



**TIHEK**

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

CUMHURİYETİN



YILI ANISINA

# İNSAN HAKLARI MAKALELERİ SEÇKİSİ

II





TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

CUMHURİYETİN 100 YILI ANISINA

# İNSAN HAKLARI MAKALELERİ SEÇKİSİ



**TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU**

**CUMHURİYETİN 100. YILI ANISINA  
İNSAN HAKLARI MAKALELERİ SEÇKİSİ**

**TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU**

Adres: Yüksel Cad. No: 23 | 06650 | Kızılay/ANKARA  
Tel.: +90 312 422 78 00 | Faks: +90 312 422 78 99  
www.tihek.gov.tr | tihek@tihek.gov.tr

**ISBN** : 978-625-99550-4-9 (Takım)  
: 978-625-99550-6-3 (2. Cilt)

**Editörler**

Mücahit Yasin ZABUNOĞLU  
Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu  
Öğr. Gör. Pelin BABAOĞLU  
Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

**Yapım**

Ajans Düş Pınarı  
Adres: Birlik Mh. 465 Cd. No:1/5 Çankaya/ANKARA  
Tel: +90 (543) 235 12 25 - +90 (532) 658 93 11  
Genel Ağ: www.duspinari.com  
E-posta: bilgi@duspinari.com

**Baskı Yeri ve Tarihi:** Ankara, 2023

**Baskı:** -----

© Eserde yayımlanan yazı, konu, fotoğraf ve diğer görsellerin her hakkı saklıdır.  
İzinsiz, kaynak gösterilmeden hiçbir ortamda alıntı yapılamaz.



TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

CUMHURİYETİN 100★ YILI ANISINA

# İNSAN HAKLARI MAKALELERİ SEÇKİSİ

II





## Ön Söz

Yönetici gücünü ve/ya kamusal iktidarını, millet iradesi ile kuran bir sistem olan Cumhuriyet, Cumhuriyetimizin kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün ifadesiyle “*demokrasi ilkesinin en yeni ve akılcı uygulamasını sağlayan hükümet biçimi*” olarak tarih sah-nemizde yerini almıştır. Günümüz modern demokratik toplumlarının vazgeçilmez ve değişmez bir bileşeni olarak Cumhuriyet, halkın menfaatlerinin korunduğu milli egemenliğin en temel göstergesidir. Cumhuriyet asırlar boyunca hür biçimde bu top-raklarda hüküm süren milletimiz için hiçbir ayırım gözetilmeksizin anayasal aidiyet hissinin, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının, millet iradesinin ve özgür seçim-lerin bir başka ifadesi olagelmıştır.

Cinsiyet, ırk, renk, din ve dil gibi hiçbir ayırım gözetmeksizin her insanın sahip olduğu temel hak ve özgürlükler olarak tanımlanabilecek insan hakları, etkin bir siya-sal sistem olarak Cumhuriyetin vazgeçilmez bir unsurudur. Cumhuriyet yönetimini karakterize eden demokratik süreç ve hukukun üstünlüğü ilkesi, devletlerin halka karşı sorumlu olmasını ve bireysel hak ve özgürlüklere saygılı bir biçimde kamusal görevlerini icra etmesini sağlamayı amaçlamaktadır.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu “*insan haklarını korumak ve geliştirmek, ki-şilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması için çalışmalar yapmak*” temel mis-yonuna sahip bir kurum olup 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu uyarınca “*kitle iletişim araçlarını kullanarak bilgilendirme yoluyla kamuoyunda duyar-lılığı geliştirmek*” görevini haizdir.

Söz konusu kurumsal misyon doğrultusunda ve Cumhuriyetimizin 100. Yılı anı-sına, insan hakları alanında eserler vermiş değerli akademisyenlerin makalelerine yer verilen bu çalışma, daha önce çeşitli bilimsel eserlerde yer alan makalelerden bir seçki sunmaktadır. Makalelerin hem ülkemiz hem de yurttaşlarımız açısından cumhuriyet ideallerini hayata geçirme noktasında azami katkı sağlayacağı temennisiyle, başta çalışmada eserlerine yer verilen değerli akademisyenlerimize ve seçkinin hazırlanma-sında emeği geçen Kurumumuzun değerli personeline şükranlarımı sunarım.

Kasım 2023

**Prof. Dr. Muharrem KILIÇ**

**Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı**

# İçindekiler

- 5 | **ÖN SÖZ**
- 9 | Savunma Hakkı ve Sınırları  
**Hamide ZAFER**
- 49 | Mali Güç Ölçütünü Dikkate Almayan Aşırı Vergi Mülkiyet Hakkı İhlalidir:  
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Macaristan'a Karşı 14 Mayıs 2013 Tarihinde  
Verdiği N.K.M. Kararının İncelenmesi  
**H. Burak GEMALMAZ**
- 67 | Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük:  
Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?  
**Yüksel METİN**
- 125 | AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve  
Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi  
**H. Gökçe ZABUNOĞLU**
- 159 | Yaşam Hakkı Üzerine Düşünceler  
**Abdurrahman SAYGILI**
- 175 | Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası Sağlık Tüzüğü:  
COVID-19 Örneğinde Uluslararası Hukukta Salgın Hastalıklarla Mücadele  
**İbrahim KAYA - Galip Engin ŞİMŞEK**
- 205 | Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış  
**Sururi AKTAŞ**

- 237 | İklim Değişikliğiyle Mücadelede Bir Araç Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukuku  
**Cüneyt YÜKSEL**
- 269 | Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Açısından  
Keşmir'in Hindistan'dan "Ayrılma Hakkı"  
**Berdal ARAL**
- 307 | İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları  
**Muharrem KILIÇ**
- 353 | Avrupa Birliği'nin Dış Sınırlarının Yönetiminde Üçüncü Ülkelerle İş Birliği:  
Türkiye Örneği  
**Mehmet Hanifi BAYRAM - Ramazan İZOL**
- 381 | Procedural Aspects of the European Court of Human Rights' Assessment  
under Article 3 of the European Convention on Human Rights in Removal Cases  
**Saadet YÜKSEL**



(15. Makale – 2013)

**Prof. Dr. Hamide ZAFER**

*Savunma Hakkı ve Sınırları\**

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2013, Cilt: 19 Sayı: 2, Özel Sayı: Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan, s. 507-540.



# SAVUNMA HAKKI VE SINIRLARI\*

## Right of Defence and Its Limits



Hamide ZAFER\*\*

### Öz

Ceza muhakemesi hukuku, devletin cezalandırma hakkının yerine getirilmesine ve dolayısıyla cezanın genel ve özel önleme fonksiyonunun sağlanmasına hizmet eder. Diğer bir söyleyişle ceza muhakemesi sonunda gerçek suçluya ulaşırsa ceza genel ve özel önleme fonksiyonunu gerçekleştirir. Gerçek suçlunun cezalandırılıyor olması, toplumdaki bireylerin güven duygusunu tatmin eder. Ceza muhakemesinde gerçek suçluya yani maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ancak suç isnadı altındaki kişiye etkin bir savunma yapma imkânının tanınmasıyla mümkündür.

Savunma hakkı, anayasal nitelikte olan adil, hukuk devleti ilkelerine uygun bir muhakemede yargılanma hakkından temellerini almaktadır. Bireyin veya devletin normlara uygunluğunu denetleyecek mekanizmaların sağlıklı ve objektif çalışabilmesi açısından savunma hakkının özel bir yeri bulunmaktadır. Savunma hakkından yoksun bırakılan, tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanmayan kişinin, bir hukuk

### Abstract

The Criminal Procedure Law helps the state to fulfil its right of punishment and as a result the procurement of its deterrent penalty function in general and in private characters. In other words, if the real criminal is seized after criminal procedures, the punishment puts its general and private deterrent functions into practice. The fact that the real criminal is being penalised would provide a sense of security for the members of the society. In criminal procedures, detaining real criminal, or tangible truth, is only possible after person under allegation is given effective right to defend himself.

The right of defence grounds from the right of being tried in a just court which has constitutional qualities and is suitable to the principles of a state of law. The right of defence has a special place for mechanisms, which would safeguard the individual's or state's suitability to the norms, to function in a reliable and objective fashion. It is impossible to say that a person, who is deprived of his right of defence

\* Bu yazı, "Hamide Zafer, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004" başlıklı çalışma esas alınarak hazırlanmıştır.

\*\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

devleti içersinde temel haklara sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Ceza muhakemesinde özellikle devletin normlara uygunluğunu denetleyecek olan kişi müdafidir. Bu nedenle savunma hakkı kapsamında avukat müdafiden yararlanma hakkının korunması hukuk devletinde zorunludur. Ancak, bütün bunlar savunma hakkının kısıtlanamayacağı anlamına gelmemektedir. Savunma hakkının sınırları, ölçülülük ilkesi içinde ancak bu hakkın özünü ortadan kaldırmayacak şekilde ve demokratik bir devlette kabul edilebilir ölçüde kısıtlanabilecektir.

and not tried by an unbiased and independent court, has basic rights of a state of law. In a criminal procedure, the person who is especially responsible to oversee if the state is following the norms is defendant. For this reason, within the right of defence, it is an obligation to protect the right of advocating in a state of law. However, this does not mean that the right of defence cannot be restricted. The confines of right of defence can be, within the principle of moderation yet without abolishing the quintessence of this right and in an acceptable manner for a democratic state, can be restricted.

## Giriş

Savunma hakkı, şüphelinin/sanığın en temel haklarından biridir. Savunma hakkının temelini irade özgürlüğü oluşturur. Bu hak kapsamında şüpheli/sanık,<sup>1</sup> savunma araçlarını ve kendi savunmasının kapsamını kendi iradesiyle özgürce belirleyebilir. Suçlama karşısında susmak da bir savunma şeklidir. Kişi serbest iradesiyle bu savunma şeklini de tercih edebilir. Şüpheli/sanığa genel nitelikteki savunma hakkı kapsamında, isnat edilen fiille ilgili olarak susma hakkı ayrıca ve açıkça tanınmıştır (Ay m.38/5, CMK m.147).

