi temyiz kudretine sahip ve bilinci açık iken hata, hile, tehdit ile sakatlanmamış ve özgürce açıklanan isteği doğrultusunda

⁶³⁸ A.k., s. 13-14.

⁶³⁹ Günümüzdeki en geçerli ölüm tanımı, nörolojik temelli 'beyin ölümü'ne endekslenmektedir. Ancak bu tanımda bile biyolojik mi, yoksa sosyal ve psikolojik bir beyin ölümü mü söz konusu edildiği üzerine tartışmalar çıkmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. W. M. Spellman, **Ölümün Kısa Bir Tarihi**, Tellekt, İstanbul, 2020, s. 198-199.

ölmeyi istemektedir,⁶⁴⁰ istemsiz ötanazide ise kişinin ölme isteği yoktur. İstem dışı ötanazide de hasta seçim yapabilecek durumda değildir.⁶⁴¹

İkinci olarak, aktif ve pasif ötanazi ayrımı yapılmaktadır. Aktif ötanazide bir kimsenin ölümüne doğrudan sebep olacak bir eylemin gerçekleştirilmesi söz konusudur. Örneğin, bir hastaya ölümcül dozda ilaç vermek, aktif bir ötanazi eylem biçimidir. Pasif ötanazide ise yaşamı idame ettiren cihazlara ya da kritik kimi ilaçlara bağlı bir hastanın hayatını uzatmaktan vazgeçilir. Örneğin yaşam ünitesini kapatmak, solunum cihazını ya da beslenme tüpünü çekmek gibi edimler, pasif ötanazi sayılmaktadır. Aktif ötanaziyi öldürmek, pasif ötanaziyi bir kişinin ölümüne izin vermek olarak tanımlayan görüşler de bulunmaktadır.⁶⁴² Bununla birlikte, ilaç şırınga etmek ve bir düğmeye basmak arasında bir fark olup olmadığı ya da ahlaken aktif ve pasif ötanazinin gerçekten olup olmadığı soruları geçerliliğini korumaktadır.⁶⁴³

Böyle bir çerçevede tıp ve hekim destekli intihar, aktif ötanazi kapsamında yer almaktadır. İlkinde ölümcül bir ilacın reçete edilmesi ve hasta yakınının desteğiyle bu ilacın hastaya verilmesi sonucu ölüm gerçekleşirken; hekim destekli intiharda, tüm süreç hekim denetiminde gerçekleşmektedir. Yardımlı ya da destekli intihar ise hasta yakını veya hekim ayrımı gözetmeden, üçüncü bir kişinin desteğiyle ötanazinin gerçekleştirilmesini ifade etmektedir.

4.4.1.2. Mahkeme Kararlarında Destekli İntihar

Mahkemenin önüne gelen destekli intihar davaları, bu sınıflandırmaların içinde en sorunlu ötanazi kategorilerinden biridir. Sorunlu addedilmelerinin nedeni, bu

⁶⁴⁰ Kudret Güven, **Kişilik Hakları ve Ötanazi**, Seçkin yay., Ankara, 2000, s. 13.

⁶⁴¹ Lawrence M. Hinman, **Contemporary Moral Issues: Diversity and Consensus**, 3rd edition, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2006, s. 102-105. Ancak başka bir yazar istem dışı ve istemsiz ötanazi tanımlarını yer değiştirerek vermektedir. Bkz. Lewis Vaughn, **Bioethics: Principles, Issues, and Cases**, Oxford University Press, New York, 2010, s. 528.

⁶⁴² Bkz. a.k., s. 527.

⁶⁴³ Bkz. örn. James Rachels, "Euthanasia: Active and Passive Euthanasia," **Philosophy and Death: Introductory Readings**, ed. Samantha Brennan ve Robert J. Stainton, Broadview Press, Ontario, 2010, s. 297-302.

başvuruların temyiz kudreti yerinde olan kişilerin, iradeyi sakatlayıcı bir unsur olmadan, üçüncü kişilerce öldürülmeyi istemesi (genelde bir hekim ama bazen de bir yakınlarının desteğiyle) ve bu kişilerin ceza almamasına dönük talepleri de içermesinden kaynaklanmaktadır. Böylece yukarıdaki tasnif uyarınca destekli intihar, aktif ve istemli bir ölüm talebidir denilebilir. Sağlığı buna izin vermediği için intiharı kendisi gerçekleştiremeyen bir kişinin, akli yetileri yerindeyse ve bilinçli bir istenç sonucunda kendi ölümünü talep ediyorsa, bireysel özerklik çerçevesinde bir menfaatinin olmadığını söylemek pek kolay değildir. Bununla birlikte, Mahkeme destekli intihar vakalarında bireysel özerklik konusunda çekingen bir tavır sergilemektedir. Literatürde yaşanan, yaşamın dinsel temelli kutsallığı veya seküler temelli dokunulmazlığının mı, yoksa yaşamın niteliğinin mi belirleyici olması gerektiğine dair yapılan tartışmaların,⁶⁴⁴ Mahkeme kararlarında hemen hemen hiç yansımadığı görülmektedir. Bunun yerine, sınırlı sayıdaki davada dolaylı bir yoldan destekli intihar taleplerinin bireysel özerklik kapsamında yer aldığı belirtilmiş; genel bir eğilim olarak, Devletlerin bu konudaki takdir yetkisinin geniş olduğuna hükmederek Mahkeme kendi inceleme yetkisini dar bir kapsamda tutmuştur.

4.4.1.2.1. Sanles Sanles/İspanya Kararı

Yardım alarak intihar başvurularının ilki *Sanles Sanles/İspanya*'dır.⁶⁴⁵ Bu davasında Ramón Sampedro Cameán isimli başvuru, daha önce Komisyon'a başvuruda bulunmuş; ancak iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddedilmiştir.⁶⁴⁶ Bu kişiyle ilgili ikinci başvuruyu Cameán'ın yasal vasisi olan yengesi yapmıştır. Cameán kollarını ve bacaklarını kullanamayan felçli bir kişidir ve iç hukuk

⁶⁴⁴ Bkz. İnceoğlu, *a.g.k.*, s. 35-135.

⁶⁴⁵ *Sanles Sanles/İspanya*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No.48335/99, 26.10.2000.

⁶⁴⁶ *Sampedro Camean/İspanya*, Komisyon, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 25949/94, 17.05.1995.

mahkemeleri önünde, hekiminin onu öldürecek bir ilaç verebilmesi için yasal izin talebinde bulunmuştur.

Sanles Sanles/İspanya kararında Mahkeme, başvurucunun, ihlal edildiğini ileri sürdüğü hakların (2., 3., 5., 8., 9. ve 14. maddeler) devredilemeyen haklar olduğunu; başka bir kişi adına bu haklara dayanarak başvuru yapılamayacağına hükmetmiştir.⁶⁴⁷ Ayrıca haysiyetli bir ölüm hakkının iç hukukta tanınması halinde, her halükârda kişisel ve devredilemeyen bir hak olduğunu ve bu nedenle başvuranın kendini Cameán'ın yerine koyup böyle bir hakkın tanınmasını talep edemeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla başvurunun kişi bakımından kabul edilemez olduğu kararı verilmiş ve şikâyetin esasına bakılmamıştır.

4.4.1.2.2. Pretty/Birleşik Krallık Kararı

Mahkeme, *Pretty/Birleşik Krallık* davasında önemli bir adım atmış ve kişinin ölüm anını seçebilmesiyle ilgili bir menfaatin varlığı değerlendirilmiştir. Motor sinir sisteminin giderek bozulması (MS) hastalığına yakalanan Diane Pretty'nin, bilinci ve idraki tamamen açık olmakla birlikte, kasları sürekli zayıflamaktadır. Dolayısıyla bu kişi, tedavisi olmayan bu hastalık yüzünden ölmeyi talep etmektedir ancak bunu kendi başına yapabilecek durumda değildir. Birleşik Krallık'ta intihara yardım etmenin suç olması nedeniyle, kocasının intihara yardım etmesi halinde cezalandırılmaması için savcılığa başvurmuştur. Lordlar Kamarasına kadar giden bu başvuruya ret kararı çıkmış ve nihayet Mahkemeye başvurulmuştur.

Pretty/Birleşik Krallık davasında Mahkeme, kişinin kendi tercihleri doğrultusunda seçeceği bir hayat biçiminin, kendisine fiziki ve ahlaki olarak zararlı ya da tehlikeli olabilecek edimleri de kapsayabileceğini belirtmiştir. Devamında da bir

⁶⁴⁷ *Sanles Sanles/İspanya, a.g.k.*

Devletin kolluk kuvvetlerini ya da ceza hukukunu kullanarak seçilmiş hayat biçimlerinin sağlığa zararlı ya da hayatı tehdit eden etkilerinden korumak için bile olsa kişinin özel ve kişisel alanına müdahale etmesini 8. madde kapsamında görmüş ve sınırlama hükümleri çerçevesinde meşruiyetinin sorgulanması gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁴⁸

Mahkemenin ifadesine göre, Sözleşme'nin özünde insan haysiyeti ve kişi özgürlüğü yatmaktadır. Yaşam hakkının kutsallığına halel getirmeden, bir insanın hayatının kalitesi 8. madde kapsamında yer alır.⁶⁴⁹ Bir kimsenin hayatının son anlarını nasıl geçireceğini seçebilmesi, yaşama ediminin bir parçasıdır ve buna saygı gösterilmesi gerekir.⁶⁵⁰ Böyle bir muhakeme, Mahkemenin özel hayata saygı hakkının bir ölme hakkını içerip içermediğini doğrudan belirlemek yerine, dolaylı bir yol seçtiğini göstermektedir. Buna göre, “bu davada başvuran kişinin, hayatının haysiyetsiz ve ıstıraplı olarak telakki ettiği bir sondan kaçınması seçimini uygulaması hukuken engellenmiştir. Mahkeme bu durumun 8. madde bağlamında bir müdahale olduğunu reddetmeye hazır değildir.”⁶⁵¹ Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, Mahkeme, ölüm anını ve biçimini seçmenin özel hayata saygı hakkı kapsamındaki bir menfaat olup olmadığı konusunda açık bir ifade belirtmekten kaçınmış fakat dolaylı olarak bu sonucu kabul etmiştir. Ayrıca menfaatin hak kapsamında yer aldığı belirlendikten sonra, meşru kısıtlama koşullarını incelemeye geçerek özel hayata müdahale olduğu sonucu teyit edilmiştir. Ama nihayetinde ihlal kararı çıkmamıştır.

Dolayısıyla Mahkeme ölüm anını ve biçimini seçmeyi bir hak olarak telaffuz etmekten kaçınmış ancak tamamen reddetmek yerine, özel hayatın kapsamında yer alan ve korunması gereken bir menfaat olarak yorumlamıştır. Bununla birlikte, bir kişinin ölümünü seçebilmesi menfaatinin, örneğin cinsel hayat gibi, kişinin en mahremine ait

⁶⁴⁸ *Pretty/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 62-67.

⁶⁴⁹ *A.k.*, para. 65.

⁶⁵⁰ *A.k.*, para. 64.

⁶⁵¹ *A.k.*, para. 67.

olarak ifade edilmemesi ve bunun sonucunda da Devlete bırakılan takdir marjının geniş olarak yorumlanması pek isabetli değildir. Çünkü beden üzerindeki tasarrufların, başkalarına zarar vermediği sürece ve kendisine verilecek zararı da kapsayacak şekilde anlaşılması, en mahrem alanın burası olması gerektiği noktasına kadar sirayet ettirilebilirdi. Bu yapılmasa bile takdir marjının dar olarak yorumlanmasının dayanağı, ötanazi konusunda Üye Devletler arasında bir uzlaşının olmaması olarak gösterilebilirdi.⁶⁵² Nitekim *Haas/İsviçre* davasında⁶⁵³ takdir marjının geniş biçimde yorumlanmasının gerekçesi Devletlerin, bireylerin ölüm hakkından ziyade hayatlarını korumaya daha fazla önem vermeleri konusundaki uzlaşısı olarak gösterilmiştir.

4.4.1.2.3. Haas/İsviçre Kararı

Pretty/Birleşik Krallık davasından farklı olarak, *Haas/İsviçre* davasında Mahkeme'nin önüne gelen başvuruda cevap vermesi beklenen soru, ilgili Devletin (İsviçre) destekli intihar konusunda pozitif bir yükümlülüğünün olup olmadığı ve varsa, yerine getirilip getirilmediği konularıdır. Bu davasında bipolar kişilik bozukluğundan mustarip olan başvuru, ölümcül dozda bir ilaç talep etmiş ancak iç hukuk mercilerince ret cevapları almıştır. İsviçre'de yardım olarak intihar etmek yasak olan bir uygulama değildir ancak kimi koşullara bağlanmıştır ve bunların başında da hekim reçetesi sonucunda ilacın verilmesi gelmektedir. Başvurucunun psikolojik bir rahatsızlığı bulunduğu için ölümüyle ilgili kararının, bu hastalığın bir tezahürü mü

⁶⁵² Nitekim Bioetik Yürütme Komitesinin (*Steering Committee on Bioethics*) 2003 yılında ötanazi ile ilgili yaptığı bir anket çalışmasında AK üyesi devletlerin ötanazi, aktif-pasif ötanazi, destekli intihar, asiste ölüm gibi kategorilerde mevcut bir örnek düzenleme olmadığı gibi, bunların çoğunda düzenleme bile olmadığı ve hatta kavramsal bir kargaşa bile olduğu tespit edilmiştir. Bkz. *Steering Committee on Bioethics*, "Replies to the Questionnaire for Member States Relating to Euthanasia," **CDBI/INF (2003) 8**, Strasbourg, 20 January 2003

<[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09_End%20of%20Life/INF\(2003\)8e_replies_euthanasia.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09_End%20of%20Life/INF(2003)8e_replies_euthanasia.pdf)> Erişim Tarihi 20.11.2020.

⁶⁵³ Bkz. *Haas/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 31322/07, 20.01.2011, para. 55.

olduğu, yoksa hür iradesiyle mi verildiği hususu “hassas bir konu”⁶⁵⁴ olarak nitelendirilmiş ve Devletin bu konuda pozitif yükümlölükleri olup olmadığı sorularına cevap verilmemiştir.

Haas/İsviçre kararıyla beraber Mahkeme, *Pretty/Birleşik Krallık* kararındaki çekingen tutumunu kısmen bırakmış ve belirli koşullar altında destekli intiharın bireysel özerkliğin ve öz-belirlenimin bir sonucu olarak kişinin kendi ölümünü belirleme ‘hakkı’ olarak belirlenebileceğini karar altına almıştır. Bu konuda serbestçe karar almaya ve sonucuna katlanmaya muktedirse, bir kişinin hayatını hangi araçlarla ve ne zaman sona ereceğine karar verme hakkının, Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamındaki özel yaşama saygı hakkının veçhelerinden biri olduğuna hükmedilmiştir. Bu hakkın varlığı iki koşula bağlanmıştır.⁶⁵⁵ Bunların ilki, ilgili kişinin hür iradesinin varlığı ve verdiği kararın sonuçlarını anlayabilecek bir idrake sahip olmasıdır. İkincisi ise, kişinin ölme kararına uygun olarak eyleme kabiliyetine sahip olmasıdır. Bu ikinci koşulun anlamı çok açık değildir ancak bir kimsenin ölmeye karar verdiği takdirde, üçüncü kişilerin kendisini acısız bir şekilde öldürmesine rıza ve izin vermesini ifade ettiği söylenebilir. Nitekim sonuçları hakkında tam olarak bilgi sahibi olmayan ve ölümüne serbestçe karar vermeyen kişinin ulusal mercilerce engellenmesi, yaşam hakkının korunmasının bir gereği olarak anlaşılmaktadır.⁶⁵⁶

Başvurucunun şikâyeti, kendi kararıyla ölmek istemesine rağmen şikâyet ettiği Devletin kendisine öldürücü ilacı vermemesi olmuştur. Avrupa’da bu konuda bir uzlaşma olmadığı gerekçesiyle Mahkeme, destekli intihar konusunda Devletin pozitif bir yükümlölüğü olup olmadığına dair net bir görüş belirtmekten kaçınmıştır. Sözleşmeci bir Devletin destekli intihara izin vermesi halinde (örneğin, İsviçre’de olduğu gibi), kişinin bu konudaki kararının uygulanması için uygun bir prosedürün temin edilmesi

⁶⁵⁴ A.k., para. 59.

⁶⁵⁵ A.k., para.51.

⁶⁵⁶ A.k., para. 54.

gerekmektedir.⁶⁵⁷ İsviçre'deki düzenlemeler uyarınca, ölmek isteyen kişilerin belirli koşulları sağlaması ve öldürücü bir ilaç temin edebilmesi için bir hekimin, gözetim süreci sonucunda buna karar ve izin vermesi gerekmektedir. *Haas/İsviçre* davasında ise başvuru psikiyatrik olarak rahatsız olduğu için bu koşulu yerine getirememiştir. Mahkeme, psikiyatrik sorunlara sahip kişiler açısından destekli intihar konusunda tıbbi reçete istenmesi biçimindeki ek bir koşulun getirilmesinin özel hayata saygı hakkı bakımından müdahale olabileceğini; ancak bir yandan da bu türden savunmasız kişilerin yaşam hakkının (Sözleşme'nin 2. maddesi) korunması için Devletin pozitif bir yükümlüğü olduğunu, suiistimallerin önüne geçmek amacı taşıdığını ve bu nedenle de müdahalenin meşru sayılabileceğini ifade etmiştir.⁶⁵⁸ Buna dayanarak Mahkeme, destekli intihara halihazırda izin verilen bir ülkede ölümcül bir ilacın kötüye kullanımını engellemek için belirli yasal düzenlemelerin mevcut olmasını, kamu emniyeti ve genel sağlığın korunması ile suçun önlenmesi amaçlarına uygun bulmuştur.⁶⁵⁹ Nihayetinde de 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Haas/İsviçre davası, *Pretty/Birleşik Krallık* davasından çeşitli yönlerden ayrılmaktadır. Öncelikle, Birleşik Krallık'ta bir hekim ya da üçüncü kişi yardımıyla intihar etmek cezai yaptırıma bağlanmış bir suçtur. Ayrıca Diane Pretty, terminal derecede hasta ve fakat akli melekeleri yerinde olan bir kişidir. Ernst G. Haas ise hem acılı bir ölümle sonuçlanacak bir hastalığa sahip değildir hem de ölümüyle ilgili sağlıklı bir karar alabilmesi için gerekli muhakeme yeteneğine sahip olduğu konusunda soru işaretleri bulunmaktadır. Bunun yanında, şikâyet ettiği ülkenin yasaları destekli intihara izin vermekte ve ayrıntılı bir biçimde düzenlemektedir. Mahkeme, intihara yardım etme konusunda Devletler arasında birörnek bir uygulama olmaması nedeniyle olsa gerek, iki davayı doğrudan kıyaslamaktan kaçınmıştır. Hal böyle olunca terminal hasta ve

⁶⁵⁷ A.k., para. 58.

⁶⁵⁸ A.k., para. 56-58.

⁶⁵⁹ A.k., para. 58.

psikiyatrik hastaların destekli intihar konusundaki durumlarının özel niteliği üzerinde de durulmamıştır. Başka bir ifadeyle hem bedensel hem de psikiyatrik olarak sağlıklı kişilerin destekli intihar hakkına sahip olarak mı belirlediği, yoksa bu uygulamayı serbest bırakan Devletin bu konudaki düzenlemelerinin takdir marjına dahil olarak mı anlaşıldığı hususları açıklığa kavuşmamıştır. Mahkeme bu hususları inceleme fırsatını *Alda Gross/İsviçre* kararında⁶⁶⁰ yakalamış ancak farklı nedenlerle bu imkanı değerlendirmek mümkün olmamıştır.

4.4.1.2.4. Alda Gross/İsviçre Kararı

Alda Gross/İsviçre başvurusu, *Haas/İsviçre* davasında olduğu gibi, destekli intiharın serbest olduğu İsviçre'ye karşı yapılan bir şikâyetle dayanmaktadır. Alda Gross, ölümcül bir hasta değildir ancak ilerleyen yaşından ve artan kırılganlığından endişe etmektedir. Fakat Ernst G. Haas gibi psikiyatrik bir rahatsızlığı olmadığı için, idraki açık ve özerk bir biçimde ölme kararı verdiği söylenebilir. Bununla birlikte, ölmeyle ilgili bir talebi incelerken Mahkeme'nin yaş, hastalık gibi kriterleri dikkate almadığı hatırlatılmalıdır. Böylece *Alda Gross/İsviçre* başvurusunu kabul edilebilir bulmuştur. Davanın esasına yönelik kararını, İsviçre'de destekli intihara izin veren yasal düzenlemelerin olmasına rağmen bu konuda uygulamaya dönük yeterince açık rehber ilkelerin bulunmamasına dayandırmıştır.⁶⁶¹ Başka bir ifadeyle, usul yönünden ihlal kararı verilmiştir. İsviçre'deki mevzuat, destekli intiharın hangi koşullarda serbest olduğunu ve buna izin veren hekim kararının kötüye kullanımını engelleyecek düzenlemelerin neler olduğunu içermektedir. Mahkeme, Sözleşme sisteminin iç hukuk sistemleri karşısındaki ikincil rolüne atıfla, sübsidiarite ilkesini gerekçe göstererek daha açık bir düzenlemenin yokluğuna işaret etmiş ve fakat ihlal bulmuştur. İhlal kararı dörde

⁶⁶⁰ Bkz. *Alda Gross/İsviçre*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 67810/10, 10.11.2010.

⁶⁶¹ *Gross/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 67810/10, 14.05.2013, para. 67.

üç çoğunlukla verilmiş ve azınlıkta kalan yargıçlar, ikincilik ilkesine işaret edilmesi karşısında Mahkeme'nin takdir marjını geniş tutup yargılama yetkisinin olmaması gerektiğini belirtmişlerdir. Mahkeme çoğunluğunu oluşturan yargıçlar ise hem sübsidiarite (takdir marjı ifadesini kullanmadan) ilkesini ileri sürmüş hem de yargılama yetkisini bırakmadan ihlal kararı vermiştir.

Daha sonraki süreçte İsviçre Hükümeti, *Alda Gross/İsviçre* başvurusunu Büyük Daire'ye taşımış ve burada, başvurucunun dava sürerken bir doktor vasıtasıyla ölümcül dozdaki ilaçla intihar ettiği tespit edilmiştir. Mahkeme (BD), başvuran kişinin artık yaşamadığı bilgisinin kendisinden gizlenmesine ve yanıtılmasına dayanarak başvuru hakkının kötüye kullanıldığına⁶⁶² ve davanın düşürülmesine hükmetmiştir.⁶⁶³ Mahkeme kararı kesinleşmediği, Büyük Daire kararı da başvuru kabul edilemez bulunduğu için ölüm anının ve biçiminin seçilebilmesinin, özel hayata saygı hakkı bağlamında korunması gereken bir menfaat olup olmadığı konusu değerlendirilememiş; dolayısıyla Mahkeme Avrupa'da bu konuda bir uzlaşının henüz oluşmadığı, etik ve dinsel olarak hassas bir konuyu inceleme külfetinden şimdilik kurtulmuştur.

4.4.1.2.5. Koch/Almanya Kararı

Son olarak üzerinde durulması gereken *Koch/Almanya* kararı,⁶⁶⁴ diğer destekli intihar davalarından farklı bir özellik taşımaktadır. Bu kararla beraber Mahkeme, ölmek isteyen kişi ve ona bu konuda destek veren yakın kişilerin durumunun ayrı ayrı incelenmesi gerektiğini net bir şekilde ortaya koymuştur. Başka bir ifadeyle, önceki

⁶⁶² Bkz. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme

Madde 35- Kabul Edilebilirlik Koşulları

Sözleşme 35/3(a) maddesine göre,

“Mahkeme, 34. maddeye uygun olarak yapılan bireysel bir başvuruyu;

başvurunun, Sözleşme ve Protokolleri hükümlerine uygun olmaması, açıkça temelden yoksun olması ya da bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması halinde kabul edilmez ilan etmelidir”

<https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf> Erişim tarihi 21.07.2019.

⁶⁶³ *Gross/İsviçre*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 67810/10, 30.09.2014.

⁶⁶⁴ *Koch/Almanya*, a.g.k.

davalarda sadece ölmek isteyen kişilerin ölme hakkıyla ve bu konuda Devletlerin pozitif bir yükümlülüğünün olup olmadığı konusuyla ilgili şikâyetler dile getirilmişken; *Koch/Almanya* davasında hem ölmek isteyen kişinin hem de onun eşi olan başvurucunun, ölmeyle ilgili hukuki menfaati değerlendirilmiştir. *Sanles Sanles/İspanya* davasında⁶⁶⁵ olduğu gibi, başvurucunun (bu süreçte hekim desteğiyle intihar eden) karısıyla ilgili ihlal iddiaları, 8. maddenin devredilemeyen yapısı nedeniyle ‘kişi yönünden yetkisiz’ olduğu gerekçesiyle Mahkeme tarafından reddedilmiştir.⁶⁶⁶ Bununla beraber intihar etmek isteyen kişinin yakını olan başvurucunun, kişiye bağlı bir hakkın ihlal iddiaları ile ilgili süreçten etkilenebileceği hususunun, ‘istisnai koşullar altında’ geçerli olabileceği tespiti yapılmıştır. Bu koşullar; başta çok yakın aile ilişkilerinin varlığı, kişinin bu konudaki davadan yeterli bir kişisel veya hukuki menfaatinin olması ve kişinin davaya iştirak etmesi olarak sıralanmıştır.⁶⁶⁷ Bu koşulları sağladığına karar verilen başvuru da dolaylı olarak mağdur kabul edilmiş ve davanın esasına bakılmıştır. *Haas/İsviçre* davasındaki formülasyon burada da tekrar edilmiş, kendi hür iradesiyle karar verebilir durumda olması ve sonucuna katlanmak suretiyle, bir kişinin kendi ölümünün nasıl ve zaman olacağını belirlemesinin, 8. madde kapsamında olduğu tespiti tekrar edilmiştir. Bununla birlikte, “Devletin bu konuda yardım etmek gibi pozitif bir yükümlülüğünün olduğu varsayılsa bile (İsviçre’nin) bu yükümlülüğü ihlal etmediği”⁶⁶⁸ hatırlatılmış ve bir anlamda Devletlerin destekli intihar hususunda pozitif bir yükümlülüğünün olup olmadığı konusu belirsizliğini korumaya devam etmiştir. Mahkeme bunun yerine, usulî bir güvencenin varlığına bakılması gerektiğini ifade etmiştir: “Maddi bir hak henüz kurulmamış olsa bile Sözleşme’nin 8. maddesi yargısal bir inceleme hakkını içerebilecektir”⁶⁶⁹ demek suretiyle, Almanya’da iç hukukun düzenlediği bir destekli intihar hakkının olmamasına rağmen bu hakla ilgili yargısal bir

⁶⁶⁵ Bkz. *Sanles Sanles/İspanya*, a.g.k.

⁶⁶⁶ Bkz. *Koch/Almanya*, a.g.k., para. 79-82.

⁶⁶⁷ A.k., para. 44.

⁶⁶⁸ A.k., para. 52.

⁶⁶⁹ A.k., para. 53.

iç hukuk yolunun açık olması gereğine vurgu yapmıştır. Oysa Hükümetin iddiasına göre, özel hayata saygı hakkı ile ilgili usulî bir güvencenin ihlal edilebilmesi ancak bu hakkın kuşkuya mahal bırakmadan mevcut olması halinde mümkündür.⁶⁷⁰

“8. maddeden çıkarılabilecek usulî güvencelerin geliştirilme amacı, davanın seyrinden, sonuçların önceden belirlenmesi riskinin önlenmesidir. Oysa bu davada belirleyici olan şey, B. Koch’un hayatını sona erdirmeye konusundaki özerk kararıdır. Henüz kurulmuş olan bir hak yoksa, 8. maddeden ek usulî güvencelerin türetilmeye çalışması da anlamsız olacaktır.”

Hükümet bunun yanında, Sözleşme’nin adil yargılanmayı düzenleyen 6(1). ve etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddelerini içermesi nedeniyle, Sözleşme metninde yer almayan 8. madde kapsamındaki bir usulî güvencenin yersiz olduğunu ifade etmiştir.⁶⁷¹ Mahkeme ise bu itirazları kabul etmemiş; başvuru hakkının ve intihar etmiş olan karısının iç hukuk mahkemelerinde yaptıkları başarısız dava başvurularının sonucunu beklemeleri gereğine dair itirazı çözme hususunda yetkilinin kendisi olmadığına dayanarak esasa yönelik bir karar vermekten kaçınmış. Ayrıca Hükümetin, başvuranın dava sürecini hızlandırmak için geçici tedbir alma yoluna gitmediği itirazı da kabul edilmemiştir.⁶⁷² Bunun yanında, 8. madde ile ilgili olarak verilen usulden ihlal kararının yeterli olduğuna kanaat getirip ne 6. madde (adil yargılanma hakkı) ne de 13. maddeyi (iç hukukta etkili bir başvuru hakkı) ayrıca değerlendirme gereği duymuştur.⁶⁷³ Dolayısıyla iç hukukta bir hak niteliği taşımayan ve hatta yardım eden kişi bakımından suç olarak düzenlenmiş destekli intihar ile ilgili ne 6. maddedeki sivil hak ve yükümlülükler ne de 13. maddedeki etkili bir iç hukuk yolu güvenceleri amaca uygun bulunmuştur. Bunun yerine 8. maddenin usulî güvencelerine isnat edilmiştir.

Alman idare mahkemelerinin, başvuru hakkının talebini esastan görüşmeyi reddetmesi -aslında ilk derece mahkemesi konuyu görüşmüş ve 8. maddeye aykırılık tespit etmemiştir- ve bu konuda Sözleşmeciler Devletinin müdahale için meşru bir amaç sunmamış olmasına dayanarak Mahkeme usul yönünden ihlal kararına varmıştır. Esas

⁶⁷⁰ A.k., para. 34.

⁶⁷¹ A.k.

⁶⁷² A.k., para. 48-49.

⁶⁷³ A.k., para. 84.

bakımından ise Mahkeme takdir marjına işaret etmiştir: “Birçok Üye Devletin destekli intihar konusunu yasayla düzenlememiş olması, bu konuda Devletlere geniş bir takdir marjının bırakılması sonucunu doğurmakta ve bu nedenle, Devletlerin mevcut davadaki şikâyetin iç hukuka göre karar verilmesini zorunlu kılmaktadır.”⁶⁷⁴ Dolayısıyla Mahkeme kendini 8. maddenin usulî yönünü incelemekle sınırlı görmüştür.

Koch/Almanya davası iki yönden önemli hususlar içermektedir. Öncelikle, iç hukukta açıkça düzenlenen bir hak bulunmasa ve hatta bu yöndeki bir talep bir suç oluştursa bile, Devletlerin yine de destekli intihar konusunda etkili bir başvuru yolunu düzenlemeleri gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. İkinci olarak, hem ölmeyi talep eden kişiler hem de bu süreçten etkilendiğini ileri süren yakınları mağdur olarak kabul edilmektedir. Böylece Mahkeme, destekli intihar talep eden kişilerin yakınlarının da bu durumdan mustarip olduğunu tespit ederek destekli intihar konusunda Üye Devletlerin daha belirgin bir adım atmasını beklemektedir. Dolayısıyla ölmek isteyen kişinin dava sürecinde intihar etmiş olmasının, davayı tartışmalı kılması ve ölme hakkının, böyle bir hak varsa, ölen kişiye ait olmasından bağımsız olarak; bu kişiye yeterince yakın ve hukuksal ya da kişisel menfaati olduğunu gösterebildiği sürece, ölen kişinin yakınları da destekli intihar ile ilgili dava yoluna gidebilecektir.

4.4.1.3. Destekli İntihara İlişkin Kararların Değerlendirilmesi

Tüm bu davalar bağlamında ortaya çıkan genel çerçeveye bakıldığında, destekli intiharın bir hak olup olmadığı ve özel hayata saygı hakkı kapsamında kabul edilip edilmediği konusundaki Mahkeme kararında beliren ve yıllar içinde geliştirilen bir yaklaşımı görmek mümkündür. Mahkeme ilk kararlarından başlayarak ölüm şeklini belirleme ve zamanını seçmeyi bir hak olarak tanımayı kategorik olarak reddetmemiş ve iç hukukta tanınması halinde, kişiye bağlı bir hak olabileceğini kabul etmiştir.

⁶⁷⁴ *Koch/Almanya, a.g.k.*, para. 70-71.

Pretty/Birleşik Krallık davasında ölümün kişi tarafından belirlenmesini bir hak olarak telaffuz etmekten kaçınmış ancak başka bir formülasyona gitmiştir: Hayatın kalitesinin ya da niteliğinin 8. madde kapsamında yer aldığından bahisle, hayatın son anlarının nasıl geçirileceğinin, bir kişinin kendisinin vereceği ve saygı duyulması gereken bir ‘seçim’ olduğu belirlenmiştir.⁶⁷⁵ *Haas/İsviçre* davasında ise artık bir ‘hak’tan söz edildiğini görmüştük. Burada kişi, hür iradesiyle aldığı ölme kararının sonuçlarını öngörebiliyor ve bu sonuçlara rıza gösteriyorsa ölüm anını ve biçimini seçebilme hakkına sahip sayılmıştır. *Koch/Almanya* kararında ise Mahkeme nezdinde genel hatları itibariyle tesis edilmiş olan bir hakkın açıkça telaffuz edilmesinde son sözün Üye Devletlere havale edildiği söylenebilir. Bunun yanında Mahkeme, Devletlere verilen takdir marjını ileri sürerek kendini yetkisiz saymamış, usul yönünden verdiği ihlal kararıyla iç hukukta kimi düzenlemelerin yapılmasını temin etmeye çalışmıştır. Mahkeme ayrıca ölmeye dair hukuki bir menfaatin başka tarafları da olduğunu ve onların da yakın ilişki dolayısıyla bu süreçten etkilenebileceğini tespit ederek destekli intihar konusunda giderek daha ayrıntılı bir tablo ortaya çıkarmış ve bu menfaatin bir hak olarak tanınması yönünde adımlar atmıştır. Dolayısıyla destekli intiharın bir hak olarak henüz tesis edilmekte olduğu söylenebilir ancak kuşkuya yer bırakmayan husus, ölmenin bir hak niteliği kazanmasından bağımsız olarak, bu konuda bireyin sahip olduğu menfaatin, özel hayata saygı hakkı kapsamına geri dönülmez biçimde dahil edilmiş olmasıdır.

Pozitif yükümlülük konusundaki tutumuna daha yakından bakıldığında, Mahkeme’nin önceleri bu konuda bir açıklama yapmaktan kaçındığını ve en son *Koch/Almanya* kararıyla, meselenin esasıyla birlikte pozitif yükümlülükler konusundaki bir tespitin iç hukuka bırakıldığı görülmektedir. Destekli ölme konusundaki bir talep, niteliği itibariyle Devletten bir edimde bulunmasını istemektedir: ölümcül bir ilacın

⁶⁷⁵ *Pretty/Birleşik Krallık*, a.g.k., para. 64-65.

reçete edilmesi ve bu türden bir ilacın hastaya verilmesi nedeniyle üçüncü kişilerin cezalandırılmaması. Dolayısıyla pozitif yükümlülüklerinin, bu konuda yapılan başvurulara içkin olduğu söylenebilir. Nitekim pozitif yükümlülük iddiaları, erken tarihteki başvurularda bile Mahkeme önüne getirilmiştir. *Pretty/Birleşik Krallık* davasında destekli intihar konusunun yaşam hakkı (2. madde) ve işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele (3. madde) bakımından bir hak olup olmadığı ve pozitif yükümlülükler doğurup doğurmadığı sorularını inceleme fırsatı bulmuştur. Yaşam hakkının Sözleşme'nin en temel düzenlemelerinden biri olduğundan bahisle, Mahkeme bu hakkın olmaması halinde diğer hak ve özgürlüklerin kullanımının imkânsız olacağını belirlemiştir.⁶⁷⁶ Ayrıca Devletlerin yaşam hakkıyla ilgili sadece negatif bir müdahale etmeme yükümlülüğünün olmadığı, aynı zamanda üçüncü kişilerin bu hakka halel getirmemesi için Devletlerin gerekli tedbirleri alması konusunda pozitif yükümlülüklerinin de ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. Mahkemeye göre, 2. maddenin lafzı, yaşam kalitesine veya kişinin yaşamı konusundaki seçimlerine dair bir hüküm içerebilecek bir nitelikte değildir. Böylece ölme hakkının, başka Sözleşme maddelerinde aranması gereğine işaret etmiştir.

