

DR. DİLARA YÜZER ELTİMUR

**AİHS KAPSAMINDA
ÖZEL HAYATIN VE AİLE
HAYATININ KORUNMASINDA
DEVLETİN POZİTİF
YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	VII
İÇİNDEKİLER.....	IX
KISALTMALAR.....	XXI
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI HAKKININ KAPSAMI	7
A. Özel Hayata Saygı Hakkı	16
1. Fiziksel ve Psikolojik Bütünlük.....	21
2. Kişinin İtibarı	23
3. Kişisel ve Sosyal Kimlik	25
a. İsim	26
b. Cinsel Kimlik.....	29
c. Etnik Kimlik	31

4. Kişisel Özerklik ve Gelişim	32
5. Kişisel Bilgiler ve Veriler	33
B. Aile Hayatına Saygı Hakkı	38
C. Konuta Saygı Hakkı.....	41
D. Haberleşmeye Saygı Hakkı.....	43
II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA TARAFLAR.....	48
A. Hakkın Öznesi Olarak Kişiler	48
1. Gerçek Kişiler	48
a. Genel olarak	48
b. AİHS'in 8. Maddesi Kapsamında Özellik Arzeden Kimseler	50
(1) Çocuk.....	51
(2) Mahpus	55
2. Hükümet Dışı Kuruluşlar	59
a. Genel Olarak	59
b. AİHS'in 8. Maddesi Kapsamında Tüzel Kişiler	60
3. Kişi Grupları	62
B. Hakkı Korumanın Yükümlüsü Olarak Devlet.....	62
1. Devletin Temel Yükümlülükleri.....	63
a. Tanıma Yükümlülüğü.....	66
b. Saygı Yükümlülüğü	68
c. Koruma Yükümlülüğü.....	69
(1) Önleyici Koruma Yükümlülüğü.....	72
(2) Düzeltici Koruma Yükümlülüğü.....	74
d. Yerine Getirme (Uygulama) Yükümlülüğü.....	75
2. Devletin Dikey ve Yatay Yükümlülükleri.....	76
a. Devletin Dikey Yükümlülükleri	77
b. Devletin Yatay Yükümlülükleri	79
(1) Genel Olarak	80
(2) Yatay Etkinin Türleri.....	83

(i) Doğrudan Yatay Etki	83
(3) Genel Olarak	83
(4) AİHS çerçevesinde	87
(i) Dolaylı Yatay Etki.....	88
(5) AİHS'in Yatay Etkisi Işığında 8. Madde Çerçevesinde Devletin Pozitif Yükümlülükleri	91
(i) Doktrinsel Temel	92
(ii) Hukuki Dayanak.....	95
(iii) Problem Alanı	97
(iv) Yükümlülüklerin Çatışması Sorunu	98
(6) AİHM Kararları Çerçevesinde 8. Madde Kapsamında Dolaylı Yatay Etki	100
III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN SINIFLANDIRILMASI	102
A. Genel Olarak	102
B. Negatif Yükümlülük Kavramı ve Kapsamı	104
1. Negatif Yükümlülük Kavramı.....	104
2. Negatif Yükümlülük Kapsamı	107
a. Genel Olarak	107
b. Saygı Gösterme Yükümlülüğü.....	108
C. Pozitif Yükümlülük Kavramı ve Kapsamı.....	111
1. Genel Olarak	111
2. Pozitif Yükümlülük Kavramı	112
a. Tanımı	112
b. Pozitif Yükümlülüklerin Doktrinsel Dayanakları.....	114
(1) Teorik Temeli	114
(2) Doğuşu.....	117
(3) Kavramın Ortaya Çıkışı	120
(4) Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Kapsamında Pozitif Yükümlülüklerle İlişkin İlk Davalar.....	123
(i) Marckx/Belçika.....	125