Savunma hakkı kural olarak sanığa ait bir haktır. İddiaya, iddianın muhatabının cevap vermesi gerekir. Uyuşmazlığın hukuki cephesinin uzmanlığı gerektirmesi ve avukatlığın bir meslek olması kural olarak avukat müdafinin hizmetinin satın alınmasını gerektirir. Sanığın hukuki savunmasını hazırlarken bu uzman kişiden yardım alması veya bu uzman kişinin sanık adına veya onun yanında ve onun yararına hukuki savunmayı üstlenmesi mümkündür. Avukatın müdafii sıfatıyla ceza muhakemesine dâhil olması kural olarak hak sahibi sanığın iradesine bağlıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu m.149'a göre, şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir; sanığın kanuni temsilcisi varsa, o da şüpheli veya sanığa müdafii seçebilir. Müdafinin sanığın iradesine uygun olarak belirlenmesi ve görevlendirilmesi halinde, sanıkla avukat müdafii ara-

<sup>1</sup> Bu çalışmada bundan sonra, sanık kavramı, geniş anlamda; yani şüpheliyi de kapsar şekilde kullanılmıştır.

sında özel hukuk ilişkisi kurulmaktadır. Ancak kişinin avukat seçebilecek maddi güce sahip olmaması nedeniyle, sanığın iradesiyle ancak masrafı devlet tarafından ödenecek olan görevlendirilmiş bir avukat müdafinin devreye girdiği hallerde bu özel hukuk ilişkisi kamusal bir ilişkiye dönüşebilmektedir. Aynı şekilde, cezalandırma hakkının devlete geçmiş olması ve gerçek suçlunun cezalandırılmasındaki yani maddi gerçeğe ulaşmadaki kamusal menfaat, bazı suçların takibinde sanıkla avukat arasındaki hukuki ilişkiye müdahaleyi de beraberinde getirmiştir. Sanığın iradesi hilafına, kanun ve adalet gereğince sanığa müdafî tayin edilmesi halinde de avukat müdafî ile sanık arasındaki hukuki ilişki kamusal bir boyut kazanmaktadır.

Savunma hakkının temel unsuru, sanığın müdafîini özgürce seçmesi ve seçilen müdafîin özgürce kendisine verilen yetkileri yani “*müvekkilini savunma hakkını*” etkin bir şekilde kullanabilmesidir.<sup>2</sup>

Müdafîin müvekkilini savunma hakkının kapsamının belirlenebilmesi, onun ceza muhakemesindeki hukuki statüsünün ortaya koyulması ile mümkündür. Müdafî hangi usulle muhakemeye dâhil olmuş olursa olsun, sanıktan bağımsız, ancak onun yararına çalışan adli bir organdır.<sup>3</sup>

Müdafiliğin kamusal yönüne ve müdafîin hak ve yetkilerine yönelik yapılacak yasal müdahalelerde ve yorumlarda esas itibarıyla sanığın savunma hakkına, özünde ise savunma araçlarını ve savunmasının kapsamını özgürce belirleme hakkına müdahale edilmektedir. Sanığın bilgisiz ve ceza muhakemesinde zayıf konumda olduğu ortadadır. Adil bir yargılama yapılabilmesi ve gerçek suçluların ele geçirilip cezalandırılmasında kamusal menfaat bulunduğu için sanığın savunma araçlarını özgürce seçmesine müdahale edilmesi gerektiği de ortadadır. Sorun, bireysel nitelikteki savunma hakkı ile kamusal menfaatlerin dengelenmesi sorunudur.

## I. Savunmanın Tanımı

*Dar anlamda savunma*, suç işlediği iddia edilen kişinin, yetkili organ önünde, üzerine atılan suç işlemediğini, fiilin hukuka aykırı olmadığını, bazı kanuni nedenlerle cezalandırılmaması gerektiğini veya iddia edildiğinden daha az cezayı hak ettiğini

<sup>2</sup> Zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde ise, atanan müdafîin özgürce kendisine verilen yetkileri yani “*görevlendirildiği kişiyi savunma hakkını*” kullanabilmesidir.

<sup>3</sup> Müdafîin hukuki statüsünü açıklayan görüşler için bak. **Centel, Nur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984, 40 vd.; **Centel, Nur/Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2012, 162-165.

ileri sürmesidir.<sup>4</sup> Örneğin, sanığın, fiili bir hukuka uygunluk sebebi olan meşru müdafaa halinde işlediğini veya annesinin malını almış olması nedeniyle şahsi cezazırlık sebebinden yararlanması gerektiğini veya olaydaki haksız tahrik nedeniyle cezasının indirilmesi gerektiğini ileri sürmesi halinde dar anlamda savunmadan söz edilir.<sup>5</sup> Dar anlamda savunmanın fiili ve hukuki yönü bulunur.

*Geniş anlamda savunma* ise suç işlediği iddia edilen kişinin, devlet ya da bireyler tarafından kendi varlığına yöneltilen eylem ve işlemlere karşı kendisini korumak için yasal yollara başvurusu veya yasal imkânlardan faydalanmasıdır.<sup>6</sup> Diğer bir tanıma göre geniş anlamda savunma, sorular sorma, itirazda bulunma, açıklamalar yapma, işlemlerde hazır bulma ve dilekçeler verme şeklinde gerçekleştirilir<sup>7</sup> ve Yasa'daki birçok hüküm sanığın geniş anlamda savunması ile ilgilidir. Sanığın bütün hakları geniş anlamda savunma hakkı kavramı altında toplanabilir. Savunma hakkı, sanığın birçok hakkını içeren temel bir haktır.<sup>8</sup> Örneğin işkence görmeme hakkı, keyfi tutuklanmama hakkı, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede aleni olarak yargılanma hakkı geniş anlamda savunma hakkı ile ilgili olan haklardır<sup>9</sup> ve hukuk devletinin değerler sisteminde yer alırlar.

Savunma, *maddi ve hukuki* savunma şeklinde de sınıflandırılabilir. *Maddi savunma* veya başka bir anlatımla *fiili savunma*, bir fiilin gerçekten işlenip işlenmediğine ilişkin savunmadır. Bu tür savunmayı, sanık kendisi de yapabilir. Eylemin hukuk kuralları karşısındaki durumuna ilişkin savunma ise *hukuki savunmadır*. Sanığın kendi kendisini savunmasına *bireysel savunma*, müdafî aracılığıyla savunulmasına da *kolektif savunma* adı verilir.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> **Yüce, Turan Tufan**, "Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı [I]", AD LI, 11-12(Kasım-Aralık 1960), 1017; **Feyzioğlu, Metin**, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, 204, 205-203; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.Bası, Ankara 2002, kn.329.

<sup>5</sup> **Centel/Zafer**, 159; **Feyzioğlu**, 204, 205-203; **Öztürk/Erdem/Özbek**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, kn.329.

<sup>6</sup> Bu savunma şekline aktif savunma da denilmektedir. Bak. **Ergül, Teoman**, "Savunmanın Teori ve Uygulaması", ABD, 1990, S.4, 591.

<sup>7</sup> **Demirbaş, Timur**, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996, 52.

<sup>8</sup> **Centel/Zafer**, 142; **Demirbaş, Timur**, "Hazırlık Soruşturmasında Müdafilik", CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999, 92; **Oral, Mehmet**, "Mevzuatımızın Savunma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi", Prof.Dr.Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, 600.

<sup>9</sup> **Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, 12.Bası, İstanbul 2002, N.29.8[248].

<sup>10</sup> **Centel/Zafer**, 131.

Savunma hakkı, “yargılama makamları önünde ve belli bir amaçla, bir suçlamadan kurtulmak için kullanılan söz ve düşünce özgürlüğüdür.”<sup>11</sup> Bu anlamda savunma, fiilin işlenmediği veya iddia edildiği gibi işlenmediği, failin cezalandırılmaması ya da az ceza alması gerektiğinin ifade edilmesi olarak anlaşıldığında gerçek anlamda maddi ve hukuki savunmayı, savcının mahkûmiyet talep eden esas hakkındaki mütalaasına karşılık gelen muhakeme işlemi olarak anlamak mümkündür (CMK m.216). Bu savunmaya esasa ilişkin savunma da denilebilir. Bu savunmada, duruşmada ortaya koyulmuş olan tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi ve hukuki dayanakları gösterilerek ceza uyumsuzluğuna ilişkin olarak mahkemeden suçluluk konusunda belirli bir yönde karar vermesinin talep edilmesi söz konusudur.<sup>12</sup> Bu husus Ceza Muhakemesi Kanunu m.216’da delillerin tartışılması başlığı altında kurala bağlanmıştır ve hükümden önce son söz, hazır bulunan sanığa verilir. Sanık tüm değerlendirmeleri dinleyerek esasa ilişkin son sözünü söyler. Belirtelim ki, maddi savunma ve hukuki savunma bu işlemlerde genellikle ardı ardına gelir.

Belirtelim ki, maddi savunma kapsamında, aktif bir savunma yapılması zorunlu değildir. Sanık, *kendisine isnat edilen fiille ilgili olarak susarak da* savunmasını gerçekleştirebilir.<sup>13</sup> Susma hakkının temelinde, sanığın kendi kendini suçlamaya ve *kendisi aleyhine aktif olarak muhakemeye katılmaya zorlanamaması* (nemo-tenetur se ipsum accusare) yatar.<sup>14</sup> Pasif bir hak niteliğinde olan susma hakkı,<sup>15</sup> sanığın aktif olarak muhakemeye katıl-

<sup>11</sup> Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, 11; Eser, Albin (Çev.N.Centel), “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, YD 1990, S.3, 326.

<sup>12</sup> Aynı şekilde sorgu işlemi de kısmen esasa ilişkin savunmanın yapıldığı bir işlemdir (CMK m.146, 191,206). Sanık maddi savunmasını, doğrudan doğruya esas hakkındaki savunması ile yapabileceği gibi sorgu/ifade vasıtasıyla veya tanık, bilirkişi ve emare delillerine karşı yaptığı açıklamalarla da gerçekleştirebilir.

<sup>13</sup> “Schmerber alkollü vaziyette araç kullanma şüphesi ile yakalanmış ve tahlil için kendisinden kan alınmak istemiştir. Sanığın karşı gelmesine rağmen sanıktan kan alınmıştır. Hiç kimsenin kendisi aleyhine delil vermek mecburiyetinde olmadığını ileri sürerek, Schmerber, “kendi kanının kendi aleyhine tanıklık yapmasına” karşı çıkmış ve delilin hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Yüksek Mahkeme verdiği kararında bu görüşü kabul etmemiştir. Kararının gerekçesinde “susma hakkının” sadece sanığın kendisi aleyhine vereceği ifadeler bakımından geçerli olduğu, diğer emare türü delilleri kapsamadığı görüşüne yer vermiştir. /Yukarıda açıklanan görüşün uzantısı olarak, sanığın yeniden teşhis edilmesine yönelik tanıma yöntemleri (parmak izi alma, resim çekme v.s. gibi) kendisi aleyhine delil verme yasağı kapsamına girmezler. Mesela kimlik tespiti amacıyla alınan yazı örnekleri veya ses örnekleri ya da belli bir yerde durma, belli hareketi tekrar etme gibi istekleri yeri getirme mecburiyeti vardır”. Yenisey’e göre, bu tür delillerin sanığın karşı iradesine rağmen ondan alınabilmesi için işlem yasa ile düzenlenmeli ve işlem müessir fiili gerektiriyorsa hâkimden karar alınmalıdır. Bak. Yenisey, Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, AÜSBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No.12, Seminer Yayın Dizisi No.3, 160-161.