3. madde ile ilgili olarak ise genel olarak Devletlere negatif bir yükümlülük getirildiğini; ancak üçüncü kişilerin işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı bir muamelesini engelleme konusunda, Devletlerin pozitif bir yükümlülüğü olduğu da belirlenmiştir. Bununla birlikte, bu madde kapsamındaki fiillerden birinin Devlete atfedilebilmesi için söz konusu 'muamele'nin Devlet tarafından doğrudan ya da örneğin, yeterli sağlık bakımının sağlanmaması, alıkonma veya sınır dışı etme koşullarından kaynaklanması gibi, dolaylı olarak yapılmış olması gerekir.⁶⁷⁷ Dolayısıyla bu bağlamda pozitif yükümlülükler ortaya çıkabilmekte ancak Mahkeme *Pretty/Birleşik Krallık* davası kapsamında bunun gerçekleşmediğine kanaat getirmiştir. 8. maddeye

⁶⁷⁶ A.k., para. 37.

⁶⁷⁷ A.k., para. 52-53.

gelince, Mahkeme meselenin pozitif bir yükümlülük bağlamında değil, Birleşik Krallık'ta destekli intiharı yasaklayan bir yasanın yürürlükte olması nedeniyle, telaffuz etmeden konuyu müdahale olarak incelemiştir.

Haas/İsviçre davasında Mahkeme'nin önüne Devletin ölmek isteyen kişiyle ilgili pozitif bir yükümlülüğünün olup olmadığını sorusu gelmiş; Mahkeme ise bunu ayrıca ele almak yerine, şikâyet edilen Devletteki yasal düzenlemenin gerekliliği ve orantılılığına hükmederek “bu konuda pozitif bir yükümlülük varsa bile ilgili Devletin bunu ihlal etmediği”ne⁶⁷⁸ karar vermekle yetinmiştir.

Ölmek isteyen kişiye ilaç ya da hekim temin edilmesini ‘destekleme’ ya da ‘asiste etme’ konusunda Devletlerin pozitif bir edimde bulunması gerektiği şimdilik içtihatlarla girmemiştir. Şayet bir gün bu gerçekleşirse bu sefer de ölmek isteyen kişiye gerekli işlemin yapılmasını reddeden hekimlerin çıkması muhtemeldir ve bu durumda da hekimlerin kendi bireysel özerkliğini ileri sürüp Sözleşme'nin 9. maddesi altında düzenlenen din ve vicdan hürriyetini gündeme getirmesi söz konusu olabilecektir.⁶⁷⁹ Nitekim *Haas/İsviçre* davasında buna benzer bir durum söz konusu olmuştur. Çözüm olarak destekli intiharda yardım edebilecek ve etmek istemeyen hekimler ayrımı yapıldığı takdirde, intihara yardım edebilecek hekimlerin temin edilmesi, Devletin pozitif bir edimde bulunması gereğini gündeme getirebilecektir. Ancak pozitif yükümlülükler getirilmesi, şimdilik zayıf bir olasılık olarak durmaktadır zira Mahkeme prosedürel bir inceleme yapmayla kendisini sınırlamış bulunmakta ve Üye Devletlerin bu konuda düzenleme yapmasına öncelik vermiş görünmektedir.

Buraya kadar Mahkeme kararları üzerinden destekli intiharın özel hayata saygı hakkı kapsamında olup olmadığı ve bir müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirmesi yapılmıştır. Hakkın kısıtlama hükümlerine, yani yasallık, meşru

⁶⁷⁸ *Haas/İsviçre*, a.g.k., para. 56-58.

⁶⁷⁹ Fakat kürtaj bağlamında bir ebe hemşirenin dini inancı gereği kürtaj operasyonlarına katılmak istememesi ve işten çıkarılmasıyla gündeme gelen böyle bir talep, Mahkeme tarafından kabul edilebilir bulunmamıştır. Bkz. *Grimmark/İsveç*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 43726/17, 11.02.2020.

amaçlar ve demokratik bir toplumda gereklilik koşullarına bakıldığında ise bunlardan ilkinin oluşturan yasallık koşuluna bakımından iki farklı durumun olduğu tespit edilebilir. Buna göre, destekli intihara iç hukukta yasal olarak izin verilip verilmediğine göre iki ayrı durum söz konusudur. *Koch/Almanya* davasının özgünlüğü (başvurucunun, intihar etmek isteyen kişi değil de onun yakını olması durumu) bir tarafa bırakılırsa, *Pretty/Birleşik Krallık* ve *Haas/İsviçre* örnekleri kıyaslanmaya müsaittir. *Pretty/Birleşik Krallık* davasında Birleşik Krallık'ta destekli intihara yardım eden kişiler bakımından cezai yaptırımlar öngören bir yasa yürürlükte ve şikâyetin temel konusunu oluşturmaktadır. *Haas/İsviçre* örneğinde ise İsviçre'de destekli intihara yasal olarak izin verilmesine karşılık ölümcül ilacın temin edilmesini, kötüye kullanımı engellemek için belirli koşullara bağlayan bir yasa mevcuttur. Mahkeme farklı iki durumda da yasallık koşulunun sağlandığına hükmetmiştir. Meşru amaçlar bakımından ise *Pretty/Birleşik Krallık* kararında Mahkeme “yaşam hakkının korunması ve dolayısıyla diğerlerinin haklarının korunmasını”⁶⁸⁰ meşru bir amaç olarak kabul etmiştir. Oysa başvurucunun itiraz ettiği husus, sadece kendisini ilgilendiren bir konuda karar vermesi ve buna uygun olarak hareket etmesi talebinin diğer kimselerin haklarına zarar verecek bir nitelik taşımaması olmuştur. Mahkeme bu itirazı kabul etmemiştir. Üstelik yaşamın korunmasının, diğer kişilerin haklarının korunması ile nasıl ilişkilendirildiği konusu da açıkta kalmıştır. *Haas/İsviçre* davasında ise ölümcül ilaç verilmesi talebinden oluşan başvuru, yasallık-meşru amaç-demokratik toplumda gereklilik biçimindeki inceleme prosedürü bağlamında incelenmemiştir. Bu nedenle meşru amaca uygunluk konusu değerlendirilmemiştir.

Destekli intihar başvurularının Mahkeme önündeki incelemelerinde, son olarak baskın bir toplumsal ihtiyaç ve orantılılık değerlendirmesinin yapıldığı demokratik bir toplumda gereklilik koşulunun nasıl ele alındığı bakmak gerekir. Yine *Haas/İsviçre* ve

⁶⁸⁰ *Pretty/Birleşik Krallık*, a.g.k., para. 69.

Pretty/Birleşik Krallık kararlarının değerlendirilmesi, bu konuda bir fikir vermektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Mahkeme bu iki dava bakımından farklı iki yol izlemiştir. *Pretty/Birleşik Krallık* davasında kişinin özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalenin yasallık ve meşru amaç koşullarını değerlendirildikten sonra, demokratik bir toplumda gerekliliği incelenmiştir. *Haas/İsviçre* davasında ise başvuran kişinin kendi başına intihar edebilecek durumda olmasına karşın, Devlete bu konuda talepte bulunmasından yola çıkarak pozitif bir yükümlülük bağlamında şikâyeti incelenmiştir. Bu durumda farklı çıkarların dengelenmesi söz konusu olacaktır ve Devletler bu konuda, şikâyet konusu olayların yapısı ve ilgili çıkarların önemine göre değişen belirli bir takdir marjına sahiptir. Mahkeme'nin görevi ise bu dengelemenin Sözleşme'nin gereklilikleriyle bağdaşp bağdaşmadığını incelemekle sınırlıdır.⁶⁸¹

Pretty/Birleşik Krallık davasında başvuran kişi, bireysel özerklik ilkesinin tüm Sözleşme'ye hakîm olmakla beraber, en çok 8. maddeyle tanınp korunduğu ve bu hakkın gereği olarak kişinin kendi bedeni üzerinde tasarrufta bulunabilmesinin bir uzantısı olarak ölüm anını ve biçimini seçebilmesi gereğini ifade etmiş; bunun da kişinin en mahrem alanına dahil olduğunu belirtmiştir.⁶⁸² Mahkeme, bu sava itibar etmemiş ve cinsel hayata müdahale durumunda tanıdığı dar takdir marjını burada uygulamamıştır. Oysa Mahkeme daha önce, ahlaken zararlı ya da fiziken tehlikeli olsa bile, kişinin kendi bedeni ve hayatı üzerinde kendi seçtiği biçimde tasarrufta bulunmasını, kişisel özerkliğin bir uzantısı olduğunu kabul etmiştir.⁶⁸³ Öte yandan, Üye Devletler arasında destekli intihar konusunda bir uzlaşının bulunmamasını gerekçe göstererek takdir marjının geniş bir kapsama sahip olduğunu ve bu nedenle bir ihlal olduğu da belirlenmemiştir. Nitekim takdir marjı, hakkın kapsamı haricinde,

⁶⁸¹ *Haas/İsviçre*, a.g.k., para. 53.

⁶⁸² *Pretty Birleşik Krallık*, a.g.k., para. 58-59.

⁶⁸³ A.k., para. 62'den *Laskey, Jaggard, Brown/Birleşik Krallık*, a.g.k.; *Acmanne ve diğ./Belçika*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 10435/83, 10.12.1984.

Mahkeme'nin her inceleme aşamasında başvurabildiği bir araçtır.⁶⁸⁴ Bunun yerine, ölümcül hasta olan kişilerin korunmaya muhtaç bir durumda olduklarını, intihara yardım edenlerin cezalandırılmasını öngören yasaya istisnalar getirilmesinin suistimallere yol açabileceğini ve bu konuda Devletlerin takdir marjı bulunduğu ve nihayet, yasak konusunda bir muafiyet talep edilmesi karşısındaki menfaatin (kişinin yaşamı), yasağı keyfi olmaktan çıkaracak kadar ağır olduğu ifade edilmiştir.⁶⁸⁵

Kişinin kendi ölümünü belirlemesi ile ilgili en güçlü argümanı, ileri sürenlerden biri Ronald Dworkin'dir. Ona göre, bir kişinin nasıl öldüğü, sadece son anlarını nasıl yaşamayı seçtiğiyle ilgili değildir; bütün bir hayatını nasıl yaşadığı ve kim olduğuyla ilgili kendisi hakkındaki kendi fikrini biçimlendirme ve açıklama çabasının son bölümünü oluşturmaktadır. Ona göre kişinin kendi ölümünü belirlemesi, “bir şiirin son kıtası veya tiyatro oyununun son sahnesinin tüm yaratıcı eseri belirlemesi gibi”⁶⁸⁶ düşünülmelidir. Dworkin'in vurgusu hem hayatın sonu dahil, her anını belirleyebilmenin bireysel özerkliğin mantıksal bir sonucu olduğu hem de ölümün tüm bir hayatı belirleme konusundaki etkisinin önemine yapılmaktadır.⁶⁸⁷

Mahkeme'nin böyle bir argümantasyonu kabul etmesi halinde, destekli intiharı sadece özel hayata saygı hakkı kapsamında görmekle kalmaması ve yapılan müdahalelerin bu menfaat karşısında daha güçlü gerekçelere dayanması beklenecektir. Başka alanlarda kullandığı dinamik yorumlama yöntemi göz önüne alındığında, Mahkemenin kendini Üye Devletler arasındaki uzlaşma ile bağlı tutmayıp bütünsel bir biçimde yorum yapmasının mümkündü. Bununla birlikte, hem *Pretty/Birleşik Krallık* davasının destekli intiharın ele alındığı ilk dava olması⁶⁸⁸ hem de Üye Devletlerin baskın çoğunluğunda destekli intiharın yasak olması karşısında Mahkeme, daha en başta

⁶⁸⁴ Çeşitli aşamalarda takdir marjının nasıl yorumlandığıyla ilgili olarak bkz. Ali Rıza Çoban, *a.g.m.*, s. 187-223.

⁶⁸⁵ *Pretty Birleşik Krallık*, *a.g.k.*, para. 74-77.

⁶⁸⁶ Bkz. Ronald Dworkin, *Life's Dominion: an Argument about Abortion and Euthanasia*, Harper Collins, London, 1993.

⁶⁸⁷ *A.k.*

⁶⁸⁸ *Sanles Sanles/İspanya* davası esasa yönelik önemli bir tespitle bulunulmadığı için ihmal edilebilir.

ölümü belirlemenin özel hayatın en mahrem alanlarından biri olarak tanınmasından geri durmuş olabilir.

Böylece Mahkeme, destekli intihar yasağının geniş kapsamlı yapısını orantısız bulmamıştır. Destekli intiharı yasaklayan bu yasanın cezalandırma ve caydırıcılık bakımından adil ve uygun olması yanında, cezai bir takibat başlatmadaki kamu yararına her farklı dava özelinde gerekli özeni gösteren bir karar alma ve icra sistemi sağlaması, Mahkeme tarafından yaşam hakkının öneminin yasaya yansıtılması olarak değerlendirilmiş ve bu nedenle keyfi bulunmamıştır.⁶⁸⁹ *Pretty/Birleşik Krallık* davasında hatırlatılması gereken bir başka nokta, başvurucunun, kocasının kendisine intiharda yardım etmesi durumunda yargılanmamasını talep etmiş olmasıdır. Dolayısıyla iç hukuktaki yasanın kocası bakımından uygulanmaması, hukukun üstünlüğünü zedeleyebilecek bir husus olarak görülmüş ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu konusunda bu da destekleyici bir argüman olarak kullanılmıştı.

Haas/İsviçre davasında şikâyet edilen Devletin başvurucuya ölümcül ilaç temin etmemiş olması, ilgili Devletin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediğinin sorgulanmasını gündeme getirmiş ve Mahkeme bunun için bireyin ve Devletin ileri sürdüğü çıkarlar arasında, bir dengenin varlığını araştırmıştır. Mahkeme 8. maddeye yapılan bir müdahaleyi incelerken tehlikeye attıkları kendi hayatları bile olsa, korunması gereken kişilerle ilgili olarak Devletlerin, yaşam hakkını düzenleyen 2. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerine atıfta bulunmuştur.⁶⁹⁰ Korunması gereken kişiler ise sonuçlarına tam olarak vakıf olmayan ve ölme kararını serbestçe veremeyecek durumdaki kişiler olarak tanımlanmıştır. Böylece İsviçre'nin destekli intihara hekim reçetesiyle izin vermesi, olası kimi suç ya da kötüye kullanımları engellemek için genel sağlık, kamu emniyeti ve suçun önlenmesi amaçlarına uygun bulunmuştur. Öte yandan kişinin reçeteyi yazacak hekim bulma konusunda izlediği yol,

⁶⁸⁹ *Pretty/Birleşik Krallık, a.g.k.*, para. 76-78.

⁶⁹⁰ *Haas/İsviçre, a.g.k.*, para. 54.

alternatifleri devre dışı bırakacak bir biçimde yapıldığı için kuşku uyandırmıştır. Nihayet Mahkeme, destekli intihar konusunda Avrupalı devletler arasında bir uzlaşının yokluğu nedeniyle Devletlere bu konuda bırakılan takdir marjının geniş olduğunu ve bu hakka izin veren bir Devletin pozitif yükümlülüğü varsa bile (açıkça olduğu konusunu tespit etmekten kaçınmıştır) belirli kimi koşullara bağlı olarak düzenlenmesini, orantısız bulmadığını beyan etmiştir.

Görüldüğü üzere, Mahkeme negatif ve pozitif yükümlülükler bakımından, çok farklı inceleme parametreleri belirlememektedir. Nitekim *Pretty/Birleşik Krallık* davasında baskın toplumsal ihtiyacın olup olmadığı konusuna bakmamış ve doğrudan bireyin menfaati ile kamu yararı arasındaki orantılılığı incelemeye geçmiştir. *Haas/İsviçre* kararında da doğrudan bireyin menfaati ve karşısında Devletin ileri sürdüğü kamu yararı arasında bir orantılılığın olup olmadığı incelenmiştir. Bu davanın özgün yanı, başvurucunun psikolojik bir rahatsızlığı nedeniyle intihara meyilli bir kişi olarak mı değerlendirileceği (nitekim Hükümetin sunduğu görüş bu yöndedir), yoksa hür iradesi doğrultusunda kendini öldürmek isteyen ve bu konuda Devletten yardım talep eden bir kişi olarak mı değerlendirileceği konusudur. Mahkeme takdir marjına sığınarak bu meseleyi değerlendirmekten kaçınmıştır. Öte yandan, 2. maddenin pozitif yükümlülükleri ve 8. maddenin dengelenmesi konusunda da derinlemesine bir sorgulamaya girmekten geri durması, kaçırılmış bir fırsat olarak değerlendirilebilir. Mahkeme, kategorik olarak yaşam hakkının üstün ve mutlak olduğunu tespit edebilir ve bir dengeleme durumunda karşısına çıkan her hak ya da çıkar iddiasından daha ağır geleceği için özel hayata bir müdahalenin oluşmadığını, başka argümanlara başvurmadan yapabilirdi. Diğer uçtaki seçenek ise, kişinin ölme kararına dair iradesinin kişinin en mahrem alanına ait ve kişinin özerkliğinin en somut olarak görülebileceği bir karar olmasını ileri sürmek ve dolayısıyla kişinin bu konudaki çıkarının üstün olarak kabul edilmesi olabilirdi. Mahkeme bu iki uç seçeneğin yerine, ikisinin de birer ilke

olarak kabul edildiğini belirtmiştir. Başka bir ifadeyle, her ikisinin de terazinin keferlerine konmaya uygun kategoriler olduğuna karar vermiş ve dengelemenin meşruiyetini sağlamıştır.

4.4.2. Bireysel Özerklik ve Kürtaja Erişim

Gerçekleştirilme biçiminden, süresine, terminolojiden karar vericisine kadar; kürtaj, hemen her boyutuyla din, tıp, etik ve hukuk alanında birçok tartışmaya yol açmaktadır. Bunula birlikte, özellikle son yıllarda gelişen üreme hakları ve sağlık hakları bağlamından, kürtajdan ziyade ‘güvenli ve yasal kürtaja erişim’ bir hak iddiası olarak ifade edilmekte ve ilgili çalışmalara konu olmaktadır.⁶⁹¹

4.4.2.1. Kürtajla İlgili Tanımlamalar ve Düzenlemeler

Türk hukukunda ‘rahim tahliyesi’⁶⁹², tıbben ve Sözleşme organları içtihatlarında ‘kürtaj’ olarak adlandırılan ve gebeliğin sonlandırılmasına dayanan tıbbi müdahale;

⁶⁹¹ Bkz. örn. “Sexual and reproductive health rights: challenges and opportunities during the COVID-19 pandemic,” **Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health**, haz. Tlaleng Mofokeng, U.N. Doc. A/76/172, 16.07.2021 < <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/195/83/PDF/N2119583.pdf?OpenElement> > Erişim Tarihi 12.01.2022, para. 22, s. 40-41; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “General Comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights),” U.N. Doc. E/C.12/GC/22, 02.05.2016 < <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/089/32/PDF/G1608932.pdf?OpenElement> > Erişim Tarihi 12.01.2022, para. 5, 10, 13, 45; Committee on the Elimination of Discrimination against Women (“CEDAW Committee”), “General Recommendation No. 24: Article 12 of the Convention (Women and Health),” U.N. Doc. A/54/38/Rev.1, Chap. I (1999) < https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=11 > Erişim Tarihi 13.01.2022, para. 11, 14; CESCR Committee, “General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12),” U.N. Doc. E/C.12/2000/4, 11.08.2000 < <https://digitallibrary.un.org/record/425041> > Erişim Tarihi 13.01.2022, para. 34-35; Office of the High Commissioner on Human Rights, **Information Series on Sexual and Reproductive Health Rights: Abortion (2020)** < https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/SexualHealth/INFO_Abortion_WEB.pdf > Erişim Tarihi 02.02.2022.

⁶⁹² Bkz. **Nüfus Planlaması Hakkında Kanun**, Sayı 2827, Tarih 24/5/1983, **Resmî Gazete**, Tarih 27.05.1983, Sayı 18059, md.5/1 ve bu kanun uyarınca çıkarılan **Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük**, Bakanlar Kurulu Kararı Tarihi 14.11.1983, No. 83/7395, **Resmî Gazete**, Tarih 18.12.1983, Sayı 18255, md.3-9. Ayrıca **Türk Ceza Kanunu**, md. 99 ve md. 100’de ‘çocuk düşürme’ ve ‘çocuk düşürtme’ suçları düzenlenmiştir. Bkz. **Türk Ceza Kanunu**, Kanun No. 5237, Kabul Tarihi: 26/9/2004, **Resmî Gazete**, Tarih 12/10/2004, Sayı 25611.

çeşitli ilaçlar ya da cerrahi operasyonla gerçekleştirilebilmektedir.⁶⁹³ Genellikle süre ve kürtaj gerekçesi belirleyici olmak üzere, çeşitli kürtaj sınıflandırma biçimleri mevcuttur. Süreli ve süresiz, istemli ve istemsiz, terapötik ve mağduriyet sonucu kürtaj gibi, farklı düzenlemelere konu olan farklı sınıflandırmadan bahsetmek mümkündür. Kadının bedeniyle ilgili bir tasarruf olduğu kadar, kadın bedeninde gelişen fetüsle⁶⁹⁴ de ilgili olduğu için; fetüsün yaşamının hangi evrede başladığının kim tarafından kabul edileceği ve buna bağlı olarak, seçilecek terim de önem kazanmaktadır.⁶⁹⁵ Bu çalışmada, doğumun henüz gerçekleşmediği durumlar açısından ‘fetüs’ ve ‘gebe kadın’ ya da ‘potansiyel anne’ ifadeleri kullanılmaktadır. Bu kullanım aynı zamanda Sözleşme organlarının kararlarındaki ve literatürdeki en sık rastlanan kullanıma da uygundur.

Kürtaj ve üreme sağlığı konusunda birçok uluslararası düzenleme yapılmış ve yapılmaya devam etmektedir. Bunların sadece en önemlilerine baktığımızda, başta Birleşmiş Milletler organlarının yaptığı toplantı ve çalışmalar gelmektedir. 1968’de Tahran’da yapılan “BM Dünya İnsan Hakları Konferansı”nda ilk defa üreme haklarının, insan haklarının bir unsuru olduğunu kabul edilmiştir.⁶⁹⁶ 1979 tarihli “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”nde (CEDAW) de üreme hakları kavramına yer verilmiş ancak ayrıntılı düzenlenmemiştir.⁶⁹⁷ 1985 yılında Nairobi’de yapılan “BM Kadınlar Konferansı”ndaki sonuç bildirgesinde ilk defa kürtajdan bahsedilmiş ve ‘yasal, kaliteli kürtaj hizmetlerinin tüm kadınlar için kolayca erişilebilir

⁶⁹³ Kürtaj yöntemleri ve kadın sağlığına etkileri hakkında bkz. Allan Rosenfield ve Sara Iden, “Kürtaj: Tıbbi Perspektifler,” **Dini Araştırmalar**, Yıl 2011, Cilt 14, Sayı 38, s. 123-134.

⁶⁹⁴ *Zigot*: Erkek ve dişi gametin birleşmesiyle oluşan döllenmiş hücre; *Oğulcuk*, *Embriyo*: Döllenmiş yumurtacığın gelişmeye başladığı andan dölüt (fetüs, cenin) olmasına kadar geçen süredeki adı, rüşeym, embriyo; *Dölüt*, *Fetüs*, *Cenin*: Oğulcuğun gelişimini büyük ölçüde tamamladığı, bütün organ taslaklarının olduğu üçüncü aydan doğuma kadarki durum, cenin, fetüs. Bkz. Türk Dil Kurumu, *Zigot*, *Oğulcuk*, *Embriyo*, *Dölüt*, *Fetüs*, *Cenin*, <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim tarihi 14.07.2020.

⁶⁹⁵ Cenin ve fetüsün sıkça karıştırıldığı, ülkemiz hukukunda bu hususta bir tanım yokluğu ve birkaç ülkedeki yasal mevzuata dair bilgi için bkz. Eda Gülsüm Karasaç, “Cenin Yaşama Hakkı,” **AÜHFD**, Yıl 2022, Cilt 71, Sayı 3, s. 1054-56.

⁶⁹⁶ **Final Act of the International Conference on Human Rights**, Teheran, 22 April to 13 May 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41 at 3 (1968)

<https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf> Erişim tarihi 21.07.2021.

⁶⁹⁷ **Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women**, <<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm#intro>> Erişim Tarihi 15.05.2021.

olması' tavsiye edilmiştir.⁶⁹⁸ 1994 Kahire'deki Birleşmiş Milletler "Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı"nda üreme sağlığı tanımına yer verilmiş ve üremenin bir hak olduğu açıkça ilan edilmiştir.⁶⁹⁹ Hemen arkasından, 1995 Pekin'de "4. Dünya Kadın Konferansı" düzenlenmiş ve sonucunda kabul edilen "Pekin Deklarasyonu" ve "Eylem Platformu Bildirgesi"nde üreme haklarına da yer verilmiştir.⁷⁰⁰

Üreme haklarına ilişkin bu ilk çalışmalar bağlamında temel amaç, ailenin korunması, kürtajların azaltılması ve üreme konusunda kadınla erkeğin birlikte karar vermesinin temin edilmesi iken günümüzde kadınların karar vermesi, yasal ve güvenli kürtaja erişimin bir hak olarak tanınıp korunması başta olmak üzere, çok farklı ve ayrıntılı hususlar düzenlenmektedir. İstanbul Sözleşmesi olarak da bilinen "Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi" bu bakımdan önemlidir.⁷⁰¹ Nitekim bu sözleşmenin 39. maddesine göre, sözleşmenin tarafları zorla kürtaj ve kısırlaştırma için gerekli cezai tedbirleri almak durumundadır. Bir diğer uluslararası düzenleme, Uluslararası Aile Planlaması Federasyonunun 1995 tarihli "Cinsel ve Üreme Hakları Şartı"dır. Burada bireysel özerklik, mahremiyete saygı gibi birçok konu başlığı bulunmaktadır. Kürtajı da düzenleyen ve evlenme, aile kurma ve çocuk sahibi olmayı düzenleyen 9. maddeye göre; "tüm kadınlar, üreme sağlığının korunması, güvenli annelik ve güvenli kürtaj için gerekli bilgi, eğitim ve hizmetlerin herkes açısından erişilebilir, uygun fiyatlı, kabul

⁶⁹⁸ **World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace**, Nairobi, 1985 (DHLAUTH)14689, <<https://digitallibrary.un.org/record/113822#record-files-collapse-header>> Erişim Tarihi 17.05.2021.

⁶⁹⁹ **Programme of Action Adopted at the International Conference on Population and Development**, Kairo, 05-13.09.1994 <https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/PoA_en.pdf> Erişim Tarihi 21.07.2021.

⁷⁰⁰ **Beijing Declaration and Platform for Action**, Resolution1 <<https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>> Erişim Tarihi 21.07.2021.

⁷⁰¹ **Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi**, İstanbul, 11.05.2011 <<https://rm.coe.int/1680462545>> Erişim Tarihi 11.06.2019.

edilebilir, elverişli olması hakkına sahiptir.”⁷⁰² Dünya Sağlık Örgütü’nün de cinsel sağlık ve cinsel haklara ilişkin çalışmaları bulunmaktadır.⁷⁰³ Diğer bir önemli kaynak, 2006 yılında Endonezya’da birçok insan hakları uzmanının Michael O’Flaherty raportörlüğünde bir araya geldiği toplantı sonucunda ortaya çıkan Yogyakarta İlkeleri’dir.⁷⁰⁴ Cinsel eğilim ve cinsel kimlik konularının, insan haklarının bir unsuru olarak teyit edildiği bu ilkeler bağlamında, kürtaj meselesi bir ilke olarak düzenlenmemiş ancak 2017 yılında Genevre’de devam niteliğinde yapılan toplantı sonucunda şekillendirilen “Yogyakarta Ek İlkeleri” çerçevesinde, kürtaj bu sefer ‘cinsel yönelim, cinsel kimlik, cinsiyet ifadesi veya cinsiyet özellikleri’ hakkındaki 33. İlke bağlamında ele alınmıştır. Buna göre, diğer sayılanlar yanında ‘kürtaj da dahil olmak üzere, Devletler; cinsel yönelim, cinsel kimlik, cinsiyet ifadesi veya cinsiyet özelliklerine dayalı olarak hak ve özgürlükleri etkileyen diğer suç sayma ve yaptırım biçimlerini kaldırmalıdır’.⁷⁰⁵ Ayrıca İlkelerin ilk versiyonu da revize edilmiş ve Sağlık Hakkına ilişkin 17. maddeye Devletlere, ‘kürtaj sonrası kaliteli bakıma erişimi sağlamak için gerekli tüm yasal ve diğer önlemleri almaları ve cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, cinsiyet ifadesi veya cinsiyet özelliklerine dayalı ayrımcılık olmaksızın uygun maliyetli ve kaliteli kürtaj hizmetlerine zamanında erişimi engelleyebilecek tüm engelleri kaldırma’ları tavsiye edilmiştir.

Bu düzenlemeler doğrultusunda uluslararası planda ortaya çıkan sonuç, kürtajın her devletin ulusal hukukuna bırakılmış olmasına rağmen hem devletlerin hem de insan

⁷⁰² **Charter on Sexual and Reproductive Rights**, 1995, International Planned Parenthood Foundation <www.ippf.org/en/Resources/Statements/IPPF+Charter+on+Sexual+and+Reproductive+Rights.htm> Erişim Tarihi 14.05.2019.

⁷⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. World Health Organisation, **Sexual and Reproductive Health and Research (SRH)** <www.who.int/reproductive-health/gender/sexualhealth.html#4> Erişim Tarihi 14.05.2019.

⁷⁰⁴ **The Yogyakarta Principles: Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity**, <<http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/official-versions-pdf/>> Erişim Tarihi 15.05.2019.

⁷⁰⁵ **The Yogyakarta Principles plus 10: Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement Yogyakarta Principles** <http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf> Erişim Tarihi 15.05.2019.

hakları uzmanlarıyla örgütlerinin, kürtajın kadın sağlığı ve yaşamına yönelik risklerin farkında oldukları ve yasadışı kürtajın engellenmesi için çalışmalar yürüttükleridir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi organları içtihatlarında ise kadının kürtaj hakkı açıkça tanımlanmış değildir ancak özel hayat kapsamına giren hukuksal bir menfaat olduğu ifade edilmiştir. Halihazırda 47 üyeye sahip AK'nin 40 Üye Devleti, en azından gebe kadının sağlığının korunması amacıyla kürtaja izin vermektedir. Bu da Avrupa coğrafyasında bu yönde bir konsensüsün oluştuğunun bir göstergesidir.⁷⁰⁶ Yine, AK'ye Üye Devletlerin yarısından fazlasında gebe kadının sağlığını tehdit etmese bile istemli kürtajın yasal olması, bu yönde de bir uzlaşının mevcut olduğuna işaret etmektedir. AK düzeyinde kürtaja erişimi düzenleyen en önemli belge 2008 yılında kabul edilen AK Parlamenterler Asamblesinin Güvenli ve Yasal Kürtaja Erişim Kararı'dır.⁷⁰⁷ Bu karara göre, kürtaj bir aile planlama yöntemi olarak görülmemeli ve mümkün olduğunca azaltılmasına çalışılmalıdır. Öte yandan, AK Üyesi Devletin hemen hepsinin mevzuatının gebe kadının yaşamının korunması amacıyla; çoğunda gebe kadının fiziksel ve zihinsel sağlığının korunması yanında, tecavüz ya da ensest durumlarında, fetal bozukluk veya ekonomik ve sosyal gerekçelerle ve kimi ülkelerde de istem üzerine kürtaja izin verildiği belirtilmiştir. Öte yandan, bu düzenlemelere rağmen AKPA çok fazla koşulun getirildiğini ve güvenli, ucuz, uygun ve kabul edilebilir kürtaj hizmetlerine etkili erişimin fiiliyatta kısıtlandığının farkındadır. Bu türden kısıtlamaların ise daha az bilgilendirilmiş ve yeterli maddi kaynağa sahip olmayan kadınlar bakımından eşitsizlik doğurabilecek etkiye sahip olduğu belirtilmiştir.⁷⁰⁸

AKPA tüm insanların, özellikle de kadınların kendi bedenleri üzerinde denetim özgürlüğü ve fiziksel bütünlük hakkına sahip olduğunu belirtip, kürtaja dair nihai kararın kadınlar tarafından verilmesi gerektiğini ve ayrıca bu hakkı etkili bir şekilde

⁷⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. *A, B ve C/İrlanda*, Mahkeme Kararı (BD), Başvuru No. 25579/05, 16.12.2010, para. 112.

⁷⁰⁷ Parliamentary Assembly, "Access to safe and legal abortion in Europe," **Resolution 1607 (2008)**, 16.04.2008 <<https://pace.coe.int/en/files/17638/html>> Erişim Tarihi 14.11.2021.

⁷⁰⁸ *A.k.*

kullanma araçlarına sahip olmaları gerektiğini belirtmiştir.⁷⁰⁹ Bunun yanında AKPA, makul süreler içerisinde kürtaj yasağının olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Kürtaj yasaklarının, kürtajları engellemediği ya da sayılarını düşürmediği gibi, daha travmatik olan yasa dışı kürtajlara ve anne ölümlerinin artışına neden olduğu, daha maliyetli olan ve kürtaj zamanından çalan kürtaj turizmine yol açtığı ve toplumsal eşitsizliklerle sonuçlandığı belirlenmiştir. Dolayısıyla kürtajın yasadışı ilan edilmesinin, kadınların kürtaj ihtiyacını karşılamamakla kalmadığı, sadece güvenli kürtaja erişimi engellediği ortaya konmuştur.⁷¹⁰ Sonucunda ise Üye Devletlere güvenli kürtaja erişim konusunda tavsiyelerde bulunulmuştur.

4.4.2.2. Sözleşme Organlarının Kürtajla İlgili Kararları

Sözleşme organları, kürtajla ilgili birçok karar vermiştir. Komisyonun verdiği ilk kararlarda fetüsün yaşama hakkına sahip olmadığı ve gebe kadınla ilişkili olarak haklarının değerlendirilmesi gereğinden söz edilmiş ancak daha ayrıntılı bir değerlendirmeye girmekten kaçınılmış ve bu konuda belirleyici aktörün Devletler olduğu belirtilerek geniş bir takdir marjı bırakılmıştır. Mahkeme ise Komisyonun bulgularından ayrılmamış ancak giderek meseleyi kadının bireysel özerkliği ve özellikle fiziksel ve psikolojik bütünlüğü kavramlarıyla bağlantılı olacak şekilde özel yaşama saygı hakkının pozitif yükümlülüklerinden türetilen usuli güvenceler çerçevesinde incelemeye başlamıştır.

4.4.2.2.1. Brüggemann ve Scheuten/Almanya Kararı

Kürtaja ilişkin öncü kararlarından biri, *Brüggemann ve Scheuten/Almanya* başvurusudur.⁷¹¹ Almanya'da yürürlüğe yeni giren bir yasa uyarınca, gebeliğin ilk üç

⁷⁰⁹ A.k.

⁷¹⁰ A.k.

⁷¹¹ *Rosemarie Brüggemann ve Adelheid Scheuten/Federal Almanya*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 6959/75, 19.05.1976.

aylık dönemi için ancak bir hekimden olur alınması koşuluyla kürtaja izin verilmesine dair bir düzenleme getirilmiştir. Başvuruyu dört kişi yapmış ancak biri tüzel kişi, diğeri erkek olduğu gerekçesiyle bu kişilerin yaptığı başvuru, kişi yönünden uygun bulunmamış; iki kadının başvurusu kabul edilmiştir. Başvurucular, kürtajı yasaklayan ancak istisnai durumlarda, süreli ve izne bağlı olarak kürtaja izin veren ve Federal Anayasal Mahkemesi'nin kararı sonucu yürürlüğe giren yeni ceza yasasının, özel yaşama ve aile yaşamına saygı haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Ayrıca istemedikleri bir gebeliği sürdürmek veya tasvip etmedikleri gebelik önleyici tedbirlere başvurmak zorunda bırakıldıklarını ve Sözleşme'nin başta 8. madde olmak üzere, birçok maddesindeki haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek Komisyon'a başvuruda bulunmuşlardır. Komisyon bunların içinden sadece 8. maddeye yönelik iddiaları incelemiş, diğer maddeler yönünden ihlal oluşmadığına hükmetmiştir.

Komisyon, gebe bir kadının özel hayatının, fetüsle yakından bağlantılı olduğunu belirterek gebelik ve kürtajın, kural olarak sadece kadının özel hayatına giren bir mesele olarak anlaşılamayacağına karar vermiştir.⁷¹² Ayrıca istenmeyen gebeliklerin sonlandırılmasını düzenleyen her yasal düzenlemenin, özel hayata zorunlu olarak bir müdahale oluşturmadığına hükmetmiştir.⁷¹³ Böylece özel hayata saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Fetüsün, 2. maddedeki yaşam hakkının hak öznesi olup olmadığı ya da bununla bağlantılı olarak, 8. maddenin kısıtlama koşullarından olan 'başkalarının hak ve özgürlükleri' bağlamındaki kategoriye dahil olup olmadığı sorusunu ise cevaplamamıştır.⁷¹⁴ Ayrıca 'Sözleşmeciler Devletlerin, Sözleşme'ye üye olurken kendilerini belli türden bir çözüm konusunda bağladıklarına dair bir delil olmadığı'⁷¹⁵ tespiti yapılarak kürtaj konusunda kurucuların niyetinden ayrılmak

⁷¹² A.k., para. 59.