(ii) Airey/İrlanda	127
(iii) X and Y/ Hollanda	130
3. Pozitif Yükümlülüklerin Kapsamı	132
a. Teorik Tartışmalar.....	132
b. Problem Alanı	133
c. Haklar Bakımından Koruma Alanı.....	134
d. Sınırları.....	137
e. İçkin Sınırlamalar Doktrini.....	139
f. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Konuya Yaklaşımı.....	141
4. Pozitif Yükümlülüklerin Hukuki Dayanağı	142
a. İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü (AİHS. m. 1) ...	143
b. Etkili Başvuru Hakkı (AİHS. m. 13)	149
c. Hakların Etkili Korunması İlkesi	150
d. Hukukun Üstünlüğü İlkesi.....	152
5. Pozitif Yükümlülüklerin Kaynağı.....	152
a. Normatif Kaynak	153
b. İçtihatı Kaynak	154
6. Pozitif Yükümlülüklerin Amacı	156
7. Pozitif Yükümlülüklerin Yapısı.....	157
a. Pozitif Yükümlülüklerin Özellikleri.....	158
b. Pozitif Yükümlülüklerin Boyutları.....	159
(1) Sosyal Boyut (Social Dimension).....	160
(2) Yatay Boyut (Horizontal Dimension)	161
c. Pozitif Yükümlülük Türleri	162
(1) Genel Olarak	162
(2) Esasa ve Usule İlişkin Pozitif Yükümlülük Ayrımı	163
(i) Devletin Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükleri	165
(1) Etkin Hukuk Düzeni Kurmak.....	166
(2) Hakların Korunmasına Yönelik Tedbir Almak.....	169

(i) Genel Olarak.....	169
(ii) Özen Prensibi	170
(3) Hak Sahiplerini Üçüncü Kişilerin Müdahalelerinden Korumak.....	173
(ii) Devletin Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükleri	175
(1) Doktrinsel Temel.....	175
(2) Hukuki Dayanak	176
(3) AİHS'in 8. Maddesi Çerçevesinde Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükler.....	177
(i) Etkili Soruşturma Yükümlülüğü	179
(ii) Yargılama ve Cezalandırma Yükümlülüğü.....	182
D. Devletin Pozitif ve Negatif Yükümlülüklerinin Ayrımı	184
1. Ayrımın Teorik Temeli	184
2. Hakların Tipolojisine Göre Ayrım	186
3. Yükümlülük Tipolojisine Göre Ayrım	188
4. Pozitif ve Negatif Yükümlülük Arasındaki İlişki	190
5. Pozitif ve Negatif Yükümlülük Arasındaki Farklar	192
6. Pozitif ve Negatif Yükümlülüğün Hukuki Sonuçları	193
7. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Konuya Yaklaşımı.....	194

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YORUMU ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	197
---	-----

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu	198
B. Dinamik (Evolütif) Yorum Yöntemi	204
1. Yararlı Etki (Effet Utile) Doktrini	208
2. Otonom (Özerk) Kavramlar Doktrini.....	210
a. Genel Olarak	210
b. AİHS'in 8. Maddesi Çerçevesinde Otonom Kavramlar Doktrini.....	215
(1) Özel Hayat Kavramı	215
(2) Aile Hayatı Kavramı.....	217
(3) Konut Kavramı	220
(4) Haberleşme Kavramı	223
C. Dinamik Yorum Yoluyla Ortaya Konulan Pozitif Yükümlülükler.....	224
II. ÖZEL HAYATA VE AİLE HAYATINA MÜDAHALENİN HAKLILIK ŞARTLARI AÇISINDAN DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	230
A. Genel Olarak	230
1. Hukukilik.....	231
a. Yasallık.....	233
b. Yasanın Maddi Niteliği.....	235
(1) Erişilebilirlik.....	236
(2) Öngörülebilirlik.....	238
(3) Kesinlik.....	241
(4) Hukukun Üstünlüğü İlkesine Uygunluk.....	243
2. Meşru Amaç	245
a. Genel Olarak	245
b. Meşru Amaç-Pozitif Yükümlülük İlişkisi	247
c. AİHS'in 8. Maddesi Kapsamında Korunan Haklara Müdahalede Meşru Amaçlar.....	250
(1) Ulusal Güvenlik	252
(2) Kamu Güvenliği	253
(3) Ülkenin Ekonomik Refahı	255
(4) Düzenin Korunması ve Suçun Önlenmesi.....	256