<sup>14</sup> Anayasa’nın 38. maddesinde “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” denilmek suretiyle bu ilkeye yer verilmiştir; Bu ilkenin tarihî gelişimi hakkında bak. Wolff, Heinrich Amedeus, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, Berlin 1997, 25, 28-29.

<sup>15</sup> Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1996, 121.

ma hakkı kadar önemlidir ve sanığın kişilik hakkının bir ifade biçimidir.<sup>16</sup> Bu hak, sadece sanığa isnat edilen fiille ilgili olmayıp, tüm muhakeme işlemleriyle ilgilidir.<sup>17</sup> Bu hakkın özünde sanığın ifade özgürlüğü yatmaktadır.<sup>18</sup> Sanığın savunma hakkını susarak kullanması halinde, bu durum onun aleyhine değerlendirilemez. Zira ispat külfeti suç muhakemesine yabancısıdır.<sup>19</sup>

İddiaya, iddianın muhatabının cevap vermesi gerekir. Bu noktadan konuya yaklaşıldığında, maddi savunma hakkı kural olarak sanığa ait bir haktır. Bu nedenle maddi savunma bireyseldir. Müdafî maddi savunma yapamaz. Hukuki savunma ise bireysel olabileceği gibi kolektif de olabilir yani sanık tarafından yapılabileceği gibi müdafî tarafından da yapılabilir. Sonuç olarak sanık, savunma hakkı çerçevesinde somut ve gerçek bir hukuki savunma için iki olanağa sahiptir; ya kendisini bizzat savunur ya da bir müdafîin yardımından yararlanır. Diğer bir söyleyişle sanık, teorik olarak maddi savunmanın yanı sıra hukuki savunma da yapabilir. Ancak müdafî sadece hukuki savunma yapabilir. Maddi ceza hukuku kurallarını değerlendirerek taleplerde bulunur. Hukuki savunmanın yapılabilmesi belirli bir bilgi birikimini gerektirir.

Belirtelim ki nihai nitelikteki maddi ve hukuki savunmanın yapılacağı aşamaya gelinebilmesi için bir sürü muhakeme işleminin yapılması ve ispat sürecinin yaşanması gerekmektedir. Bu muhakeme sürecinde sanığa ve müdafîe tanınmış hak ve yetkiler bulunmaktadır. Sanığın bu eylem ve işlemlere karşı kendisini korumak için yasal yollara başvurması ve imkânlardan faydalanması da geniş anlamda savunma kapsamında değerlendirilmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, davacı ve davalının hak ve yetkilerini ortaya koymaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bütün kurumlar davacı ve davalı üzerinden açıklanmaktadır. Ayrı bir bölümde davaya vekâlet yani vekâletin verilmesi ve vekâletnamenin ibrazı konuları düzenlenmiştir (HMK m.71-83). Buna karşılık ceza muhakemesinde müdafîin hak ve yetkileri sanıktan ayrı olarak tek tek gösterilmiştir. Sanığa tanınan hak ve yetkilerin aynısı birkaç husus hariç açıkça müda-

<sup>16</sup> **Beulke, Werner**, Strafprozeßrecht, 6.Bası, Heidelberg 2002, §7, kn.125; Bak. **Erdem, Mustafa Ruhan**, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001, 265 vd.

<sup>17</sup> **Centel/Zafer**, 144; **Öztürk/Erdem/Özbek**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, kn.135.

<sup>18</sup> **Wolff**, 29; Bu hak susma hakkının bir sonucudur. Sanık olayın açıklanmasında ne maddi hukuka, ne de muhakeme hukukuna ilişkin konularda aleyhine sonuç doğuracak şekilde olayın açıklanmasına katılmak zorundadır. Sanık konuşmak, belge vermek, delil göstermek keşif veya yüzleştirme objesi göstermek zorunda değildir. **Stumpf, Olav**, Die Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Strafvereitelung (§ 258 StGB), Baden-Baden 1999, 131.

<sup>19</sup> **Centel/Zafer**, 672.

fi de tanınmıştır. Müdafii kamu hizmeti görüyor olması ve adli bir organ olması nedeniyle ceza muhakemesinde müdafii âdetâ sanıktan ayrı bir savunma sūjesi olarak ortaya koyulmuştur. Örneğin, sanığın tanıklara soru sorma hakkı müdafiiinkinden bağımsızdır. Sanık müdafiiinden ayrı olarak temyiz dilekçesi verebilir, müdafiiinden ayrı olarak tahliyesini talep edebilir. Müdafiiinden ayrı olarak soruşturma ve kovuşturma evrakını görebilir. Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın savunma hakkının müdafie devredilmesi söz konusu olmayıp sanığın savunma hakkının yanı sıra müdafie müvekkilini savunma hakkının verilmesi söz konusudur. Sanık ve müdafii, bazı hak ve işlemler açısından aynı tarafta, ancak birbirinden bağımsız sūjeler olarak kabul edilmiş gibi gözükmektedir. Ceza muhakemesinde birçok hak hem sanığa hem de müdafiiine ayrı ayrı tanınmıştır. Bu durum ceza muhakemesinin özelliğinden yani isnat altında olan kişinin kendisini savunma zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Sanık ve müdafiiin kural olarak aynı haklara sahip olması asıl savunma sūjesinin sanık, müdafiiin ise onun yardımcısı olduğu gerçeğini değiştirmez. Nitekim müdafiiin kanun yoluna başvurudan vazgeçebilmesi vekâletnamede bu hususta özel olarak yetkili kılınmış olması koşuluna bağlanmıştır (CMK m.266). Aynı şekilde, müdafie ancak yetkili kılınmış olmak koşuluyla sorgusu yapılmış olan sanığın duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutulmasını talep etme yetkisi tanınmıştır (CMK m.196). Yasa koyucu, sanığın müdafii gönderebilmesi başlığı altında, sanık hazır bulunmasa da müdafiiin bütün oturumlarda hazır bulunmak yetkisine sahip olduğunu belirtmek suretiyle aslında dolaylı olarak sanığın savunma sūjesi olarak ceza muhakemesindeki yerine işaret etmiştir (CMK m.197). Sonuç olarak muhakemeye ilişkin birçok hakkı, sanık bizzat ve tek başına kullanabileceği gibi müdafii ile birlikte ayrı ayrı da kullanabilir veya bu hakları kendi kullanmayıp sadece müdafiiin bu hakları kullanmasına izin verebilir.

Belirtelim ki, uygulamada sanık sorgu dışında aktif olmamaktadır. Sanığın müdafii yanında veya tek başına geniş anlamda savunma haklarını kullanabilmesi ancak müdafiiin onu hakları konusunda bilgilendirmesine bağlıdır. Uygulamada geniş anlamda savunma hakkının gerçek sahibi müdafii gibi görünmektedir. Müdafiiin bireysel nitelikteki geniş anlamda savunmaya yardım fonksiyonunun eksik kaldığı ortadadır. Diğer bir söyleyişle sorgu işlemi dışında muhakeme sürecinde savunma makamında sadece müdafii aktif olmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere ceza muhakemesinde, müdafiiin yapacağı savunmadan (kolektif savunmadan) yararlanma hakkının kullanılması halinde bireysel savun-

manın ortadan kalkacağını söylemek mümkün değildir. Bu halde, bireysel ve kamusal (*kolektif*) savunma birlikte gerçekleştirilir. Bireysel savunma makamı sanık, kamusal savunma makamı ise müdafî tarafından işgal edilmiş olur.<sup>20</sup> *Müdafîin müvekkili adına savunma yapmasından veya sanığın müdafî aracılığıyla savunma hakkını kullanmasından değil, müdafîin müvekkili sanık yanında ekstra bir savunma yapmasından söz edilebilir. Bu savunma kolektif savunma veya hukuki savunma şeklinde de adlandırılmaktadır. Ceza muhakemesinde müdafîin kolektif savunması, sanığın bireysel savunması yerine geçen bir savunma özelliği göstermez. Ancak bireysel ve kolektif savunmanın birlikte yapılması birçok olumsuz sonuç doğurabilir. Bu halde sanıkla müdafîin birlikte çalışması gerekir.*

*Sanığın hazır bulunmadığında veya bulunup da bireysel savunma hakkını kullanmadığında yani müdafîi müvekkilini savunma hakkını kullandığında müdafîin temsil fonksiyonundan söz edilebilir. Nitekim CMK m.2/1-c’de müdafî, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı ifade eder denmektedir. Müdafî isnat altında olmadığından onun doğrudan savunma hakkından değil, müvekkilini savunma hakkından söz etmek daha isabetlidir. Kanımızca sanığın hazır bulunmadığı hallerde veya bireysel savunma hakkının kullanmadığı hallerde, sanık bireysel savunma hakkından vaz geçmiş, müdafîi sanığın yanında müvekkili sanığı savunma hakkını kullanmıştır. Sanığın bulunmaması halinde müdafîin muhakeme işlemlerinde hazır bulunması veya muhakeme işlemlerini yapması teknik anlamda bir temsil değildir. Bu nedenle ceza muhakemesinde sanıkla müdafîi arasındaki ilişkiyi her zaman temsil ilişkisi ile açıklamak mümkün değildir.*

Buraya kadarki açıklamalar, müdafîin, sanığın temsilcisi olmayıp; sanığın hukuki savunmasını destekleyen veya ona savunmasını hazırlamasında yardımcı olan bağımsız bir savunma süjesi olduğunu ortaya koymaktadır. Müdafîin bu görevlerini nasıl yerine getireceği hangi haklara sahip olduğu hangi muhakeme işlemlerini nasıl yapacağı kural olarak Ceza Muhakemesi Kanunu’nda gösterilmiştir.