⁷¹³ A.k., para. 61.

⁷¹⁴ A.k., para. 60.

⁷¹⁵ A.k., para. 64.

istemediğini; dinamik yorumlamaya başvurmak yerine, orijinalist bir tutum sergilediğini de belirtmek gerekir.

Kürtajın özel yaşama saygı hakkı kapsamına girdiği kabul edilmiş ancak açıkça bu şekilde ifade edilmemiştir. Bununla bağlantılı olarak 8. maddenin kısıtlama koşullarının (hukukilik, meşru amaç, demokratik bir toplumda gereklilik ve orantılılık) incelenmesi yoluna gidilmediğini görmek mümkündür. Bunun yerine, Komisyon ‘gebeliğe ilişkin bazı menfaatlerin korunduğuna hiç kuşku’ olmadığını, ‘anne karnında olan ancak doğmamış çocuğa, belirli hakların, özellikle miras hakkının, atfedildiğini’, ‘8. madde, ilke olarak, gebeliğin ve bunun sonlandırılmasının sadece annenin özel yaşamına ait bir husus olarak anlaşılacak biçimde yorumlanamaz’ ve ‘istenmeyen gebeliklerin sonlandırılmasına yönelik her düzenlemenin, annenin özel yaşamına saygı hakkına bir müdahale olmadığını’ ifade etmekle yetinmiştir.⁷¹⁶ Böyle bir yol izlenmesi, Komisyonun kendi içindeki yargıçların da itirazına neden olmuştur. Nitekim Yargıç J. E. S. Fawcett, iddiaların hak kapsamında kabul edilip olağan incelemeye gidilmemesini; gebe kadının haklarının zımni bir sınırlamaya tabiymiş gibi anlaşılması ve fakat bunların belirlenmemesi ve ‘düzenleme’ ile ‘müdahale’ kavramlarına farklı anlamlar yüklenmesi sonucuna yol açtığı için çoğunluk görüşünü eleştirmiştir.⁷¹⁷

4.4.2.2.2. W.P./Birleşik Krallık Kararı

W.P./Birleşik Krallık başvurusunda⁷¹⁸ erkek olan başvuru, gebe eşinin kürtaj yaptırmak istediğini öğrenmiş ve bunun önüne geçmek için yerel mahkemeye başvurmuştur. Kadın ise evliliklerinin kötüye gittiğini ve çocuk sahibi olmak istemediğini beyan edip İngiltere’deki mevzuata uygun olarak gebeliğin devam

⁷¹⁶ A.k., para. 60-61.

⁷¹⁷ Bkz. a.k., Yargıç J. E. S. Fawcett’in karşı oy görüşü, para. 1.

⁷¹⁸ *W.P./Birleşik Krallık*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 8416/78, 13.05.1980.

etmesinin kadının bedensel ve zihinsel sağığına zarar vereceğı gerekçesine dayanarak mahkemeden çıkarttığı bir izin belgesiyle gebeliğini sonlandırmıştır.

Komisyon, kürtaj kararından yakinen etkileneceğı için başvurucunun mağdur statüsünde olduğuna karar verip başvuruyu kabul etmiştir. Daha önce *Brüggemann ve Scheuten/Almanya* başvurusunda açıkta bırakılan, fetüsün yaşam hakkına sahip olup olmadığı sorusunu bu başvuru kapsamında biraz daha yakından incelemiştir. Yaşam hakkı dahil olmak üzere, birçok Sözleşme hakkında yer alan ‘herkes’ ifadesinin ancak doğmuş olan kişiler bakımından geçerli olduğunu; 6/1. maddede (adil yargılanma hakkı) gibi kimi nadir istisnalar hariç, hakların doğum öncesine uygulanabileceğine dair bir emare bulunmadığını ifade etmiştir.⁷¹⁹ Buna göre, fetüsün mutlak bir yaşam hakkına sahip olmadığını çünkü gebe kadının yaşamıyla çok yakın bir şekilde bağı olup onun yaşamından bağımsız olarak değerlendirilemeyeceğini; aksi halde halihazırda hayatta olan bir kişi olarak kadının yaşam hakkına hem açık hem de zımni sınırlamaların getirilmiş olacağını belirtmiştir. Ayrıca gebe kadının yaşamının korunması amacıyla yapılacak kürtaja biri hariç, tüm Üye Devletlerin Sözleşme’nin imza tarihinde bile izin verdiğini de eklemiştir.

Bu konuda bir adım atılmış olmakla beraber, daha açık bir ifadeyle, fetüsün mutlak biçimde yaşam hakkına sahip olduğu kabulünün dışlanmasına rağmen fetüsün hiçbir şekilde mi yaşam hakkına sahip olmadığı ya da bu hakka zımni birtakım sınırlamalarla mı sahip olduğu, sorularına cevap vermekten kaçınılmıştır. Bunun yerine Komisyon, gebeliğin erken bir evresinde ve gebe kadının sağığı ile yaşamının korunması gibi sınırlı bir nedenle yapıldığı için, ulusal mahkemenin yetkilendirmesinin 2. maddeye uygun olduğuna ve başvurunun temelden yoksun olduğu gerekçesiyle reddine karar vermiştir.

⁷¹⁹ A.k., para. 7.

Komisyon, 8. madde kapsamındaki şikayetleri ise iki başlıkta incelemiştir. İlkinde, kürtajın engellenmesinin potansiyel babanın özel yaşamı ve aile hayatına saygı hakkı kapsamına bir müdahale oluşturduğu kabul edilse bile, başka bir kişinin (gebe kadının) haklarının korunması amacıyla yapıldığı için meşru olduğu kabul edilmiştir. İkinci başlıkta değerlendirilen, kürtaj konusunda potansiyel babaya danışılmaması nedeniyle oluşan müdahalenin ise gebelikten, bu sürecin devam etmesi ya da sonlandırılmasından öncelikle etkilenen kişinin kadın olması nedeniyle, babanın haklarının danışma ya da kürtajın engellenmesi gibi usulî güvenceleri kapsayacak kadar geniş yorumlanamayacağı ifade edilmiş ve 8. madde kapsamındaki şikayetler de kabul edilemez bulunmuştur.

4.4.2.2.3. X/Birleşik Krallık Kararı

Yukarıda incelenen *W.P./Birleşik Krallık* başvurusuyla aynı gün incelenen bu kararda benzer olaylar şikâyet edilmiş, Komisyon da benzer hususların üzerinde durarak sonuca varmıştır. Bu başvuruda Komisyon, yaşam hakkının öznesi olarak ifade edilen ‘herkes’ teriminin, doğmamış çocuğu, yani fetüsü kapsamadığına hükmetmiştir.⁷²⁰ Gebeliğin başlangıç aşamasına yaşam atfedilmesi halinde, kürtajın zımni bir sınırlama getireceğini ve bunun da kadının yaşam ve sağlığına aykırı kabul edilmesi gerektiğini de belirtmiştir. Dolayısıyla fetüse yaşam atfedilmesinin, kadın sağlığı ve yaşamına aykırılık teşkil edebileceğini ifade ederek terapötik (tedavi amaçlı, başka bir ifadeyle gebe kadının yaşamını kurtarmak ve korumak amacıyla yapılan) bir kürtaj söz konusu olduğunda, kadının yaşamının üstün kabul edileceğine karar verilmiştir.

⁷²⁰ *X/Birleşik Krallık*, Komisyon’un Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 8416/79, 13.05.1980.

X/Birleşik Krallık başvurusunda ayrıca kadın ve potansiyel babanın menfaatlerinin çatıştığı bir durumda nasıl karar verileceğine dair sonraki kararlarda da görülecek olan eğilim ortaya çıkmıştır. Buradaki başvuru, eşinin kürtaj yaptırma kararında kendisine danışılmadığını ve bunun özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının bir ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Buna karşılık Komisyon, gebeliğin devam ettirilmesinin veya sonlandırılmasının öncelikli olarak gebe kadını ilgilendiren bir karar olduğunu belirtmiştir. Buradan hareketle, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının, eşin kürtaj kararına rıza göstermesi ya da eşe danışılması biçiminde usulî bir güvenceyi de içerecek şekilde geniş yorumlanamayacağına karar verilmiştir. Dolayısıyla kadının gebeliğini sonlandırma kararı çerçevesindeki özel hayata saygı hakkına, potansiyel babanın hukuksal menfaati bağlamındaki özel hayatı ve aile hayatına saygı hakkı karşısında üstünlük tanınmıştır.

4.4.2.2.4. H./Norveç Kararı

Potansiyel bir babanın kendisine danışılmadan kürtaj yapılmasına yönelik şikâyetlerin değerlendirildiği başka bir başvuru olan *H./Norveç*⁷²¹ kararında, Sözleşme'nin birçok maddesinin ihlal edildiği iddia edilmiştir ancak konumuz açısından yaşam hakkı ve özel yaşama saygı hakkı üzerinde durmak yeterlidir. Başvurucu kendi görüşü alınmadan kız arkadaşının kürtaj yaptırmasına izin verilmesini ve bu konudaki yasal süreleri şikâyet etmiştir. Komisyon daha önceki kararlarında olduğu gibi, 2. maddedeki 'herkes' ifadesinin fetüsü kapsayıp kapsamadığına karar vermek durumunda olmadığını yinelemiş ve bu konuda Üye Devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. Norveç yasalarına uygun olarak gerçekleşen kürtajla ilgili olarak, şikâyet edilen Devletin de takdir

⁷²¹ *H./Norveç*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 17004/90, 19.05.1992.

marjını aşmadığı ve dolayısıyla yaşam hakkı bakımından şikâyetin temelden yoksun olduğu sonucuna varmıştır.

Başvurucunun özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki şikâyetine ise Komisyon *X/Birleşik Krallık* kararındakine benzer bir hüküm vermiş; kürtajın öncelikli olarak gebe kadının haklarıyla ilgili olduğunu, potansiyel babanın haklarına olası bir müdahale mevcutsa bile, başkalarının hakları karşısında meşru olarak sınırlanabileceğine hükmetmiş ve başvuruyu kabul edilebilir bulmamıştır.

4.4.2.2.5. Bosso/İtalya Kararı

Potansiyel anne ve babanın hukuki menfaatleri çatıştığında annenin haklarına üstünlük tanınması bulgusu *Bosso/İtalya* davasında⁷²² da teyit edilmiştir. Başvurucu, eşinin kendisine danışmadan gebeliğini sonlandırdığından şikâyetçi olmuştur. Başvuran, 2. ve 8. maddeler kapsamında, İtalya'nın ilgili yasalarında kadınların kürtaj konusunda kendi başlarına karar almalarına izin verildiğinden ve potansiyel babanın görüşünün dikkate alınmadığından şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, eşinin gebeliğinin sona erdirilmesinden etkilenme derecesini göz önüne alarak başvurucunun mağdur statüsünü kabul etmiştir. Mahkeme, 2. madde bağlamında, İtalyan hukukunun, fetüsün ve kadının korunmasına ilişkin olarak çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurup kurmadığını incelemiştir. İlgili ulusal yasa, kadının fiziksel ve ruhsal sağlığı için bir risk söz konusu olduğunda, ilk 12 hafta içinde ve daha sonra yalnızca kadının yaşamı veya fetüsün durumu için risk olması durumunda gebeliğin sonlandırılmasına izin vermektedir. Mahkeme ilgili Devletin, böylesine hassas bir alanda takdir yetkisini aşmadığına hükmetmiştir. Buradan hareketle Mahkeme, kürtajın yasaya uygun olarak gerçekleştirildiğini ve bu nedenle, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu

⁷²² *Bosso/İtalya*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 50490/99, 05.09.2002.

ifade edip başvuruyu kabul edilmez bulmuştur. Başvuru ayrıca 8. madde bakımından da kabul görmemiş, daha önce *X/Birleşik Krallık, W.P./Birleşik Krallık* ve *H./Norveç* başvurularında ortaya konan ‘gebelikten öncelikli olarak etkilenen kişinin gebe kadın olması nedeniyle, haklarının potansiyel baba karşısında üstün kabul edilmesi’ kuralı burada da işletilmiş ve başvuru reddedilmiştir.

4.4.2.2.6. Vo/Fransa Kararı

Bu dava diğer kürtajlardan farklı olarak kürtaja erişilememesini değil; altı aylık gebe bir kadına isim karışıklığı nedeniyle tedavi amaçlı kürtaj yapılmasını konu etmiştir.⁷²³ Vo, hekimin ihmali olduğunu ileri sürerek kasıtsız adam öldürme suçundan ceza davası açmış ancak Fransız yasalarına göre, fetüsün bir kişi olarak tanınmaması nedeniyle yargı kararları aleyhine çıkmıştır.

Mahkeme, başvurunun incelenmesinde iki meselenin olduğunu ortaya koymuştur. Öncelikle, Sözleşme'nin 2. maddesinin gebeliğin istem dışı sonlandırılmasına uygulanıp uygulanamayacağı ve uygulanabileceğinin kabul edilmesi halinde, 2. maddenin cezai bir giderimi mi gerektirdiği, yoksa idari mahkemelerde tazminat davası açılabilmesinin yeterli mi olduğuna karar vermek gerektiğini tespit etmiştir.⁷²⁴ Bugüne kadarki Komisyon ve Mahkeme kararlarını özetleyerek nihayetinde, “doğmamış çocuğun, Sözleşme'nin 2. maddesi tarafından doğrudan korunan bir ‘kişi’ olarak görülmediğini ve eğer yaşama hakkına sahipse, bu hak annenin hakları ve hukuki menfaatleriyle örtük olarak sınırlı olduğunu” ifade etmiştir.⁷²⁵ Bununla birlikte, Sözleşme organlarının belirli durumlarda, güvencelerin doğmamış çocuğu da kapsayacak şekilde genişletilebilme olasılığını reddetmemiştir.

⁷²³ *Vo/Fransa, a.g.k.*

⁷²⁴ *A.k.*, para. 44.

⁷²⁵ *A.k.*, para. 80.

Ayrıca “içtihatların değerlendirmesinden ortaya çıkan sonuca göre, bu meselenin daima birçok farklı ve bazen de çatışan, anne ya da babanın birbirine karşı ya da doğmamış çocuğa karşı hak ve özgürlük iddialarının tartımı sonucunda belirlendiğini” de ifade etmiştir.⁷²⁶

Bu bulgu, o zamanki içtihatlar içinde Mahkemenin fetüsün yaşam hakkına sahip olup olmadığı konusunu aydınlatmaya en yakın an olarak kabul edilebilir. Böylece fetüsün mutlak anlamda ya da doğmuş bir kişi anlamında yaşamının korunması hakkına sahip olduğu kabul edilmese de kimi durumlarda hukuki birtakım menfaatlerinin dikkate alınmak durumunda olduğu belirtilmiştir. Devamında, “yaşamın başlama anı konusunda bir görüş belirtmenin doğru olmayacağını; günümüz koşullarına uygun olarak yorumlanması gereken canlı bir enstrüman olan Sözleşme'nin evrimsel bir yorumuna rağmen yaşamın başlama anını Devletlerin takdir marjına bırakılmasına” karar vermiştir.⁷²⁷ Bunun gerekçesi olarak Avrupalı devletlerin çoğunluğu arasında ve şikâyet edilen Devlet olan Fransa’da bu konuda bir uzlaşının bulunmaması ve ayrıca yeni bir unsur olarak, yaşamın başlangıcına dair yasal ve bilimsel bir tanımın bulunmaması gösterilmiştir. Bu bulgunun sonucunda da Fransa’daki idari başvuru yollarının yeterli olduğu yönündeki ulusal mahkeme kararının, 2. maddenin güvencelerini temin etmek açısından yeterli olduğu teyit edilmiş ve ihlal kararı çıkmamıştır. Mahkeme böylece aslında gebe kadından bağımsız yaşayabilme ihtimali olabilecek kadar gelişkin bir fetüsün yaşam hakkına sahip olduğu kabul edilmeyerek Fransa’daki kürtaj tartışmalarında taraf tutmak ve bir yargı organı olarak toplumdaki dengeyi bozmak istememiş olabilir.

⁷²⁶ A.k.

⁷²⁷ A.k., para. 82.

4.4.2.2.7. D./İrlanda⁷²⁸ Kararı

Halihazırda iki çocuk sahibi olan başvuru, üçüncü hamileliğinde ikiz sahibi olacağını öğrenmiş; yapılan amniyosentez sonucunda bir fetüsün rahimde öldüğünü ve ikinci fetüsün Edward Sendromu da denilen kromozomal bir anormalliğe sahip olduğu ortaya çıkmıştır. Bu sendromun ölümcül olduğu ve sendromlu çocukların doğumdan sonra ancak birkaç gün yaşayabileceğini öğrendiğinde, D. gebeliği sonlandırmaya karar vermiştir. O tarihteki İrlanda yasalarına göre kürtaj yaptırmak yasaklanmıştır. Bununla birlikte, intihar riski de dahil olmak üzere, gebe kadının yaşamına yönelik gerçek ve önemli bir riskin mevcut olduğu durumlarda kürtaja izin verilebileceğine ilişkin ve İrlanda Anayasası'nın 40.3.3. maddesine dayandırılan birkaç mahkeme kararı bulunmaktadır. Başvuru da kürtaj yaptırmak için yerel mahkemeye başvurup izin almak yerine İngiltere'ye gitmiş ve işlem orada gerçekleştirilmiştir.

Mahkeme önünde bu kişi, ülkesinde ölümcül fetal anormallik vakalarında kürtaj hizmetlerinin bulunmamasından ve bu durumdaki kadınlara hekimler tarafından yeterli bilgi verilmemesinden, kendisi gibi olan kadınların yurtdışına sevk edilmemesinden ve ayrımcılığa uğradığından şikayetçi olmuştur. Buna karşın şikâyet edilen Devlet, başvuru sonrası yargısal yollara başvurma imkânı varken bunu yapmadığını, dolayısıyla iç hukuk yollarını tüketmediğini ifade etmiştir.

Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını incelerken; başvuru bu yolda yerel mahkeme önündeki başarı ihtimalinin ve kısıtlı sürede yargılamayı sonuçlandırma ihtimalinin olmamasını ve gizliliğinin sağlanamayacağını ileri sürerek başvurmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, nispeten yeni sayılabilecek olan bu iç hukuk yoluna gitme konusunda, başvuru bazı ön adımlar atmasının beklenmesinin makul olduğunu; acil ve gizli duruşma talep edebileceğini ifade etmiş ve başvuru

⁷²⁸ D./İrlanda, Mahkeme Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 26499/02, 27.06.2006.

hiçbir adım atmamış olması nedeniyle, iç hukuk yolunun etkisiz olduğuna hükmedememiştir. Böylece kürtajın tamamen yasak olduğu ve az sayıdaki mahkeme kararlarıyla istisnai bir yolun açıldığı bir Devlette, iç hukuk yolunun etkili sayılıp sayılamayacağına ilişkin çok önemli olabilecek bir karar; başvuru yönünden hiçbir çabanın gösterilmemesi nedeniyle, incelenme fırsatını bulamamıştır. 13. ve 14. maddeyle ilgili şikayetler de aynı gerekçeyle reddedilmiştir. Mahkeme ayrıca başvuruçunun 3., 8. ve 10. maddeler kapsamında da şikâyetçi olduğu 1995 tarihli kanunun getirdiği sınırlamaların, yurtdışındaki kürtaj hizmetleriyle ilgili olduğunu ve İrlanda'da yasal kürtaj için hiçbir geçerliliği olmadığını kaydederek reddetmiştir.

4.4.2.2.8. Tysiäc/Polonya Kararı

Bu davadaki⁷²⁹ başvuruçusu, ciddi bir görme bozukluğuna sahip ve daha önceki iki doğumunu sezaryen yöntemiyle yaptırdığı için tehlikeli bir gebelik riski taşımaktadır. Üçünü kez gebe olduğunu öğrendiğinde üç göz hekimine muayene olmuştur. Hekimlerin hepsi de gözleri açısından bir risk taşıdığını ancak bunun kesin olarak belirlenemeyeceğini ve gebeliğiyle ilişkili bir yönü olmadığı gerekçesiyle kürtaj yaptırmamasının gerekli olmadığı sonucuna varmıştır. Başvuruçusu, daha sonra pratisyen bir hekimle görüşmüş ve bu hekim hem göz sağlığı açısından hem de jinekolojik olarak ciddi risklerle karşı karşıya olduğunu tespit etmiş ve kürtaj olmasını tavsiye etmiştir. Ancak Polonya yasalarına göre, kadının yaşamı veya sağlığına yönelik bir tehdit gerekçesiyle kürtaj yaptırabilmek için hastalığıyla ilgili alandaki iki uzman hekimin buna karar vermesi gerekmektedir. Başvuruçusu, pratisyen hekimin tavsiyesi doğrultusunda ve gebeliğinin ikinci ayında, görüş mesafesinin daha da kötüleşmesi üzerinde, kürtaj yaptırmak üzere bir hastaneye gitmiş ancak buradaki kadın doğum

⁷²⁹ *Tysiäc/Polonya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 5410/03, 20.03.2007.

uzmanı, bir göz hekiminin kürtaj kararı vermesi gerektiğini, bunun olmaması durumunda kürtajı gerçekleştiremeyeceğini ifade etmiş ve kendi uzmanlık alanıyla ilgili olarak da doğumda sorun yaşamayacağı konusunda kadını temin etmiştir. Tysiaç, gebeliğini sürdürmüş ve çocuğunu doğurmuş ancak ileri derecede engelli sayılacak kadar görüşü kötüleşmiştir. Kürtaja izin vermedikleri gerekçesiyle göz doktorları ve kürtajını gerçekleştirmeyen iki hekim (kadın doğumcu ve endokrinolog) hakkında yerel mahkemede dava açmış ancak üç hekimden oluşan bir bilir kişi heyeti, göz hastalığının ilerlemesi ile gebeliği ve doğumu arasında bir illiyet bağı bulmadıklarına dair görüş bildirdiği ve başvuranın iddiasına göre, savcı üstünlük bir soruşturma yürüttüğü için dava, kendisi aleyhinde sonuçlanmıştır. Başvurucu bu sonuca itiraz edip davayı üst mahkemeye taşımış ancak oradan da olumlu sonuç alamamıştır.

Tysiaç, Mahkemeye yaptığı başvurusunda, kürtaja erişiminin reddedilmesinin, Sözleşme'nin 3. madde bakımından ihlal oluşturduğundan şikâyet etmiştir. Ayrıca hem kendisine tedavi amaçlı yasal bir kürtaj temin edilmediği gerekçesiyle özel hayata saygı hakkı ile fiziksel ve manevi bütünlüğünün esastan ihlal edildiğini hem de kendisinin haklarını güvence altına alacak kapsamlı bir yasal çerçevenin bulunmaması nedeniyle, Devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin olarak 8. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir.⁷³⁰

Mahkeme açıklamada bulunmadan, 3. madde yönünden ihlal oluşmadığına, şikayetleri 8. madde bakımından incelemenin daha uygun olduğuna karar vermiştir.⁷³¹ 8. madde bakımından yapılan şikayetleri ise, başvurucunun ibrazına da uygun olarak, ikiye ayırmıştır. Ancak özel hayata saygı gösterilmesi hakkına yönelik ihlal iddialarını esastan görüşmemiş; Devletin bu konudaki pozitif yükümlülükleri bağlamında incelemenin daha uygun olacağını ifade etmiştir.⁷³² Yine de bundan önceki Komisyon

⁷³⁰ A.k., para 67

⁷³¹ A.k., para. 66.

⁷³² A.k., para. 108.

ve kendi içtihadıyla kıyaslandığında, kürtaj ve 8. madde arasında nasıl bir ilişki kurulduğuna dair daha somut sayılacak bir açıklamada bulunmuştur.⁷³³

“Mahkeme ‘özel hayat’ın; kişisel özerklik, kişisel gelişim ve diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişkiler kurma ve geliştirme hakkı da dahil olmak üzere; diğer unsurların yanı sıra, bireyin fiziksel ve sosyal kimliğinin yönlerini kapsayan geniş bir terim olduğunu yinelemektedir... Ayrıca Sözleşme, belirli herhangi bir düzeyde tıbbi bakım hakkını teminat altına almamakla birlikte, Mahkeme daha önce, özel hayatın bir kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsadığına ve Devletlerin vatandaşlarına, bu bütünlüğe etkin biçimde saygı gösterilmesi hakkının güvenceye alınması konusunda pozitif bir yükümlülük altında olduğuna karar vermiştir... Önündeki davada Mahkeme, özel hayatın farklı yönlerinin belirli bir kombinasyonunun söz konusu olduğunu kaydeder. Devletlerin kürtaja ilişkin düzenlemeleri, özel yaşam ve kamu yararının geleneksel dengesiyle ilgili olmakla birlikte, terapötik kürtaj söz konusu olduğunda, bunlar aynı zamanda Devletin müstakbel annelerin fiziksel bütünlüğünü güvence altına alma konusundaki pozitif yükümlülüklerine karşı da değerlendirilmelidir.”

Böylece özel yaşama saygı hakkının kürtaji kapsadığı tespitinden yine kaçınılmış olmakla birlikte, bu maddenin ‘geniş’ hak kapsamıyla ilintili olduğu ifade edilmiş ve bireysel özerklikten bahsedilmiştir ancak genelde tıbbi müdahale kapsamında başvuru ve devletlerin pozitif yükümlülüklerini gerektiren ‘kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü’ kavramı altında inceleme yapılması tercih edilmiştir. Sonucunda da şikayet usulî güvenceler bakımından incelenmiştir.

Usulî güvenceler bakımından yapılan bir değerlendirme, kanımızca fetüsün yaşam hakkına sahip olup olmadığı veya kürtajın, kadının özel yaşamı ve bedeni üzerinde sadece kendisinin karar vereceği bir hukuki menfaat içerip içermediğine ilişkin birbirinin içine geçmiş ve içinden çıkılmaz iki soruya cevap vermemek için bulunan bir çözüm yoludur. Bu yol, aynı zamanda Mahkemeye, Üye Devletlerin kürtaj konusundaki düzenlemelerinin içeriğinden bağımsız olarak, terapötik kürtaj için yasal koşulların karşılanıp karşılanmadığını belirleyen şeffaf ve açıkça tanımlanmış ‘etkili bir mekanizma’ üzerine odaklanmasını sağladığı için de tercih edilmiştir. Nitekim ilgili mevzuata göre, Polonya’da kürtaj yaptırmak, sınırlı sayıdaki istisnalar haricinde yasaklanmış ve suç kapsamına alınmıştır. Bu davaya müdahil taraflardan birinin de

⁷³³ A.k., para. 107.

görüşünü dikkate alarak Mahkeme, kürtaj yasağının istisnalardan biri olan tedavi amaçlı kürtaj için yasal koşulların karşılanıp karşılanmadığını belirleyen şeffaf ve açıkça tanımlanmış prosedürlerin yokluğu sonucunda, hekimlerin cezai yaptırım tehdidi nedeniyle kürtaja izin vermekten kaçındığını belirtmiştir.⁷³⁴ Buna ek olarak, BM Medeni ve Siyasi Haklar Komitesinin Polonya'daki kürtaj uygulamalarına dair hazırladığı bir rapora dayanarak uygulamanın yasal mevzuat ile örtüşmediği de belirlenmiştir.⁷³⁵ Bu nedenle, hekimlerin üzerindeki caydırıcı etkiyi kaldıracak, uygulamayı mevzuata uygun hale getirebilecek, gebe kadın ve hekimler ya da hekimlerin kendi arasındaki bir uyuşmazlık durumunda kürtaj koşullarının sağlanıp sağlanmadığını belirleyebilecek, en azından gebe kadının şahsen dinlenmesi ve görüşlerinin dikkate alınmasını temin edip kararının/görüşünün yazılı gerekçesini sunacak yetkili ve bağımsız bir organın bulunması gerektiğine hükmedilmiştir.⁷³⁶

Mahkeme, pozitif yükümlülükler bağlamında mevcut olması gerektiğine hükmettiği bağımsız bir inceleme organı yanında başka usulî güvencelerin olmasını da aradığını ifade etmiştir. Bunlardan bazıları hızlı karar verilmesini sağlayacak önleyici bir prosedür, ihtilaf durumunda hekimlerden ayrı olarak gebe kadının başvuracağı bir merci olarak sayılmıştır.⁷³⁷

Dava olaylarının incelenmesi sonucunda Mahkeme bu usulî güvencelerden hiçbirinin temin edilmediğini, Devletin ileri sürdüğü medeni hukuk ve ceza hukuku bağlamındaki başvuru yollarının önleyici nitelikte olmadığını ve kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün korunması açısından sonuç getirici nitelikte olmadığını ve nihayet, hekimlere sorumluluk yükleyerek Devletin pozitif yükümlülüklerini yerine

⁷³⁴ A.k., para. 114.

⁷³⁵ A.k., para. 115.

⁷³⁶ A.k., para. 114-117.

⁷³⁷ A.k., para. 118.

getirmiş sayılamayacağına hükmederek ihlal kararına varmıştır.⁷³⁸ 13. ve 14. maddelerin incelenmesi ise gerekli bulunmamıştır.

Tysiāc/Polonya kararıyla beraber, daha önceki Komisyon kararlarında izlenen formülasyondan (gebe kadının özel yaşamından doğan menfaatlerini fetüsün menfaatleriyle bağlı olarak inceleme) vazgeçilmiş; gebe kadının fiziksel ve psikolojik bütünlüğünden doğan ve daha somut adımların atılmasını gerektiren usulî güvencelerin yerine getirilmesini içeren pozitif yükümlülükler kapsamında bir inceleme yapılmıştır. Ayrıca konuyla ilgili üçüncü tarafların görüşlerinin de dikkate alınması kayda değer bir gelişmedir. Bununla birlikte, karar, meselenin esasına girmekten yine kaçınıldığına dair özgürlükçü kanattan birçok eleştiriye de beraberinde getirmiştir.⁷³⁹ Öte yandan, doktrinin diğer tarafındaki kürtaj karşıtı ya da yaşam taraftarları da bu karardan (ve sonrasına usulî güvencelere istinaden verilen kararlardan) tatmin olmamış; arka kapıdan bir kürtaj hakkının getirilmeye çalışıldığı eleştirisini yapmıştır.⁷⁴⁰

4.4.2.2.9. A., B. ve C./İrlanda Kararı

Kürtaj hakkında verilen önemli kararlardan biri olan *A., B. ve C./İrlanda*'da⁷⁴¹ A., B., ve C. isimli üç başvuru, İrlanda'da kürtaj yaptıramadıklarından şikayetçi olmuştur. İlk başvuru olan A., alkol tedavisi gören ve hali hazırda dört çocuğu koruyucu ailede olan bir kadındır. Tedavisi devam ederken yeniden gebe kalmış; bu tedavinin aksamaması için ve psikolojik sağlığının kötü etkilenebileceği gerekçesiyle

⁷³⁸ *A.k.*, para. 122-130.

⁷³⁹ Bkz. örneğin, Nicolette Priaux, "Testing the Margin of Appreciation: Therapeutic Abortion, Reproductive 'Rights' and the Intriguing Case of *Tysiāc v. Poland*," **European Journal of Health Law**, Yıl 2008, Cilt 15, Sayı 4, s. 361-379; Daniel Fenwick, " 'Abortion jurisprudence' at Strasbourg: deferential, avoidant and normatively neutral?," **Legal Studies**, Yıl 2014, Cilt 34, Sayı 2, s. 214-241.

⁷⁴⁰ Bkz. örneğin, Jakob Cornides, "Human Rights Pitted Against Man," **The International Journal of Human Rights**, Yıl 2008, Cilt 12, Sayı 1, s. 107-134; Grégor Puppink, "Procedural Obligations under the European Convention on Human Rights: an Instrument to Ensure a Broader Access to Abortion," **Zeszyty Prawnicze**, Yıl 2013, Cil 13, Sayı 1 <<https://ssrn.com/abstract=2346186>> Erişim Tarihi 12.03.2020.

⁷⁴¹ *A., B. ve C./İrlanda*, a.g.k.

kürtaj olmak istemiştir. İkinci başvuru olan B. ise gebelik önleyici hapların işe yaramaması sonucunda hamile kalmış ve bekar bir anneliğe hazır hissetmediği için gebeliğini sonlandırmak istemiştir. Üçüncü başvuru olan C. ise kanser tedavisi görmüş ve hastalığının nüksetme ihtimaline karşı takibat testlerinin yapıldığı bir süreçte, hekimlerin hamile kalmaması konusundaki bilgilendirmesi ve uyarılarına rağmen istemeden gebe kaldığını öğrenmiştir. Bunun sonucunda, gördüğü tedavinin fetüsü etkileme ve gebeliğinin de hastalığı yeniden ortaya çıkarma riski karşısında kürtaj yaptırmaya karar vermiştir. Danıştığı hekimlerin ise hastalığı ve kürtaj arasındaki bir illiyet konusunda kendisini yeterince bilgilendirmediğini beyan etmiştir. İrlanda vatandaşı olmadığı ve cerrahi yerine medikal kürtaj talep ettiği için İrlanda'da buna uygun bir klinik bulamamıştır. Nihayetinde başvuru yapanlar kürtaj yaptırabilmek için İngiltere'ye gitmek zorunda kaldıklarını ifade etmiştir. Sonuç olarak, yaşadıkları ülkede kürtaj yaptırmamanın imkansızlığından ve ülke dışına gitme zorunluluğunun kürtaj sürecini gereksiz yere pahalı, karmaşık ve travmatik hale getirdiğinden şikayetçi olmuşlardır.

Daha önce *D./İrlanda* kararında da ifade edildiği gibi, o dönemde İrlanda hukukunda kürtaj, ceza hukuku kapsamında yasaklanmıştır ve gebeliğin sonlandırılmasında hem gebe kadın hem de bu işlemi gerçekleştiren üçüncü kişiler ömür boyu hapis cezası gerektiren bir suç işlemiş sayılmaktadır. Bununla birlikte ‘annenin yaşam hakkını da gözeterek fetüsün yaşam hakkına sahip olduğunu’ ifade eden İrlanda Anayasası’nın 40.3.3. maddesine istinaden,⁷⁴² İrlanda Anayasa Mahkemesinin, gebeliğin anne sağlığına yönelik gerçek ve önemli bir risk oluşturması durumunda, kürtaja izin verilebileceği yönünde bir kararı bulunmaktadır. Buna dayanarak da başka mahkemeler, kürtajın önünü açan birkaç karar vermiştir.⁷⁴³ 2014

⁷⁴² A.k., para. 55.

⁷⁴³ A.k., para. 95-99.

yılında bu konuda bir de yasa çıkarılmıştır.⁷⁴⁴ Dolayısıyla kürtaj yasağına, çok sınırlı bir nedene dayalı olarak istisna tanıyan yargısal bir iç hukuk yolu bulunmaktadır. Ayrıca mevzuata göre, ülke dışında kürtaj yaptırmak için bilgi almak ve yurtdışına çıkabilmek, kürtaj öncesi ve sonrasında İrlanda'da sağlık bakımı alabilmek mümkün ve yasaldir.

Mahkeme Büyük Daire olarak baktığı davada, ilk iki başvuruçunun şikayetlerini, Sözleşme'nin 3., 8., 13. ve 14. maddeleri uyarınca İrlanda'da sağlık ve esenlik gerekçeleriyle kürtaj yaptıramamak olarak tespit etmiştir ve esastan incelemiştir. Üçüncü başvuran ise Sözleşme'nin 2., 3., 8., 13. ve 14. maddeleri uyarınca, İrlanda Anayasası'nın 40.3.3. maddesinin uygulanmasına ilişkin yasal bir boşluk olduğunu ve bunun, bir kadının yaşamı için risk oluşturan gebeliğin yasal bir kürtaj hakkını tesis etmek için uygun bir yolu olmadığı anlamına geldiğinden şikayetçi olmuştur. Her üç başvuruçunun bakımından 3., 13. ve 14. madde; ayrıca C.'nin 2. madde bakımından ileri sürdüğü ihlal iddialarını reddettikten sonra Mahkeme, tüm şikayetçiler bakımından 8. madde ihlalini değerlendirmiş ancak ilk iki başvuruçunun şikayetini üçüncüden ayrı biçimde incelemiştir.

Bu davada Mahkemenin kürtaj konusunu geniş bir kapsamda incelediğini, birçok üçüncü kişinin müdahil olduğunu ve hem ulusal hem de uluslararası birçok düzenlemenin değerlendirildiğini belirtmek gerekir. Yine de dava sonucunun beklentileri karşıladığını ya da kürtaj konusundaki tartışmaları yatıştırdığını söylemek pek mümkün görünmemektedir.