(5) Sağlık ve Ahlakın Korunması	259
(6) Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması	261
3. Demokratik Toplumda Gereklik Ölçütü	262
a. Toplumsal İhtiyaç Baskısı	265
b. Oranlılık.....	267
(1) Genel Olarak	268
(2) Adil Denge	270
(i) Kamu Menfaati ve Birey Menfaati Arasında Adil Denge	271
(ii) Bireylerin Menfaatleri Arasında Adil Denge.	275
c. Pozitif Yükümlülükler ve Oranlılık Testi.....	276
4. Takdir Marjı Doktrini.....	279
a. Genel Olarak	279
b. Takdir Marjı Doktrinin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi.....	282
c. Takdir Marjının Kapsamı Sorunu	287
(1) Genel olarak	287
(2) Pozitif Yükümlülükler Açısından Takdir Marjının Kapsamı.....	289
d. Takdir Marjı Doktrini ile Oranlılık İlişkisi	293
e. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Bakımından Takdir Marjı Doktrinin Uygulama Alanı.....	297
III. ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI KAPSAMINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	304
A. Genel Olarak	304
B. Özel Hayata Saygı Hakkı Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri	305
1. Kişinin Kimliğinin Tanınması.....	305
a. İsim/Soyisim Tercihinin Resmi Olarak Tanınması... 305	
(1) İsim Tercihinin Tanınması.....	307
(i) Çocuğun İsmi	307
(ii) Kişilerin İsim Tercihi.....	310

(iii) Transseksüellerin İsim Tercihi	312
(2) Soyisim Tercihinin Tanınması	313
(i) Soyisim Değişirme.....	314
(ii) Kadının Soyismi.....	316
(iii) Çocuğun Soyismi.....	320
b. Kişinin Kökenleri ve Geçmişi Hakkında Bilgi	
Sahibi Olma Hakkının Tanınması	322
(1) Kişinin Kökenleri Hakkında Bilgi Sahibi Olma	
Hakkı.....	323
(i) Kişinin Biyolojik Kökeni Hakkında Bilgi Sahibi	
Olma Hakkı.....	323
(ii) Kişinin Etnik Kökeni Hakkında Bilgi Sahibi	
Olma Hakkı.....	327
(2) Kişinin Geçmişi Hakkında Bilgi Sahibi Olma	
Hakkı.....	328
c. Kişinin Cinsel Kimliğinin Tanınması ve Korunması	330
(1) Transseksüalizm.....	331
(2) Eşcinsel İlişkiler.....	338
(3) Enest ve Sado-Mazoşist İlişkiler	341
2. Kişinin Fiziksel ve Psikolojik Bütünlüğünün Korunması	342
a. Kürtaj	345
b. Tıbbi İhmal ve Müdahaleler	347
3. Kişinin İtibarının Korunması.....	350
4. Kişisel Verilerin Korunması ve Kişisel Verilere	
Erişimin Sağlanması	355
C. Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamında Devletin Pozitif	
Yükümlülükleri	361
1. Aile İçi Şiddetten Koruma	362
a. Kadına Karşı Şiddet.....	362
b. Çocuğa Karşı Şiddet.....	371
2. Çocukların Koruma Altına Alınması	372
3. Gayrisahih Nesepli Çocuklar ile Ebeveynleri	
Arasındaki Aile Bağının Hukuken Tanınması	375
4. Çocukların Aileleri İle Biraraya Getirilmesi.....	378

a.	Çocukların Ebeveynleri İle Biraraya Getirilmesi	378
(1)	Tedbir ve Koruma Kararları Çerçevesinde	378
(2)	Uluslararası Çocuk Kaçırma Olayları Çerçevesinde	380
b.	Kardeşlerin Biraraya Getirilmesi	385
5.	Boşanma.....	386
6.	Göç Kararlarının Yabancı Aile Üyelerini Kapsaması.....	388
7.	Azınlıklara Geleneksel Yaşam Tarzlarını Sağlama	393
D.	Konuta Saygı Hakkı Kapsamında Pozitif Yükümlülükler	397
1.	Çevrenin Korunması	399
a.	Devlet Tarafından Yürütülen Tehlikeli Faaliyetler.....	402
b.	Özel Kişilerin Devlet Tarafından İzin Verilmiş Faaliyetleri	404
2.	Konutun Özel Kişilerin Müdahalesine Karşı Korunması	409
E.	Haberleşmeye Saygı Hakkı Kapsamında Pozitif Yükümlülükler.....	412

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
AVRUPA İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMESİ'NİN 8. MADDESİ İŞİĞİNDE
TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA DEVLETİN
POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I.	AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ VE DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ .	419
A.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukuktaki Yeri.....	419
B.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Hiyerarşik Yeri Karşısında Devlet Erklarının Yükümlülükleri	424
1.	Yasama Erkinin Yükümlülükleri	425
2.	Yürütme Erkinin Yükümlülükleri	429
3.	Yargı Erkinin Yükümlülükleri	431

II. ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI KAPSAMINDA TÜRK ANAYASALARINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN TEMELİ	436
A. 1961 Anayasası.....	438
B. 1982 Anayasası	440
III. ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASINDA DEVLETİN TEMEL AMAÇ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	444
A. Devletin Temel Amaçları	444
1. İnsan Onuruna Saygı	444
2. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasının Güvence Altına Alınması.....	450
a. Anayasal Güvence Tanınması.....	450
b. Kanuni Güvencelerin Tanınması.....	454
(1) Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakamesi Kanunu.....	455
(2) Kişisel Verilerin Korunması Kanunu	457
(3) Ailenin Korunmasına ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun.....	459
3. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Hukuk Devleti ve Hukuki Güvenlik İlkesinin Sağlanması.....	461
B. Devletin Temel Yükümlülükleri.....	464
1. Koruma Yükümlülüğü.....	464
a. Genel Olarak	464
b. Devletin Özel Hayatı ve Aile Hayatını Korumada Pozitif Yükümlülükleri	468
2. Sağlama Yükümlülüğü.....	469
3. Özgürleştirme Yükümlülüğü.....	472
a. Devletin Özgürleştirme Yükümlülüğünün Kapsamı.	474
(1) Sosyal Hukuk Devleti.....	475
(2) Adalet İlkeleri.....	477
b. Devletin Özgürleştirme Yükümlülüğünü Yerine Getirme Yolları	480

	(1) Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Kapsamında Siyasi Engelleri Kaldırma.....	482
	(2) Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Kapsamında Sosyal Engelleri Kaldırma	483
	(3) Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Kapsamında Ekonomik Engelleri Kaldırma.....	486
	4. Çalışma Yükümlülüğü.....	487
IV.	OLAĞANÜSTÜ HALLERDE MİLLETLERARASI HUKUKTAN DOĞAN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER.....	488
V.	ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI KAPSAMINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	491
	A. Özel Hayatın Korunması Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri	495
	1. Kadının Soyismi.....	495
	2. Çocuğun Soyismi.....	499
	3. Üçüncü Kişilerin Özel Hayatın Gizliliğine Müdahalesi..	502
	B. Aile Hayatının Korunması Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri	504
	1. Çocuklar Hakkında Alınan Tedbirler ve Koruma Kararları Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri...	505
	2. Uluslararası Çocuk Kaçırma Olaylarında Devletin Pozitif Yükümlülükleri	507
	3. Velayeti Kendisine Verilmeyen Eşin Çocuk ile Kişisel İlişki Kurmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri	511
VI.	POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜN ANAYASAMIZDA DÜZENLENMESİ ÖNERİSİ.....	514
VII.	DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ İŞİĞİNDA İHLAL YARATAN İHMALLER.....	516
VIII.	AİHS'İN 8. MADDESİ KAPSAMINDA TARAF DEVLET OLARAK TÜRKİYE'NİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	520

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden Kaynaklanan Yükümlülükler.....	521
B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararlarının Yerine Getirilmesine İlişkin Pozitif Yükümlülükler	522
1. AİHM Kararlarına Uyma Yükümlülüğü	524
2. İhlalin Durdurulması, Sonuçlarının Giderilmesi ve Tekrarının Önlenmesine Yönelik Yükümlülükleri.....	528
a. Bireysel Tedbir Alma Yükümlülüğü	531
(1) Tazminat Ödenmesi	533
(2) Yeniden İnceleme ve Yargılamanın Yenilenmesi... 536	
(i) Genel Olarak	536
(ii) Türkiye'de Yargılamanın Yenilenmesi	539
(3) Diğer Bireysel Tedbirler.....	545
b. Genel Tedbir Alma Yükümlülüğü.....	545
(1) Normatif Değişiklik Yapma ve Norm Koyma Yükümlülüğü.....	546
(i) Genel Olarak	546
(ii) Türk Anayasa Hukukunda AİHS'in 8. Maddesi Kapsamında Yapılan Normatif Değişiklikler 551	
(2) İçtihat Değişikliği Yapma Yükümlülüğü.....	553
(i) Genel Olarak	553
(ii) Türk Anayasa Hukukunda AİHM'in 8. Madde Kapsamındaki Kararları Uyarınca Yapılan İçtihadi Değişiklikler	555
(3) Diğer Genel Tedbirler.....	557
SONUÇ	561
KAYNAKÇA	573