Müdafîin sanığın kural olarak temsilcisi olmayıp yardımcısı olduğunun söylenmesi uygulamada doğacak şu sorulara ışık tutmaktadır: Örneğin, sanığın müdafîi avukata vekâletname verme zorunluluğu var mıdır? HMK’ya göre vekâletnamesiz avukat duruşmaya alınmaz ve yaptığı işlemler de geçersiz olur (HMK m.77). Ceza

<sup>20</sup> Erem’e göre, müdafîin tamamıyla özel bir anlaşmaya bağlı kalması halinde savunması özeldir. Hâlbuki müdafîin, sanığı aynı zamanda toplumun bir ferdi olarak da savunmasını gerektiren bir sistemde savunma kamusaldır. **Erem, Faruk**, “Savunma Hakkının Kökeni”, ABD, 1984, S.5, 692.

Muhakemesinde CMK’da belirtilen sınırlı haller hariç<sup>21</sup> sanık ile avukat arasında vekâlet ilişkisinin kurulması zorunluluğu yoktur. Zira ceza muhakemesinde savunma makamını oluşturan sjeler arasında bir temsil ilişkisi yoktur. Muhakeme işlemlerinin avukat tarafından yapılabilmesi için sanıkla müdafii avukat arasında avukatın yardımcı olarak seçildiğini gösteren bir ispat vasıtasının varlığı yeterlidir. Bu ilişkinin HMK’da öngörldğı gibi kural olarak bir vekâlet sözleşmesi ile kurulmuş ve ispat edilmiş olmasına da gerek yoktur. Avukatlık Kanunu’nun 2/2. maddesindeki hükümler saklıdır. Tebligat hukukunun da yukarıdaki bilgiler doğrultusunda yorumlanması ve sanık ve müdafii ayrı ayrı tebligat yapılması gerekir.<sup>22</sup>

## II. Hukuk Devleti İlkesi ile Savunma Hakkı Arasındaki İlişki

*Ceza muhakemesi hukuku*, devletin cezalandırma hakkının yerine getirilmesine ve dolayısıyla cezanın genel ve özel önleme fonksiyonunun sağlanmasına hizmet eder. Diğer bir söyleyişle ceza muhakemesi sonunda gerçek suçluya ulaşırsa ceza genel ve özel önleme fonksiyonunu gerçekleştirir. Gerçek suçlunun cezalandırılıyor olması, toplumdaki bireylerin güven duygusunu tatmin eder. Ceza muhakemesinde gerçek suçluya yani maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ancak suç isnadı altındaki kişiye etkin bir savunma yapma imkânının tanınmasıyla mümkündür.

Somut olayda devletin cezalandırma hakkını kullanmasını mümkün hale getiren muhakeme hukukunun kendine özgü değerler dengesi bulunmaktadır. Görevi hükme ulaşmak olan ceza muhakemesinin kuralları oluşturulurken, cezalandırmaya, dolayısıyla kamu barışına<sup>23</sup> hizmet eden kurallarla sanığın bireysel özgürlüklerine hizmet eden kurallar yarışır. Ceza muhakemesi, kamu barışından sorumlu olan devlet ile birey arasındaki çatışmada dengeyi sağlayan bir hukuk dalıdır.<sup>24</sup> Diğer bir ifade ile ceza muhakemesi hukuku, bireyin menfaatleri ile toplumun hukuki güvenlik ihtiyacı

<sup>21</sup> Örneğin sanığın Yargıtay’daki duruşmada kendisini temsil ettirebilmesi bir avukata vekâletname vermesi koşuluna bağlanmıştır (CMUK m.318). 5271 sayılı CMK m.299’da bir müdafii ile sanığın kendisini temsil ettirmesinden söz edilmiş ise de bu temsilin vekâlet ilişkisine dayanması aranmamıştır.

<sup>22</sup> Centel/Zafer, 183.

<sup>23</sup> Tez ve anti tez olarak ifade ettiğimiz kutupların yapısına baktığımızda şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Ortada bir “suçlama” ve buna karşı bir “savunma” mı vardır, yoksa birbirine zıt iki savunmadan mı söz etmek gerekir? Çünkü suçlama (itham) sonuçta toplumun savunmasıdır. Bu anlamda “özel savunma” ve “kamu savunmasından” da bahsedilebilir. Ancak, iddia makamı tarafından gerçekleştirilen bu kamusal savunmayı toplumun korunması için yapılan bir savunma olarak değil, daha çok adaletin savunulması şeklinde anlamak gerekir. Bak. Erem, “Savunma Hakkının Kökeni”, 692.

<sup>24</sup> Cihan, Erol, “50.Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, İHFM L, 1-4 (19849, 137.

arasındaki gergin ilişkiyi dengelemeye hizmet eder.<sup>25</sup> Muhakeme sürecinde bireyin hak ve özgürlüklerinin kamu menfaati karşısında feda edilmemesi için güvence altına alınması zorunludur. Bu nedenle muhakeme hukuku, hukuk devletine ilişkin değerlerle ve bu değerler de en açık ifadesini Anayasa’da bulduğundan, anayasal değerlerle yakından ilgilidir. Hukuk devleti ilkesini benimseyen bir muhakeme hukuku, sanığı yasaıyla tanınmış hak ve yetkilerle donatılmış bir usul süjesi olarak kabul etmek suretiyle hukuk güvenliğinin sağlanmasına ve hukuki değerleri korumaya çalışır. Muhakeme süresince sanığın haysiyet ve şerefının korunmasına özen gösterir. Ne pahasına olursa olsun ulaşılabilecek gerçeğe itibar etmez.<sup>26</sup>

Alman Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin, hem bireysel özgürlükleri hem de adliyenin işlevini görmesini güvence altına alması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşü ile Alman Anayasa Mahkemesi, sanığın obje konumuna indirgenmesine sebep olabilecek “*maddi gerçeğin bulunması ilkesi*” ile sanığı bir süje olarak kabul eden ve onun onurunu koruyarak maddi gerçeğe ulaşmayı öngören “*kurallara uygun adalet ilkesi*”ni hukuk devleti kavramının iki yüzü olarak kabul etmiştir.<sup>27</sup>

Savunma hakkının gelişmesi ile demokratik hareketin gelişmesi arasında sıkı bağlantı bulunmaktadır. Örneğin, sanığın “ilahi sınav”dan (*ordalies*) geçirildiği ve ağır işkencelere dayandığı takdirde beraat ettirildiği,<sup>28</sup> yani *bedensel savunmanın* yaptırıldığı ortaçağdan günümüze *sözle savunma hakkına* ulaşılmış olması bunun örneğini teşkil eder.<sup>29</sup> Bu açıdan savunma hakkını *söz ve düşünce özgürlüğünün bir uygulanış biçimi* olarak değerlendirmek yanlış olmayacaktır. Söz ve düşünce özgürlüğünün yasaklar altında bulunduğu bir toplumda, mahkeme önünde amaca uygun bir savunma hakkının varlığından bahsedilemez.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Vogel, Hans-Jochen, “Strafverfahrensrecht und Terrorismus”-eine Bilanz, NJW 1978, Heft 25, 1218.

<sup>26</sup> Vogel, 1218.

<sup>27</sup> Eser (Çev.N.Centel), “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, 325-326.

<sup>28</sup> Taner, Tahir, Ceza Hukuku, İstanbul 1953, 23, dn.1; İspat sisteminde dini safha hakkında bak. Feyzioğlu, 42; 1532 Tarihli Constitutio Criminalis Carolina (CCC) veya diğer ismi ile “Kaiser Karls’in Korkunç Mahkeme Düzeni”nin temel düşüncesi, maddi gerçeğin kayıtsız şartsız araştırılması olmuştur (s.14,15). Sanıklar hemen hemen bütün olaylarda işkenceyle ikrar etmeye zorlanmıştır. Bu nedenle, yardımcı ve savunucu olarak adlandırılan müdafilere CCC ile tanınmış olan hakların içeriği büyük ölçüde boşaltılmıştır. Wessing, Jürgen, Die Kommunikation des Verteidigers mit seinem Mandanten, Diss., Köln 1985, 16.

<sup>29</sup> Feyzioğlu, 38-52.

<sup>30</sup> Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, 11.

Savunma hakkı, anayasal nitelikte olan adil, hukuk devleti ilkelerine uygun bir muhakemede yargılanma hakkından temellerini almaktadır.<sup>31</sup> *Bireyin veya devletin normlara uygunluğunu denetleyecek* mekanizmaların sağlıklı ve objektif çalışabilmesi açısından savunma hakkının özel bir yeri bulunmaktadır. Savunma hakkından yoksun bırakılan, tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanmayan kişinin, bir hukuk devleti içerisinde temel haklara sahip olduğunu söylemek mümkün değildir.<sup>32</sup> Ceza muhakemesinde özellikle devletin normlara uygunluğunu denetleyecek olan kişi müdafidir. Bu nedenle savunma hakkı kapsamında avukat müdafiden yararlanma hakkının korunması hukuk devletinde zorunludur. Ancak, bütün bunlar savunma hakkının kısıtlanamayacağı anlamına gelmemektedir. Savunma hakkının sınırları, ölçülülük ilkesi içinde ancak bu hakkın özünü ortadan kaldırmayacak şekilde ve demokratik bir devlette kabul edilebilir ölçüde kısıtlanabilecektir.

Hukuk devletinin temel unsurlarından olan adil yargılanma, adil hüküm açısından da savunma hakkının tanınması ve korunması zorunludur. Ceza muhakemesinde *iddia (itham)*, bir kimsenin bir suçu işlediğini iddia etmek, masum olduğunu inkâr etmektir<sup>33</sup> ve bir *şüpheye dayanır*. İddia, sadece ihtimallerden birini yani sanığın suçlu olduğunu ileri sürmüştür. Teknik tanımı ile savunma iddianın çürütülmesidir.<sup>34</sup>

Savunma da öteki ihtimali yani sanığın masum olduğunu tam bir eşitlikle söyleyebilmelidir ki, sağlıklı, *adil bir hüküm* kurulabilsin. Savunmaya imkân tanınmazsa, iddia hüküm olur.<sup>35</sup> İddiayı hükme yaklaştıran bir sistem veya uygulama, zararlı ve tehlikelidir.<sup>36</sup> Savunma, vicdani ispat sisteminde<sup>37</sup> hâkimin iddia konusundaki şüphesini yenip karar verebilmesini kolaylaştıran bir antitezdir. Bu şüphenin yenilebilmesi için iddiaya karşı bir antitez, yani savunma zorunludur. Savunmanın şekli anlamda iddia karşısında olması, onun sanığın lehine olan hususları ön plana çıkartmasını ve bir antitez geliştirmesini zorunlu kılar.<sup>38</sup> *Hüküm, tez (iddia)* ile antitezin (*savunmanın*)

<sup>31</sup> **Beulke**, Strafprozeßrecht, §9, kn.147.