Dava incelemesinde ilk iki başvuruçunun şikayetleriyle üçüncü başvuruçunun şikayetleri ayrı ayrı değerlendirilmiştir. İlk grup şikâyet sağlık ve esenlik temelinde bir kürtaja erişimin yasak olmasını şikâyet etmiş; Mahkeme de bu şikâyeti 8. maddenin negatif yükümlülük boyutu bağlamında incelemiştir. Diğer şikâyet ise gebe kadının

⁷⁴⁴ Bkz. Claire Murray, "The Protection of Life During Pregnancy Act 2013: Suicide, Dignity and the Irish Discourse on Abortion," **Social and Legal Studies**, Yıl 2016, Cilt 25, Sayı 6, s. 667-698.

yaşamının korunması temelinde kürtaj için yasal bir zemin olmasına rağmen uygulanabilirliği açısından gerekli prosedürün mevcut olmaması şikâyet edildiği için, 8. maddenin pozitif yükümlülük boyutuyla ilişkilendirilmiş ve *Tysiqc/Polonya* kararındaki sonuca da uygun olarak gebe kadının yaşamına yönelik riskler nedeniyle kürtaj yaptırabilmesine olanak sağlayan iç hukuk yolunun uygulanabilirliği açısından etkili ve ulaşılabilir bir prosedürün uygulamada mevcut olmadığı gerekçesiyle usulden ihlal kararı verilmiştir. Konumuz açısından ilk grup şikâyet önem taşıdığı için onun üzerinde daha çok durulmuş, usulî güvenceler ise değerlendirme başlığında ele alınmıştır.

Daha önceki içtihatlarla atıfta bulunan Mahkeme, özel hayatın, bireysel özerklik ve kişisel gelişme gibi kavramları içerecek kadar geniş olduğunu; başka unsurların yanında, fiziksel ve psikolojik bütünlük, anne-baba olmaya karar vermeyi ya da vermemeyi de içerdiğini ifade etmiştir. Ayrıca gebe kadının özel hayata saygı hakkının, gelişmekte olan fetüsle yakından ilişkili olduğu için tek başına ele alınamayacağını ve fetüsün hakları da dahil, yarışan haklarla dengelenmesi gerektiği yinelenmiştir.⁷⁴⁵ Bunun sonucunda, 8. maddenin bir kürtaj hakkı içerecek şekilde yorumlanamayacağını ancak İrlanda'daki kürtaj yasağının, her üç başvuru açısından da 8. madde kapsamında yer alan bir müdahale oluşturduğuna hükmedilmiştir. Buradan sonra şikayetler negatif ve pozitif yükümlülükler bağlamında ayrı ayrı incelenmiştir.

Mahkeme, *Brüggemann ve Scheuten/Almanya* kararındaki 'her yasal düzenlemenin 8. madde bakımından bir müdahale olmadığı' bulgusuna atıfta bulunmuş ancak 'bireysel özerklik ve fiziksel ve psikolojik bütünlük dahil, özel yaşam kavramının ne kadar geniş olduğu göz önüne alınarak' ifadesini ekleyerek bu karardan farklı bir yöne gideceği sinyali de vermiştir.⁷⁴⁶ Nitekim A. ve B.'nin sağlık ve esenlik gerekçesiyle kürtaja erişememesini 8. madde kapsamında kabul etmiş ve kısıtlama koşullarına uygunluk bakımından incelenmesi gereken bir müdahale olduğunu

⁷⁴⁵ A., B. ve C./İrlanda, a.g.k., para. 212-213.

⁷⁴⁶ A.k., para. 216.

değerlendirmiştir. Fetüsün, yaşam hakkının bir öznesi olup olmadığı sorusuna ise yanıt vermemiş ve yanıt vermenin de mümkün olmadığını ifade etmiştir. Böylece *A., B. ve C./İrlanda* davasıyla birlikte kürtajın bir hak olarak tanınmamasına rağmen⁷⁴⁷ bireysel özerklik ve fiziksel bütünlük ile bir bağın kurulmaya başladığını görmek mümkündür.

Mahkeme, müdahale tespitinden sonra hukukilik değerlendirmesi yapmış ve müdahaleyi oluşturan ulusal hukuk düzenlemelerinin erişilebilir ve açıkça öngörülebilir olduğuna hükmetmiştir. Müdahalenin amacı olarak ileri sürülen genel ahlakın korunması da meşru olarak değerlendirilmiştir.⁷⁴⁸ Nihayet, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği ile çatışan haklar ya da hak ve meşru amaç arasında adil bir dengenin kurulmasının gözetildiği orantılılık aşamasına gelinmiştir. Kefenin bir tarafında A. ve B.'nin özel yaşama saygı hakları, diğerinde Mahkeme tarafından kabul gören 'İrlanda halkının doğmamış çocuğun (fetüs) yaşamının niteliği ve dolayısıyla yaşamının korunması ihtiyacına ilişkin derin ahlaki değerleri'⁷⁴⁹ meşru amacı, yani kamu yararı yer almıştır. Mahkeme, 'kürtaj sorununun gündeme getirdiği ahlaki ve etik meselelerin yoğun hassasiyetini veya söz konusu kamu yararının önemini'⁷⁵⁰ dikkate alarak adil dengenin kurulmasında şikâyet edilen Devlete geniş bir takdir marjı tanımıştır. Bunun yanında, Sözleşme'ye Üye Devletlerin baskın bir çoğunluğunda, İrlanda yasalarına göre izin verilenden çok daha geniş bir temelde kürtaja izin verildiğini; İrlanda'nın ise sadece müstakbel annenin yaşamına yönelik bir riskin kürtaj nedeni olarak kabul edildiği tek ülke olduğunu da belirlemiştir. Ancak şaşırtıcı bir biçimde, Mahkeme, bu baskın sayıdaki Devletten oluşan uzlaşının Devletlere verilen takdir marjını daraltmak için yeterli olmadığını da eklemiştir. Uzlaşıya rağmen geniş takdir payı bırakılması, Mahkemenin kendi içinde bile tartışma ve eleştiriye neden

⁷⁴⁷ *A.k.*, para. 214.

⁷⁴⁸ *A.k.*, para. 227.

⁷⁴⁹ *A.k.*, para. 230.

⁷⁵⁰ *A.k.*, para. 233.

olmuştur.⁷⁵¹ Mahkeme bunun gerekçesini, yaşamın başlangıcı konusunda bilimsel ve hukuki bir tanım üzerinde Avrupa düzeyinde bir uzlaşya varmanın mümkün olmaması sonucunda, fetüsün yaşamının korunmasının Devletlerin takdirine bırakılması; fetüsün haklarıyla annenin haklarının ayrılmaz biçimde iç içe geçmiş olmasından dolayı da müstakbel annenin haklarının dengelenmesinin zorunlu olarak Devletlerin takdir marjına kalması olarak açıklamıştır.⁷⁵² Kürtaj için yurtdışına gidebilme özgürlüğüyle beraber İrlanda'da bu konuda bilgi ve tıbbi bakımın da sağlandığını hesaba katarak Mahkeme, ilgili Devletin; yaşamın doğası ve bununla bağlantılı olarak, doğmamış çocuğun yaşam hakkının korunmasına ilişkin İrlanda halkının derin ahlaki görüşlerine dayanan kürtaj yasağı açısından sağlık ve esenlik nedenlerinin geçerli kabul edilmemesinin, takdir marjını aşmadığını karar vermiştir.⁷⁵³ Böylece özel hayata saygı hakkı ile mezkûr kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulduğu ve 8. madde ihlalinin oluşmadığı kararına varılmıştır.

4.4.2.2.10. R.R./Polonya ve P. ve S./Polonya Kararları

A., B. ve C./İrlanda davasından sonra Mahkeme her ikisi de Polonya'ya karşı açılan iki davaya daha bakmış ve 8. maddenin pozitif yükümlülükleri açısından gerekli standartlar ve usulî güvencelerin yerine getirilmemesi nedeniyle ihlal kararı vermiştir.⁷⁵⁴ Bunlardan ilki olan *R.R./Polonya*, gebe bir kadının fetüsteki genetik bir bozukluk olduğu şüphesi oluşmuş ancak yasal süre geçirilene kadar hekimler kadını oyalamış ve tıbbi görüntüleme imkânı sağlanmamıştır. Çocuğu hasta olarak doğurmak zorunda kalmıştır. Mahkeme, iç hukukun (fetal kusurluluk nedeniyle) kürtaja izin vermesi halinde, fetüsün sağlık durumu hakkında gebe kadına uygun, tam ve güvenilir bilgi

⁷⁵¹ Bkz. *a.k.*, karşı oy görüşleri.

⁷⁵² *A.k.*, para. 237.

⁷⁵³ *A.k.*, para. 241.

⁷⁵⁴ Bkz. *R.R./Polonya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 27617/04, 26.05.2011; *P. ve S./Polonya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 57375/08, 30.10.2012.

verilmesini temin edecek kadar yeterli yasal ve prosedürel bir çerçevenin mevcut olması gerektiğine hükmetmiştir. *P. ve S./Polonya* davasında ise yaşı küçük bir kız cinsel saldırı sonucu hamile kalmış ve Polonya yasaları uyarınca annesiyle birlikte kürtaj yaptıрма çabaları sistematik olarak engellenmeye çalışmış, kürtajdan vazgeçmesi için ikna edilmeye çalışılmış, prosedürde yer alamamasına rağmen rahiple görüştürülmüş, hatta 10 gün süreyle tutuk evinde alıkonulmuştur. Ayrıca bir hekimin kamuoyuna verdiği beyanat sonucunda kızın kimliği ve telefonu açığa çıkmış ve telefon üzerinden ikna ve kınama içeren mesajlar atılmıştır. Nihayetinde kürtaj yaptırmaya izin verilmiş ancak Mahkeme, başta özel yaşama saygı hakkına ilişkin usulî güvenceler bakımından olmak üzere; 3., 5., ve 8. madde dahil birçok maddeden ihlal kararına varmıştır.

4.4.2.3. Kürtajla İlgili Kararların Değerlendirilmesi

Kürtaj konusundaki uluslararası düzenlemeler, iki hususun ortaya çıktığını göstermektedir. Öncelikle potansiyel anne ve babanın beraberce kullanabildiği bir hak olmaktan, her kadının kendi üreme potansiyelini ya da bedenini kontrol etmeye doğru evrilen bir hak anlayışının gelişmekte olduğu görülmektedir. Bunun yanında, her devletin egemenliği uyarınca düzenleme yapma yetkisine hâle getirilmeden, kadın sağlığı ve yaşamı açısından taşıdığı riskler göz önüne alınarak sağlıklı-güvenli olmayan kürtajın suç kabul edilmesi yönünde gelişmeler de yaşanmaktadır. Dolayısıyla üreme hakları çerçevesinden uluslararası planda güvenli ve yasal kürtaja erişim, özellikle de cinsel bir suç sonucu oluşan, ciddi fetal bozuklukların olduğu ya da kadının yaşamı veya sağlığını tehdit eden gebelikler bakımından, bir hak olarak ortaya çıkmaya başlamıştır.

Kürtaj konusunda Sözleşme organlarının ilk kararlarında, birçok hakkın değerlendirilmesini gerektiren ve bu haklarından bazılarının çatıştığını ortaya koyan bir yaklaşım geliştirilmiştir. Bu nedenle mesele, çatışan hakların belirlenmesi ve

dengelenmesi olarak formüle edilmiştir. Potansiyel anne ve babanın hakları da bu bağlamda değerlendirilmiştir. Sözleşme organları istikrarlı bir şekilde, potansiyel babaların özel yaşam ve aile yaşamı hakkı kapsamında yaptıkları başvurularda, gebelikten ve onun sürdürülmesi veya sonlandırılmasından asıl etkilenen kişinin kadın olduğuna ve bu sebeple, kadının kürtaj konusundaki kararını serbestçe vermesinin engellenmesi sonucuna yol açacak bir hakka erkeğin sahip olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla gebe kadının özel yaşamına saygı hakkı, potansiyel babanın özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkından üstün tutulmaktadır.

Gebe kadın ve fetüsün çatışan hakları bakımından ise Sözleşme organları, çatışmanın kökeninde, fetüsün yaşama hakkına sahip olup olmadığı ve dolayısıyla bir ‘kişi’ olarak sayılıp sayılmayacağı sorununun yattığını gördüğü için; bu sorunun hukuken ve bilimsel olarak çözülemediğini ifade etmekte ve bu nedenle Üye Devletlere geniş bir takdir marjı bırakmaktadır. Böylece fetüsün hakları ve gebe kadının zımni olarak sınırlanmış hakları, Devletlerin iç hukuklarındaki düzenlemelere bırakılmaktadır. Dolayısıyla ne fetüsün mutlak bir yaşam hakkından, ne de kadının bağımsız bir kürtaj hakkından söz etmek mümkündür. Sözleşme organlarının, fetüsün yaşam hakkının özneliği sorununa saplanmadan çözüm üretmek kararlılığını görmek mümkündür. Öte yandan Mahkeme, fetüsü yaşam hakkının öznesi olarak görmemekle birlikte, fetüsün belirli koşullar altında bazı güvencelerden yararlanabilmesi gerektiğini birçok kararında ifade etmiştir. Sözleşme organlarının ilk kürtaj kararlarından itibaren hakların çatışmasını bu şekilde formüle ettiğini, fetüsün yaşam hakkına mutlak bir üstünlük tanımadığını ve gebe kadının hukuki menfaatlerinin (yaşamı, sağlığı ve özel yaşamına saygı hakkı) daha belirleyici olduğunu kabul etmektedir.

Kürtajın, 8. maddenin kapsamındaki bir hak olarak görülmemesine rağmen 8. madde bağlamında bir müdahaleye yol açabileceği belirlenmiştir. Kürtajın, hukuki bir menfaat olduğu açıkça ifade edilmeden, bireysel özerklik ile fiziksel ve psikolojik

bütünlük ilkeleriyle bağlantılı bir mesele olarak tespit edilmesi üzerinden, kimi durumlarda 8. maddenin müdahalesine yol açabileceği ortaya konmuştur. Başka birçok kararda bireysel özerkliğe de dayalı olarak geniş yorumlanan ‘özel hayat’ kavramının dar yorumlanması ve kadınların kürtaj konusunda serbestçe seçim yapabilmesinin hak kapsamında tanınmaması; kanımızca Mahkemenin çok yankı getirebilecek bir çatışmanın içine çekilmekten kaçınmasından ve Üye Devletlerin Sözleşme sisteminin denetleme yetkilerinin sorgulanabileceğine dair kaygılardan kaynaklanmaktadır.

Bu nedenle de kürtaja ilişkin düzenlemeler konusunda Devletlere geniş bir takdir yetkisi bırakılmıştır. Günümüz koşullarına uygun olarak yorumlanması gereken canlı bir enstrüman olan Sözleşme’nin dinamik bir yorumlama anlayışına rağmen yaşamın başlama anını Devletlerin takdir marjına bırakılması anlayışı, Avrupalı devletlerin ezici çoğunluğundaki uzlaşıya ya da uluslararası düzenlemelerdeki gelişmelere rağmen kabul edilmektedir. Uzlaşının varlığı, ulusal düzeydeki ahlaki hassasiyetler karşısında arka plana atılmıştır. Ayrıca kadınların en mahrem alanına ilişkin bir hukuki menfaat olarak bedeni üzerinde denetim ve tasarrufta bulunabilmesi hukuki bir menfaat olarak ifade edilmemiş ve bugüne kadar dikkate alınmamış, dolayısıyla takdir marjını daraltıcı bir unsur olarak hesaba katılmamıştır. Bunların yanında, az sayıdaki kararda olsa da dini temeline girilmeden, çoğunluğun ahlaki hassasiyetleri, meşru bir amaç olarak kabul edilmiştir.

Yine de takdir marjının sınırsız olmadığını belirtmek gerekir. Nitekim Devletler kürtaja izin verip vermeme konusundaki kararlarında serbest olmakla beraber, yasalaştırıldığı takdirde Sözleşme organları kürtaja ilişkin yasal düzenlemenin, çeşitli haklar ve menfaatler arasında adil bir dengeyi gözetip gözetmediğini ve uygulama ile yasal çerçeve arasında tutarlılık olup olmadığını denetleme yetkisine sahiptir. 8. maddenin etkili biçimde uygulanması bağlamında devletlere pozitif yükümlükler getirilmesi ve bunların gereği olarak da usulî güvencelerin temin edilmesi gereği, bu

denetimin sonucunda ortaya çıkarılmış ve henüz yeni bir tekniktir. Olağan inceleme usulü yerine usulî güvencelerin yerine getirilmesine dayanan bir inceleme usulünün getirilmesi, beraberinde birçok eleştiri ve kuşku getirmektedir. Bununla birlikte, iyimser görüşler de bulunmaktadır. Bunlardan biri olan Erdman’a göre,⁷⁵⁵ usule ilişkin güvenceler, Devletleri ulusal hukukta zaten tanınmış olan kürtaj hakkını etkili bir şekilde korumaya zorlamaktadır. Göstermelik yasalar yerine, işleyen ve etkili bir koruma mekanizma kurulmasının temin edilmesini gerektirmektedir. Devletleri, birçok kurumun ve özellikle gebe kadınların kürtaj ve bununla ilgili sağlık bakımının etkili bir şekilde korunmasına dahil edilmesine dönük bir sistem kurmaya sevk etmektedir. Bu usulün cazip tarafı olarak, ihlallerinin yapısal reform gerektirmesi olarak işaret edilmektedir. Mahkeme, usule ilişkin haklar aracılığıyla, halihazırda tanınmış olan kürtaja erişim hakkına yönelik ihlalleri etkili bir şekilde önleme konusunda devlete pozitif bir yükümlülük yükleyerek Devletlere, mevzuatlarının revizyonu ile idari ve usulî korumaların çıkarılması konusunda dolaylı olarak rehberlik etmektedir. Sonuç olarak Devletler, Mahkemenin yapısal ihlallere ilişkin kararlarını bu şekilde, yasalarını değiştirmeye yönelik bir direktif olarak yorumlamakta ve çoğu Devlet reformları takip etmektedir.

4.4.3. Bireysel Özerklik ve Açlık Grevcisini Zorla Besleme

Bireysel özerklikle yakından ilişkili bir başka tema da açlık grevi ve bunu sona erdirmek üzere gerçekleştirilen müdahalelerdir. Destekli intihardan farklı olarak, açlık grevinde kişinin tercihi ölümden yana değildir. ‘Gönüllü tam oruç tutma’⁷⁵⁶ olarak da

⁷⁵⁵ Joanna N. Erdman, “Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights,” **Reproductive Health Matters**, Yıl 2014, Cilt 22, Sayı 44, s. 22-30.

⁷⁵⁶ Reyes, çeşitli açlık grevi türü olabileceğini ancak ‘gerçek’ açlık grevi için gönüllü olması, yeme-içmenin kesilmesi ve belirli bir amacının olması kriterlerini ortaya koymuştur. Bu üç kriter sağlandığında ise gönüllü ‘tam oruç tutma’, yani gerçek açlık greviden söz etmek mümkündür. Bkz. Hernán Reyes, “Medical and Ethical Aspects of Hunger Strikes in Custody and the Issue of Torture,” extracts from

anılan açlık grevinde, grevcinin siyasi bir amacı vardır ve bu da genellikle ölümle değil, daha iyi yaşam koşullarıyla ilgilidir. Bireysel özerklikle olan bağlantısı ise bu başlıktaki diğer temalar gibi, açlık grevinin de kişinin bedeni (ve ileri düzeyde uygulandığı durumlarda, grevcinin yaşamı) üzerinde serbestçe tasarrufta bulunup bulunamayacağı sorularından kaynaklanmaktadır.

Açlık grevi farklı mekânlarda ve farklı amaçlarla yapılabilmektedir. İnsan hakları bağlamında tartışıldığı durumlarda, genellikle kamu görevlilerinin grevciye müdahalesi söz konusudur. Başka bir ifadeyle, zorla besleme uygulanmış olmaktadır. Mahkeme kararları çerçevesinde bu konu, açlık grevinin korunması gereken hukuki bir menfaat içerip içermediği ve bununla bağlantılı olarak, zorla beslemelerin meşruluğu sorunu olarak ele alınmaktadır.

4.4.3.1. Açlık Grevi ve Zorla Beslemeyle İlgili Tanımlamalar ve Düzenlemeler

İnsan hakları bağlamında açlık grevi, genellikle hükümlü ve tutukluların siyasi otoriteye karşı çeşitli amaçlarla kullandığı pasif bir direniş biçimidir.⁷⁵⁷ Bu amaçlar tutukluluk ya da hapisane koşullarının iyileştirilmesi, adil bir yargılama süreci yürütülmesi, siyasi bir protesto, kamuoyunu belli bir konuda etkilemek gibi çok çeşitli amaçlar olabilmektedir. Buna göre, “açlık grevi, belirli bir olayı, tutumu, davranışı protesto etmek, çeşitli istekleri kabul ettirmek ya da savunulan görüşlere salt ilgi çek-

“Maltreatment and Torture” in the series **Research in Legal Medicine- Volume 19/Rechtsmedizinische Forschungsergebnisse - Band 19**. M. Oehmichen, ed., Verlag Schmidt-Römhild, Lübeck, 1998
<https://www.researchgate.net/publication/246800902_Medical_and_ethical_aspects_of_hunger_strikes_in_custody_and_the_issue_of_torture> Erişim Tarihi 12.05.2021.

⁷⁵⁷ Sözleşme organlarının, cezaevinde bulunan tüm kişileri kapsayacak şekilde kullandığı ifadelerine karşın, ceza hukukumuzdaki ayrımlara dayanarak ‘tutuklu ve hükümlü’ ifadesi tercih edilmiştir. Zira Ceza Muhakemesi Kanunu 100. maddesine göre, hakkında bir soruşturma veya kovuşturma devam etmekte olup kaçma veya delilleri karatma şüphesi gibi farklı nedenlerle tutukevine konularak özgürlüğü kısıtlanan kişiye ‘tutuklu’ denir. Tutukluluk, soruşturma aşamasında ‘şüpheli’ veya kovuşturma aşamasında ‘sanık’ hakkında uygulanan geçici bir tedbirdir. Şüpheli veya sanık, hakkında kesinleşmiş bir hüküm olmayıp yargılaması devam eden kişilerdir. ‘Hükümlü’ ise yapılan yargılama neticesinde, hakkında verilen mahkumiyet hükmü kesinleşen kişidir. Konuyla ilgili başka bir terim de ‘göz altındaki kişi’lerdir (CMUK 91. madde) ancak açlık grevi ve buna müdahale bakımından gerekli süre, bu kişileri kapsam dışında bıraktığından dolayı bu çalışmada, bu terim kullanılmıştır. Bkz. **Ceza Muhakemesi Kanunu**, Kanun No. 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, **Resmî Gazete**, 17.12.2004, Sayı 25673.

mek amacıyla uygulanan ve greve katılanların yemek yemeyerek kendilerini aç bırakmaları esasına dayanan bir yöntemdir.”⁷⁵⁸ Zorla besleme ise:⁷⁵⁹

“Bize göre; zorla besleme, vücudun, günlük faaliyetlerini devam ettirebilmesi, büyümesi ve varsa yaralarının iyileşebilmesi için ihtiyaç duyduğu kalori, protein, makro ve mikro element ile vitaminin kişinin özgür iradesi dışında vücuduna zorla verilmesidir. Kişinin, vücudu için gerekli olan besin maddelerini almama şeklindeki özgür iradesinin kötü muamele, tehdit, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddet kullanma ve bazı araçları tatbik etme gibi yöntemlerle ortadan kaldırılarak besleme yapılması zorla besleme kavramını oluşturur.”

Sıkça duyulan başka bir ifade olan ‘ölüm orucu’ ise açlık grevinin özel ve uç bir türüdür. Bu durumda, eylemci belirli bir süre sınırı gözetmeden yemeyi bırakmakta ve buna bağlı olarak da durum ölümle sonuçlanabilmektedir. Bu nedenle ‘ölüm hedefli grev’ ve ‘süresiz açlık grevi’ olarak da adlandırılabilir. ⁷⁶⁰ Kişinin açlık sonucu kendini öldürmesi amaçlanmamasına rağmen belirli bir amaç uğruna ölüm göze alınmaktadır. Böylece açlık grevi, belirli bir amaç doğrultusunda kişinin bilerek ve isteyerek yeme ve içmeyi bırakmasıdır. Bu konuda farklı tanımlar yapmak mümkündür ancak aç kalmada belirli bir amacın olması ve iradi olarak yapılması unsurları, sabit kabul edilmektedir.

Birçok örnekte görüldüğü üzere, eylemci açısından hayati bir tehlike arz etmeye başladığında, hekim ya da bir cezaevi görevlisi açlık grevine zorla besleme yoluyla müdahale edebilmektedir. Müdahale lehindeki görüşler, yaşam hakkını korumak için bir zorunluluk olduğunu belirtmek maksadıyla ‘zorunlu tıbbi müdahale’ ifadesini tercih etmektedir. ⁷⁶¹ Zorla besleme, nazo-gastrik (burun-mide yoluyla) besleme veya intravenöz (damar yoluyla) tedavi yoluyla yapılabilmektedir. ⁷⁶² Burundan besleme, sıvı besin maddelerinin mideye doğru yemek borusundan aşağıya giden bir hortum vasıtasıyla yapılır. Damardan beslemeyse damara açılan bir kateter yoluyla besin sağlar.

⁷⁵⁸ Metin Feyzioğlu, “Açlık Grevi,” **AÜHFD**, Yıl 1993, Cilt 43, s. 157.

⁷⁵⁹ Ahmet Taşkın, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Beslenmenin Reddi,” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 62, Yıl 2006, s. 233.

⁷⁶⁰ A.k.

⁷⁶¹ Müdahaleyi savunun çeşitli görüşler için bkz. Ezgi Kızılkaya Doğru, **Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Hakları, Açlık Grevi ve AIDS/HIV**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 35-41.

⁷⁶² Amanda Gordon, “The Constitutional Choices Afforded to a Prisoner on Hunger Strike: Guantánamo,” **Santa Clara Journal of International Law**, Yıl 2011, Sayı 9, s. 353-4.

Zorla besleme her iki durumda da acı verici ve tehlikelidir. Zorla ve acılı bir biçimde yapılabildiği için, zorla besleme kişinin vücut bütünlüğüne ve kişisel özerkliğine müdahale oluşturmaktadır. Bundan dolayı özel hayata saygı hakkının ve işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağının ihlali olarak da değerlendirilebilmektedir.

Açlık grevleri ve zorla beslemelerle ilgili olarak ulusal ve uluslararası alanda çeşitli hukuki düzenlemeler ve hekimler açısından da tıp etiği ilkeleri geliştirilmiştir.⁷⁶³ Bunları ayrıntılı biçimde ele almak yerine, genel olarak uluslararası hukukta ve tıp etiğinde geliştirilen ilkeler doğrultusundaki genel eğilime değinmek ve Mahkeme kararlarında bu eğilimin dikkate alınıp alınmadığı üzerinde durmak yeterli olacaktır.

Açlık grevi ve zorla besleme konusundaki temel kaynaklar, Dünya Tabipler Birliği'nin (*World Medical Association*) hazırladığı ve BM Genel Kurulu'nun kabul ettiği Tokyo ve Malta Bildirgeleri'dir. 1975 yılında kabul edilen Tokyo Bildirgesi⁷⁶⁴, tutuklular ve hükümlüler bakımından işkence ve öteki zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ve cezalara dair bir ilkeler kılavuzu niteliğindedir. Bildirge'nin 6. maddesi, açlık grevi durumunda hekimin nasıl hareket edebileceğini açıklamaktadır. Buna göre hekim, hükümlü ya da tutukluyu, beslenmeyi reddetmesinin yol açacağı sonuçlar hakkında bilgilendirmelidir. Bunun yanında hekim, beslenmeyi gönüllü olarak reddetmesinin sonuçları konusunda grevcinin tam ve doğru bir yargıya varacak yeterlikte olduğu kanıdaysa, bu kişi zorla beslenemeyecektir.

Tokyo Bildirgesi'nin tıp etiği genel ilkelerini benimsemiş ve açlık grevleri özelinde 1991 yılında düzenleme getirmiş olan Malta Bildirgesi (Açlık Grevcileri

⁷⁶³ Bedia Boran, "Açlık Grevi/Ölüm Orucunda Müdahale Sorunu: Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım," **Ankara Barosu Dergisi**, Yaz 2007, Yıl 65, Sayı 3, s. 97-98; Ata Soyer, "Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, Türk Tabipleri Birliği ve Son Tartışmalar" <https://www.ttb.org.tr/aclik_grevleri/a_soyer.html> Erişim Tarihi 19.08. 2022.

⁷⁶⁴ World Medical Association, **Declaration of Tokyo-Guidelines for Physicians Concerning Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Relation to Detention and Imprisonment** <<https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-tokyo-guidelines-for-physicians-concerning-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading-treatment-or-punishment-in-relation-to-detention-and-imprisonment/>> Erişim Tarihi 10.10.2021.

Üzerine Deklarasyon)⁷⁶⁵ ise hastanın bilgilendirilmiş iradesini ve bireysel özerkliğini öne çıkarmaktadır. Bildirge'nin 2006 yılındaki gözden geçirilmiş son halindeki 2. ilkeye göre.⁷⁶⁶

“Hekimler bireylerin özerkliğine saygı göstermelidir. Açlık grevcilerinin gerçek istekleri görüldüğü kadar açık olmayabileceği için bu durum, güç değerlendirmeler gerektirebilecektir. Tehdit, çevre baskısı ve zor kullanma vasıtasıyla verilen (greve başlama) kararlar(ı), etik hiçbir değere sahip değildir. Açlık grevcisinin reddettiği tedavi, zorla yapılmamalıdır. Bilgilendirilmiş ve iradi bir reddetme karşısında yer alan zorla besleme meşru değildir. Suni besleme, açlık grevcisinin açık ya da örtük rızasıyla yapıldığında etik olarak kabul edilebilir.”

Malta Deklarasyonu'nun ilk halinde “acil bir durum ortaya çıktığında hekim, hasta için en iyi olanı yapmalıdır” diyerek zorunluluk halinde paternalist bir yaklaşım da içerilmekteydi. Ancak daha sonra çeşitli yıllarda yapılan gözden geçirmelerde bu durum giderilmiş; grevcinin bilgilendirilmesine, grevi bırakması konusunda baskı yapılmamasına ve bilincinin kapanması durumunda müdahaleye kendisinin karar vermesine dayalı bir hasta-hekim ilişkisinin kurulması yönünde kimi rehber ilkeler geliştirilmiştir. Bunun yanında “zorla beslemenin etik olarak kabul edilemez bulunduğu” ifade edilmiş; “tehdit, zorlama, şiddet ya da fiziksel kısıtlamalarla yapılan beslemenin insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muamele biçimi olduğu”⁷⁶⁷ açıkça belirtilmiştir.

Bu konudaki bir diğer düzenleme, 1998 tarihli ‘Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Üye Devletlere Cezaevlerinde Tıbbi Bakımın Etik ve Kurumsal Yönleriyle İlgili R (98)7 Sayılı Tavsiyesi Kararı’dır.⁷⁶⁸ Bu karar Avrupa Konseyi’nin üye ülkelerdeki ceza infazlarıyla ilgili birçok tavsiye kararından biridir. Açlık

⁷⁶⁵ World Medical Association, **Declaration of Malta on Hunger Strikers**
<<https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-malta-on-hunger-strikers/>> Erişim Tarihi 10.10.2021.

⁷⁶⁶ A.k. (Eski 4., yeni 2. Madde).

⁷⁶⁷ A.k. (Eski 23. İlke, yeni haliyle Açlık Grevcileri Konusunda Hekimler için Uygulama (İlkeleri) Direktifi Kısmı madde 13)

⁷⁶⁸ Bkz. **Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Üye Devletlere Cezaevlerinde Tıbbi Bakımın Etik ve Kurumsal Yönleriyle İlgili R(98)7 Sayılı Tavsiyesi Kararı**, s. 60-67,
<https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151705tavsiye_kararlari.pdf> Erişim Tarihi 10.10.2021.

grevcisinin hekim tarafından grevin sonuçları hakkında bilgilendirilmesi ve müdahale için grevcinin rızası, bu belgede de temel niteliktedir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer düzenleme, Avrupa Konseyi Biyoetik İzleme Komitesince hazırlanan ve biyomedikal alanda insan haklarını koruma altına alan tek bağlayıcı hukuk düzenlemesi olan İnsan Hakları ve Biyotıp (Oviedo) Sözleşmesi'dir.⁷⁶⁹ Bu sözleşmede açlık grevleri doğrudan ele alınmamış ancak kişiye yönelik tıbbi bir müdahalenin, sadece ilgili kişinin bu müdahaleye serbestçe ve bilgilendirilmiş onay vermesinden sonra yapılabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca kişi ya da hastaya; müdahalenin amacı, niteliği, sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilerek onayını her zaman serbestçe geri alabilme güvencesi getirilmiştir.⁷⁷⁰

4.4.3.2. Mahkemenin Açlık Grevi ve Zorla Beslemeyle İlgili Kararları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi bağlamında ortaya çıkan duruma bakıldığında, Mahkemeye gelen açlık grevi ve zorla besleme şikâyetlerinin tümünün hükümlü veya tutuklular tarafından başlatılan açlık grevlerine ilişkin olduğu; ciddi bir kısmının kabul edilebilirlik aşamasını geçemediği, kabul edilip görülen şikâyetlerde ağırlıklı olarak 3. madde ihlalinin ileri sürüldüğü ve son olarak, zorla beslemeyle ilgili şikâyetlerin pek azı hakkında ihlal kararı çıktığı ifade edilmelidir.

4.4.3.2.1. X/Federal Almanya Kararı

Hükümlü veya tutukluların açlık grevine gitmesi, genellikle ya cezaevi koşulları ya da bu kendileri hakkında verilen cezaları protesto etmek amacıyla gerçekleşmiştir.

⁷⁶⁹ 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 (ETS No. 164), Oviedo, 04.04.1997, Yürürlüğe giriş 1.12.1999, <<https://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention>> Erişim Tarihi 10.10.2021.

⁷⁷⁰ A.k., madde 5.

Açlık grevcisini zorla besleme konusundaki önemli vakalardan ilki, *X/Federal Almanya* kararıdır⁷⁷¹. Bu vakadaki şikayetçi, tutukluluğunu protesto etmek için açlık grevine başlamış; cezaevi hekiminin uygun görüşü ve yerel bir mahkemenin kararıyla birlikte, başvuru bağlanarak ve ağzı zorla açılarak 3 gün boyunca zorla beslenmiştir. Serbest kaldıktan sonra iç hukuk yollarını tüketerek Komisyona başvurmuş; haksız tutukluluk ve zorla beslenme nedeniyle birçok hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Komisyona göre,⁷⁷²

“Bir kişinin zorla beslenmesi, belirli koşullarda 3. madde çerçevesinde yasaklanan ‘aşağılayıcı’ unsurlar içerebilmektedir. Ancak yaşam hakkının korunmasına yönelik olarak, özellikle Devletlerin korumasında olan kişilerin yaşamı söz konusu olduğunda, kimi pozitif edimleri gerektirebilmektedir. Bu davada olduğu gibi, bir tutuklunun açlık grevine gitmesi sonucunda kişinin fiziksel bütünlüğü ile Sözleşmecî Devletin 2. maddeden kaynaklanan (pozitif yükümlüğü) arasında kaçınılmaz olarak bir çatışma ortaya çıkabilmektedir ve bu çatışma Sözleşme tarafından çözülmemiştir.”

Komisyon, Sözleşme tarafından düzenlenmediği gerekçesiyle, kişinin fiziksel bütünlüğü ve yaşam hakkının korunması arasında ortaya çıkan çatışmanın çözümünü kendisi üstlenmek istememiş; bunun yerine, iç hukukta zorla beslemeye izin veren düzenlemeler olduğunu ifade etmiştir. Bireysel özerklikten doğrudan değilse de kişinin beslenmeyi reddetme ‘iradesi’nden bahisle, bu iradenin kullanımı (açlık grevine gidilmesi) sonucunda kişinin sağlığının onarılamayacak şekilde bozulmasına, hatta ölümüne yol açmaması için zorla besleme edimi meşru kabul edilmiştir. Zorla beslemenin hekim görüşü ve mahkeme kararıyla, nispeten kısa bir süre için yapılması ve uygulama esnasındaki şiddetin grevcinin direncini kırmak için yapılmış olması gibi hususlar da vurgulanmıştır. Böylece şikâyet edilen Devletin, insan haysiyetine aykırı olsa bile, kişinin yararına uygun olarak hareket ettiği tespit edilerek işkence ve kötü muamele yasağını ihlal etmediği ve temelden yoksun olduğu gerekçesiyle başvurunun kabul edilmez bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Bu karar, daha sonraki kararlarda teyit edilecek bir tutumun nüvelerini taşıdığı için önemlidir. Öncelikle, ‘irade’ gibi bir kavramı kullanmasına rağmen meseleyi

⁷⁷¹ *X/Federal Almanya*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 10565/83, 09.05.1984.

⁷⁷² A.k.

bireysel özerklik bağlamında değil, kişinin ‘fiziksel bütünlüğü’ bağlamında ele alması hususu önemlidir. Bu anlayış daha sonraki içtihatlarda da devam edecektir. Ayrıca fiziksel bütünlük olarak formüle edilmesi ve 8. madde ile ilişkilendirilmeyip sadece 3. maddedeki işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında değerlendirilmesi anlayışı da ileriki içtihatlarda sürdürülmüştür. Böylece açlık grevcisini zorla beslemenin, 2. ve 3. madde ekseninde formüle edilmesi şablonu ortaya çıkarılmıştır. En önemli husus ise başka haklarla ya da menfaatlerle çatıştığında yaşamın korunmasının, bu konuda Sözleşme’de bir düzenlemenin yokluğu gerekçe gösterilerek ve bir muhakeme yapılmaksızın üstün kabul edilmesidir. Daha sonraki kararlarda usulî güvencelerin ve daha net bir tutumun geliştirildiği görülmekte ancak açlık grevleri konusunda, bireysel özerklik ile insan haysiyeti karşısında tartışmasız bir biçimde yaşamın üstünlüğünün kabul edildiğini belirtmek gerekmektedir.

4.4.3.2.2. Herczegfalvy/Avusturya Kararı

Temyiz kudretine sahip olmayan bir tutuklunun zorla tedavisi ve beslenmesinin şikâyet edildiği *Herczegfalvy/Avusturya* davası⁷⁷³, tıbbi gereklik kriterinin geliştirildiği, diğer önemli bir karardır. Bu vakada, çevresindeki kişilere şiddet uyguladığı gerekçesiyle tutuklanan Herczegfalvy, akıl hastası olarak kabul edilip kendisine bir vasi atanmıştır. Serbest bırakılmayı talep etmiş ancak dışarıda yine saldırganlaşacağı ileri sürülerek tutukluluğu devam ettirilmiştir. Tutukluluğunun devam etmesi ve evraklarının kendisine verilmemesi üzerine, bu kişi açlık grevine başlamış, kendisine zorla besleme yönünde müdahalede bulunulmuş ve bu işlem defalarca tekrar etmiştir. İlk açlık grevi sonrasında yoğun bakım alması için bir kliniğe gönderilmiş, buradan sonra psikiyatri kliniğine yatırılmış ve orada zorla beslenmiştir.

⁷⁷³ *Herczegfalvy/Avusturya*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Raporu, Başvuru No. 10533/83, 01.03.1991.

Buradaki koşulların nispeten iyi olması sonucunda açlık grevini bırakmış ancak birkaç ay sonra ikinci grevine başlamış, bununla birlikte günde bir defa beslenmeyi kabul etmiştir. Daha sonra, başvurusunda bu yönde rıza gösterdiğini inkâr etmiş; tecrit edildiğini, bir yatağa kelepçelendiğini ve zorla yemek ve nöroleptik ilaçlar verildiğini iddia etmiştir. Bu arada açlık grevi ve beslemeler bir süre daha devam etmiş, bunların bir kısmını kişinin kendisinin talep ettiği ileri sürülmüştür. Herczegfalvy yaptığı başvuruda, kendisine yönelik olarak birçok Sözleşme hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Konumuz açısından önemli olan yönlerine baktığımızda, 3. madde bakımından yapılan ihlal iddialarının Komisyon nezdinde, tıbbi standartlara uygun olduğu gerekçesiyle işkence olarak kabul edilmediğini belirtmek gerekir.⁷⁷⁴ Son açlık grevine yapılan müdahalenin ise gerçekleştirilme biçimi bakımından şiddet içerdiği ve aşırı derecede uzun olduğu gerekçesiyle, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye vardığı ve 3. maddenin ihlaline yol açtığı kabul edilmiştir.

Başvurucunun 8. madde ihlal iddiaları konusunda ise Komisyon, “Devletin, kamu kurumlarında alıkonan kişilere yönelik zorunlu tıbbi müdahale kararı(nın) 8. maddeye bir müdahale oluşturduğu(nu) ancak zorla besleme edimi 3. madde altında incelediği için 8. madde altında ayrıca incelemeye gerek olmadığı(nı)” belirlemiştir.⁷⁷⁵

Komisyon kararından sonra dava Mahkemeye götürülmüştür. Mahkeme, başvurucunun akıl hastası olması ve tıbbi gereklilik hususlarını merkeze alarak incelemesini yapmıştır. Komisyondan farklı olarak, son açlık grevinde gerçekleştirilen zorla besleme biçiminin tıbbi bir gerekliliğe dayandığı gerekçesiyle 3. madde ihlaline yol açmadığı tespiti yapılmıştır.⁷⁷⁶

“Psikiyatri hastanelerinde tutulan hastalar açısından tıp biliminin kabul edilen kurallarına dayalı olarak, kendileri için karar verme yetisinden tamamen mahrum olan ve bu nedenle sorumlu oldukları hastaların fiziksel ve zihinsel sağlığını temin etmek maksadıyla, gerekirse güç kullanarak uygulanacak tedavi yöntemleri konusunda karar vermek, tıp otoritelerinin görevidir ancak bu tür hastalar yine de 3. madde koruması altındadır... Bu tür

⁷⁷⁴ A.k., para. 245-254.

⁷⁷⁵ A.k., para. 259.

⁷⁷⁶ Herczegfalvy/Avusturya, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 10533/83, 24.09.1992, para. 82.

davalarda tıp biliminin kabul görmüş ilkeleri kuşkusuz belirleyicidir. Genel kural olarak tedavi açısından gerekli olan bir önlem, insanlık dışı ya da aşağılayıcı olarak görülemez. Bunun yanında, bu tıbbi gerekliliğin varlığı Mahkemeye ikna edici biçimde gösterilmelidir.”

Böylece hastanın uzun süreli tecridi ve kelepçeli halde beslenmesini endişe verici olarak görmekle birlikte Mahkeme, o zaman geçerli olan psikiyatrik ilkelere göre şikâyet edilen Devletin, tıbbi zorunluluğun bu müdahaleyi meşru kıldığı argümanının aksini kanıtlayacak yeterli delil olmadığına karar vermiştir. Ayrıca bu konuda başvurucunun da yeterli kanıt gösteremediği belirlenmiş ve 3. madde bakımından ihlal oluşmadığı tespit edilmiştir.⁷⁷⁷ Akıl hastası olup hastanede tutulan bir kişiden, kendisine yönelik tedavi ya da muamelenin tıbbi zorunluluğu aştığı konusunda delil sunmasının beklenmesi, gerçekçi değildir. Ancak burada önemli olan nokta, tedavi amaçlı yapılan bir müdahalenin ister şiddet içersin ister zorla ilaç ve gıda verilsin, tıbben gerekli olduğu gösterildikten sonra 3. maddeye aykırı olarak kabul edilmeyeceği ve bu konudaki gerekliliğe hekimlerin karar vermiş olmasıdır.

Açlık grevlerine yapılan müdahale önlemlerinde tıbbi gerekliliğe vurgu yapması bakımından zorla beslemelerin meşruluğu hakkında bir açıklık getirmekle birlikte, *Herczegfalvy/Avusturya* davası, diğer zorla besleme davaları için yol gösterici birtakım sonuçlar çıkarma açısından yeterli değildir. Zira bu davadaki başvuru akıl hastası bir mahpustur; böylece temyiz kudretine sahip mahpuslar açısından *Herczegfalvy/Avusturya* davasından çıkan ilkelerin uygulanabilir olmadığı belirlenmelidir.⁷⁷⁸ Bunun yanında, Mahkemenin bu dava özelinde üzerinde durduğu hususlar, spesifik olarak zorla besleme ile sınırlı olmayıp başvurucuya tedavi gördüğü hastanede nöroleptik ilaçların zorla verilmesi, tecrit uygulanması ve bu kişinin uzun süre yatağa kelepçeli olarak tutulması gibi farklı muamelelere odaklanmıştır. Bu nedenlerle tam mümeyyiz tutuklu ve hükümlülerin açlık grevinde iken zorla beslenmesi uygulamasının meşruiyeti, en azından bu dava özelinde cevapsız kalmıştır.

⁷⁷⁷ A.k., para. 83.

⁷⁷⁸ Ancak daha sonraki kararlarda Mahkemenin böyle bir ayrımı dikkate almadığı belirtilmelidir.

Başvurucunun 8. madde konusundaki ihlal iddiaları (zorla beslenmesi, şikâyet ettiği tedavinin uygulanması ve mektuplarının kendisine verilmemesi) ise bu kişinin kendi adına karar verme yeterliliğine sahip olmadığı ve 3. madde bağlamında halihazırda incelendiği belirtilerek incelenmemiş; ancak haberleşme boyutu itibarıyla 8. maddenin ihlaline karar verilmiştir.⁷⁷⁹

4.4.3.2.3. Petar Ilijkov/Bulgaristan Kararı

Komisyonun başka bir kararında, *Petar Ilijkov/Bulgaristan*, tıbbın sabit olmuş ilkeleri gereğince tedavi amaçlı bir zorunluluktan kaynaklanan bir önlemin, insanlık dışı ya da aşağılayıcı olarak addedilemeyeceği ifade edilmiştir.⁷⁸⁰ Bu tıbbi gerekliliğinin Sözleşme organlarına ikna edici bir biçimde gösterilmesi gerekmektedir. Komisyon, başvurucunun, zorla besleme ediminin tek başına 3. maddeye aykırılığını iddia etmediğini (zorla beslemenin pis bir hortumla ve yetkisiz kişiler tarafından yapıldığı iddia edilmiştir) ve zorla besleme gerçekleştikten sonra sağlık personelinin gözetimi altına alınmadığını iddia etmediğini göz önüne alarak değerlendirmesini yapmıştır. Dolayısıyla Komisyon, başvuran kişinin iddialarını, şekil şartlarını sağlamadığına dayanarak incelememiş ve şikâyetin çerçevesini sınırlamış; bunun yerine zorla besleme biçiminin ve açlık grevi süresince gördüğü genel muamelenin işkenceye varıp varmadığını incelemiştir. Pis bir hortumla besleme, tıbbi raporlarda yer almamış ve şikâyetçi de buna itiraz etmemiş; tıbbi bir zorunluluğun olup olmadığını belirten bir ifade kullanılmamış; besleme sonrası sürekli tıbbi gözetim altında tutulmuş ve sağlık durumu kötüleşmemiştir. Komisyon da bu verilere dayanarak 3. maddenin ihlal iddialarının kabul edilebilir olmadığına karar vermiştir.

⁷⁷⁹ A.k., para. 86.

⁷⁸⁰ *Petar Ilijkov/Bulgaristan*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, No. 33977/96, 20.10.1997.

4.4.3.2.4. Nevmerzhitsky/Ukrayna Kararı

Hem Komisyon hem de Mahkeme açlık grevindeki tutuklu ve hükümlüler konusunu birçok kararında incelemiş olmasına rağmen 2005 yılındaki *Nevmerzhitsky/Ukrayna* davasına⁷⁸¹ kadar farik ve mümeyyiz olan tutuklu ve hükümlüler bakımından zorla besleme fiilinin meşru olup olmadığı konusunda her iki organ da çekimser bir tavır takınmıştır. Bu davayla birlikte bu durum değişmiş ve zorla besleme konusunda günümüzde de kullanılan kriterler getirilmiştir.

Dava konusu olaylara baktığımızda başvuran kişi, birçok kronik hastalıktan mustarip olmasına rağmen gözaltında hücrede tutulduğunu; gözaltındayken yeterli tıbbi tedaviden yoksun bırakıldığını ve cezaevi koşullarının yetersiz olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca açlık grevinde iken zorla beslendiğini, bunun tıbbi bir zorunluluktan kaynaklanmadığını ve beslemenin kendisinde zihinsel ve fiziksel acıya yol açtığını belirtmiştir. Zorla beslemenin gardiyanlar eşliğinde, elleri kalorifere kelepçeli iken ve bir köpekle korkutularak gerçekleştiğini; bunun ise işkence ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağına (3. madde) aykırı olduğunu iddia etmiştir.⁷⁸²

Buna karşılık Mahkeme, başvurucunun 3. madde kapsamındaki şikayetlerini üç başlık altında incelemiştir: cezaevi koşulları, açlık grevindeyken başvurucunun zorla beslenmesi ve tutukluluğuyla açlık grevi süresince yeterli tıbbi desteğin sağlanıp sağlanmaması.⁷⁸³ Tüm başlıklarda 3. maddenin ihlal edildiği kararlaştırılmıştır. Konumuz bakımından bu çalışmada bunların ikisi, zorla besleme ve yeterli tıbbi destek, üzerinde durulmaktadır.

Mahkeme, zorla besleme konusunda daha önce Komisyonun içtihadında geliştirdiği ilkeleri dikkate aldığını belirtmiş ve *X/Almanya* davasındaki ifadeyi tekrar

⁷⁸¹ *Nevmerzhitsky/Ukrayna*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 54825/00, 05.04.2005.

⁷⁸² *A.k.*, para. 78.

⁷⁸³ *A.k.*, para. 82.

etmiştir: “Zorla besleme, belirli durumlarda Sözleşme'nin 3. maddesi tarafından yasaklanmış sayılabilecek aşağılayıcı unsurlar içerebilmektedir.”⁷⁸⁴ Bununla birlikte, açlık grevlerinin “kişinin fiziksel bütünlüğü hakkı ile Yüksek Sözleşmecî Tarafın Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüğü arasında kaçınılmaz olarak bir çatışmaya yol açabileceğini ve bu çatışmanın Sözleşme'nin kendisi tarafından çözülmediğini”⁷⁸⁵ kabul etmiştir. Ayrıca açlık grevcisinin zorla besleme ‘biçiminin’ işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza anlamına geldiği iddialarını kanıtlayamadığı için kabul edilmez bulan Komisyon kararına (*Petar Ilijkov/Bulgaristan*) da atıfta bulunmuştur. Komisyonun bu kararlarını verirken açlık grevleri ve zorla besleme konusundaki çeşitli uluslararası düzenlemeleri de (AK Bakanlar Komitesi Tavsiyeleri, Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT) raporları ve Dünya Tıp Birliğinin Tokyo ve Malta Deklarasyonları) göz önüne aldığını da vurgulamıştır.⁷⁸⁶

Mahkeme geçmiş içtihatlarla değindikten sonra, *Nevmerzhitsky/Ukrayna* davasının yol gösterici olmasını sağlayan bir paragrafta zorla besleme ile ilgili standardını ortaya koymuştur. Öncelikle *Herczegfalvy/Avusturya* davasındaki ‘tıbbi gereklilik’ ilkesine değinilmiş ve fakat bu ilkenin aynı zamanda mümeyyiz ve hasta olmayan tutuklu ya da hükümlüler bakımından da geçerli olduğunu ifade etmiştir:⁷⁸⁷

“Mahkeme, tıbbın yerleşik ilkeleri bakımından tedavi edici bir zorunluluktan kaynaklanan bir tedbirin, insanlık dışı ya da aşağılayıcı olarak görülmemesi gerektiğini tekrar etmektedir. Bilinçli olarak yemek yemeyi reddeden belirli bir tutuklu ya da hükümlünün hayatını kurtarmayı amaçlayan zorla besleme tedbiri için de aynı şey söylenebilir. Yine de Sözleşme organları tıbbi bir zorunluluğun kendilerine ikna edici bir biçimde gösterilmesini temin etmelidir. Bununla birlikte, Mahkeme zorunlu besleme kararı için usulî güvencelere uyulduğundan emin olmalıdır. Ayrıca açlık grevi süresince başvurunun maruz kaldığı zorla besleme biçiminin, Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca geliştirilen Mahkeme içtihadının öngördüğü asgari eşiğini de aşmaması gerekir...”

⁷⁸⁴ A.k., para. 93.

⁷⁸⁵ A.k.

⁷⁸⁶ A.k.

⁷⁸⁷ A.k., para. 94.

Diğer bir ifadeyle, açlık grevcisini zorla beslemenin a) yaşamı kurtarmak amacıyla yapılması, b) tıbbi bir gereklilikten kaynaklanması ve bunun ikna edici bir biçimde gösterilmesi, c) usuli güvencelere uygun olarak yapılması, d) biçiminin, Sözleşme'nin 3. maddesinde öngörülen asgari şiddet eşiğini aşmaması durumunda, 3. maddedeki insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak kabul edilmeyeceği kararlaştırılmıştır.

Mahkeme, belirttiği kriterlere bu dava özelinde uyulup uyulmadığı incelemesine geçmeden önce başvurunun, 'olası ölümcül sonuçlar göz ardı edilerek gıda veya ilaçsız bırakılması gerektiğini iddia etmediği'ne; yalnızca 'kendisini zorla beslemek için tıbbi bir gereklilik olmadığını ve zorla beslemenin kendisini aşağılamak, cezalandırmak ve açlık grevini durdurmak için kullanıldığını' iddia ettiğini ifade etmiştir. Bu dikkat çekici bir ifadedir çünkü Mahkemenin bu davada açıkça, tutuklunun kendisine müdahale edilmemesi isteğine saygı gösterilip gösterilmeyeceği hususunda bir açıklama yapma niyetinde olmadığı anlamına gelir. Böylece Mahkeme bir kişinin fiziksel bütünlüğü ile bireysel özerkliği arasındaki ilişki ve açlık grevindeki tutuklunun zorla beslenmesinin meşruiyeti noktasında temel sorun olan Devletin olası bir müdahale yükümlülüğüne ilişkin bir yanıt vermekten kaçınmıştır. Doğrudan bir cevap verilmemekle birlikte, zikredilen koşullara uyulması halinde fiziksel bütünlüğe yapılacak müdahalenin meşru sayılacağı belirtilerek dolaylı bir cevap verilmiştir.

Dava konusu olayları incelerken Mahkeme, Ukrayna Hükümetinin iç hukukuna uygun bir biçimde tıbbi bir gereklilik olduğunu gösteren belge sunmaması sonucunda, zorla besleme fillinin keyfi olduğunu; usuli güvencelere de uyulmadığını ve böylece yetkililerin, başvurunun çıkarına en uygun biçimde hareket etmedikleri sonucuna varmıştır. Bu bulguda, iç hukuka göre bir denetim yapılması ve yine 'kişi çıkarına en uygun biçimde davranma' hususları dikkat çekmektedir. Bunun yanında, tıbbi bir gereklilikten kaynaklandığı gösterilemediği için beslenme biçimi, iç hukuka uygun

olarak yapılmış olsa da işkenceye varacak bir nitelikte kabul edilmiştir. Böylece 3. madde ihlali kararı çıkmıştır.⁷⁸⁸

İncelenen başlıklardan sonuncusu olan yeterli tıbbi desteğin sağlanması konusunda Mahkeme, başvurucuya uygulanan zorla beslemeye ilişkin bulguların, başvurucunun özel sağlık durumuyla veya hayatını kurtarmaya yönelik tıbbi bir zorunlulukla ilgisi olmadığını gösterdiğine ve böylece uygun bir tıbbi tedavi ve yardım sağlanmadığını göstermeye yeterli olduğuna kanaat getirmiştir. Ayrıca başvurucunun açlık grevi sonucundaki durumu ve hastalıkları göz önüne alındığında yeterli ve makul bir tıbbi bakım aldığının söylenemeyeceği ve zaten Hükümetin de açlık grevi süresince zorla beslemeye, kullanılan beslenme türüne veya bu bağlamda başvurucuya sağlanan tıbbi yardıma ilişkin herhangi bir yazılı kayıt sunmadığı için gözaltında tutulduğu süre boyunca başvurucuya yeterli tıbbi tedavi ve yardım sağlanmaması bakımından aşağılayıcı muamele teşkil edecek şekilde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁷⁸⁹

Mahkeme bir iç hukuk mahkemesi gibi, ulusal hukuklara uygunluk denetimi görev ve yetkisine sahip değildir ancak kendi geliştirdiği standardı, iç hukuktan destek alarak teyit etmek istemiş olabilir. 'Kişi menfaatine uygun davranma' meselesi ise bireysel özerklikle doğrudan ilgilidir çünkü bir kişinin menfaatini en iyi kendisi bilebilir; bir devletin kişi menfaatini korumak için, kişiye rağmen edimde bulunması, ancak paternalizm argümanıyla açıklanabilir.⁷⁹⁰ Bu nedenle, buradaki ifadeye göre kişinin çıkarına en uygun hareket edilmesi, yaşatılması uğruna kişinin kendi isteğine rağmen zorla beslenmesi anlamını ifade etmektedir. Oysa temyiz kudretine sahip ve

⁷⁸⁸ A.k., para. 98-99.

⁷⁸⁹ A.k., para. 102-106.

⁷⁹⁰ Bu konuda ufuk açıcı bir tartışma için bkz. Ronald Dworkin, "Autonomy and the Demented Self," *The Milbank Quarterly*, Yıl 1986, Sayı 64, s. 4-16.

bilgilendirilmiş rızası⁷⁹¹ ile açlık grevine giden kişinin özgür iradesine üstünlük tanınması, uluslararası hukuk ve tıp etiğine de uygundur.

Üstelik bu akıl yürütme, atıfta bulunulan geçmiş karardaki başvuru ile bu davadaki başvuru arasında akli melekeler bakımından fark gözetilmeden yapılmıştır. Tutuklu ve hükümlü kimselerin devlet gözetiminde olması ve bu nedenle de onların sağlığı ile yaşamından devletlerin sorumlu olması nedeniyle ihtimam gösterilmesi anlaşılabilir ve makul bir argümandır. Öte yandan, tutuklu ve hükümlülere yönelik ayırım gözetmeden yapılacak her muamele, daha önce üzerinde durulan zımni sınırlamalara bir yenisinin eklendiği konusunda soru işareti uyandırmaktadır.⁷⁹²

Son olarak, müdahalenin ne zaman yapılabileceğine dair net bir ifadenin kullanılmadığını belirtmek gerekir. Oysa daha önceki *X/Almanya* davasında Komisyon, ancak tutuklu ve hükümlünün sağlığına kalıcı bir hasar riski ortaya çıktığında müdahale edilebileceğini kararlaştırmıştı. Ancak bu parametrenin, şikayet edilen Devletin iç hukukundaki bir düzenlemeye dayandırıldığını da belirtmek gerekir. Dolayısıyla Sözleşme organlarının, müdahalenin hangi noktadan sonra yapılabileceği konusunda belirli bir şey söylemekten imtina ettiğini ve bu konuda Sözleşmeciler Devletlerin hukukuna başvurduğunu söylemek gerekir.

4.4.3.2.5. Wilkinson/Birleşik Krallık Kararı

Nevmerzhitsky/Ukrayna davasından yaklaşık bir yıl sonra, *Wilkinson/Birleşik Krallık* kararıyla⁷⁹³ Mahkeme, tıbbi gereklilik konusuna biraz daha açıklık getirmiştir. Bu davada, kendisine yapılan bir müdahalenin gerekliliğine itiraz eden akıl hastası bir başvurucuyla ilgili olarak Mahkeme, “tıbbi gerekliliğin sadece hayat kurtaran tedavi ile

⁷⁹¹ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 147-188.

⁷⁹² Bkz. bu tez çalışmasının ‘4.2.4. Kısıtlama Koşullarına Yönelik Etki’ başlığı.

⁷⁹³ *Wilkinson/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 14659/02, 28.02.2006.

sınırlı olmadığını”, aynı zamanda (tedavi rejiminin bir kısmı olarak anti-psikotik ilaçlar verilmesi gibi) tedaviyi de kapsayabileceğini kaydetmiştir. Böylece hayati tehlike oluşmadan önce de tıbbi gerekliliğin var olabileceği açıklığa kavuşturulmuştur. Ayrıca Mahkeme bu gerekliliği tespit etme konusunda hekimlerin rolüne vurgu yapmıştır: “Hangi tedavi yöntemlerinin gerekli olduğuna ilişkin karar alma yetkisi, esas olarak ulusal tıp yetkililerindir: belirli bir davadaki kanıtları değerlendirme konusundaki öncelik onlarda olduğu için, bu makamların bu konuda belirli bir dereceye kadar yorumlama/değerlendirme yetkisi vardır.”⁷⁹⁴ Bu doğrultuda *Wilkinson/Birleşik Krallık* ve *Nevmerzhitsky/Ukrayna* davalarından hareketle, açlık grevindeki tutuklu ve hükümlüler için tıbbi gerekliliğin tıp uzmanları tarafından tespit edilmesi, kanıtlanması ve belgelenmesi gerektiği; Mahkemenin de bu durumda, hayati bir tehlike oluşmadan önce gerçekleştirilen zorla beslemeler bakımından bu tıbbi gerekliliği kabul edebileceği sonucuna varmak mümkündür. Yeterli tıbbi desteğin ‘yeterliği’nin kapsamını, Mahkeme sonraki kararlarında daha da somutlaştırmıştır.⁷⁹⁵

4.4.3.2.6. Ciorap/Moldova Kararı

Nevmerzhitsky/Ukrayna ile geliştirilen standart, 2007 yılındaki *Ciorap/Moldova* davasında⁷⁹⁶ sınanmış ve tıbbi gerekliliğin yokluğu halinde, tutuklu ve hükümlüleri cezalandırmak maksadıyla yapılan zorla beslemenin sonuçları gösterilmiştir. Zihinsel rahatsızlığı olan başvuru, cezaevindeki kötü koşulları protestu etmek amacıyla açlık grevine girmiş; bu süreçte grevinden vazgeçmesi için uzun sürelerle tecrit edilmiş ve sağlık durumu kötüleştikçe bir kaç defa zorla beslenmiştir. İki aylık açlık grevi sonunda başvuru, kendisine uygulanan zorla beslemelerin cezalandırma amacıyla yapıldığını,

⁷⁹⁴ A.k., para. 95.

⁷⁹⁵ *Rooman/Belçika*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 18052/11, 31.01.2019, özellikle para. 147.

⁷⁹⁶ *Ciorap/Moldova*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 12066/02, 19.06.2007.

tıbbi bir gereklilikten kaynaklanmadığını iddia etmiş ve bu müdahalelerin yapılma biçiminin kendisinde şiddetli acı ve aşağılamaya yol açtığını belirtmiş ve son olarak, sağlığını yönelik yeterli bir koruma sunulmadığını ifade etmiştir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiasını incelerken *Nevmerzhitsky/Ukrayna*'daki genel ilkelere atıfta bulunmuştur. Ancak *Nevmerzhitsky*'den farklı olarak, bu davada yalnızca başvurucuyu zorla beslemenin tıbbi gerekliliğini ve zorla besleme şeklini incelemekle yetinmiştir. Tıbbi zorunluluk bağlamında, iki husus dikkate alınmıştır: tıbbi bir testin ya da başka bir soruşturmanın yapılmaması ve başvurucuya uygulanan yaptırımlar. Böylece başvurucunun iki defa onar günlük süreyle tecrit edilmesi, açlık grevinin cezaevi yetkililerince kuralların ihlali ve cezaevi yönetimine karşı itaatsizlik eylemi olarak değerlendirildiğini; buradan hareketle de zorla beslemenin hükümlünün hayatını korumayı değil, protestodan caydırmayı amaçladığını gösterdiği hükmüne varılmıştır.⁷⁹⁷ Tıbbi gerekliliğe dayanmadan uygulanan zorla beslemelerin de başvurucunun çıkarına en uygun davranılmadığına dair gösterge olduğu yinelenmiştir.

Mahkeme bu açıklamasıyla *Nevmerzhitsky/Ukrayna* davasında formüle edilen tıbbi gereklilik kriterinin öneminin altını çizmiştir. Daha da önemlisi, zorla beslemenin açlık grevindeki kişinin yararına uygulanıp uygulanmadığı sorusu, zorla beslemenin yapıldığı sırada tıbbi bir gerekliliğin var olup olmadığı sorusuna bağlanmıştır. Böylece Mahkeme, *X/Almanya* kararındaki paternalist yaklaşımını yumuşatıp 'kişi yararına en uygun şekilde hareket edilmesi' hususundaki değerlendirme kriterini daha nesnel hale getirmiştir.

Zorla beslemenin yapılma şekline gelince Mahkeme başvurucuya uygulanan aşırı ve direnç göstermediği için gereksiz olan sert muamelenin bir de görgü tanığıyla desteklenmesi sonucunda, başvurucunun iddialarına kani olmuştur. Ayrıca iç hukukun

⁷⁹⁷ A.k., para. 78-83.

öngördüğü bir takım usuli güvencelere kısmen ya da hiç uyulmadığı; başvurunun açık talebine rağmen daha az rahatsız edici alternatiflerin (damardan beslenme) dikkate alınmadığı ve bunların sonucunda, zorla beslemenin gerçekleştirilme biçiminin gereksiz yere acı verici ve aşağılayıcı olduğu sonucuna varmıştır. Bunların ışığında da Mahkeme, oybirliğiyle 3. madde ihlaline karar vermiştir.

4.4.3.2.7. Horoz/Türkiye Kararı

Devletler açlık grevindekilere gerekli tıbbi tedaviyi sağlamakla yükümlüdür. Bununla birlikte, açlık grevcisinin iradesine saygı gösterip müdahale etmedikleri ve eylem sonucu açlık grevcisi öldüğü takdirde, Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca Devletler sorumlu tutulamaz. Mahkeme bu bulguya *Horoz/Türkiye* kararı⁷⁹⁸ sonucunda ulaşmıştır. Bu davada F-tipi cezaevlerini protesto etmek amacıyla 2001'de açlık grevine giren Muharrem Horoz bu süreçte birkaç defa hastaneye kaldırılmış ancak her türlü müdahaleyi reddederek grevini ölüm orucuna çevirmiştir. Adli Tıp Kurumu sağlık durumunun hapisane koşullarına uygun olmadığı gerekçesiyle 6 aylığına tahliyesini talep etmiştir. Ancak Devlet Güvenlik Mahkemesi bu talebi uygun görmemiş; tedavisinin cezaevi dışındaki bir hastanede devamına karar vermiştir. 2 gün sonra grevci hastanede vefat etmiştir. Annesi de oğlunun tahliye edilmemesini gerekçe göstererek dava açmıştır. Burada zikredilen diğer davalardan farklı olarak bu başvuruda tutuklunun zorla beslenmesi şeklindeki müdahale değil, serbest bırakılmama ve duruma müdahale edilmemesi şikâyet konusu yapılmıştır. Bu davada müdahale olmadığı için, başvuran yalnızca Sözleşme'nin 2. maddesi olan yaşam hakkını ihlalini ileri sürmüştür. Mahkeme, serbest bırakılma konusunda yetkililerin rapordaki bilgileri değerlendirmesini eleştirecek herhangi bir delil bulunmadığına karar vermiştir. Ayrıca

⁷⁹⁸ *Horoz/Türkiye*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 1639/03, 31.03.2009.

açlık grevindeki kişiye gerekli tıbbi tedavinin sağlandığına ve dolayısıyla fiziksel bütünlüğünü koruma yükümlülüklerin yerine getirildiğine; cezaevinden salıverilmiş olsaydı görebileceği bir tedaviden cezaevinde mahrum bırakıldığına dair hiçbir kanıt bulunmadığına karar verilmiştir. Böylece Mahkeme, 2. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Buna dayanarak Devletlerin yaşam hakkı temelinde zorla besleme yoluyla açlık grevine aktif olarak müdahale etme konusunda herhangi bir pozitif yükümlülüğün getirilmediği sonucunu çıkarmak mümkündür.

4.4.3.2.8. Rappaz/İsviçre Kararı

Başka bir başvuruda Mahkeme, zorla beslemeye ilişkin yerel bir mahkemenin kararı olmasına rağmen sorumlu hekimin, hükümlünün iradesine aykırı olarak zorla beslemeyi uygulamaması sonucunda ortaya çıkan durumu inceleme fırsatı bulmuştur. Buradaki başvuru uyuşturucu madde kaçakçılığı, basit yaralama, para aklama, trafik kurallarını ihlal etme gibi birçok suçtan yargılanmış ve mahkûm olmuştur. Kendisine verilen cezanın aşırılığını ve uyuşturucu maddeyle ilgili kanunları protesto etmek amacıyla açlık grevine girmiştir. Durumunun kötüleşmesi üzerine İsviçre Federal Mahkemesi kararıyla bir aylığına serbest bırakılmış ancak daha sonra cezasını çekmek üzere yeniden cezaevine alınmıştır. Bu süreçte yeniden açlık grevine başlamış, sağlığı yine kötüleşince hastanede sağlık bakımına alınmış ancak serbest bırakılmamıştır. Federal Mahkeme bu sefer zorla beslenebileceği yönünde karar çıkarmış ancak hükümlüden sorumlu hekimin, tıp etiğiyle ilgili normları ileri sürerek hükümlünün rızası olmadan besleme yapmak istememesi üzerine müdahale uygulanmamıştır. Konuyla ilgili olarak hekime disiplin soruşturma açılmıştır. Hükümlü olan Rappaz da iç hukuktaki düzenlemelerin hasta haklarına aykırı olduğunu ileri sürerek, zorla besleme müdahalesi için şart koşulan tıbbi gereklilik koşulunun sağlanmadığını; serbest

bırakılmaması sonucunda sağlığının kötüleştiğini ve dolayısıyla Sözleşmenin 2. ve 3. maddelerinin ihlal edildiğini iddia ederek Mahkemeye başvurmuştur.

Rappaz/İsviçre başvurusunda Mahkeme, bugüne kadar geliştirilen içtihadı toparlayıp ortaya koymuştur. Buna göre, kendi hayatlarını gönüllü olarak ya da zorla tehlikeye atan tutuklu ve hükümlülerin Sözleşme haklarından istifade ettiklerini; sağlık nedenleriyle bu kişilerin salıverilmesi yükümlülüğü bulunmadığını, yeterli ve uygun bir sağlık bakımı temin edildikten sonra tutukluların fiziksel bütünlüğünü koruma yükümlülüklerinin yerine getirildiği takdirde iç hukuk mahkemelerinin kararına saygı gösterildiği belirtilmiştir.⁷⁹⁹ *Horoz/Türkiye* kararına atıfta bulunularak açlık grevine gönüllü olarak giren ve hayati tehlikesi bulunmasına rağmen herhangi bir müdahaleyi açıkça reddeden kişilerin, Sözleşme hakları saklı olmakla birlikte, sağlık gerekçesiyle salıverilmeleri konusu Sözleşmeciler Devletlerin takdirine bırakılmıştır. Böyle bir durumun, tutuklu ya da hükümlünün ölümüyle sonuçlanması halinde, Sözleşmeciler Devletlerin yaşamın korunmasına dair 2. maddenin getirebileceği pozitif yükümlülüklerden sorumlu tutulmalarının söz konusu olmadığı ifade edilmiştir. Mahkeme böyle bir durumda sadece tutuklu veya hükümlünün cezaevi dışında alabileceği sağlık bakımını cezaevinde alıp alamadığı konusunda bir inceleme yapabileceğini belirtmiştir.⁸⁰⁰

Öncelikle Mahkeme, özel hayata saygı hakkıyla ilgili bir iddianın ileri sürülmemiş olmasına rağmen 8. maddeyle değinerek incelenen konunun sınırlarını çizme yoluna gitmiştir. Buna göre,⁸⁰¹

“Mahkeme... başvuruçunun gözaltında ölmediğini ve başlattığı açlık grevinin, yaşamına son verme niyetiyle değil, narkotikle ilgili kanunda bir değişiklik yapılması ve hapis cezasının indirilmesi için ulusal makamlar üzerinde baskı uygulamak niyetiyle güdüldüğünü kaydeder. Bu nedenle Mahkemeye düşen görev, Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca yapabileceği gibi, başvuranın yaşamının nasıl ve ne zaman sona ermesi gerektiğine dair karar verebilmesi hakkını ihlal edip etmediğini incelemek değil; Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında ulusal makamların kendilerine düşen, başvuranın hayatını koruma pozitif yükümlülüğüne uymasını sağlamaktır.”

⁷⁹⁹ *Rappaz/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 73175/10, 26.03.2013, para. 51.

⁸⁰⁰ *A.k.*, para. 50-51.

⁸⁰¹ *A.k.*, para. 52.

Böylece Mahkeme, bireysel özerklik bağlamında yer alan, kişinin kendi geleceğini tayin etme hakkıyla ya da bazen ‘ölme hakkı’ olarak da ifade edilen hukuki menfaatle açlık grevcisinin sahip olduğu menfaatin ayrı olduğunu vurgulayarak incelemesine başlamıştır. Ancak burada belirleyici olan hususun, başvurucunun ölmemiş olması mı, yoksa sahip olduğu niyetin ölmeyele ilgili olmaması mı olduğunun ve aradaki illiyet bağının açıklaması yapılmamıştır. Tutuklu ve hükümlülerin yaşamının korunmasına ilişkin Devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği incelenirken idari görevlilerle yargı makamlarının, tutuklu veya hükümlünün yaşamını koruma amacıyla hareket ettiklerini ve gerekli tıbbi bakımı sağladıkları değerlendirmesi yapılmıştır. Böylece 2. maddenin ihlal edilmediği kararı verilmiştir.