<sup>32</sup> **Yarsuvat, Duygun**, "Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi", İÜSBFD, N.10, Ocak 1995, 98.

<sup>33</sup> **Erem**, "Savunma Hakkının Kökeni", 691.

<sup>34</sup> **Tosun, Öztekin**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, I, Genel Kısım, 4.Bası, İstanbul 1984, 252.

<sup>35</sup> **Erem**, "Savunma Hakkının Kökeni", 691.

<sup>36</sup> **Erem, Faruk**, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, 6.Bası, Ankara (tarihsiz), kn.83, 167.

<sup>37</sup> Vicdani ispat sistemi hakkında bak. **Feyzioğlu**, 49-51.

<sup>38</sup> **Demirbaş, Timur**, "Hazırlık Soruşturmasında Savunma", Prof.Dr.Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, 192-193.

çatışmasının ürünü olmalıdır.<sup>39</sup> Doğru bir hüküm verilebilmesi için tez ile antitez arasında “görev dengesi” bulunmalıdır.<sup>40</sup>

Kısacası, hukuk devleti düşüncesi, sanığın bir usul süjesi olarak kabul edilmesini ve iddia karşısında ceza muhakemesinin sonucuna ve gidişine etki edebilmesini gerektirir.

### III. Şüpheli/Sanığın Savunma Aracını-Müdafiini Seçme Özgürlüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde bir suçla suçlanan kişinin *kendi kendini savunma ve savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklardan yararlanma hakkına* sahip olduğu belirtilerek bireysel savunma hakkının kullanılabilmesi güvence altına alınmıştır (m.6/3-b,c).

Anayasa m.36’da da, “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” denilerek uyuşmazlığın tarafı olan kişinin yani şüpheli/sanığın savunma hakkı ve müdafiini seçme hakkı koruma altına alınmıştır.

Sanık, savunmasının içeriğini *belirleme ve savunması* için yardıma ihtiyacı olup olmadığına karar verme hakkına sahiptir. *Bireyin iradesine ve onuruna saygı, onun usuli işlemlerde nasıl bir yol izleyeceğine dair kararlarına diğer bir söyleyişle usuli özgürlüğüne de saygı duymayı gerektirir.*<sup>41</sup> Sanığın muhakeme süjesi olması, onun muhakeme stratejisi konusunda da özgürce karar vermesini zorunlu kılar. Kendi geleceğini belirleme hakkı, usuli özgürlüğün de temelini oluşturur. Sanık, savunma hakkı çerçevesinde somut ve gerçek bir savunma için iki olanağa sahiptir: Ya kendisini bizzat savunur ya da bir avukatın yardımından yararlanır. Sanığın bireysel savunma hakkı, savunmasını hazırlamada uzman bir kişiden yararlanma ve kendisi dışında uzman bir kişinin yasa ile tanınmış olan savunma işlemlerini kendisinin adına veya kendisi ile birlikte yerine getirilmesinden yararlanma hakkını da kapsamaktadır.

*Serbestçe avukat seçme hakkı ve özgür avukat prensibi* ceza muhakemesinin ve savunma hakkının vazgeçilmez unsurlarındandır. Sanık kendisini bizzat tek başına savunmak

<sup>39</sup> **Demirbaş**, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, 193; **Erem, Faruk**, Meslek Kuralları Şerhi, Ankara 1973, 39-40.

<sup>40</sup> **Erem**, “Savunma Hakkının Kökeni”, 691.

<sup>41</sup> **Demirbaş, Timur**, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2011, 76-77.

istememezse, kendi seçeceği ücretli bir müdafinin yardımından yararlanır veya mali gücü yoksa adli makamlardan kendisi için bir müdafii görevlendirilmesini ister. Savunmanın kalitesini ve etkinliğini etkileyen güven ilişkisi en iyi şekilde *seçilmiş müdafii* ile müvekkili arasında kurulur. Müdafii de yardım görevini en iyi şekilde ancak, olay ve müvekkilinin kişiliği hakkında geniş bilgiye sahip olduğunda yerine getirebilir. Bu konuda ona birinci derecede yardımcı olacak olan kişi sanıktır. *Seçilmiş müdafie* duyulan güven, *atanmış müdafie* duyulandan daha güçlüdür.<sup>42</sup> Ayrıca, atanmış iradi müdafinin seçilmiş iradi müdafii kadar hukuki koruma sağlamayacağına ilişkin bir tezin varlığı da göz ardı edilmemelidir.<sup>43</sup> Ancak sonuç itibarıyla bu halde de müdafiden yararlanıp yararlanmamak yine sanığın iradesine bırakılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına göre, ücretsiz avukattan yararlanma hakkı da sınırsız bir hak değildir. Sanığın mali olanaklardan yoksun olduğu hallerde ve adaletin selameti açısından gerekli ise sanığın avukattan yararlanma hakkının gereği yapılır.<sup>44</sup> AİHS m.6/1-3-c'ye göre, her sanık, “kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek” hakkına sahiptir. Bu halde de sanık, mali gücünün olmadığını belirterek kendisi için bir avukat müdafii görevlendirilmesini talep etmek durumundadır. Müdafiden yararlanıp yararlanmamak sanığın iradesine bağlıdır. Ancak bu hal müdafii isim olarak belirleme imkânı tanınmadığı için sanığın, sadece istediği müdafiden yararlanma hakkını sınırlayacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde müdafii tayini bakımından sanığın iradesine üstünlük tanınmıştır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, müdafii seçimini sanık bakımından mutlak bir hak olarak da görmemektedir.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Bak. **Welp, Jürgen**, “Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens”, ZStW 1978, Bd 90, 102-103, 107.

<sup>43</sup> Bak. **Welp**, “Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens”, 107.

<sup>44</sup> Örnek kararlar için bak. **İnceoğlu, Sibel**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, 318; Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları) m.5, Avukatlık Kanunu, İstanbul Barosu 2002, 267.

<sup>45</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 25.9.1992 tarihli *Croissant-Almanya* kararında, “adaletin selameti”, somut olayda “yargılamanın uzun sürme ihtimali” ile “davanın kapsamı ve karmaşıklığı” gibi gerekçelerle, sanığın istemi ve rızası olmaksızın mahkeme tarafından sanığın seçtiklerine ek olarak müdafii tayinini Sözleşmenin m.6/3-c hükmüne aykırı bulmamıştır.

Müdafiin zorunlu olması yani sanığın iradesi dikkate alınmadan ve onun iradesi hilafına ona müdafii tayin edilecek hallerin kabul edilmesi kanımızca devletin cezalandırma hakkına ve muhakemenin maddi gerçeğe ulaşma amacı birlikte değerlendirildiğinde olağandır. Amaç sadece cezalandırma olmayıp doğru kişiyi yani gerçek faili cezalandırmaktır. Toplumsal menfaat gerçek failin cezalandırılmasındadır. Ceza ancak bu sayede genel önleme fonksiyonunu yerine getirebilir. Bu nedenle müdafiliğin zorunlu olduğu hallerin yaratılması gereklidir. Gerçek failin cezalandırılmasına duyulan toplumsal menfaat ile sanığın özgür iradesi ile geleceğini belirleme ve avukatını seçme hakkı çatışmaktadır. Bu iki menfaat arasındaki dengenin kurulması ve korunması zorunludur. Zorunlu müdafilik hallerinin gereğinden fazla genişletilmesi sanığın özgürce avukatını seçme hakkı aleyhine; hiç kabul edilmemesi ise kamusal menfaatler aleyhine dengeyi bozar.

Seçilmiş müdafii, sanığın iradesine bağlı olarak adli makamların talebi üzerine görevlendirilecek olan ihtiyari ve sanığın iradesi hilafına dahi görevlendirilecek olan zorunlu müdafiden daima önce gelir. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, baro tarafından görevlendirilen müdafii görevinin seçilmiş bir avukat görevlendirildiğinde sona ermesinin kabul edilmiş olması sanığın iradesine uygun savunmanın kanun koyucu tarafından korunduğunu göstermektedir (CMK m.156/3).

Sanık tarafından seçilmiş olan müdafii görevini aksatmadığı sürece onun iradesine aykırı müdafii tayin edilemez. Zorunlu müdafilik hallerinde baro tarafından görevlendirme, ancak seçilmiş müdafii görevini yapmaması halinde söz konusu olabilir ve bu halde adalet ve kanun gereğince baro tarafından müdafii görevlendirmesi yapılabilir.

*Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 29.3.2011 tarihli bir kararında aynı görüşü benimsemiştir. Ceza Genel Kurul'una göre; “şüpheli veya sanıkların savunmaları için seçtikleri müdafilerinin bulunması durumunda kendilerine baro tarafından zorunlu müdafii görevlendirilemeyeceği, başka bir anlatımla şüpheliye veya sanığa baro tarafından zorunlu müdafii görevlendirilebilmesi için şüpheli veya sanığın kendi seçtiği müdafiiinin bulunmaması gerekmektedir. Bunun sonucu olarak da, kendilerinin seçtiği müdafileri bulunan şüpheli veya sanıklara, bu müdafii görevinin devam ettiği ve savunma görevlerini yerine getirdiği sürece zorunlu müdafii görevlendirilmesinin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.*

Mevzuatımızda zorunlu müdafilik sistemini öngören düzenlemenin amacı, kendisini savunmak için yeterli maddi olanağı bulunmayanların, bu hakkı kullanamamalarından kaynaklanabilecek olası hak kayıplarının önlenmesi, dolayısıyla da savunma hakkının etkin kullanılabilmesinin sağlanması suretiyle adil yargılamanın gerçekleştirilmesidir.