Cezaevinde sanık ya da hükümlü olarak tutulan bir kişinin, iradesi dışında tabi tutulduğu tıbbi müdahalelere ilişkin olarak Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin Devletlere, özgürlüğünden yoksun bırakılan bu kişilerin fiziksel bütünlüklerini, özellikle sağlık durumlarının gerektirdiği tıbbi bakımın temin edilmesi yoluyla koruma yükümlülüğü yüklediğini hatırlatarak açlık grevindeki tutuklu ve hükümlüler özelinde, bu kişilerin açlık grevi yapmakla kendilerine vermiş oldukları zarar ne olursa olsun Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerden Sözleşmeciler Devletlerin hiçbir şekilde muaf tutmadığını ifade etmiştir.⁸⁰² Sağlık gerekçesiyle hükümlü ya da tutuklunun serbest bırakılması bu kapsamda yer almamakla beraber, Wernicke-Korsakoff sendromu gibi kalıcı sonuçlar doğurabilecek hastalıklardan mustarip bir grevcinin yeniden hapsedilmesi kararının 3. madde kapsamında yer aldığına karar verilebileceği de belirtilmiştir.⁸⁰³ *Rappaz/İsviçre* somut olaylarını 3. madde bakımından incelediğinde, Mahkemeye göre başvurucunun şikayet ettiği fiziksel ve zihinsel acı, kendi eyleminden kaynaklanmaktadır. Yeniden hapsedilmesi kararının ise kalıcı hasar

⁸⁰² A.k., para. 61-62.

⁸⁰³ A.k., para. 63.

oluşturacak bir hastalığa rağmen gerçekleşmediği; hükümlünün uygun ve yeterli bir tıbbi bakım alabildiği ve (İsviçre Federal Mahkemesinin vermiş olduğu, yaşamı tehdit eden bir aşamada grevciyi zorla besleme kararının) tıbbi gereklilik koşulunun hekimler tarafından teyit edildiği ve fakat (İsviçre Tıp Bilimleri Akademisinin (Akademi), açlık grevlerine ilişkin uluslararası düzenlemelere uygun olarak geliştirdiği) etik ilkeler uyarınca uygulamaktan imtina ettiği belirtilmiştir.⁸⁰⁴ Mahkeme, *Nevmerzhitsky* standardına uygun olarak usuli güvenceler hususunu da ele almış ancak bu davada, iç hukukta iki farklı makamın zorla beslemeye ilişkin farklı düzenlemeleri karşı karşıya gelmiştir. İki merci arasında bir yetki çatışması olduğunu tespit etmekten uzak durmuş; hatta Akademi direktiflerinin yasa hükmünde olmadığı, etik ilkeler değeri taşıdıkları belirtilerek Federal Mahkemenin kararını teyit etmiştir.⁸⁰⁵

Başvurucu, iç hukukta ifade hürriyeti olarak korunan açlık grevi yapma hakkının tahdidine yönelik Federal Mahkeme kararının kapsamına ve atıfta bulunduğu Federal Anayasa maddesinin zorla besleme için yeterli yasal dayanak olarak gösterilmesine itiraz etmiştir. Buna karşılık Mahkeme, iç hukuku yorumlamanın öncelikle ulusal makamlara düştüğünü hatırlatarak Federal Mahkemenin salıverme yerine, zorla besleme yapılabileceği yönünde verilen kararı usul yönünden incelemiş; sorunun ayrıntılı olarak değerlendirildiği, ilgili maddenin amacının ceza adalet sisteminin güvenilirliğini temin etmek olduğu, yasal dayanak olarak gösterilen ve kişi hürriyetini kısıtlayan Anayasa maddesinin (farklı bir davada daha önce ele alınmış olduğunu ve buna dayanarak) öngörülebilirlik, açıklık ve orantılılık niteliklerini taşıdığına hükmetmiştir. Ayrıca Federal Mahkeme kararına dayanarak verilen yerel mahkeme kararının ve buna ilişkin idari işlemlerin yeterince gerekçelendirilmiş ve yasallığı tartışılmayan, ayrıca başvurusunun da temsil edildiği çekişmeli (iki tarafın da dinlendiği) prosedürler

⁸⁰⁴ A.k., para. 66-72.

⁸⁰⁵ A.k., para. 78.

sonucunda uygulandığı; buna dayanarak da Mahkeme usuli güvencelerin yeterince sağlanmış olduğuna hükmetmiştir.⁸⁰⁶

Son olarak Mahkeme, zorla besleme kararının uygulanmış olması halinde, uygulama biçiminin 3. maddenin gerektirdiği asgari şiddet eşiğini aşan bir muameleye yol açacağını gösterecek bir kanıt olmadığını, bunun sadece bir spekülasyon olacağını ifade ederek; Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini iddia eden şikayetin, açıkça temelsiz olduğu gerekçesiyle reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

4.4.3.3. Açlık Grevi ve Zorla Beslemeye İlişkin Kararların Değerlendirilmesi

Zorla beslenmeye ilişkin ilk başvuru olan *X/Almanya*'nın incelendiği 1984 yılından beri Sözleşme organları açlık grevi ve zorla beslemenin meşruiyetini birkaç davada ele almıştır. Sözleşme organlarının konuyu nasıl değerlendireceklerine dair ana hatlar daha bu ilk davada şekillenmiştir. Buna göre, yaşamın korunmasına ilişkin pozitif bir yükümlölük ile işkenceye veya insanlık dışı bir muameleye varmayan şiddetteki bir müdahale arasında bir dengenin kurulması ve bu dengenin de somut adımlarla, güvencelerle gösterilmesi gerekmektedir. *X/Almanya* başvurusunda Komisyon, zorla beslemenin belirli durumlarda Sözleşme'nin 3. maddesince yasaklanan aşağılayıcı unsurlar içerdiğini belirlemiştir. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşam hakkı, özellikle Devletin gözaltına aldığı kişiler söz konusu olduğuunda, Devletin yaşamı korumak ve kurtarmak için aktif önlemler almasını gerektirebilmektedir. Böylece özgürlüğünden yoksun bırakılanlar için Devlete daha ağır bir sorumluluk yüklendiği sonucunu çıkarmak mümkündür.

Yaşam hakkının korunması ve işkence, aşağılayıcı veya insanlık dışı muamele yasağı arasındaki bir dengeye arayışına dayalı bu inceleme yaklaşımını Mahkeme de

⁸⁰⁶ A.k., para. 74-79.

benimsemiştir. Ancak ne Komisyon ne de Mahkeme bu akıl yürütmenin kökeni ya da mantığı konusunda bir söz söylemiştir. Bu sorumluluk, hükümlü ve tutukluların hürriyetinden yoksun kılınmış, devletin gözetiminde ve bu nedenle daha güçlü bir şekilde korunması gereken savunmasız bir grup olduğu fikrine dayandırılabilir. Bu koruma yükümlülüğünün ise açlık grevine girerek kendi iradelerini ortaya koyan bu kişilerin bireysel özerkliğine karşı müdahale edilmesine kadar uzanacak kadar güçlü olup olmadığı konusu şimdilik açıklık kazanmamıştır. Yalnız yakın tarihli bir kararla Mahkemenin bu iki değeri karşı karşıya getirmeyecek bir yorumlamayı seçtiği görülmektedir. Nitekim *Rappaz/İsviçre* davasında hekim destekli intihar ve zorla besleme konuları arasında bir fark olduğunun altı çizilmiş; açlık grevinde, devletlere düşen yükümlülüğün ölme kararına müdahale edilmemesi biçiminde negatif bir yükümlülük olmayıp yaşamın korunmasına ilişkin pozitif bir yüküm olduğu belirtilmiştir. Kanımızca yaşamın niteliği ve yaşamın üstün değeri argümanları arasında bir ayrım yapılmaması, açlık grevlerine yapılan müdahale olarak zorla besleme konusunun hekim destekli intihardan ayrı nitelikte ele alınmasına da yol açmıştır.

X/Almanya başvurusunda Komisyon, ‘kişinin iradesi’ ifadesini verdiği kararda geçirmiş ancak açıklamada bulunmamıştır. Bunun yanında, ‘fiziksel bütünlük’ten bahisle 8. madde kapsamındaki bir hukuki menfaatin varlığını sezdirmiş ancak üzerinde durmamıştır. Ayrıca açlık grevinin, fiziksel bütünlük ve 2. madde kapsamındaki yaşam hakkının doğurabileceği pozitif yükümlülükler arasında bir çatışmaya yol açabileceğini belirtmesine rağmen mümeyyiz ve kendi isteğiyle hareket eden bir grevcinin zorla beslenmesinin 8. maddeye uygunluğu değerlendirilmemiştir. Yine de dolaylı olarak, başka haklarla ya da menfaatlerle çatıştığında yaşamın korunması, bu konuda Sözleşme’de bir düzenlemenin yokluğu gerekçe gösterilerek ve bir muhakeme yapılmaksızın üstün kabul edilmiştir. Daha sonraki kararlarda usulî güvenceler getirilmiş ve daha açık bir tutum geliştirilmiştir ancak açlık grevleri konusunda, bireysel

özerklik ile insan haysiyeti karşısında yaşamın niteliğinden bahsedilmeksizin biyolojik yaşamın üstün değerde olduğu kabul edilmiştir. Nitekim *Herczegfalvy/Avusturya* kararında bu tutum teyit edilmiş ancak Komisyon ayrıntılı bir incelemeye girmekten yine kaçınmıştır. Bu başvuruda 8. maddenin ihlal iddiaları konusunda Komisyon, cezaevlerinde alıkonan kişilere yönelik zorunlu tıbbi müdahale kararının 8. maddeye bir müdahale oluşturduğunu ancak zorla besleme fiilinin 3. madde altında incelediği için 8. madde altında ayrıca incelemeye gerek olmadığını ifade etmiştir.

Komisyonun zorla besleme fiilinin 8. madde kapsamındaki bir menfaate (fiziksel bütünlük) müdahale oluşturduğunun tespiti ancak daha ileri gitmeme yönündeki yaklaşımına karşın, Mahkemenin tutumu başından itibaren bu konudaki şikayetleri, yaşamın üstün değeri ve korunması ile işkence yasağı örüntüsü içerisinde yorumlamak olmuştur. Bir dönüm noktası olarak kabul edilmesi gereken *Nevmerzhitsky/Ukrayna* davasında bile açlık grevi yapan tam ehliyetli tutuklu ve hükümlülerin zorla beslenmesinin meşruluğuna ilişkin temel soru yanıtsız kalmıştır. Yine de bu dava, formüle edilen kriterlere uyulması halinde zorla beslemenin 3. madde denetiminden geçebileceğini tespit etmesi bakımından, meşruiyet sorusuna farklı bir yönden cevap verdiği için önemlidir.

Mahkeme bu davada, açlık grevindeki bir kişinin hayatını kurtarmayı amaçlayan ve tıbbi olarak gerekliyse zorla beslemenin ilke olarak insanlık dışı ve aşağılayıcı olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Bununla birlikte, tıbbi gerekliliğin varlığının ikna edici bir şekilde gösterilmesi, zorla besleme kararının usulî güvencelere uygun olması ve başvuruçuyu zorla beslemeye tabi tutma biçiminin, asgari şiddet eşikliğini aşmaması gerektiği de eklenmiştir. Yaşamın korunması için zorla beslemeye izin veren fakat bunun işkenceye ya da insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muameleye varmasına da izin vermeyen bu anlayış, açlık grevine müdahale bakımından standart bir çerçeve haline gelmiştir.

İç hukukunda zorla beslemeye izin veren ve bunu uygulayan Sözleşmecî bir Devlet bakımından Mahkemenin yaptığı inceleme; *Nevmerzhitsky* standartlarını, yani usulî güvencelerin yerine getirilmesini merkeze alan ve 8. maddeyi dışlayarak 2. ve 3. madde arasında bir denge gözeten, yumuşak bir paternalist, tıbbileştirilmiş ve zımni kısıtlama getirildiği fikrini düşündüren türdendir. ‘Yumuşak bir paternalist’ çünkü birçok kararda açlık grevcisi adına Devletin ‘kişi çıkarına en uygun düşen biçimde davranma’sı gözetilerek değerlendirme yapılmıştır. Böyle bir bakış açısı, temyiz kudretine sahip ve bilgilendirilmiş rızası ile açlık grevine giden kişinin özgür iradesini devre dışı bırakıp kişiye, yaşamayı dayatma anlamına gelir. Ayrıca kişi iradesi ve bireysel özerkliğe üstünlük tanınmasına dayanan uluslararası düzenlemelerin de görmezden gelinmesi anlamı taşır. Bunun yanında bu yaklaşım ya da yorumlama biçimi, ‘tıbbileştirilmiş’tir çünkü hem zorla besleme tıbbi bir temele dayandırılıp tıbbi bir müdahale olarak meşrulaştırılmaktadır hem de bunun sonucunda hekimlerin görüşü belirleyici kılınmaktadır. Tıbbi bir gereklilik olarak yorumlandığı için, zorla besleme müdahalesi bakımından akıl sağlığı yerinde olan ve olmayan grevci ayrımı böylece gereksizleşir. Akıl sağlığı, iradesi ve bireysel özerkliği temelinde ele alınmayan grevcilerin ortak paydası ise kapatılmış olmaları ve hürriyetlerinin kısıtlanmış olması gibi görünmektedir. Mahkeme birçok kararında Sözleşme’nin hükmündeki kısıtlamalardan daha fazlasının söz konusu olmadığını belirtmiş olmakla birlikte, en azından bazı konularda, Devletlerin koruması altında cezaevlerinde bulunan kimseler bakımından zımni kısıtlamaların fiilen mevcut olabileceğine dair soru işaretleri oluşmaktadır.

Zorla besleme müdahalesinin yapılmadığı durumlarda ise Mahkeme müdahale edilmesi yönünde Devletleri zorunlu tutmayıp gerekli sağlık bakımı ve gözetiminin verilmesi üzerinde durmaktadır. Dolayısıyla örneğin, *Horoz/Türkiye* davasında olduğu gibi, Mahkemenin açlık grevindeki hükümlü ve tutukluların zorla beslenmesine prensip

olarak karşı olmadığını ifade etmek mümkündür. Beslenmeme sonucunda ölümün gerçekleşmesi durumunda ise Devletlerin bundan prensip olarak sorumlu tutulmadıklarını söyleyebiliriz. Farklı bir ifadeyle, Devletin sorumluluğu ister zorla besleme yapılmış ister yapılmamış olsun; Mahkeme her iki durumda usulî bir incelemeye gitmekte, bu konuda Devletlere geniş bir takdir payı bırakmaktadır. Bu şekilde, cezaevlerinde açlık grevi yapan kişilerin aç bırakılmasının mı, yoksa zorla besleme yoluyla müdahalenin mi haklı olduğu sorusuna, dolaylı da olsa cevap vermiş olmaktadır.

Sözleşme organları, hükümlü ve tutuklu açlık grevcilerinin zorla beslenmesine ilişkin temel şikayetlerin Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeler arasında kurulacak bir denge üzerine formüle etmiştir. Böyle bir formülasyon, yaşamın korunması için müdahaleye izin verilmesi ve fakat işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleyle varmadan yapılması gereği, başka bir ifadeyle, açlık grevcisinin işbirliği yapmaması durumunda her zaman ciddi ölçüde şiddet içermesi gerçeğiyle açıklanabilir.

Bu çerçeveye göre, zorla beslemenin tıbben gerekliliği gösterilebildiğinde ve usulî güvenceler yerine getirildiğinde, zorla beslemenin uygulama şekli ve kullanılan şiddet belirleyici olacaktır. Bu durumda, zorla beslemenin, örneğin damardan besleme yolunda olduğu gibi, daha az zarar veren bir yoldan yapılması halinde, 3. maddenin ihlali iddiasını ileri sürmek mümkün olmayacaktır. Oysa 3. maddenin gerektirdiği şiddet eşiğine ulaşılmasa bile, 'referans hak' haline gelen 8. madde kapsamında yine de ihlal iddiaları gündeme gelebilecektir. Böylece 8. madde, bir kişinin manevi ve fiziksel bütünlüğünü kapsayan ve zorla tıbbi tedaviye karşı koruma sağlayan bir güvenlik ağı görevi görebilecektir. 3. madde ve 8. maddenin her ikisi kapsamında yer aldığı belirlenen hukuki menfaatler açısından, genel olarak 3. madde özel hüküm, 8. madde genel hüküm olarak görülmüş; 3. maddenin şiddet eşiği aşıldığında ya sadece 3. madde ihlali kararı verilmekle yetinilmiştir ya da her iki maddenin ihlal edildiği hükmüne

varılmıştır. 3. maddenin şiddet eşiğinin aşılmadığı kararı verildiğinde ise 8. madde yönünden şikayetler ayrıca incelenmiştir. Açlık grevlerine zorla besleme müdahalesi bakımından bu yola başvurmak Mahkeme içtihadının geneline uygundur ancak yine de başka başvurularla sınanmaya muhtaçtır.



SONUÇ

Özel yaşam kavramının kendisi birçok farklı tarihsel dönemde farklı anlamlara bürünmüş, farklı görüş ve düzenlemelere konu olmuştur. Arkasında sübjektif haklar, genel özgürlük, haysiyet ve bireysel özgürlük gibi birçok farklı değerin yer aldığı ileri sürülmüş; farklı disiplinler tarafından incelenmiştir. Hukuken korunması ise son yüzyılda gerçekleşmiştir. Aynı zamanda uluslararası bir hak olarak Sözleşme sistemi kapsamındaki herkes bakımından da teminat altına alınmıştır. Geleneksel olarak yalnız kalabilme ile konut dokunulmazlığı olarak formüle edilen ve tarihsel olarak sınırlı sayıdaki kişinin bir imtiyazı olmuş olan özel yaşama saygı hakkı, günümüze gelindiğinde birbirinden farklı birçok hukuki menfaati korumaya başlamıştır. Kavram düzeyinde sınırları pek de net olmayan özel hayatın, Sözleşme’de yer alan bir hak niteliğiyle aile, haberleşme, konut gibi çeşitli boyutları teminat altına alınmış; zaman içerisinde Sözleşme organlarının kararlarıyla ana hatları şekillendirilmiş ve madde hükmünün kapsamı genişletilmiştir.

Sözleşme’nin koruduğu bir hak olarak özel hayata saygı hakkı, açık bir şekilde tanımlanmamıştır. Bu nedenle hangi hukuki menfaatlerin bu kapsamda değerlendirileceğinin belirlenmesi, Sözleşme organlarının yetkisindedir. Bununla birlikte hakkın korunmasını temin etmekle görevli Mahkeme yargıçları, özel hayat kavramının çok kapsamlı olduğunu belirtmekle yetinmekte ve bu hakla ilişkili menfaatlerin hepsini birden kapsayacak tüketici bir tanımlama yapmaktan uzak durmaktadır.

Hak kapsamının birçok hukuki menfaati kapsayacak şekilde geniş yorumlanması, her kesim tarafından olumlu karşılanmamış; kavramsal bir kargaşa ile içtihadi bir belirsizlik sonucunu doğurduğu yönünde eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Bir yanda doktrinde özel hayat kavramının büründüğü görünümünün ya da tanımların çokluğu ve bunların birbiriyle ortak çok az paydaya sahip olması; öte yanda

Mahkemenin de içinde olduğu yargı mercilerinin kararlarında özel hayata saygı hakkına yüklenen korumanın toplumsal ve teknolojik gelişmeleri karşılayabilmesi için hak kapsamının geniş yorumlanması, beraberinde çeşitli eleştirileri de getirmektedir. Hak kapsamının belirsiz olması sonucunda korumanın zayıflatıldığı, yargılama yetkilerinin aşıldığı, hukuk güvenliğinin zedelendiği konusunda Sözleşme organlarına eleştiriler yöneltilmiştir.

Oysa özel hayat, normatif bir çerçevede yapılacak herhangi bir tanımda sabitlenemeyecek kadar dinamik ve değişken bir kavramdır. Hukuki bir metinde özel hayatla ilgili bir tanımlama yapıldığı takdirde, örneğin sübjektif haklarda olduğu gibi, teminat altına alınan hukuki menfaatler sabitlenebilecek ve belli bir tanımlama özel yaşamın kimi boyutlarını dışarıda bırakabilecektir. Bu nedenle, sabit bir tanımlamadansa özel hayatın kümülatif olarak geliştirilen ve açık uçlu bir kavram olduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca özel hayatın açık uçlu bir kavram olarak kabul edilmesi, bu hakkın toplumsal dinamiklerin sürekli değişimine ayak uydurmasını da sağlamaktadır. Sözleşme organlarının özel hayat kavramının hızla değişen içeriğini belirlemesi, geniş yorumlanan bir hak karşısında kendi yargılama yetkisini Üye Devletlerinkiyle dengede tutması ve nihayet tüm Üye Devletler bakımından ortak bir standart oluşturması beklentisinin karşılanması gerekmektedir.

Sözleşme organlarının kararlarında özel yaşama saygı hakkına ‘referans bir hak’ niteliğinin yüklendiğini görmek mümkündür. Bu özellik, özel yaşamın açık uçlu bir kavram olmasından olduğu kadar, Sözleşme sisteminin kendine has çalışma ve yorumlama yöntem ve araçlarından da kaynaklanmaktadır. Sözleşme sisteminin, bölgesel bir insan hakları mekanizması olmak gibi özel bir niteliğe sahip olması ama aynı zamanda uluslararası hukukun genel kurallarıyla bağlı olmak gibi kendine has yapısı nedeniyle; özel yaşama saygı hakkı bu sistem içerisinde özellik arz edecek biçimde geliştirilmiştir. Sözleşme, bir haklar bildirgesi ya da devletlerin iradeleri

doğrultusunda şekillendirilmiş durağan bir anlaşma değildir. Her ikisinden ayrı olarak, hakların etkili korunmasını temel bir amaç edinmiş canlı bir enstrüman olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca Sözleşme sistemi, sadece insan haklarının korunması ve geliştirilmesini ana amaç haline getirip bunu bir Avrupa kamu düzeninin temeline yerleştiren yargısal bir mekanizma kurmakla kalmamıştır. Amacı ve niteliği yanında, bu kamu düzeninin işleyişindeki dinamizm de sistemin ayırt edici bir özelliğidir. Bu dinamizm ise iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Öncelikle Sözleşme'nin 1950'de düzenlenen özgün biçiminin içeriği, hakların ve özgürlüklerin kapsamını genişleten Ek Protokollerle zaman içinde genişletilmiş ve başlangıçta orijinal metinde yer almayan kimi haklar eklenmiş ya da var olanlara yeni boyutlar eklenmiştir. Avrupalı bir kamu düzeninin dinamizmini sağlayan ikinci boyut ise Sözleşme'nin temel amacını göz önünde bulundurarak hakların kapsamını ve içeriğini güncel gelişmelere uygun ve etkili korunması için Sözleşme organlarının geliştirdiği özgün yorumlama yöntemi ve araçlarıdır.

Sözleşme'deki birçok hakkı ilgilendiren fakat özellikle birçok hukuki menfaatin korunması için referans bir hak olarak kullanılan özel hayata saygı hakkının yorumlanmasında sıkça kullanılan yorumlama yöntemi, 'dinamik yorumlama' yöntemidir. Bu yöntemin özgünlüğünün anlatılabilmesi ve meşruiyetinin sağlanabilmesi için hukuk metodolojisi alanına başvurulmuştur. Burada ise Ronald Dworkin'in sunduğu bütünsel yorumlama yöntem ve kuramının Sözleşme sistemi bakımından elverişli bir model olduğu tespit edilmiş, bu nedenle de üzerinde durulmuştur. Bu model sadece bir 'yöntem' olmayıp hukukun ne olduğuna ve ne olması gerektiğine dair genel bir kuram sunmaktadır. Mahkemenin çalışma yöntemini netleştirmek, verdiği kararları anlamlı bir çerçeve içerisinde değerlendirebilmek amacıyla ve ortaya çıkan sorunların çözümlenmesinde yol gösterici olması bakımından bu yöntemden faydalanılmıştır.

Dworkin'in bütünsel yöntemi, hermenötik adlandırılan ve sosyal bilimlerde kullanılan daha geniş bir yorumlama yaklaşımının bir parçasıdır.

Çok eski tarihlerde dini metinleri anlamlandırmak için geliştirilen, sonrasında felsefe ve sosyal bilimlerde kullanılan hermenötikten (yorumsamacılık) türetilmiş olan sistematik yorumlama, hukuk normlarının anlamını bir bütün olarak hukuktan çıkarmayı ve normların bu bütün içerisinde uyumlu olarak yorumlamayı önermektedir. Hukuku sistematik olarak yorumlayabilmek için, sadece hukuk normlarının kendi aralarındaki ilişkiye dayalı olarak bir bütünlük içerisinde ele almak yeterli değildir. Hukukun kendisi de yorumsal bir kavram olduğu için yorumlama faaliyetini, normların ilişkisini belirlemekten öte, hukukun içeriğinin doldurulması ve hukuk ile siyasetin hedeflenen amaçlar doğrultusundaki işlerliğini sınamak maksadıyla değerlendirmek gerekmektedir.

Bütünsel yorumlamayla, ilkelerle şekillendirilen ve bütünlük olarak anlaşılan hukuki yorum ile hâlihazırda hukuk pratiğinde mevcut olan birtakım ilkelerin (bazen lafzi olarak açıkça telaffuz edilmemiş olsalar dahi) bulunup çıkartılarak ama bir yandan da geçmişe sadık kalınarak daha iyi bir gelecek için en iyi yolun belirlenmesi amaçlanmaktadır. Bu yorumlamayla sadece pozitif hukuksal düzenlemeleri değil, siyasal amaçlar ve hukuki düzenlemelerden çıkarılacak ilkeleri de dikkate alan kuramsal bir model geliştirmiştir. Buna göre ilkeler; adalet, hakkaniyet ya da ahlakın başka bir boyutunun gerektirmesinden dolayı, uyulması gereken standartlardır. Hukuki kural ya da pratikler kendiliğinden uygulanabilir olarak kabul edilemez ve yorumlama, hukuki pratiğin ve ardındaki değer somutlaştırılmasıdır. Yorumlama işlemi, hukuki pratiğin nedenini belirlemek değil, esasen bunun ardında yatan değer bulunup çıkarılmasıdır. Bütünsel yorumlama, hukuki düzenlemelerin sabit metinler olarak anlaşılmasından kaynaklanabilecek kısıtları aşmayı ancak hiçbir sınırı olmayıp keyfi çıkarlar

güdebilecek pragmatik bir stratejiye saplanmaktan kaçınmayı da sağlayacak bir muhakeme yöntemidir.

Bütünsel yorumlama yöntemi, somut bir davada en doğru kararı bulma konusunda yargıçlara yol gösterici bir muhakeme şeması sunmakla beraber; atılacak her adımı tarif eden, gösteren ve kesin sonuçlar veren bir algoritma sunmamaktadır. Yine de belirli değerlerle ve geçmiş hukuki pratikten çıkartılacak ilkeler çerçevesinde sınırlandırılan yargıca rehberlik edecek hem hukuki düzenlemeleri hem de moral ilkeleri göz ardı etmeden kullanılacak esnek bir program sunmaktadır.

Bir yorumlama yöntemi olarak yol gösterici olması yanında, bütünsel yorumlamanın hak anlayışı da Sözleşme haklarını kuramsal bir çerçeve içerisinde anlamlandırabilmek bakımından önemli bir şablon sunmaktadır. Bu hak anlayışına göre yaşam, ölüm, üreme gibi konular kişinin en mahrem alanına, özgürlük alanının en dokunulmaz iç çekirdeğine ait olarak görülmektedir. Ayrıca bu konuları hukuk-dışı, ahlaki ya da dinsel alana bırakmak yerine; hukuk içinde saymak ve fakat her kişinin kendi iradesi ya da tercihine bırakıp bu haliyle nasıl korunabileceğinin imkanları üzerinde durmaktadır.

Özel yaşama saygı hakkı ise bu anlayış içerisinde merkezi bir role sahiptir. Yaşamın sorgusuz ve mutlak değerde kabul edilmesini içeren idari ve yasal pratiklerin devreye sokulduğu, bu pratiklerin içeriği konusunda toplumun ciddi ve uzlaşmaz biçimde fikir ayrılığına düştüğü ve bu pratikler sonucunda bir kişinin ya da bir kesimin ölçsüz ve telafi edilemeyecek şekilde zarar göreceği durumlarda, özel yaşama saygı hakkının devreye girip hak korumasını çalışması öngörülmektedir. Kişinin sadece kendisini ilgilendiren bir hususta idare ya da toplum, temel bir değeri dayatmak amacıyla hareket ettiğinde özel yaşama saygı hakkı devreye girebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, özel yaşama saygı hakkı, temel nitelikteki bir değer dayatılması maksadıyla devletin veya toplumun, kişi hak ve özgürlüklerine dokunmaya çalıştığında iktidarın

gücünü sınırlamak için vardır. Bu hak, zor davalar bağlamında ortaya çıkan ve pozitif hukuk bağlamında sayılmayan hukuki menfaatleri içeren bir hak koruması sağlamaktadır. Bu spesifik durumlar dışında, özel yaşama saygı hakkının koruma alanı, kamu yararı veya diğer kişi haklarıyla çatışması durumunda, nitelikli bir hak olarak kısıtlanabilmektedir. Dolayısıyla bütünsel yorum, olağan koşullardaki koruma ve olağan dışı koruma olarak ikili bir hak koruması sunmaktadır.

Dworkin'in bütünsel yorum yöntemi ve kuramıyla, Sözleşme organlarının kararlarında geliştirilen kendine has yorumlama yöntemi ve özel hayata saygı hakkına yüklenen anlam arasında büyük benzerlikleri bulunmaktadır. Sözleşme organlarının kullandığı yorumlama yöntemi, hukuki bir çerçevede salt bir metin okuması olmayıp, değerler-ilkeler içermekte ve bu değerleri hayata geçirme doğrultusunda şekillenmektedir. Bu organlar ayrıca Sözleşme'nin kendine has nitelikleri ve insan haklarını koruma ve uygulanmasını sağlama gibi bir amaca sahip olması nedeniyle, iç hukuklardan farklılaşabilen bazı yorumlama ilkelerini devreye sokabilmektedir. Sözleşme organları, hukukun genel kurallarının çizdiği çerçeveyi gözeterek ancak Sözleşme sisteminin *sui generis* amaçlarını gerçekleştirmek için günümüz koşullarına uygun yorum, otonom kavramlar ve etkili haklar gibi, kendine has bazı ilkeler vasıtasıyla dinamik bir yorumlama yöntemi geliştirmiştir. Genel teorik planda yorumsamacılık, özelde ise bütünsel hukuk yorumu ile ortak noktaları olduğu tespit edilen dinamik yorumlama; Sözleşme haklarının altında yatan kimi değerlerin bulunduğunu varsaymakta ve hakların etkili bir biçimde hayata geçirilebilmesi için bu değerlerin ortaya çıkarılmasına ve günümüz koşullarına uyarlanmasına dayanmaktadır. Bu yöntem; metne dayalı yorumlamanın, kavramların belirsizliği karşısında yetersiz kaldığı, hazırlık çalışmalarının ve kurucuların ya da Taraf Devletlerin niyetlerinin durağanlığının çıkmaza girdiği, ilkelere dayalı bir tutarlılığa ihtiyaç duyulduğu noktada hukuka uygun bir çıkış yolu sunmaktadır. Sözleşme'de yer alan hakların içeriği, otonom

biçimde ve günümüz koşullarının gereklilerine uygun olarak yorumlandığında, burada sayılmayan ancak içkin olarak bulunan kimi hukuki menfaatlerin de hak kapsamına alındığını görmek mümkündür. Böylece dinamik yorumlamanın, Devletlere yeni yükümlülükler getiren geniş bir yorum olarak değil; etkili ve pratik hakların hayata geçirilmesinin bir gereği olduğu gösterilmektedir. Böyle bakıldığında, Mahkeme genellikle normatif bir yorumlama yapmakta, incelediği hakkın özüne ve demokratik bir toplumda taşıdığı moral değere önem vermekte ve bütün bunları yaparken kurucu anlaşmasının, yani Sözleşme'nin insan haklarının korunmasına dair spesifik özelliği nedeniyle yetkilerini aşmayıp uluslararası hukuktaki yorumlama kurallarına uygun hareket etmektedir. Haklar konusunda karar verirken Sözleşme organlarının ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinde belirli bir konuda oluşan uzlaşının yanında; Sözleşme'nin temel amacına, insan haklarının korunmasına uygun olarak hakların altında yatan değerlerin, yani ilkelerin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu ilkelerin başta gelenleri insan haysiyeti, kişiliğin geliştirilmesi ve gerçekleştirilmesi, hukukun üstünlüğü ve bireysel özerklidir.

Bu ilkelerden bireysel özerklik, başka haklarla da ilişkilendirilmiş ancak özellikle 8. madde ile daha yoğun bir ilişkisi vardır. İçtihatlarla göre bireysel özerklik, bir kişinin bedeni üzerinde tercihler yapabilmesi hakkı; kişi açısından tehlikeli ya da fiziken veya ahlaken zararlı bile olsa, bir kişinin hayatını kendi seçimleri doğrultusunda yaşaması ve bu türden faaliyetlerde bulunabilmesi imkânı olarak tarif edilmiştir. Ayrıca bireysel özerkliğe, kişinin kendini geliştirebilmesi, geleceğini tayin edebilmesi ya da self-determinasyon, kişisel kimlik gibi başka değerlerle de ilişkilendirilmiştir. Bireysel özerkliğe Mahkeme kararlarında ikili bir işlev yüklenmiştir. Kişisel tercihleri hayata geçiren bir uygulamaya işaret ettiği ölçüde 'hak' ve daha da önemlisi, kişisel tercihlerin ve özellikle bedensel tasarrufların söz konusu olduğu durumlarda bir 'yorumlama ilkesi' olarak değerlendirilmiştir.

8. maddenin temin ettiği güvencelerin yorumlanmasında bireysel özerkliğın önemli bir ilke olduğu, birçok Mahkeme kararlarında teyit edilmiştir. Mahkeme kararlarından bireysel özerkliğın, özel hayata saygı hakkının içeriği ve sınırlarını belirleme ve hak kapsamında açıkça yer almayan hukuki menfaat iddiaları karşısında özel hayat anlayışını güncelleme işlevi gören bir yorumlama ilkesi olarak anlaşıldığını çıkarmak mümkündür.

Bireysel özerklik temelinde yorumlanan özel hayata saygı hakkı, kişi ve kişilik temelinde bir hak anlayışı öngörerek geleneksel anlamdaki mekânsal ve fiziksel sınırların ötesine geçen bir hak anlayışının yeşermesine zemin hazırlamaktadır. Hakların bireysel özerkliğe dayalı olarak yorumlanması, maddi bir zarar koşulu yerine, kişiye ya da bireye saygı koşulunu getirmektedir. Bireysel özerklik, özel hayatın hak korumasını genişleten ve negatif bir özgürlük kavrayışını aşan bir özgürlük anlayışının geliştirilmesine olanak sağlamaktadır. Sadece müdahaleden imtina etmek üzerine kurulu bir korumayla sınırlı kalmayıp, kişiliğin geliştirilmesi ve gerçekleştirilmesi için bazı tedbirlerin alınmasını getirebilmektedir. Böylece metinle sınırlı olmaksızın kimi hukuki menfaatlerin hak kapsamına alınabilmesine, Üye Devletlerden hakların etkili korunması için pozitif edimlerde bulunmalarının talep edilebilmesine, usulî kimi güvencelerin getirilebilmesine ve bazı istisnai durumlarda kısıtlama koşullarının etkilenmesine kadar etkileri olabilmektedir.

Özel hayata saygı hakkının koruduğu değerin, bireyin özerkliği ve kişiliğin geliştirilmesi olduğu kabul edildiğinde; bu hakkın, kendi düzenlediği alanla sınırlı olmayıp Sözleşme’de ifade edilmeyen birçok farklı hukuki menfaati kapsama potansiyeline sahip, genel bir ilke sunduğu açığa çıkmaktadır. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkının bir ‘referans hak’ biçiminde yorumlanmasının meşruiyetini sağlayan, bireysel özerkliğın bu hakkın ardındaki temel bir yorumlama ilkesi olarak anlaşılmaya başlamış olmasıdır. En genel anlamda, dışsal unsurlar tarafından belirlenmeme

durumunu ifade eden ‘bireysel özerklik’ etrafında yeniden tanımlanan bir özel hayat kategorisi; bireyin kendini geliştirebileceği, kendi tercihleri doğrultusunda iyi addettiği bir hayatı seçebileceği bir hak rejimi ve ayrıca devlet ve toplum dayatmalarına karşı bir koruma zırhı sunmaktadır. Hak sahibi bireyin kendisiyle, bedeniyle, kimliğiyle ilgili konularda özerk biçimde karar almasına dayanan; aynı zamanda bu bireyi toplumsal ilişkilerinden soyutlamayan bir özgürlük anlayışı, Sözleşme’nin yorumlanmasında bireysel özerkliğin önemli bir ilke olarak görülmesinin sonucudur. 8. maddenin üstlendiği işlevin ‘referans hak’ olarak tarif edilmesinin altında, Mahkemenin özel hayata saygı hakkını Sözleşme’de açıkça düzenlenmeyen hukuki menfaatlerin ileri sürülmesinde ve dinamik bir yorumlama vasıtasıyla müdahale karşısında hak kapsamına almasında bu anlayış yatmaktadır.

Tüm bunlarla birlikte, hem etik ve felsefi bakımdan uzlaşmaz kimi konular bağlamında bir hak iddiası olarak ileri sürülmesi hem de Sözleşme sisteminin, ulusal hukuk düzenleri karşısındaki ikincil niteliğinden ve dolayısıyla dinamik yorumlamanın kısıtları olmasından dolayı, bireysel özerkliğin de sınırları bulunmaktadır. Kişinin bedeni üzerindeki tasarruflarıyla yaşamına ve ölümüne dair alabileceği kararlar ve Devletlerin bu kararlara dönük müdahaleleri, bu çerçevede hem en kişisel, en mahrem konuları hem de etik olarak en hassas konuları örneklemektedir. Bu sebepten de bireysel özerkliğin hak kapsamını genişletici işlevinin sınırlarını göstermek bakımından önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, Sözleşme organlarının destekli intihar, kürtaja erişim ve açlık grevcisinin zorla beslenmesi konusunda verdikleri kararlara bakılmış; bireysel özerklik ile ilişkilendirilip ilişkilendirilmedikleri, Devletlere bu konularda ne tür yükümlülükler getirildiği, hangi meşru sınırlama ölçütleriyle değerlendirildikleri incelenmiştir.

Her üç temaya ilişkin verilen karar incelemelerinden ortak kimi eğilimler ortaya çıkmaktadır. Bunların başında, şikâyet konusu edilen hukuki menfaat iddiasıyla yaşam

hakkı arasında bir çatışma olduğu ve dolayısıyla bunun çözümüne ilişkin kurulan formülasyonlar gelmektedir. Burada kişi iradesi ve kişi tercihleriyle ilişkili olan yaşamın niteliği argümanı üzerinde durulmayıp biyolojik yaşamın üstün değerine atıfta bulunulmakta ve böylece de karşısında yer alan 8. madde bağlamındaki hukuki menfaatin dengelenme ihtimali kalmamaktadır. Oysa kuramsal ve yöntemsel olarak kıyas ettiğimiz bütünsel yorumlamada, bireysel özerkliğe dayalı hak iddialarının en azından değerlendirmeye dahil edilebilmesi öngörülmektedir. Bu bakımdan içtihadın modelden ayrıştığını tespit etmek gerekir.

Bireysel özerkliğin tezahürü olarak ortaya çıkan hak iddialarının karşısına yaşamın korunmasının konması biçimindeki formülasyon dışında dikkat çeken diğer bir genel eğilim, hassas ya da karmaşık olarak nitelenen bu temalara ilişkin düzenleme veya anlayışta, Avrupa düzeyinde bir uzlaşının olmaması gerekçe gösterilerek Devletlere geniş bir takdir payının bırakılmasıdır. Uzlaşının mevcut olmadığı tespiti ise ayrıntılı bir biçimde gösterilmemekte, uluslararası alandaki gelişmeler değerlendirmeye alınmamakta ve ilgili hukuki menfaatin kişinin en mahrem alanına ait olduğu göz ardı edilmektedir.

Destekli intihar, kürtaj ve zorla besleme konusunda ilgili Devletin yasal bir düzenlemesinin ya da uygulamasının olması halinde, dava incelemesi usulî güvenceler bakımından yapılmakta ve esasa yönelik belirlemeler yapmaktan kaçınılmaktadır. Dolayısıyla hukuki bir menfaatin varlığına dolaylı olarak işaret edilmekte ancak özel yaşama saygı hakkı kapsamına girdiği açıkça tespit etmekten imtina edilmektedir. Mahkemenin bu tutumunun arkasında, Üye Devletlerin ulusal hukuk düzenleri ve kurumları karşısındaki ikincil yargılama yetkisi ve Sözleşme sisteminin, insan haklarının evrenselliği ile Üye Devletlerin egemenliği arasında denge kurucu bir role sahip olan yapısının olduğunu tahmin etmek güç değil. Bununla birlikte, Sözleşme sistemi bünyesinde geliştirilen dinamik yorumlama, en azından AK ve Avrupa

genelindeki düzenlemeleri bütüncül bir şekilde ele almaya, belli bir konudaki uzlaşmayı uluslararası gelişmeler çerçevesinde değerlendirmeye müsait bir yapıdadır. Ayrıca son tahlilde, dinamik yorumlama sayısal bir uzlaşmaya dayanmak zorunda değildir. Yine de usul yönünden yapılan inceleme ve getirilen usulî güvence standartları, az gibi görünmekle birlikte, Üye Devletlerin kendi içindeki mevzuat ve uygulamaları şimdiden değiştirmeye başlamıştır.

Mahkemenin son derece dikkatli davranmasına rağmen dinamik yorumlama, Mahkemenin görev ve yetkileri konusunda birçok Üye Devletin eleştirisine yol açmış, yeni Protokollerle birlikte sübsidiarite ve prosedürleşme vurgusu artmaya başlamıştır.⁸⁰⁷ Bireysel özerklik ilkesi doğrultusunda dönüştürülen özel yaşama saygı hakkı üzerinden somutlaştırmaya çalıştığımız dinamik yorumlamanın, bu eğilimden etkilenecek gelecekte bürüneceği şekilleri şimdiden kestirmek mümkün olmamakla birlikte; insan haklarının güncel hale getirilmesi ve toplumsal ihtiyaçlar ile hukuk arasındaki açığı kapatma çabasının sürekliliği göz önüne alındığında, yol gösterici olmaya devam edeceğini öngörmek mümkündür.

⁸⁰⁷ Bkz. örn. **Criticism of the European Court of Human Rights-Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level**, Patricia Popelier, Sarah Lambrecht, Koen Lemmens (ed.), Intersentia, Cambridge, 2016; Mikael Rask Madsen, “The Narrowing of the European Court of Human Rights? Legal Diplomacy, Situational Self-Restraint, and the New Vision for the Court,” **European Convention on Human Rights Law Review**, Yıl 2021, Cilt 2, Sayı 1, s. 1-29; Başak Çalı, “Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights,” **Wisconsin International Law Journal**, Yıl 2018, Cilt 35, Sayı 2, s. 237-276; Paulo Pinto de Albuquerque, “Is the ECHR Facing an Existential Crisis?,” **Speech delivered at the Mansfield College, Oxford 28 April 2017**, <https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/pinto_opening_presentation_2017.pdf> Erişim Tarihi 04.09.2021; Mikael Rask Madsen, “The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash,” **Law and Contemporary Problems**, Yıl 2016, Cilt 79, s. 141-178; **Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm?** Ed. Marten Breuer, Springer, Berlin, 2019; Mikael Madsen, “Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?” **Journal of International Dispute Settlement**, Yıl 2018, Cilt 9, Sayı 2, s. 199-222; Mikael Madsen, “From Boom to Backlash? The European Court of Human Rights and the Transformation of Europe,” **The European Court of Human Rights: Current Challenges in Historical Perspective**, ed. Helmut Aust ve Esra Demir, Edward Elgar Publ., Cheltenham, 2021, s. 21-43; Oddný M. Arnardóttir, “The Brighton Aftermath and the Changing Role of the European Court of Human Rights,” **Journal of International Dispute Settlement**, Yıl 2018, Cilt 9, Sayı 2, s. 223-239; Laurence R. Helfer ve Erik Voeten, “Walking Back Human Rights in Europe?,” **The European Journal of International Law**, Yıl 2020, Cilt 31, Sayı 3, s. 797-827; Øyvind Stiansen ve Erik Voeten, “Backlash and Judicial Restraint: Evidence from the European Court of Human Rights,” **International Studies Quarterly**, Yıl 2020, Cilt 64, Sayı 4, s. 770-784.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Allen, Anita L., “Constitutional Law and Privacy,” **A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory**, 2nd ed., ed. Dennis Patterson, Blackwell Publishing, 2010,
<http://www.blackwellreference.com/public/book.html?id=g9781405170062_9781405170062> Erişim Tarihi 30.10.2019.
- Altıparmak, Kerem, ““Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1996, Cilt 45, Sayı 1, s. 219-250.
- Altıparmak, Kerem, “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?” **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?** Ankara Barosu Yay., Ankara, 2009, s. 60-111.
- Arai, Yutaka, “The System of Restrictions”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, ed. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn ve Leo Zwaak, Intersentia, Antwerpen, 2006, s. 333-350.
- Arendt, Hannah, **İnsanlık Durumu**, İletişim yay., İstanbul, 2000.
- Arnardóttir, Oddný M., “The Brighton Aftermath and the Changing Role of the European Court of Human Rights,” **Journal of International Dispute Settlement**, Yıl 2018, Cilt 9, Sayı 2, s. 223-239.
- Arslan, Gülay, **Özel Hayatın Korunması Hakkı**, Beta yay., İstanbul, 2011.
- Ashley, Viv, “Philosophical Models of Personal Autonomy,” *The Essex Autonomy Project-Green Paper Technical Report*, s. 1-30
<<https://autonomy.essex.ac.uk/wp-content/uploads/2016/11/Essex-Autonomy->

Project-Philosophical-Models-of-Autonomy-October-2012.pdf> Erişim Tarihi
09.10.2021.

- Aybay, Rona, **İnsan Hakları: Seçilmiş Makaleler**, Pencere yayınları, İstanbul, 2010.
- Barry, Norman P., **Modern Siyaset Teorisi**, Liberte yayınları, Ankara, 2018.
- Bauman, Zygmunt, **Hermenötik ve Sosyal Bilimler: Anlama'ya Dair Yaklaşımlar**, Ayrıntı Yay., İstanbul, 2017.
- Benda, Ernst, "The Protection of Human Dignity (Article 1 of The Basic Law)," **SMU Law Review**, Yıl 2000, Cilt 53, Sayı 2, s. 443-454.
- Benn, Stanley I., "Privacy, Freedom, and Respect for Persons," **Philosophical Dimensions of Privacy**, ed. Ferdinand D. Schoeman içinde, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1984, s. 223-245.
- Benn, Stanley I., **A Theory of Freedom**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1988.
- Bentham, Jeremy, **Rights, Representation and Reform: Nonsense upon Stilts and Other Writings on the French Revolution**, ed. Philip Schofield et al., Oxford, Clarendon, 2002.
- Berlin, Isaiah, "Two Concepts of Liberty," **Liberalism and Its Critics**, ed. Michael J. Sandel, New York Univ. Press, New York, 1984, s. 15-37.
- Berlin, Isaiah, **Four Essays on Liberty**, Oxford Univ. Press, Oxford, 1969.
- Bertram, Christopher, "Rousseau's Legacy in Two Conceptions of the General Will: Democratic and Transcendent," **Review of Politics**, Yıl 2012, Cilt 74, Sayı 3, s. 403-420.
- Beverly-Smith, Huw ve diğ., **Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2005.

- Bilen, Osman, **Çağdaş Yorum Bilim Kuramları: Felsefi ve Eleştirel Hermeneutik**, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2016.
- Bird, Colin, **The Myth of Liberal Individualism**, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- Blaikie, Norman, **Approaches to Social Enquiry**, Polity Press, Cambridge, 1993.
- Bloustein, Edward J., "Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser," **New York Univ. Law Review**, Yıl 1964, Cilt 39, s. 962-1007.
- Bobbio, Norberto, **Democracy and Dictatorship: The Nature and Limits of State Power**, Univ. of Minnesota Press, Minneapolis, 1989.
- Boling, Patricia, **Privacy and the Politics of Intimate Life**, Cornell University Press, Ithaca, 1996.
- Boran, Bedi, "Açlık Grevi/Ölüm Orucunda Müdahale Sorunu: Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım," **Ankara Barosu Dergisi**, Yaz 2007, Yıl 65, Sayı 3, s. 96-104.
- Brennan, J., **Libertarianism: What Everyone Needs to Know**, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Brink, David O., "Originalism and Constructive Interpretation," Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa (ed.), **Legacy of Ronald Dworkin** içinde, Oxford Univ. Press, Oxford, 2016, s. 273-298.
- Burckhardt, Jacob, **İtalya'da Rönesans Kültürü-1**, Devlet Kitapları, yer yok, 1974.
- Campbell, Tom, **Rights: A Critical Introduction**, Routledge, London, 2006.
- Castoriadis, Cornelius, **Political and Social Writings, Vol 3, Recommencing the Revolution: From Socialism to the Autonomous Society**, çev ve ed. David Ames Curtis, Univ. of Minnesota Press, Minneapolis, 1993.

- Christman, John, "Procedural Autonomy and Liberal Legitimacy," **Personal Autonomy: New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosophy**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2005, s. 277-298.
- Christman, John, "Relational Autonomy, Liberal Individualism, and the Social Constitution of Selves," **Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition**, Yıl 2004, Cilt 117, Sayı 1/2, s. 143-164.
- Christoffersen, Jonas, **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- Clapham, Andrew, **Human Rights in the Private Sphere**, Clarendon Press, New York, 1993.
- Clapham, Andrew, **Human Rights Obligations of Non-State Actors**, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Constant, Benjamin, "The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns", <<http://www.uark.edu/depts/comminfo/cambridge/ancients.html>> Erişim Tarihi 10.08.2019.
- Cornides, Jakob, "Human Rights Pitted Against Man," **The International Journal of Human Rights**, Yıl 2008, Cilt 12, Sayı 1, s. 107-134.
- Cremer, Hans-Joachim, **Human Rights and the Protection of Privacy in Tort Law: A Comparison Between English and German Law**, Routledge, London, 2011.
- **Criticism of the European Court of Human Rights-Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level**, Patricia Popelier, Sarah Lambrecht, Koen Lemmens (ed.), Intersentia, Cambridge, 2016.

- Crowe, J., “Dworkin and the Value of Integrity,” **Deakin Law Review**, Yıl 2007, Cilt 12, Sayı 1, s. 167-180.
- Çalı, Başak, “Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights,” **Wisconsin International Law Journal**, Yıl 2018, Cilt 35, Sayı 2, s. 237-276.
- Çalı, Başak, “The Limits of International Justice at the ECtHR: Between Legal Cosmopolitanism and ‘A Society of States’,” **Paths to International Justice: Social and Legal Perspectives**, ed. Marie-Bénédicte Dembour ve Tobias Kelly, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2007, s. 111-134.
- Çoban, Ali Rıza, “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,” **AÜHFD**, Yıl 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 187-223.
- De Albuquerque, Paulo Pinto, “Is the ECHR Facing an Existential Crisis?,” **Speech delivered at the Mansfield College, Oxford 28 April 2017**, <https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/pinto_opening_presentation_2017.pdf> Erişim Tarihi 04.09.2021.
- De Graaf, Francisca Christina Wilhelmina, “Dworkin’s Constructive Interpretation as a Method of Legal Research,” **Law and Method**, Aralık 2015, s. 1-15.
- De Londras, Fiona, “Dual Functionality and the Persistent Frailty of the European Court of Human Rights,” **European Human Rights Law Review**, Yıl 2013, Sayı 1, s. 38-46.
- De Schutter, Olivier, “L’interprétation de la Convention européenne des Droits de l’Homme: un essai en démolition,” **Revue de droit international et de sciences diplomatiques et politiques**, Yıl 1992, Sayı 70, s. 83-127.

- De Schutter, Olivier, “La vie privée entre droit de la personnalité et liberté,”
Revue trimestrielle des droits de l’homme, Yıl 1999, Sayı 40, s. 827-863.
- Dilthey, Wilhelm, **Hermeneutik ve Tin Bilimleri**, çev. Doğan Özlem,
Paradigma yayınları, İstanbul, 1999.
- Doğru, Ezgi Kızılkaya, **Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Hakları, Açlık Grevi ve AIDS/HIV**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Dottori, Riccardo, “The Concept of Phronesis by Aristotle and the Beginning of Hermeneutic Philosophy,” **Etica & Politica/Ethics & Politics**, XI, Yıl 2009, Sayı 1, s. 301-310.
- Duffy, Peter J., “The Protection of Privacy, Family Life and Other Rights under Article 8 of the European Convention on Human Rights,” **Yearbook of European Law** (1982), Clarendon Press, Oxford, 1983, s. 191-238.
- Dworkin, Ronald, “Autonomy and the Demented Self,” **The Milbank Quarterly**, Yıl 1986, Sayı 64, s. 4-16.
- Dworkin, Ronald, “Law as Interpretation,” **Critical Inquiry**, Yıl 1982, Cilt 9, Sayı 1, s. 179-200.
- Dworkin, Ronald, “Liberalism,” **Liberalism and Its Critics**, ed. Michael J. Sandel, New York Univ. Press, New York, 1984.
- Dworkin, Ronald, “Rights as Trumps,” **Theories of Rights**, ed. Jeremy Waldron, Oxford Univ. Press, New York, 1984, s. 153-167.
- Dworkin, Ronald, “The Concept of Unenumerated Rights: Whether and How *Roe* Should be Overruled,” **The University of Chicago Law Review**, Yıl 1992, Sayı 59, s. 381-432.
- Dworkin, Ronald, **A Matter of Principle**, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1985.
- Dworkin, Ronald, **Hakları Ciddiye Almak**, Dost Kitabevi, Ankara, 2007.

- Dworkin, Ronald, **Justice in Robes**, Harvard Univ. Press, Cambridge, 2006.
- Dworkin, Ronald, **Law's Empire**, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1986.
- Dworkin, Ronald, **Life's Dominion: an Argument about Abortion and Euthanasia**, Harper Collins, London, 1993.
- Dzehtsiarou, Kanstantsin ve Greene, Alan, "Restructuring the European Court of Human Rights: Preserving the Right to Individual Petition and Promoting Constitutionalism," **Public Law**, Yıl 2013, Sayı 4, s. 710-719.
- Dzehtsiarou, Kanstantsin, **European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2015.
- Eissen, Marc-André, "The Principle of Proportionality in the Case-law of the ECtHR," **The European System for the Protection of Human Rights**, ed. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, 1993, s. 125-146.
- Elias, Norbert, **Uygarlık Süreci: Sosyo-Oluşumsal ve Psiko-Oluşumsal İncelemeler**, Cilt 1, İletişim yay., İstanbul, 2005.
- Erdman, Joanna N., "Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights," **Reproductive Health Matters**, Yıl 2014, Cilt 22, Sayı 44, s. 22-30.
- Fawcett, J.E.S., **The Application of the European Convention on Human Rights**, Clarendon Press, Oxford, 1969.
- Fedtke, Jörg, "*Drittwirkung* in Germany," **Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study**, ed. Dawn Oliver ve Jörg Fedtke, Routledge, Oxen, 2007, s. 125-157.
- Fehér, Istvan M., "Prejudice and Pre-Understanding," **The Blackwell Companion to Hermeneutics**, Niall Keane ve Chris Lawn (ed.), Wiley Inc., Sussex, 2015, s. 376-386.

- Feldman, David, “Human Dignity as a Legal Value- Part I,” **Public Law**, Yıl 1999, Cilt 4, s. 682-702.
- Feldman, David, “Secrecy, Dignity or Autonomy? Views of Privacy as a Civil Liberty,” **Current Legal Problems**, Yıl 1994, Cilt 47, s. 41-71.
- Feldman, David, “The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights,” **European Human Rights Law Review**, Yıl: 1997, Cilt: 3, s. 265-274.
- Feldman, David, **Human Rights in England and Wales**, Oxford Univ. Press, Oxford, 1993.
- Fenwick, Daniel, “‘Abortion jurisprudence’ at Strasbourg: deferential, avoidant and normatively neutral?,” **Legal Studies**, Yıl 2014, Cilt 34, Sayı 2, s. 214-241.
- Feyzioğlu, Metin, “Açlık Grevi,” **AÜHFD**, Yıl 1993, Cilt 43, s. 157-169.
- Fish, Stanley, “Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism,” **Critical Inquiry**, Yıl 1982, Cilt 9, Sayı 1, s. 201-216.
- Fried, Charles, “Privacy: A Moral Analysis,” **Yale Law Journal**, Yıl 1968, Cilt 77, s. 475-493.
- Friedman, Marilyn, “Autonomy and Split-Level Self,” **Southern Journal of Philosophy**, Yıl 1986, Sayı 24, s. 19-35.
- Gadamer, Hans-Georg, “Hermeneutik Problemin Evrenselliği” ve “Metin ve Yorum,” Hüsamettin Arslan (der. ve çev.), **Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler**, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002.
- Gadamer, Hans-Georg, “Hermeneutik,” Doğan Özlem (der. ve çev.), **Hermeneutik Üzerine Yazılar**, İnkılap Yayınevi, İstanbul, 2003.
- Gadamer, Hans-Georg, **Hakikat ve Yöntem**, Paradigma yayınları, İstanbul, Cilt I- 2008, Cilt II-2009.

- Gadamer, Hans-Georg, **Truth and Method**, 2nd Revision, trans. Joel Weinsheimer ve Donald G. Marshall, New York: Crossroad, 1989.
- Gavison, Ruth, "Privacy and the Limits of Law," **Yale Law Journal**, Yıl 1980, Cilt 89, s. 421-471.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2010.
- Gerards, Janneke ve Senden, Hanneke, "The Fundamental Rights and The European Court of Human Rights," **I-CON**, Yıl 2009, Cilt 7, Sayı 4, s. 619-653.
- Gerards, Janneke, "The Prism of Fundamental Rights," **European Constitutional Law Review**, Yıl 2012, Cilt 8, Sayı 2, s. 173-202.
- Gerety, Tom, "Redefining Privacy," **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Yıl 1977, Cilt 12, Sayı 2, s. 233-296.
- Gerstein, Robert S., "Intimacy and Privacy," **Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology**, ed. Ferdinand David Schoeman, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, s. 265-272.
- Geuss, Raymond, **Kamusal Şeyler, Özel Şeyler**, YKY, İstanbul, 2007.
- Gilligan, Carol, **In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development**, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1982.
- Gobetti, Daniela, "Humankind as a System: Private and Public Agency at the Origins of Modern Liberalism," **Public and Private in Thought and Practice: Perspectives on a Grand Dichotomy**, ed. Jeff Weintraub ve Krishan Kumar, The Univ. of Chicago Press, Chicago, 1997, s. 103-133.
- Gobetti, Daniela, **Private and Public: Individuals, Households, and Body Politics in Locke and Hutcheson**, Routledge, New York, 1992.
- Gomez-Arostegui, H. Tomas, "Defining Private Life under European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations,"

- California Western International Law Journal**, Yıl 2005, Cilt 5, No. 2, s. 139-180.
- Gordon, Amanda, “The Constitutional Choices Afforded to a Prisoner on Hunger Strike: Guantánamo,” **Santa Clara Journal of International Law**, Yıl 2011, Sayı 9, s. 346-374.
 - Göka, Erol ve diğ., **Önce Söz Vardı: Yorumsamacılık Üzerine Bir Deneme**, Vadi Yayınları, Ankara, 1999.
 - Gözübüyük, Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
 - Greer, Steven, “Balancing and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate,” **Cambridge Law Journal**, Yıl 2004, Cilt 63, Sayı 2, s. 412-434.
 - Greer, Steven, “Revisiting the Debate about ‘Constitutionalising’ the European Court of Human Rights,” **Human Rights Law Review**, Yıl 2012, Cilt 12, s. 655-688.
 - Greer, Steven, **The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2006.
 - Gross, Hyman, **Privacy-Its Legal Protection**, Oceana Publ., New York, 1964.
 - **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights: Right to respect for private and family life, home and correspondence**, 31.08.2021, <https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf> Erişim Tarihi 15.03.2022.
 - Gusy, Christoph, “La théorie des sphères,” **Annuaire international de justice constitutionnelle**, Yıl 2003, Sayı 18-2002, s. 467-484.
 - Güven, Kudret, **Kişilik Hakları ve Ötanazi**, Seçkin yay., Ankara, 2000.

- Hansson, Mats G., **The Private Sphere: An Emotional Territory and Its Agent**, Springer, Dordrecht, 2008.
- Harris, David J. ve diğ., **Law of the European Convention on Human Rights** 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Heidegger, Martin, **Varlık ve Zaman**, Sentez Yayıncılık, Bursa, 2012.
- Helfer, Laurence R. ve Voeten, Erik, “Walking Back Human Rights in Europe?,” **The European Journal of International Law**, Yıl 2020, Cilt 31, Sayı 3, s. 797–827.
- Henkin, Louis, “Privacy and Autonomy,” **Columbia Law Review**, Yıl 1974, Cilt 74, Sayı 8, s. s. 1410-1433.
- Heun, Werner, **The Constitution of Germany: A Contextual Analysis**, Hart Publishing, Oxford, 2011.
- Hill, T. E. Jr., **Autonomy and Self-Respect**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1991.
- Hinman, Lawrence M., **Contemporary Moral Issues: Diversity and Consensus**, 3rd edition, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2006.
- Hirsch, Jr., E. D., “The Politics of Theories of Interpretation,” **Critical Inquiry**, Yıl 1982, Cilt 9, Sayı 1, s. 235-247.
- Hixson, Richard F., **Privacy in a Public Society: Human Rights in Conflict**, Oxford Univ. Press, New York, 1987.
- Hohfeld, Wesley N., “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning,” **Yale Law Journal**, Yıl 1913, Cilt 23, Sayı 1, s. 16-59.
- Hohfeld, Wesley N., Newcomb, **Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning**, Yale University Press, New Haven, 1964.
- Homeros, **Odysseia Destanı**, 27. Baskı, Can Yayınları, İstanbul, 2013.

- Hunter-Henin, Myriam, “France Horizontal Application and the Triumph of the European Convention on Human Rights,” **Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study**, ed. Dawn Oliver ve Jörg Fedtke, Routledge, Oxen, 2007, s. 98-124.
- Inazu, John D., “The Limits of Integrity,” **Law and Contemporary Problems**, Yıl 2012, Cilt 75, Sayı 4, s. 181-200.
- Innes, Julie C., **Privacy, Intimacy and Isolation**, Oxford Univ. Press, New York, 1992.
- Işıktaç, Yasemin ve Metin, Sevtap, **Hukuk Metodolojisi**, Filiz kitabevi, İstanbul, 2013.
- İnceoğlu, Sibel, **Ölme Hakkı: Ötanazi**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999.
- Johnston, David, **The Idea of Liberal Theory**, Princeton University Press, New York, 1994.
- Kaboğlu, İbrahim, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı,” **Anayasa Yargısı-8**, 25-27 Nisan 1991, Ankara, s. 300.
<<https://anayasa.gov.tr/media/4800/kaboglu.pdf>> Erişim Tarihi 27.07.2019.
- Kahn, Jonathan, “Privacy as a Legal Principle of Identity Maintenance,” **Seton Hall Law Review**, Yıl 2003, Cilt 33, s. 371-410.
- Kanadoğlu, Korkut, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2000.
- Kant, İmmanuel, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, çev. İoanna Kuçuradi, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1981.
- Kant, İmmanuel, **Pratik Aklın Eleştirisi**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1999.

- Karasaç, Eda Gülsüm, “Ceninin Yaşama Hakkı,” **AÜHFD**, Yıl 2022, Cilt 71, Sayı 3, s. 1051-1097.
- Kaya, İbrahim, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016.
- Koch, Ida Elisabeth, “Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?,” **Human Rights Law Review**, Yıl 2005, Cilt 5, Sayı 1, s. 81-103.
- Koch, Ida Elisabeth, **Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- Korsgaard, Christine ve diğ., **The Sources of Normativity**, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1996.
- Kumm, Mattias, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement,” **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**, ed. George Pavlakos, Hart Publishing, Portland, 2007, s. 131-167.
- Kupfer, Joseph, “Privacy, Autonomy, and Self-Concept,” **American Philosophical Quarterly**, Yıl 1987, Cilt 24, Sayı 1, s. 81-89.
- Laurie, Graeme, **Genetic Privacy: A Challenge to Medico-Legal Norms**, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Lepsius, Oliver, “Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-Transport Security Act,” **German Law Journal**, Yıl 2006, Cilt 7, Sayı 9, s. 761-776.
- Letsas, George, "The Scope and Balancing of Rights: Diagnostic or Constitutive?," **Shaping Rights in the European Convention of Human Rights: The Role of the European Court of Human Rights in Determining**

- the Scope of Human Rights**, içinde, ed. Eva Brems ve Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2014. s. 38-65.
- Letsas, George, “Intentionalism and the Interpretation of the ECHR”, **Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On**, ed. Malgosia Fitzmaurice ve diğ., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, s. 257-272.
 - Letsas, George, “The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR,” **European Journal of International Law**, Yıl 2004, Cilt 15, Sayı 2, s. 279-305.
 - Letsas, George, **A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights**, Oxford Univ. Press, Oxford, 2007.
 - **Liberalism and Its Critics**, ed. Michael J. Sandel, New York Univ. Press, New York, 1984.
 - **Liberalism: Old and New**, ed. Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller ve Jeffrey Paul, Cambridge University Press, New York, 2007.
 - Loucaides, Loukis G., **Essays on the Developing Law of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, 1995.
 - Lukes, Steven, **Bireycilik**, Bilim ve Sanat Yay., Ankara, 2006.
 - Macdonald, Ronald St. J., “The Margin of Appreciation,” **The European System for the Protection of Human Rights**, ed. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, 1993, s. 83-124.
 - Mack, Eric ve Gaus, Gerald F., “Classical Liberalism and Libertarianism: The Liberty Tradition,” **The Handbook of Political Theory**, ed. Gerald F. Gaus ve Chandran Kukathas, Sage, London, 2004, s. 115–130.

- Madsen, Mikael Rask, “The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash,” **Law and Contemporary Problems**, Yıl 2016, Cilt 79, s. 141-178.
- Madsen, Mikael Rask, “The Narrowing of the European Court of Human Rights? Legal Diplomacy, Situational Self-Restraint, and the New Vision for the Court,” **European Convention on Human Rights Law Review**, Yıl 2021, Cilt 2, Sayı 1, s. 1-29.
- Madsen, Mikael, “From Boom to Backlash? The European Court of Human Rights and the Transformation of Europe,” **The European Court of Human Rights: Current Challenges in Historical Perspective**, ed. Helmut Aust ve Esra Demir, Edward Elgar Publ., Cheltenham, 2021, s. 21-43.
- Madsen, Mikael, “Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?” **Journal of International Dispute Settlement**, Yıl 2018, Cilt 9, Sayı 2, s. 199-222.
- Makulilo, Alex B., ““A Person Is a Person through Other Persons”- A Critical Analysis of Privacy and Culture in Africa,” **Beijing Law Review**, Yıl 2016, Sayı 7, s. 192-204.
- Marks, Susan, “The European Convention on Human Rights and Its ‘Democratic Society’,” **The British Yearbook of International Law**, Yıl 1996, Cilt 66, Sayı 1, s. 209-238.
- Marshall, Jill, **Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- Marx, Karl, **Yahudi Sorunu**, Ankara, Sol yay., 1997.

- Matscher, Franz, "Methods of Interpretation of the Convention," **The European System for the Protection of Human Rights**, ed. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, 1993, s. 64-66.
- McCrudden, Christopher, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights," **The European Journal of Human Rights**, Yıl 2008, Cilt 19, Sayı 4, s. 655-724.
- Merrills, J. G., **The Development of International Law by The European Court of Human Rights**, 2nd ed., Manchester Univ. Press, Manchester, 1993.
- Mill, John Stuart, **On Liberty**, The Walter Scott Publishing Co., Ltd., London, 1901.
- Mill, John Stuart, **Özgürlük Üstüne ve Seçme Yazılar**, Belge yay., İstanbul, 2005.
- Mindle, Grant B., "Liberalism, Privacy, and Autonomy," **Journal of Politics**, Yıl 1989, Cilt 51, Sayı 3, s. 575-598.
- Moore, Adam, "Defining Privacy," **Journal of Social Philosophy**, Yıl 2008, Cilt 39, Sayı 3, s. 411-428.
- Mootz, Francis J., "Hermeneutics and Law," **The Blackwell Companion to Hermeneutics**, ed. Niall Keane ve Chris Lawn, John Wiley and Sons Inc., 2015, s. 772-784.
- Moreham, Nicole A., "The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-examination," **European Human Rights Law Review**, Yıl 2008, Sayı 1, s. 44-80.
- Mowbray, Alastair, "The Creativity of the European Court of Human Rights," **Human Rights Law Review**, Yıl 2005, Cilt 5, Sayı 1, s. 57-79.

- Mowbray, Alastair, **The Development of Positive Obligations under the ECHR by the ECtHR**, Hart Publ., Oxford, 2004.
- Murray, Claire, “The Protection of Life During Pregnancy Act 2013: Suicide, Dignity and the Irish Discourse on Abortion,” **Social and Legal Studies**, Yıl 2016, Cilt 25, Sayı 6, s. 667-698.
- Müller, Friedrich, **Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri**, Yayına Hazırlayan: Fazıl Sağlam, Çevirenler: Bertil Emrah Oder, Korkut Kanadoğlu, Osman Can, Fazıl Sağlam, Maltepe Üniversitesi Yayınları: 2009/2, 1. Baskı, İstanbul, 2009.
- Nedelsky, Jennifer, “Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities,” **Yale Journal of Law & Feminism**, Yıl 1989, Cilt 1, Sayı 1, s. 7-36.
- Nino, Carlos Santiago, **The Ethics of Human Rights**, Oxford Univ. Press, Oxford, 1994.
- Nissenbaum, Helen, **Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life**, Stanford Univ. Press, Stanford, 2010.
- Oder, Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma**, Beta, İstanbul, 2010.
- *Olmstead v. US*, 277 US 478 (1928), Yargıç Brandeis’nin muhalif görüşü. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438> Erişim Tarihi 28.05.2019.
- Ost, François, **Droit et intérêt: entre droit et non-droit: l’intérêt**, Vol. 2, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, Bruxelles, 1990.
- Otacı, Cengiz, “Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu,” **TBB Dergisi**, Yıl 2010, Sayı 89, s. 439-491.

- Ovey, Clare ve diğ., **Jacobs and White: The European Convention on Human Rights**, 4. Basım, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- **Özel Hayatın Tarihi** (5 cilt halinde), yay. hazırlayan Philippe Ariès ve Georges Duby, YKY, İstanbul, 2006-2010.
- Paraskeva, Costas, “Reforming the European Court of Human Rights: An Ongoing Challenge,” **Nordic Journal of International Law**, Yıl 2007, Cilt 76, Sayı 2-3, s. 185-216.
- Parent, William, “Privacy, Morality and the Law,” **Philosophy and Public Affairs**, Yıl 1983, Cilt 12, Sayı 4, s. 269-288.
- Parker, Richard, “A Definition of Privacy,” **Rutgers Law Review**, Yıl 1974, Cilt 27, s. 275-297.
- Perry, Stephen R., “Method and Principle in Legal Theory,” **Faculty Scholarship**, Yıl 2002, Paper 1106,
<http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1106> Erişim Tarihi 12.10.2020.
- Petzold, Herbert, “The Convention and the Principle of Subsidiarity,” **The European System for the Protection of Human Rights**, ed. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, 1993, s. 41-62.
- Pildes, Richard H., “Two Conceptions of Rights in Cases Involving Political “Rights”,” **Houston Law Review**, Yıl 1997, Sayı 34, s. 323- 332.
- Powers, Madison, “A Cognitive Access Definition of Privacy,” **Law and Philosophy**, Yıl 1996, Cilt 15, Sayı 4, s. 369-386.
- Priaulx, Nicolette, “Testing the Margin of Appreciation: Therapeutic Abortion, Reproductive 'Rights' and the Intriguing Case of Tysiäc v. Poland,” **European Journal of Health Law**, Yıl 2008, Cilt 15, Sayı 4, s. 361-379.

- **Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm?** Ed. Marten Breuer, Springer, Berlin, 2019.
- Puppink, Grégor, “Procedural Obligations under the European Convention on Human Rights: an Instrument to Ensure a Broader Access to Abortion,” **Zeszyty Prawnicze**, Yıl 2013, Cil 13, Sayı 1 <<https://ssrn.com/abstract=2346186>> Erişim Tarihi 12.03.2020.
- Rachels, James, “Euthanasia: Active and Passive Euthanasia,” **Philosophy and Death: Introductory Readings**, ed. Samantha Brennan ve Robert J. Stainton, Broadview Press, Ontario, 2010.
- Raz, Joseph, **The Morality of Freedom**, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- Reiman, Jeffrey H., “Privacy, Intimacy, and Personhood,” **Philosophy and Public Affairs**, Yıl 1976, Cilt 6, Sayı 1, s. 26-44.
- Reyes, Hernán, “Medical and Ethical Aspects of Hunger Strikes in Custody and the Issue of Torture,” extracts from “Maltreatment and Torture” in the series **Research in Legal Medicine- Volume 19/Rechtsmedizinische Forschungsergebnisse- Band 19**. M. Oehmichen, ed., Verlag Schmidt-Römhild, Lübeck, 1998
<https://www.researchgate.net/publication/246800902_Medical_and_ethical_aspects_of_hunger_strikes_in_custody_and_the_issue_of_torture> Erişim Tarihi 12.05.2021.
- Rigaux, François, **La vie privée: une liberté parmi les autres**, Travaux de la Faculté de droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1992.
- Rosenfeld, Barry, **Assisted Suicide and the Right to Die: The Interface of Social Science, Public Policy, and Medical Ethics**, American Psychological Association, Washington, 2004.