Diğer taraftan, sanıkların kendilerinin vekâletname vermek suretiyle seçtikleri müdafileri bulunmadığı durumlarda, sanıklara müdafii olarak baro tarafından bir avukat atanacağını bildirilmesi gereklidir. Kendisine müdafii atandığını bilmeyen *ya da kendisine müdafii atanmakla birlikte, bu avukatın değiştirilmesini isteme hakkına sahip bulunmayan bir sanığın*, atandığını dahi bilmediği müdafinin tüm tasarruflarından sorumlu tutulması gerektiğini veya bu müdafinin yaptığı tüm işlemleri peşinen kabul etmiş sayılacağını söylemek nasıl olanaklı değilse, böyle bir durumda savunma hakkının tam anlamıyla kullanılabilceğini düşünmek de olası değildir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Sanığın vekâletname ile görevlendirdiği ve azledildiklerine veya müdafilikten istifa ettiklerine ilişkin dosyada bir bilgi ve belge bulunmayan müdafileri bulunmakta iken, yerel mahkemenin istemi üzerine sanığa baro tarafından müdafii görevlendirilmesinin yasal dayanağı bulunmamaktadır.”<sup>46</sup>

#### IV. Müdafinin Yardımından Yararlanma Hakkı ve Ceza Muhakemesinde Müdafii ile Savunulmanın Gerekliliği

Müdafii, hem sanığın kendi savunmasını hazırlamasında hukuki bilgisi ile ona yardım etmekte, hem de sanıktan ayrı olarak kendisine tanınmış olan *müvekkilini savunma hakkını* kullanmaktadır. Savunma hakkı, bireysel savunmasını hazırlamak için müdafiden yararlanma ve ayrıca müdafii tarafından savunulma hakkı olmak üzere iki hakkı da içinde barındırmaktadır.

Müdafiden yararlanma hakkı Anayasamızda dolaylı olarak ortaya koyulmuştur. 1982 Anayasası’nın 36/1. maddesinde de önceki anayasal düzenlemelere benzer bir şekilde “herkes, *meşru vasıta ve yollardan faydalanmak* suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmüne yer verilmiştir. *Centel’e* göre,<sup>47</sup> “herkesin (ve sanığın) meşru vasıta ve yollardan

<sup>46</sup> YCGK, 29.3.2011-10-5/25, www.kazanci.com

<sup>47</sup> *Centel*, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, 12-13.

yararlanarak yargı mercileri önünde savunma hakkı”, müdafinin anayasal güvencesi sayılır. Bu açıdan, savunma, meşru bir yol; müdafî de meşru bir araçtır. İşte, Anayasa’nın belirtilen hükmü, bunları kapsamaktadır. Bununla birlikte, hükmün bu tür yorumu, sadece isteğe bağlı müdafilik için geçerlidir. Zorunlu müdafilik kavramı ise Anayasamızda bulunmamaktadır.”

Sanığı suçlamadan ve bunun yasal sonuçlarından olabildiğince, yasalara uygun olarak kurtarılma çabası *savunma* olarak adlandırılmaktadır. Bu savunma faaliyetini resmi organlar önünde yasalara göre yürüten, avukat veya dava vekili gibi sıfatları bulunan ve sanığın yardımcısı olan kişiye Arapça kökenli olan “müdafî”<sup>48</sup> veya Türkçe kökenli olan “savunucu”,<sup>49</sup> “savunman” denmektedir.<sup>50</sup> Müdafî ve müdafaa kelimeleri, savunucu ve savunma karşılığıdır. Bu çalışmada yerleşmiş olması ve yasa koyucunun<sup>51</sup> da tercih etmiş olması nedeniyle “müdafî” ve “savunma” kavramları tercih edilmiştir.

Türk ceza muhakemesinin yapısı müdafie, Anglo-Amerikan ceza muhakemesinde olduğu gibi merkezi bir rol vermemektedir.<sup>52</sup> Kara Avrupası sisteminde, savcı ve mahkemenin kendiliğinden lehe olan delilleri araştırma yükümlülüğünün bulunması nedeniyle, ayrıca bir müdafie neden ihtiyaç duyulduğu dahi sorgulanabilmektedir.<sup>53</sup> Ancak, savcının kendi ileri sürdüğü iddiayı kendisinin çürütmesi her zaman kabul edilebilecek bir durum değildir. Böyle bir durum varsa bile, bu savunma olmayıp iddiadan vazgeçmedir.<sup>54</sup> Devletin adli organları ile sanık arasındaki silahların eşitliği ilkesi, *taraf muhakemesine* göre şekillendirilmemiş olan ceza muhakememizde tam anlamıyla gerçekleştirilememektedir. Ancak, silahların eşitliği ilkesi, ulaşılmaya çalışılan

<sup>48</sup> Müdafî, Arapça kökenli bir sözcük olup “koruyan, müdafaa eden, savunan, dayanan” anlamına gelmektedir. **Develioğlu, Ferit**, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1986, 844.

<sup>49</sup> Donay, savunucu ve müdafî kavramlarını birlikte kullanmaktadır. Bak. **Donay, Süheyl**, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, 150, 159.

<sup>50</sup> **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, 2, 48; Öztürk/Erdem/Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, kn.329.

<sup>51</sup> CMK m.2 (Tanımlar).

<sup>52</sup> Anglo Amerikan sisteminde iddia ve savunma, ahlâki olarak maddi gerçeğe diğer bir söyleyişle adalete hizmet etmek yükümlülüğü altında olmayıp daha ziyade aralarındaki rekabette birbirlerine üstün gelme yükümlülüğü altındadırlar. Buna karşılık Kara Avrupası sisteminde iddia ve savunma kendi statülerine uygun olarak maddi gerçeğin ortaya çıkmasına diğer bir söyleyişle adaletin gerçekleşmesine katkıda bulunmak yükümlülüğü altındadırlar. Bu nedenle Türk hukukunun da dâhil olduğu Kara Avrupası sisteminde, savunma makamını işgal eden müdafinin hak ve yetkileri, yani savunmanın sınırları bu amaca uygun olarak belirlenmiştir.

<sup>53</sup> **Roxin, Claus**, Strafverfahrensrecht, 25.Bası, München 1998, §19, kn.1; **Stade, Monika**, Die Stellung des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, Diss., Göttingen 1997, 1.

<sup>54</sup> **Tosun**, I, 252.

bir muhakeme hedefi olarak sistemde yerini korumaktadır. Sanık, olaydan etkilenen kişi olması nedeniyle, soğukkanlılığını ve olay üzerindeki hâkimiyetini kaybettiği için, ceza soruşturmasını yürüten devlet ajanlarına karşı yeterli bir güç oluşturmamaktadır.<sup>55</sup> Ayrıca sanık, çoğu zaman gerekli hukuki bilgiye de sahip değildir. Diğer yandan sanığın, tutuklu olması veya parasının olmaması nedeniyle araştırma yapma olanağı da kısıtlıdır. Müdafî sanığın bu açıklamaları, sanığın suçluluğunu kayıtsız şartsız tartışmaya açarak ve her zayıf noktayı sanığın lehine ortaya kayarak kapatır ve dengeyi sağlar.<sup>56</sup>

Savcılığın ve mahkemenin ceza muhakemesindeki sanık lehine rolünü müdafîin rolüyle bağdaştırmak mümkün değildir. Savcının, sanığın lehine ve aleyhine araştırma yapma yükümlülüğünün (CMK m.160/2) veya mahkemenin resen maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünün bulunması “savunma” niteliği taşımakla birlikte, müdafî yardımıyla savunulma gerekliliğini ortadan kaldırmaz.<sup>57</sup> Savcının, soruşturma görevi ile koşullanmış bulunmasından ve yaptığı iş sebebiyle psikolojik olarak kendini devletin vekili bir taraf gibi görme ihtimalinin yüksek olmasından dolayı sanığın lehine olan delilleri gözden kaçırmaması mümkündür.<sup>58</sup> Belirtmeliyim ki, savcı iddianame düzenleyerek kamu davası açmakla olay hakkında belirli bir kanaate sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Araştırmayı yapan makamlar ön yargılıdır ve onların gerçeği algılamaları etki altındadır. Savcılar da davanın başarısızlığını kendi başarısızlıkları olarak kabul edebileceklerinden, sanığın lehine olan delilleri kolayca gözden kaçırabilirler. Aynı şekilde, dosyayı önceden incelemiş ve evrak üzerinden bir kanaate ulaşmış olan hâkim de sanık tarafından ileri sürülen talepleri reddetme içgüdüsü ile hareket edebilir. Diğer taraftan, hâkimin objektif davranma çabası içinde olması da, onun gerçeği aydınlatma görevini abartarak sanığın haklarını gerektiği gibi kullanmasını engelleyebilir veya kısıtlayabilir.<sup>59 60</sup> Ayrıca, hâkim tarafsız olduğundan sanığa

<sup>55</sup> Bak. **Hellmann, Uwe**, *Strafprozeßrecht*, Heilderberg 1998, §6, kn.2.

<sup>56</sup> **Yüce**, “Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı (II)”, 1017-1018; **Donay, Süheyl**, “Kamu Özgürlüklerinin Korunmasında Avukatın Rolü”, İHFM 1977, S.1-4, Ord.Prof.Dr.Charles Crozat’ya Armağan, Özel Sayı 1979, 405; **Hellmann**, *Strafprozeßrecht*, §6, kn.1; **Roxin**, *Strafverfahrensrecht*, §19, kn.1.

<sup>57</sup> **Centel**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, 8.

<sup>58</sup> **Centel/Zafer**, 110; **Demirbaş**, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, 196.

<sup>59</sup> **Demirbaş**, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, 196; **Eser** (Çev.N.Centel), “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, 329.

<sup>60</sup> Savcının ve mahkemenin sanığın haklarını koruyacağı iddiaları “mevhum savunma”dan başka bir şey değildir. **Erem**, *Ceza Yargılaması Hukuku*, kn.85, 173.

yol gösteremez.<sup>61</sup> Örneğin, sanığa bir temyiz dilekçesi yazıp veremez. Bu nedenlerle, hâkim de sanık için tam bir koruma sağlayamaz.<sup>62</sup>

Sanığın bireysel savunma hakkını kullanıyor olması da müdafî ile savunulmanın gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Sanığın korunması, savunma için seçilmiş bir usul tarafının sanığın menfaatlerini korumak için muhakemede *biçimsel olarak (şeklen)* yerini almasıyla gerçekleşebilir.<sup>63</sup> Çünkü sanıklar çoğu zaman eğitimsiz ve özellikle hukuki konularda deneyim ve bilgiden uzaktırlar. Sanığın, haklarını, savunma tekniklerini, savunmada hangi noktalara önem verilmesi gerektiğini, susmanın mı yoksa konuşmanın mı daha lehine sonuç vereceğini bilmesi zordur. Muhakeme hukuku yurttaşın hukuku olmayıp hukukçuların hukukudur. Bu hukuk kurallarının bilinmesi çoğu zaman eğitim almayı gerektirir. Ayrıca, sorunlara ihtiyatla yaklaşacak olan müdafîin savunması, duygusal olarak hareket eden sanığinkinden daha inandırıcı olacaktır.<sup>64</sup> Sanık ile hukuki donanımına sahip iddia makamı arasındaki mücadelenin *eşit araçlarla* yapılabilmesi için, sanığın aynı donanımına sahip bir kişiden yararlanması gerekir. Bu nedenle, ceza muhakemesinde tam anlamda bir savunmanın gerçekleştirilebilmesi için sanığın, kendisinin ve yasal temsilcisinin dışında, mahkeme karşısında deneyimli bir hukukçunun yardımına ihtiyacı vardır.<sup>65</sup> Aksi takdirde, sanığa tanınmış olan diğer birçok hak da kâğıt üzerinde kalır. Tedirginlik, bunalım, korku ve şaşkınlık sanığın durumunu daha da ağırlaştırır. Özellikle, tutukluluk savunma olanaklarını azaltır.<sup>66</sup> Sanık muhakeme süjesi olarak kendisine tanınan hakları etkin bir şekilde ancak müdafî aracılığı ile kullanabilir.