- Rosenfield, Allan ve Iden, Sara, “Kürtaj: Tıbbi Perspektifler,” **Dini Araştırmalar**, Yıl 2011, Cilt 14, Sayı 38, s. 123-134.
- Roskin, Michael G., **Siyaset Bilimi**, Adres yayınları, Ankara, 2018.
- Rousseau, Jean-Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, çev. Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul, 2001.
- Roux, André, **La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers**, Economica, Paris, 1983.
- Rössler, Beate, “Privacies: An Overview,” **Privacies: Philosophical Evaluations**, ed. Beate Rössler, Stanford University Press, Stanford, 2004, s. 1-18.
- Sağlam, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982.
- Sandel, Michael, **Liberalism and the Limits of Justice**, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.
- Sardaro, Pietro, “Individual Complaints”, **Protocol No. 14 and the Reform of the ECtHR** içinde, ed. Wouter Vandenhoele ve Paul Lemmens, Intersentia, Antwerpen, 2005, s. 45-67.
- Scharkopf, Frank, “Human Dignity, Fundamental Rights of Personality and Communication,” **European Fundamental Rights and Freedoms**, ed. Dirk Ehlers, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, s. 399-429.
- Senden, Hanneke, **Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system: an analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union**, Intersentia, Cambridge, 2011.
- Sennett, Richard, **Kamusal İnsanın Çöküşü**, Ayrıntı, İstanbul, 1996.

- Singh, Rabinder, “The Place of the Human Rights Act in a Democratic Society,” **Understanding Human Rights Principles**, ed. Jeffey Jowell ve Jonathan Cooper, Hart Publ., Oxford, 2002, s. 179-202.
- Solum, Lawrence B., “The Unity of Interpretation,” **Boston University Law Review**, Yıl 2010, Cilt 90, s. 551-578.
- Soyer, Ata, “Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, Türk Tabipleri Birliği ve Son Tartışmalar” <https://www.ttb.org.tr/aclik_grevleri/a_soyer.html> Erişim Tarihi 19.08. 2022.
- Sözen, Edibe, **Söylem: Belirsizlik, Mübadele, Bilgi/Güç ve Refleksivite**, Paradigma yayınları, İstanbul, 1999.
- Sözer, Ali Nazım, **Hukukta Yöntembilim**, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2011.
- Spellman, W. M., **Ölümün Kısa Bir Tarihi**, Tellekt, İstanbul, 2020.
- Stiansen, Øyvind ve Voeten, Erik, “Backlash and Judicial Restraint: Evidence from the European Court of Human Rights,” **International Studies Quarterly**, Yıl 2020, Cilt 64, Sayı 4, s. 770–784.
- Sudre, Frédéric, “Rapport introductif: la ‘construction’ par le juge européen du droit au respect de la vie privée,” **Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme**, Bruylant, Bruxelles, s. 21-26.
- Şen, Ersan, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Kazancı, İstanbul, 1996.
- Tacir, Hamide, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2011.
- Taşkın, Ahmet, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Beslenme Reddi,” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 62, Yıl 2006, s. 230-261.

- Tavani, Herman ve Moor, James, “Privacy Protection, Control of Information, and Privacy-Enhancing Technologies,” **Computers and Society**, Yıl 2001, Cilt 31, Sayı 1, s. 6-11.
- Taylor, Robert S., “Kantian Personal Autonomy,” **Political Theory**, Yıl 2005, Cilt 33, Sayı 5, s. 602-628.
- **The Legalization of Human Rights: Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law**, ed. Saladin Meckled-Garcia ve Başak Çalı, Oxfordshire, Routledge, 2006.
- Thomson, Judith Jarvis, “The Right to Privacy,” **Philosophical Dimensions of Privacy**, ed. Ferdinand David Schoeman içinde, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1984, s. 272-290.
- Tsakyrakis, Stavros, “Proportionality: An Assault on Human Rights?,” **I-CON** , Yıl 2009, Cilt 7, Sayı 3, s. 468-493.
- Tulkens, Françoise, “Freedom of expression and information in a democratic society and the right to privacy under the European Convention on Human Rights: a comparative look at Articles 8 and 10 of the Convention in the case-law of the European Court of Human Rights”, **Conference Reports: Conference on Freedom of Expression and the Right to Privacy**, Strasbourg, 23 September 1999, <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/dh-mm\(2000\)007_en.asp#P438_62082](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/dh-mm(2000)007_en.asp#P438_62082)> Erişim Tarihi 02.03.2020.
- Uerpmann-Witzack, Robert, “Personal Rights and the Prohibition of Discrimination,” **European Fundamental Rights and Freedoms**, ed. Dirk Ehlers, De Gruyter Recht, Berlin, 2007.
- Üzeltürk, Sultan, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, Beta, İstanbul, 2004.

- Van Dijk, P. ve Von Hoof, G. J. H., **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 3rd edition, Kluwer Int'l Law, The Hague, 1998.
- Vaughn, Lewis, **Bioethics: Principles, Issues, and Cases**, Oxford University Press, New York, 2010.
- Wacks, Raymond, "The Poverty of Privacy," **Law Quarterly Review**, Yıl 1980, Cilt 96, Sayı 73, s. 73-89.
- Waldron, Jeremy, "Fake Incommensurability: A Response to Prof. Shauer," **Hastings Law Journal**, Yıl 1994, Cilt 45, s. 813-824.
- Waldron, Jeremy, "Moral and Personal Autonomy," J. Christman ve J. Anderson (ed.), **Autonomy and the Challenges to Liberalism**, Cambridge University Press, New York, 2005, s. 307-329.
- Waldron, Jeremy, "Security and Liberty: The Image of Balance," **Journal of Political Philosophy**, Yıl 2003, Sayı 11, s. 191-210.
- Warren, Samuel ve Brandeis, Louis, "The Right to Privacy," **Harvard Law Review**, Yıl 1890, Cilt 4, Sayı 5, s. 193-220.
- Westin, Alan, **Privacy and Freedom**, 6. Baskı, Atheneum, New York, 1970.
- Whitman, James Q., "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty," **The Yale Law Journal**, Yıl 2004, Cilt 113, s. 1151-1221.
- Xenos, Dimitris, **The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights**, Routledge, London, 2012.
- **Yearbook of the European Convention on Human Rights-1970**, Martinus Nijhoff Publ., The Hague, 1972.
- Yourow, Howard Charles, **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, Martin Nijhoff Publ., Dordrecht, 1996.

- Zarbiev, Fouad, “Book Review: Robert Kolb, Interprétation et création du droit international. Esquisse d’une herméneutique juridique moderne pour le droit international public,” **Leiden Journal of International Law**, Yıl 2009, Sayı 22, s. 211-216.
- Zevkliler, Aydın ve diğ., **Medeni Hukuk: Temel Bilgiler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

Ansiklopedi ve Sözlükler

- “Doktrin,” **TDK Büyük Türkçe Sözlük**, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 18.07.2021.
- “Özel,” **TDK Sözlük**, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 27.01.2019.
- “Zigot”, “Oğulcuk”, “Embriyo”, “Dölüt”, “Fetüs”, “Cenin”, **Türk Dil Kurumu**, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim tarihi 14.07.2020.
- Akarsu, Bedia, “İlke,” **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, TDK Yayınları, Ankara, 1975, s. 96.
- Botts, Tina, “Legal Hermeneutics,” **Internet Encyclopedia of Philosophy**, <<http://www.iep.utm.edu/leg-herm/>> Erişim Tarihi 10.10.2020.
- Buhr, Manfred ve Kosing, Alfred, “İlke,” **Bilimsel Felsefe Sözlüğü**, 2. Baskı, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul, 1999, s. 204.
- Çankı, Mustafa Namık, “Principe,” **Büyük Felsefe Lugatı**, 2. Cilt, Aşıkoğlu Matbaası, İstanbul, 1955, s. 735-740.
- Lewis, Charlton T. ve Short, Charles, **A Latin Dictionary**, Oxford, Clarendon Press, 1879.
<<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0>

059%3Aalphabetic+letter%3DP%3Aentry+group%3D103%3Aentry%3Dprivo>

Erişim Tarihi 01.03.2020.

- Ovacık, Mustafa, “Doctrine,” **İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü**, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 119.
- Piper, Mark, “Autonomy: Normative,” **Internet Encyclopedia of Philosophy**, <<https://iep.utm.edu/aut-norm/>> Erişim Tarihi 02.04.2021.
- Stavropoulos, Nicos, “Legal Interpretivism,” **Stanford Encyclopedia of Philosophy Archives**, <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>> Erişim Tarihi 18.12.2020.

Uluslararası Hukuk Antlaşmaları, Şartları, Sözleşmeleri, Protokolleri, Raporları ve Ulusal Kanunlar

- “Advisory Opinion Concerning Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,” **International Court of Justice (ICJ)**, 28 May 1951, <<https://www.refworld.org/cases,ICJ,4023a7644.html>> Erişim Tarihi 16.07.2020.
- “Declaration on mass communication media and Human Rights,” Parliamentary Assembly, **Resolution 428 (1970)** <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>> Erişim Tarihi 15.03.2022.
- “Establishment of a collective guarantee of essential freedoms and fundamental rights,” **Report - Doc. 77**, 05.09.1949, madde 7, <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=36&lang=en>> Erişim Tarihi: 20.09.2019.

- “Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,” **Council of Europe Treaty Series - No. 214** <<https://rm.coe.int/16800d383e>> Erişim Tarihi 22.04.2019.
- “Explanatory Report to The Protocol No. 14 to the Convention for the Proteciton of Human Rights and Fundamental Freedoms amending the control system of the Convention,” **Council of Europe Treaty Series - No. 194**, Strasbourg, 13.05.2004 <<https://rm.coe.int/16800d380f>> Erişim Tarihi 19.04.2019.
- “Explanatory Report: Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,” **Council of Europe Treaty Series - No. 213** <https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf> Erişim Tarihi 19.04.2019.
- “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law,” **Report of the Study Group of the International Law Commission**, Finalized by Martti Koskenniemi, International Law Commission, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CN.4/L.682> Erişim tarihi 17.07.2021.
- “Mahkeme’nin Danışma Görüşü Yetkisine Tabi ‘Diğer Antlaşmalar’ konusunda Peru tarafından talep edilen Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Danışma Görüşü,” **Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-1/82 of September 24, 1982, "Other Treaties"** Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on Human Rights), <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_ing1.pdf> Erişim Tarihi 16.07.2020.

- “Mass communication media and Human Rights,” Parliamentary Assembly, **Recommendation 582 (1970)** <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=14617&lang=en>> Erişim Tarihi 15.03.2022.
- “Sexual and reproductive health rights: challenges and opportunities during the COVID-19 pandemic,” **Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health**, haz. Tlaleng Mofokeng, **U.N. Doc. A/76/172**, 16.07.2021 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/195/83/PDF/N2119583.pdf?OpenElement>> Erişim Tarihi 12.01.2022.
- **African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights**, (OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), yrrlğe giriş 21 Ekim 1986) <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3630.html>> Erişim Tarihi 03.07.2021.
- **American Convention on Human Rights** (O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, yrrlğe giriş 18 Temmuz 1978) <<https://treaties.un.org/pages/showdetails.aspx?objid=08000002800f10e1>> Erişim Tarihi 08.10.2021.
- **Arab Charter on Human Rights**, Arap Devletleri Ligi Konseyi, 15 Eylül 1994; yeniden basım **Hum. Rts. L.J.**, Yıl 1997, Cilt 18, s. 151.
- **Arab Charter on Human Rights**, United Nations Digital Library, <<https://digitallibrary.un.org/record/551368>> Erişim Tarihi 07.09.2021.
- **Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin ye Devletlere Cezaevlerinde Tıbbi Bakımın Etik ve Kurumsal Yönleriyle İlgili R(98)7 Sayılı Tavsiyesi Kararı**, s. 60-67, <https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151705tavsiye_kararlari.pdf> Erişim Tarihi 10.10.2021.

- **Beijing Declaration and Platform for Action**, Resolution1
<<https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>> Erişim Tarihi 21.07.2021.
- CESCR Committee, “General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12),” **U.N. Doc. E/C.12/2000/4**, 11.08.2000
<<https://digitallibrary.un.org/record/425041>> Erişim Tarihi 13.01.2022.
- **Ceza Muhakemesi Kanunu**, Kanun No. 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, **Resmî Gazete**, 17.12.2004, Sayı 25673.
- **Charter on Sexual and Reproductive Rights**, 1995, International Planned Parenthood Foundation
<www.ippf.org/en/Resources/Statements/IPPF+Charter+on+Sexual+and+Reproductive+Rights.htm> Erişim Tarihi 14.05.2019.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “General Comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights),” **U.N. Doc. E/C.12/GC/22**, 02.05.2016 < <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/089/32/PDF/G1608932.pdf?OpenElement>> Erişim Tarihi 12.01.2022.
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women (“CEDAW Committee”), “General Recommendation No. 24: Article 12 of the Convention (Women and Health),” **U.N. Doc. A/54/38/Rev.1, Chap. I** (1999)
<https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=11> Erişim Tarihi 13.01.2022.
- **Conclusions of the Nordic Conference on the Right to Privacy**, 1967, Geneva, International Commission of Jurists, s. 2-3

- <<http://unesdoc.unesco.org/images/0000/000025/002559eo.pdf>> Erişim Tarihi 29.03.2020.
- **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 (ETS No. 164)**, Oviedo, 04.04.1997, Yürürlüğe giriş 1.12.1999, <<https://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention>> Erişim Tarihi 10.10.2021.
 - **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, Rome, 4.XI.1950, s. 5, <https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf> Erişim Tarihi 28.05.2019.
 - **Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women**, <<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm#intro>> Erişim Tarihi 15.05.2021.
 - **Final Act of the International Conference on Human Rights**, Teheran, 22 April to 13 May 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41 at 3 (1968) <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf> Erişim tarihi 21.07.2021.
 - **International Covenant on Civil and Political Rights**, G.A. Res 2200A (XXI) imza, onay ve katılmaya açılış 16 Aralık 1966, yürürlüğe giriş 23 Mart 1976.
 - **İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Resmî Gazete**, Sayı: 7217, Tarih: 27.05.1949.
 - **İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmesi**, imzaya açılma tarihi: 04.11.1950; yürürlüğe giriş tarihi: 03.09.1953, Roma. Türkiye

- açısından yürürlüğe giriş tarihi 10.03.1954. Bkz. **Resmî Gazete**, Sayı: 8662, Tarih: 19.03.1954.
- **İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlişkin 14 No'lu Protokol**, **Resmî Gazete**, Sayı 26253, Tarih 08.08.2006.
 - **İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme**, <https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf> Erişim tarihi 21.07.2019.
 - **Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi**, İstanbul, 11.05.2011 <<https://rm.coe.int/1680462545>> Erişim Tarihi 11.06.2019.
 - **Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme**, **Resmî Gazete**, Sayı: 25175, Tarih: 02.07.2003.
 - **Nüfus Planlaması Hakkında Kanun**, Sayı 2827, Tarih 24/5/1983, **Resmî Gazete**, Tarih 27.05.1983, Sayı 18059.
 - Office of the High Commissioner on Human Rights, **Information Series on Sexual and Reproductive Health Rights: Abortion (2020)** <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/SexualHealth/INFO_Abor- tion_WEB.pdf> Erişim Tarihi 02.02.2022.
 - Parliamentary Assembly, “Access to safe and legal abortion in Europe,” **Resolution 1607 (2008)**, 16.04.2008 <<https://pace.coe.int/en/files/17638/html>> Erişim Tarihi 14.11.2021.
 - **Programme of Action Adopted at the International Conference on Population and Development**, Kairo, 05-13.09.1994 <https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/PoA_en.pdf> Erişim Tarihi 21.07.2021.

- **Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances (ETS No. 187)**, imzaya açılma tarihi: 03.05.2002, yürürlüğe giriş tarihi: 01.07.2003 < <https://rm.coe.int/1680081563>> Erişim Tarihi 07.04.2018.
- **Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention (CETS No. 194)**, imzaya açılma tarihi: 13.05.2004, yürürlüğe giriş tarihi: 01.06.2010 < <https://rm.coe.int/1680083711>> Erişim Tarihi 19.04.2019.
- **Protocol No. 15 Amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 213)**, imzaya açılış tarihi: 24.06.2013, yürürlüğe giriş tarihi: 01.08.2021 <<https://rm.coe.int/1680084831>> Erişim Tarihi 19.04.2019.
- **Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 214)**, imzaya açılma tarihi: 02.10.2013, yürürlüğe giriş tarihi: 01.08.2018 <<https://rm.coe.int/1680084832>> Erişim Tarihi 22.04.2019.
- **Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of the Death Penalty (ETS No. 114)**, imzaya açılma tarihi: 28.04.1983, yürürlüğe giriş tarihi: 01.03.1985 < <https://rm.coe.int/168007952b>> Erişim Tarihi 03.04.2018.
- **Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as Amended by Protocol No. 11 (ETS No. 009)**, imzaya açılma tarihi: 20.03.1952, yürürlüğe giriş tarihi: 18.05.1954 < <https://rm.coe.int/168006377c>> Erişim Tarihi 03.04.2018.

- **Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük**, Bakanlar Kurulu Kararı Tarihi 14.11.1983, No. 83/7395, **Resmî Gazete**, Tarih 18.12.1983, Sayı 18255.
- Steering Committee on Bioethics, “Replies to the Questionnaire for Member States Relating to Euthanasia,” **CDBI/INF (2003) 8**, Strasbourg, 20 January 2003
<[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09_End%20of%20Life/INF\(2003\)8e_replies_euthanasia.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09_End%20of%20Life/INF(2003)8e_replies_euthanasia.pdf)> Erişim Tarihi 20.11.2020.
- **The Yogyakarta Principles plus 10: Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement Yogyakarta Principles**
<http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf> Erişim Tarihi 15.05.2019.
- **The Yogyakarta Principles: Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity**,
<<http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/official-versions-pdf/>> Erişim Tarihi 15.05.2019.
- **Travaux préparatoires, Preparatory Work on Article 8**, European Commission of Human Rights, Strasbourg, 9.8.1956,
<[https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART8-DH\(56\)12-EN1674980.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART8-DH(56)12-EN1674980.pdf)> Erişim tarihi 27.06.2019.
- **Türk Ceza Kanunu**, Kanun No. 5237, Kabul Tarihi: 26/9/2004, **Resmî Gazete**, Tarih 12/10/2004, Sayı 25611.
- **Uluslararası Adalet Divanı Statüsü**, madde 38, <<http://www.icj-cij.org/en/statute>> Erişim Tarihi 18.07.2020.

- **Universal Declaration of Human Rights**, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948).
- **Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi** (İmzaya açılma: 23 Mayıs 1969, yürürlüğe giriş: 27.01.1980) İngilizce metin için bkz. United Nations, **Treaty Series**, vol. 1155, p. 331,
<https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf>
Erişim Tarihi 08.10.2020.
- **World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace**, Nairobi, 1985 (DHLAUTH)14689, <<https://digitallibrary.un.org/record/113822#record-files-collapse-header>> Erişim Tarihi 17.05.2021.
- World Health Organisation, **Sexual and Reproductive Health and Research (SRH)** <www.who.int/reproductive-health/gender/sexualhealth.html#4> Erişim Tarihi 14.05.2019.
- World Medical Association, **Declaration of Malta on Hunger Strikers** <<https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-malta-on-hunger-strikers/>> Erişim Tarihi 10.10.2021.
- World Medical Association, **Declaration of Tokyo-Guidelines for Physicians Concerning Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Relation to Detention and Imprisonment** <<https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-tokyo-guidelines-for-physicians-concerning-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading-treatment-or-punishment-in-relation-to-detention-and-imprisonment/>> Erişim Tarihi 10.10.2021.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi Kararları

- *A., B. ve C./İrlanda*, Mahkeme (Genel Kurul) Kararı, Başvuru No. 25579/05, 16.12.2010.
- *A.N./Litvanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 17280/08, 31.05.2016.
- *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985.
- *Acmanne ve diğ./Belçika*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 10435/83, 10.12.1984.
- *Airey/İrlanda*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 6289/73, 09.10.1979.
- *Alda Gross/İsviçre*, Mahkeme Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 67810/10, 10.11.2010.
- *Amann/İsviçre*, Mahkeme (Büyük Daire) Kararı, Başvuru No. 27798/95, 16.02.2000.
- *Austin ve diğ./Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 39692/09, 40713/09 ve 41008/09, 15.03.2012.
- *Avusturya/İtalya*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 788/60, 11.01.1961.
- *B.R./Almanya*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 26722/95, 23.10.1997.
- *Bărbulescu/Romanya*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 61496/08, 05.09.2017.
- *Bayatyan/Ermenistan*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 23459/03, 07.07.2011.
- *Beldjoudi/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 12083/86, 26.03.1992.
- *Bensaid/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 44599/98, 06.02.2001.

- *Bosso/İtalya*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 50490/99, 05.09.2002.
- *Botta/İtalya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 21439/93, 24.02.1998.
- *Brüggemann ve Scheuten/ Federal Almanya Cumhuriyeti*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 6959/75, 12.07.1977.
- *Burghartz/İsviçre*, Komisyon Raporu (Genel Kurul), Başvuru No. 16213/90, 21.10.1992.
- *Burghartz/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 16213/90, 22.02.1994.
- *C.R./Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 20190/92, 27.09.1995.
- *C/Belçika*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 21794/93, 07.08.1996.
- *Casado Coca/İspanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 15450/89, 24.02.1994.
- *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium"/Belçika*, Mahkeme Kararı (Esas) (Genel Kurul), Başvuru No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968.
- *Catan ve diğ./Moldova ve Rusya*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 43370/04, 18454/06 ve 8252/05, 19.10.2012.
- *Chorherr/Avusturya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 13308/87, 25.08.1993.
- *Christine Goodwin/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 28957/95, 11.07.2002.
- *Ciliz/Hollanda*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 29192/95, 11.07.2000.
- *Ciorap/Moldova*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 12066/02, 19.06.2007.
- *Ciubotaru/Moldova*, Mahkeme Kararı, Başvuru No.27138/04, 27.04.2010.
- *Correia de Matos/Portekiz*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 56402/12, 04.04.2018.
- *Cossey/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 10843/84, 27.09.1990.
- *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 13134/87, 25.03.1993.

- *Craxi/İtalya* (No. 2), Mahkeme Kararı, Başvuru No. 25337/94, 17.07.2003.
- *Crémieux/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 11471, 25.02.1995.
- *Cruz Veras ve diğ./İsveç*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 15576/89, 20.03.1991.
- *D./İrlanda*, Mahkeme Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 26499/02, 27.06.2006.
- *D.H. ve diğ./Çek Cumhuriyeti*, Mahkeme (Genel Kurul) Kararı, Başvuru No. 57325/00, 13.11.2007.
- *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 2832/66, 2835/66 ve 2899/66, 18.06.1971.
- *Deweert/Belçika*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 6903/75, 27.02.1980.
- *Di Trizio/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 7186/09, 02.02.2016.
- *Dudgeon/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 7525/76, 24.02.1983.
- *E.S./İsveç*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 5786/08, 21.06.2012.
- *Eckle/Almanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 8130/78, 15.07.1982.
- *Elsholz/Almanya*, Mahkeme (Genel Kurul) Kararı, Başvuru No. 25735/94, 13.07.2000.
- *Engel ve diğ./Hollanda*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 ve 5370/72, 08.06.1976.
- *Evans/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 6339/05, 10.04.2007.
- *Evans/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 6339/05, 07.03.2006.
- *Fadeyeva/Rusya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 55723/00, 09.06.2005.
- *Fedotova/Rusya*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 73225/01, 13.4.2006.
- *Friedl/Avusturya*, Komisyon Raporu (Genel Kurul), Başvuru No. 15225/89, 19.05.1994.

- *Funke/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 10828/84, 25.02.1995.
- *G.ve E./Norveç*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 9278/81 ve 9415/81, 03.10.1983.
- *Georgel ve Georgeta Stoicescu/Romanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 9718/03, 26.07.2011.
- *Giorgi Nikolaishvili/Gürcistan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 37048/04, 13.01.2009.
- *Golder/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 4451/70, 21.02.1975.
- *Grimmark/İsveç*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 43726/17, 11.02.2020.
- *Gross/İsviçre*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 67810/10, 30.09.2014.
- *Gross/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 67810/10, 14.05.2013.
- *Guerra ve diğ./İtalya*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 1467/89, 19.02.1998.
- *Guillot/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 22500/93, 24.10.1996.
- *Gül/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 23218/94, 19.02.1996.
- *H./Norveç*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 17004/90, 19.05.1992.
- *Haas/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 31322/07, 20.01.2011.
- *Haase/Almanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 11057/02, 08.04.2004.
- *Hadjianastassiou/Yunanistan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 12945/87, 16.12.1992.
- *Handyside/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 5493/72, 07.12.1976.

- *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 1448/04, 09.10.2007.
- *Hatton/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 36022/97, 08.07.2003.
- *Herczegfalvy/Avusturya*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Raporu, Başvuru No. 10533/83, 01.03.1991.
- *Herczegfalvy/Avusturya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 10533/83, 24.09.1992.
- *Hermi/İtalya*, Mahkeme (Genel Kurul) Kararı, Başvuru No. 18114/02, 18.10.2006.
- *Hirsi Jamaa ve diğ./İtalya*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 27765/09, 23.02.2012.
- *Horoz/Türkiye*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 1639/03, 31.03.2009.
- *Huvig/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 11105/84, 24.04.1990.
- *Ilaşcu ve diğ./Moldova ve Rusya*, Mahkeme Kararı, Başvuru no. 48787/99, 08.07.2004.
- *İrlanda/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 5310/71, 18.01.1978.
- *Janowski/Polonya*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 25716/94, 21.01.1999.
- *Jehovah's Witnesses of Moscow ve diğ./Rusya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 302/02, 10.06.2010.
- *Johansen/Norveç*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 17383/90, 07.08.1996.
- *K.A. ve A.D./Belçika*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 42758/98 ve 45558/99, 17.02.2005.
- *K.U./Finlandiya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 2872/02, 02.12.2008.
- *Kalacheva/Rusya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 3451/05, 07.05.2009.

- *Keenan/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 27229/95, 03.04.2001.
- *Kennedy/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 26839/05, 18.05.2010.
- *Klass ve diğ./Almanya*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 5029/71, 06.09.1978.
- *Koch/Almanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 497/09, 19.07.2012.
- *Kokkinakis/Yunanistan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 14307/88, 25.05.1993.
- *Konstantin Markin/Rusya*, Mahkeme (Genel Kurul) Kararı, Başvuru No. 30078/06, 22.03.2012.
- *Kruslin/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 11801/85, 24.04.1990.
- *Lashin/Rusya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 33117/02, 22.01.2013.
- *Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 21627/93, 21826/93 ve 21974/93, 26.10.1995.
- *Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 21627/93, 21826/93 ve 21974/93, 19.02.1997.
- *Lawless/İrlanda (No.3)*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 332/57, 01.07.1961.
- *Leander/İsveç*, Komisyon Raporu (Genel Kurul), Başvuru No. 9248/81, 10.10.1983.
- *Leander/İsveç*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 9248/81, 26.03.1987.
- *Léger/Fransa*, Mahkeme Kararı (Kayıttan Düşürme), Başvuru No. 19324/30, 30.3.2009.
- *Lingens/Avusturya*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 9815/82, 08.07.1986.
- *Lopez Ostra/İspanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 16798/90, 09.12.1994.
- *Louizidou/Türkiye (İlk İtirazlar)*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 15318/89, 23.03.1995.
- *M.C./Bulgaristan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 39272/98, 04.12.2003.

- *M.S./İsveç*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 20837/92, 11.04.1996.
- *Mahtieu-Mohin Clerfayt/Belçika*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 9267/81, 02.03.1987.
- *Malone/Birleşik Krallık*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 8691/79, 17.12.1981.
- *McGinley ve Egan/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 21825/93 ve 23414/94, 09.06.1998.
- *Miailhe/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 12661/87, 25.02.1995.
- *Mikulic/Hırvatistan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 53176/99, 07.02.2002.
- *Modinos/Kıbrıs*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 15070/89, 22.04.1993.
- *Molka/Polonya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 56550/00, 11.04.2004.
- *Nevmerzhitsky/Ukrayna*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 54825/00, 05.04.2005.
- *Niemietz/Almanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 13710/88, 16.12.1992.
- *Norris/İrlanda*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 10581/83, 26.10.1988.
- *Oberschlick/Avusturya*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 11662/85, 23.05.1991.
- *Odièvre/Fransa*, Mahkeme Kararı (BD), Başvuru No. 42326/98, 13.02.2003.
- *P. ve S./Polonya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 57375/08, 30.10.2012.
- *P.G. ve J.H./Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 44787/98, 25.09.2001.
- *Panullo ve Fort/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 37794/97, 30.10.2001.
- *Peck/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 44647/98, 28.04.2003.
- *Petar Iljkov/Bulgaristan*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, No. 33977/96, 20.10.1997.
- *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 9310/81, 21.02.1990.

- *Pretty/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 2346/02, 29.04.2002.
- *Prilutskiy/Ukrayna*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 40429/08, 26.02.2015.
- *R.B./Macaristan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 64602/12, 12.04.2016.
- *R.R./Polonya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 27617/04, 26.05.2011.
- *Rappaz/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 73175/10, 26.03.2013.
- *Rees/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 9532/81, 17.10.1986.
- *Reklos and Davourlis/Yunanistan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 1234/05, 15.01.2009.
- *Rinck/Fransa*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 18774/09, 19.10.2010.
- *Roche/Birleşik Krallık*, Mahkeme (Genel Kurul) Kararı, Başvuru No. 32555/96, 19.10.2005.
- *Rooman/Belçika*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 18052/11, 31.01.2019.
- *Rosemarie Brüggemann ve Adelheid Scheuten/Federal Almanya*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 6959/75, 19.05.1976.
- *Rotaru/Romanya*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 28341/95, 04.05.2000.
- *S. ve Marper/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 30562/04 ve 30566/04, 04.12.2008.
- *Sampedro Camean/İspanya*, Komisyon, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 25949/94, 17.05.1995.
- *Sanles Sanles/İspanya*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No.48335/99, 26.10.2000.
- *Schlumpf/İsviçre*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 29002/06, 08.01.2009.

- *Schmidt/Almanya*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 31181/96, 23.10.1997.
- *Shimovolos/Rusya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 30194/09, 21.06.2011.
- *Sidabras ve Džiautas/Litvanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 55480/00 ve 59330/00, 27.07.2004.
- *Siliadin/Fransa*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 73316/01, 26.07.2005.
- *Silver ve diğ./Birleşik Krallık*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 ve 7136/75, 11.10.1980.
- *Silver ve diğ./Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983.
- *Slivenko/Latvia*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 48321/99, 09.10.2003.
- *Smirnova/Rusya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 46133/99 ve 48183/99, 24.07.2003.
- *Soering/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 14038/88, 07.07.1989.
- *Sørensen ve Rasmussen/Danimarka*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 52562/99 ve 52620/99, 11.01.2006.
- *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 7151/75 ve 7152/75, 23.09.1982.
- *Stec ve diğ./Birleşik Krallık*, Kabul Edilebilirlik Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 65731/01 ve 65900/01, 06.07.2005.
- *Stjerna/Finlandiya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No.18131/91, 25.11.1994.
- *Stubbings ve diğ./Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 22083/93, 22.10.1996.

- *Sunday Times/Birleşik Krallık (No.1)*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 6538/74, 26.04.1979.
- *Sylvester/Avusturya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 36812/97 40104/98, 24.04.2003.
- *Şahin/Türkiye*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 44774/98, 29.06.2004.
- *Thomas McFeeley et al./Birleşik Krallık*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 8317/78, 15.05.1980.
- *Tourkiki Enosi Xanthis ve diğ./Yunanistan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 26698, 27.03.2008.
- *Tyrer/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 5856/72, 25.04.1978.
- *Tysiác/Polonya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 5410/03, 20.03.2007
- *Van Oosterwijk/Belçika*, Komisyon Raporu (Genel Kurul), Başvuru No. 7654/76, 01.03.1979.
- *Vo/Fransa*, Mahkeme Kararı (Büyük Daire), Başvuru No. 53924/00, 08.07.2004.
- *Vogt/Almanya*, Komisyon Raporu (Genel Kurul), Başvuru No. 17851/91, 30.11.1993.
- *Von Hannover/Almanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 59320/00, 24.06.2004.
- *Vörður Ólafsson/İzlanda*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 20161/06, 27.04.2010.
- *W./Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı (Genel Kurul), Başvuru No. 9749/82, 08.07.1987.
- *W.P./Birleşik Krallık*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 8416/78, 13.05.1980.
- *Wainwright/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 12350/04, 26.09.2006.

- *Weber ve Saravia/Almanya*, Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 54934/00, 29.06.2006.
- *Wemhoff/Almanya*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 2122/64, 27.06.1968.
- *Wilkinson/Birleşik Krallık*, Mahkeme Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 14659/02, 28.02.2006.
- *X and Association of Z/Birleşik Krallık*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 4515/70, 12.07.1971.
- *X ve Y/Hırvatistan*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 5193/09, 03.11.2011.
- *X ve Y/Hollanda*, Komisyon Raporu, Başvuru No. 8978/80, 05.07.1983.
- *X ve Y/Hollanda*, Mahkeme Kararı, Başvuru No. 8978/80, 26.03.1985.
- *X/Birleşik Krallık*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 8416/79, 13.05.1980.
- *X/Federal Almanya*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 10565/83, 09.05.1984.
- *X/İzlanda*, Komisyon Kabul Edilebilirlik Kararı, Başvuru No. 6825/74, 18.05.1976.

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı, birçok farklı menfaati koruyacak şekilde dinamik olarak yorumlandığında bu çalışma bağlamında kullandığımız ifadeyle, referans bir hak niteliği kazanmış ve bunu gerçekleştirmenin aracı olarak bir yorumlama ilkesi, bireysel özerklik, belirleyici hale gelmiştir. Bireysel özerklik, en basit haliyle bir kişinin dışarıdan kendisine dayatılan koşullar ile yönetilmeksizin, kendi başına karar alabilmesi ve kendince iyi addettiği bir hayatı seçip yaşayabilmesi fikrine dayalıdır. Bireysel özerklik, hukuksal düzleme uyarlandığında sınırsız bir özgürlük olarak tasavvur edilmemeli ancak kişinin en özel, en mahrem yönlerine karşı yapılabilecek müdahalelere karşı bir bağımsızlık geliştirilmesini sağlamalı ve gerektiği takdirde de bu yönde devletlerin koruma yönündeki edimlerini de temin edebilmelidir. Bu doğrultuda, bireysel özerkliğin kuramsal temelleri ve özellikle liberal düşünce geleneğindeki anlamı sorgulanmakta; pozitif bir özgürlük anlayışının geliştirilmesi için özel yaşamın ardındaki temel bir değer olarak işaret edildiği ortaya konmaktadır.

Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dinamik bir yorum yöntemiyle özel hayata saygı hakkını bireysel özerklik ilkesi doğrultusunda yorumladığında pozitif bir özgürlük anlayışı geliştirmeye başlamıştır. Bu yeni anlayış, pozitif hukukun sabitlediği kabul edilen hak kapsamlarını genişletmekte ve dolayısıyla birçok farklı hukuki menfaati koruma kapsamına dâhil etmektedir; hatta hakların kullanımına dair bireyin tercihlerinin belirleyici kılınmasını sağlamaktadır. Dinamik yorumun, bireysel özerklik ilkesi doğrultusunda özel hayata saygı hakkını nasıl dönüştürdüğü tespiti üzerinden, kimi sonuçlar ve sınırlılıklar ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda, özel hayata saygı hakkıyla ilintili olan üç karar grubu (destekli intihar, kürtaja erişim ve açlık grevine müdahale) seçilmiş; dinamik yorumlamanın bu kararlar üzerinden sınırlılıkları gösterilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, özel hayata saygı hakkı, bireysel özerklik, sistematik yorumlama, dinamik yorumlama.

ABSTRACT

When interpreted dynamically in a way that protects many different interests, the right to respect for private life, regulated in Article 8 of the European Convention on Human Rights, has become a reference right, as we use it in the context of this study and an interpretation principle, individual autonomy, has become a decisive instrument in its realization. Individual autonomy, in its simplest form, is based on the idea that a person shall make decisions on his own, without being governed by external conditions imposed on him and also choose and live a life that he considers good. While individual autonomy should not be conceived as an unlimited freedom, it shall ensure an immunity against the interventions that can be made against the most private and intimate aspects of the individual and if necessary, provide some positive protection by the states. In this direction, the theoretical foundations of individual autonomy and especially its meaning in the tradition of liberal thought are investigated and it is revealed that it is configured as a fundamental value behind the private life in order to develop a positive understanding of freedom.

Thus, when the European Court of Human Rights interprets the right to respect for private life in line with the principle of individual autonomy with the means of a dynamic interpretation method, it has started to develop a positive understanding of freedom. This new understanding expands the scope of rights, accepted to be fixed by positive law and therefore, includes many different legal interests within the scope of protection. It even ensures that the preferences of the individual regarding the use of rights are determined. Some results and limitations emerge from the determination of how the dynamic interpretation transforms the right to respect for private life in line with the principle of individual autonomy. Accordingly, three decision groups related to the right to respect for private life (assisted suicide, access to abortion and hunger strike intervention) has been specified in order to show the limitations of dynamic interpretation through these decisions.

Keywords: European Convention on Human Rights, right to respect for private life, individual autonomy, systematic interpretation, dynamic interpretation.