En azından önemli davalarda müdafîin katılımı olmaksızın adil, hukuk devletine yakışır bir muhakemeden söz edilemeyeceği için müdafî hukuk devletine yakışır bir muhakemenin güvencesini teşkil eder.<sup>67</sup>

<sup>61</sup> **Taner, Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3.Bası, İstanbul 1955, 126.

<sup>62</sup> **Hellmann**, §6, kn.1.

<sup>63</sup> **Beulke**, Strafprozeßrecht, §9, kn.147.

<sup>64</sup> **Eser** (Çev.N.Centel), "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu", 328.

<sup>65</sup> **Centel**, Ceza Muhakemesinde Müdafî, 2; **Yurtcan, Erdener**, Ceza Avukatının El Kitabı, 4.Bası, Türkiye Barolar Birliği, Ankara (tarihsiz), 67.

<sup>66</sup> **Peters, Karl**, Strafprozeß, Ein Lehrbuch, 4.Bası, Heidelberg 1985, §29 I, 212; **Erem**, Ceza Yargılaması Hukuku, kn.85, 172; **Donay**, "Kamu Özgürlüklerinin Korunmasında Avukatın Rolü", 399; **Tosun, Öztekin**, "Ceza Muhakemesinde Temsil ve Vekalet", Temsil ve Vekalet'e İlişkin Sorunlar Sempozyumu (14-16 Haziran 1976), İstanbul 1977, 248.

<sup>67</sup> **Beulke**, Strafprozeßrecht, §9, kn.150; **Kniemeyer, Claus-Dieter**, Das Verhältnis des Strafverteidigers zu seinem Mandanten: Vertrauen und Unabhängigkeit, Diss., Main 1977, 27.

Müdafiin, hâkim, savcı ve hatta yargılama kararlarına katılmayan yardımcı personelin yetkinliği, yargılama şeklindeki kamu hizmetinin kalitesini önemli derecede etkiler. Yargılamada kalite, bu hizmetin görülüşünde belli bir takım niteliklere uyulması; kalitenin denetimi ise söz konusu niteliklerin varlıklarının ve yeterliliklerinin sorgulanması demektir. Uyuşmazlıkları ortadan kaldıran, kesin hüküm veren ve bu hükmü uygulayan, süratli, hakkını arayanı veya haklı olanı tatmin eden, hak arayanları yüreklendiren, haksızlık yaratacakları caydıran, saygın, ulaştığı sonuç doğru ve adil olan bir yargılama kaliteli yargılamadır.<sup>68</sup> Avukat yargılama hizmetinde ve özellikle hüküm vermede görev olan hâkim, savcı gibi *yargının kurucu* unsurlarındandır (Av.K m.1) ve onun yargılamaya katılması yargının kalitesini artırır.<sup>69</sup>

## V. Savunma Hakkı ve Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkarılmasına Katkıda Bulunma Yükümlülüğü

### 1. Sanığın Savunma Hakkı ve Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkarılmasına Katkıda Bulunma Yükümlülüğü

Ceza muhakemesinin amacı şüpheli ve sanık haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğin ortaya çıkartılması olarak belirlendiğinde veya ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin muhakemeye katılan tüm süjelerin elbirliği ile ortaya çıkartılması olarak ortaya koyulduğunda, savunma hakkının sınırları kavramı da ortaya çıkmaktadır. Süjelerin birbirinin hasmı değil, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasında ortak menfaati olan işbirliği içinde çalışan makamlar olarak belirlenmesi halinde de bütün süjelerin hak ve yetkilerinin sınırsız olmadığı kendiliğinden ortaya çıkar. Sanık da maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkıda bulunmak zorunda olan bir süje olarak karşımıza çıkar. Ancak süjelerin bu yükümlülüğü kendi statüleri ile uyumlu bir yükümlülük olarak anlaşılır. Örneğin sanık, temel haklarından vazgeçmek durumunda olmayan ancak sadece gerçeğin ortaya çıkartılabilmesi için bazı sınırlamalara katlanması<sup>70</sup> gereken bir tür “özüğü mağdur” durumundadır.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> TUSİAD, Yargılama Düzeninde Kalite, Kasım 1998, 17-18.

<sup>69</sup> Avukatlar adalet dağıtımında temel bir unsurdur. Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları) m.12, Avukatlık Kanunu, İstanbul Barosu 2002, 268; “Bilgili, mesleğinin ehli ve Avukatlık Kanununun hükümlerine riayet eden bir avukat davanın görülmesinde mahkemenin işini çok kolaylaştırabilir. ... Ancak, fakülte eğitimi genellikle vasat olduğu ve avukatlık stajı da bir şekilden ibaret kalabildiği için, bu açıdan bilinçli sayılamayacak kimseler de maalesef avukat olabilmekte ve bilgi eksiklikleri nedeniyle davaların uzamasına ve adil olmayan bir şekilde sonuçlanmasına sebebiyet vermektedirler”. TUSİAD, Yargılama Düzeninde Kalite, Kasım 1998, 96.

<sup>70</sup> Centel/Zafer, 154-155.

<sup>71</sup> Müller-Dietz, Heinz, “Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß”, ZStW 1981, Bd. 93, 1206-1207.

Sanık Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tanımlanmış ve savunmayı mümkün kılan somut haklarını kullandığında sorun bulunmamaktadır. Ancak ceza muhakemesi kuralları, örneğin sanık delilleri kararttığına, yalan söylediğinde bunun savunma hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini ortaya koymamaktadır. Bu nedenle sanık açısından dahi savunma hakkının sınırlarının belirlenmesi, yani maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ile sanığın korunması arasındaki dengenin kurulması gerekir. Muhakeme hukuku savunma hakkını tanımakla beraber bunun sınırlarını çoğu zaman ortaya koymaz. Bazı hallerde savunmanın sınırlarını maddi ceza kanununda bulmak da mümkündür.

Doğal savunma içgüdüğü ile hareket eden sanığın savunma hakkının sınırları diğer süjelere oranla daha geniştir. Sanık suçun delillerini yok edebilir, gizleyebilir, değiştirebilir. Değiştirilmiş olan delilleri duruşmaya getirebilir ve kendi lehine kullanabilir. TCK m.281/1 gereğince sanık, kendi suçunun delillerini karartması halinde cezalandırılmaz. Sanık savunmasında *kendisine yüklenen fiil ile ilgili yalan* da söyleyebilir. Yalan söylemek savunma hakkının bir kullanım şekli olarak kabul edilebilir.<sup>72</sup> Ancak, öğretide sanığın *kendisine isnat edilen fiil* konusunda yalan söylememe şeklinde ahlaki bir yükümlülüğünün olduğu da kabul edilmektedir. Sanığın hukuki nitelikte olmayan bu yükümlülüğe uymaması, onun cezalandırılmasını gerektirmez. Suçların yasallığı ilkesi uyarınca genel ve özel ceza kanunlarında suç olarak gösterilmemiş olan bir fiilden dolayı sanık cezalandırılmaz.<sup>73</sup> Sanık, savunma hakkını kendisine tanınan haklar çerçevesinde kullanır. Üçüncü şahıslara etki etmediği sürece sanık, her soruya gerçeğe aykırı cevap verebilir. Yalan söyleyerek savunma yapmak suç sayılmaz.<sup>74</sup> <sup>75</sup> Ancak, hemen belirtelim ki, Türk öğretisinde, kendisine isnat edilen fiil hakkında gerçek dışı beyanlarıyla suçsuz olduğunu bildiği bir kişiyi zan altına sokan sanığın, iftira suçundan dolayı cezalandırılması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>76</sup>

<sup>72</sup> **Kunter/Yenisey**, Birinci Kitap, N.251; **Erman, Sahir**, Sahtekârlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku-III, İstanbul 1987, kn.340, 509; **Toroslul**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 130; **Erem, Faruk**, "Susma Hakkı", YD (Temmuz 1992), C.18, S.3, 298.

<sup>73</sup> **Özgenç, İzzet**, "Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları", MÜHF Hukuk Araştırmaları, IX, S.1-3, 1995, 133-135; **Şahin**, Cumhuriyet, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1987, 114-116; **Tosun**, I, 640.

<sup>74</sup> **Tosun**, I, 753, **Kunter/Yenisey**, Birinci Kitap, N.30.1 [251]II; Yalanın usul hukukunda suç sayılması gerektiği hakkında bak. **Erem**, "Susma Hakkı", 298; Anglosakson ülkelerinde uygulanan sistem budur. Sanık, delil olmak üzere beyanda bulunmaya mecbur değildir. Ancak, kendisinin tanık olarak dinlenmesini isterse yemin etmek ve doğruyu söylemek zorundadır. Aksi takdirde, yalan tanıklıktan dolayı cezalandırılır. **Kunter/Yenisey**, Birinci Kitap, N.29.1 [251].

<sup>75</sup> Nitekim Danimarka CK'nun yalan ifade verme ve iftira suçlarını düzenleyen 17. Kısmında, kamusal nitelikteki ceza uyuşmazlıklarında sanık sıfatıyla yalan söyleyen kişinin cezalandırılmayacağı açıkça belirtilmişti (Danimarka CK m.159), **Cornils, Karin/Greve, Vagn**, Das dänische Strafgesetz, Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, 107, Freiburg im Breisgau 1997, §159 (1), 99.

<sup>76</sup> **Erman, Sahir**, Sahtekârlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku-III, İstanbul 1987, 508; **Özgenç**, "Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları", 140, dn.41.

## 2. Müdafiiin Müvekkilini Savunma Hakkı ve Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkartılmasına Katkıda Bulunma Yükümlülüğü

### a) Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu m.277’de yargı görevi yapanı etkileme, m.281’de suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme, m.282’de suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, m.283’te suçluyu kayırma, m.284’te tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme, m.285’te soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal, m.286’da soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alma, m.288’de adil yargılanmayı etkilemeye teşebbüs suçları tanımlanmıştır. Bu suçların faili, suç tanımında “kişi”, “kimse” olarak gösterilmiştir. Kural olarak bu suçların faili herkes olabilir. Avukatlık Kanunu m.62’ye göre, Avukatlık Kanunu ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat, Türk Ceza Kanunu’nun 257. maddesi hükümlerine göre cezalandırılır.

Özellikle adliye aleyhine işleyen suçlar bölümünde tanımlanan suçlar adli mekanizmanın işleyişini, devletin cezalandırma hakkını, suçun aydınlatılmasıyla cezadan beklenen genel ve özel önleme fonksiyonunu güvence altına alan suç tanımlarıdır. Cezanın genel ve özel önleme fonksiyonundan dolayı, suçlunun cezalandırılmasında kamu menfaati vardır. Ayrıca, suçlunun cezalandırılıyor olması, toplumdaki bireylerin güven duygusunu da tatmin eder. Dolayısıyla yukarıda belirtilen adliye aleyhine işlenen suçların hukuka aykırılık unsurunu, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda tanınmış olan yetkilerin ve özellikle savunma hakkının sınırlarının aşılması oluşturur.

Adli mekanizmanın işleyişini koruyan bu suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilen suçlardır. Dolayısıyla müdafii avukatın bu suçların faili olamayacağını kesin bir ifadeyle söylemek mümkün değildir. Bu suçlar kural olarak özgü suç olarak tanımlanmamıştır. Müdafiiin faaliyetleri adli mekanizmayı frenler, frenlemesi de gerekir. Çok genel bir söylemle, müdafiiin faaliyetleri ceza soruşturmasını engelleyici faaliyetlerdir. Örneğin, müdafiiin sanığa susma hakkını öğretmesi bile belki de suçunu ikrar edecek olan sanığı bundan alıkoyacaktır. Ancak, ceza soruşturmasını engelleyen bu faaliyetler ya suç tanımına uymazlar<sup>77</sup> ya da suç tanımına uymakla birlikte mesleğin

<sup>77</sup> Örneğin, Türk yasa koyucusu ceza soruşturmasını engelleme suçunun icra hareketlerini kazuistik metotla tanımladığı için bu tip düzenlemenin söz konusu olduğu suçlarda savunmanın sınırını belirlemek kolaydır. Ancak, suçun cezaı,

icrası, savunma hakkının kullanılıyor olması gibi nedenlerle hukuken meşru kabul edilirler. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan kaynaklanan yetkilerin yani kanun hükmünün icra ediliyor ya da savunma hakkının kullanılıyor ya da avukatlık mesleğinin icra ediliyor olması bu suçların oluşmasını engeller.

Bir hukuka uygunluk nedeninde sınırın, kasten, taksirle veya mücbir nedenle aşılması söz konusu olabilir.<sup>78</sup> TCK m.27'de, kusurluluğu azaltan bir hal olarak hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın taksirle aşılması hali düzenlenmiştir.<sup>79</sup>

Yukarıda belirtilen suçlar bakımından ilgili suçun hukuka aykırılık unsuru kapsamında, müvekkiline savunmasında yardım ederken veya müvekkili sanığın yanında bireysel savunmayı hukuki savunması ile desteklerken ya da muhakeme işlemlerinde hazır bulunarak bu muhakeme işlemlerinin yasaya uygunluğunu denetlerken, müdafii kendisine *Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu ile tanınan yetkileri ve savunma hakkını sınırları* içersinde kullanıp kullanmadığı sorgulanacaktır.

Alman<sup>80</sup> ve Türk öğretilerinde, belirli savunma hareketleri esas alınarak savunma hakkının sınırları değerlendirilmeyerek sorunun somutlaştırılmasından kaçınılmış; hukuku uygunluk nedenleri bakımından, “müdafii anayasaya ve yasaya uygun savunma yapması”<sup>81</sup> şeklinde genel bir tespitten öteye gidilememiştir.

Adli mekanizmayı koruyan suç kalıpları bakımından *savunma hakkı genel bir hukuka uygunluk nedeni* olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, muhakeme kuralları müdafii tüm faaliyetlerinin sınırlarını ortaya koymamaktadır. Muhakeme hukuku kurallarının yorumlanmasında standart kurallar olarak adlandırılan *meslek kuralları* önemli rol oynamaktadır. Standart kurallara uygun davranışlar ilke olarak muhakeme hukuku açısından kusurlu sayılmazlar. Ancak, standart kurallara aykırı olan her davranış şeklinin de mutlaka cezalandırılacağını söylemek mümkün değildir.

---

ceza soruşturmasını engelleme şeklinde genel olarak tanımlandığı hallerde savunmanın sınırlarına ilişkin problem daha da önemli hale gelmektedir.

<sup>78</sup> **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım II, İstanbul 1994, k.no.839-842; **Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2011, 296-297.

<sup>79</sup> YCGK, 31.3.2009-1-201/81, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 296-297.

<sup>80</sup> **Beulke, Werner**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, Heidelberg 1989, kn.13, 14.

<sup>81</sup> Müdafii meşru vasıtaları kullanmalıdır şeklindeki belirleme için bak. **Önder, Âkil**, “HUMK 150 ve CMUK 378/379 ve 380. maddeleri Muvacehesinde Tarafların, Avukatın ve Müdafii Söz Söyleme ve Savunma Serbestliği”, AD, IXL, 9(Eylül 948), 1040, 1051.

Belirtelim ki, savunmaya yardımın sınırları belirlenirken muhakeme hukuku çerçevesinde yapılacak olan değerlendirmeler de zaman zaman tatmin edici sonuçlar vermeyebilir. Çünkü müdafinin görevi, muhakeme hukuku kurallarına göre savunma yapmaktır. Ancak, *savunma kavramı* genel bir kavramdır ve muhakeme hukukunda da müdafinin savunmaya ilişkin yetkileri, *diğer bir ifadeyle meşru şekilde bireysel savunmaya yardım hareketleri tümüyle açık bir şekilde kurala bağlanmamıştır*. Yukarıda da belirtildiği üzere savunmanın tanımı ve kapsamı tartışmalıdır.

Müdafinin yapması ve yapmaması gerekenler ancak *müdafinin hukuki statüsüne* ve görevine ilişkin genel prensiplerden hareketle ve muhakeme hukuku kurallarına genel bir bakışla ortaya konulabilir. Bundan dolayı, müdafinin savunmaya yardım tarzı olarak belirlediği davranış şekillerinin bir kısmının hukuken geçerliliği konusunda kesin bir açıklık bulunmamaktadır.<sup>82</sup>

Kural olarak müdafinin bireysel savunmaya hukuki yardım ve müvekkilinin savunmasını desteklemek üzere yaptığı kolektif savunma faaliyetini nasıl yapacağı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gösterilmiştir. Ancak şu soruların cevabını Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve savunma hakkının içinde bulmak zordur. Bu sorularla karşı karşıya kalındığında müdafinin ceza muhakemesindeki hukuki statüsünü ortaya koymak, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu ile etik kuralları yorumlamak mecburiyeti doğmaktadır. Örneğin müdafinin müvekkili ile görüşmesi Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş ancak bu görüşmede yapacağı hukuki yardımın sınırları ortaya koyulmamıştır. Müdafinin bu görüşmede, müvekkili sanığa ihtimalleri anlattıktan sonra kaçmasını, delilleri karartmasını söyleyebilecek midir? Yine aynı şekilde müdafinin hukuka aykırı delilleri yaratması, tanık temin etmesi ve bunları mahkemeye sunması ve esas hakkındaki savunmasında hukuka aykırı veya sahte olduğunu tahmin ettiği belgelere dayanarak savunma yapması, davayı zamanaşımına uğratabilmek için sürekli taleplerde bulunulması, müvekkiline kendi lehine ancak gerçeğe aykırı tanıklık yapacak kişiler bulmasını veya müdafinin müvekkiline yalan söylemesini tavsiye etmesi, sanığa sorgusunda ve esas hakkındaki savunmasında söyleyeceği hususları dikte ettirmesi, ikrar etmek isteyen sanığa susmasını öğütlemesi, hakkında başvurulacak olana koruma tedbirlerini örneğin yakalama veya arama kararını sanığa bildirmesi, sahte olduğunu bildiği veya tahmin ettiği bir delili duruşmaya getirmesi, müvekkilinin aleyhine tanıklık yapacak olan kişilere tanıklıktan çekinme haklarını ha-

<sup>82</sup> Beulke, Strafprozeßrecht, §9, kn.174.

tırlatması, delilleri değiştirmesi ve bunları duruşmada kullanması, delilleri bürosunda muhafaza etmesi, müvekkilinin açıklamalarını basına iletmesi ve kamuoyunun desteğini alarak baskı yaratmaya çalışması, delillerin yerini bildiği halde adli makamlara bildirmemesi veya yanıltıcı bilgi vermesi, sanığın suçu işlediğini kesin kez bilmesine rağmen müvekkilinin beraatini istemesi halinde müdafinin savunma sınırları içinde kalıp kalmadığı, hukuka uygun olarak müvekkilinin savunmasına yardım edip etmediği tartışmaya açıktır. Bu soruların cevabı, yukarıda da belirtildiği üzere müdafinin ceza muhakemesinde benimsenen hukuki statüsüne göre değişecektir. Aynı şekilde müdafinin vekâletname ibraz etme zorunluluğunun olup olmadığı, tebligatların sanığa yapılmasının gerekip gerekmediği gibi sorunlar da müdafinin hukuki statüsüne bağlı olarak cevapları değişecek sorulardır. Bu soruların cevabını doğrudan muhakeme kurallarında bulmak zordur.

Türk Ceza Kanunu m.6/1-d’de, yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adil idari ve askerî mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar anlaşılır demek suretiyle, avukatlar iddia ve yargı makamları ile bir tutulmuştur. Kanımızca buradaki yargı görevi yapan deyimini adli görev yapan yerine kullanılmıştır. Çünkü yargı görevi dar anlamda bağımsız mahkemelerce yerine getirilebilen bir görevdir (Ay m.138, 145).

Avukatlık Kanunu m.1’de “*Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslek*” olarak tanımlamıştır. *Toplumsal temel gereksinimlerini* karşılayacak faaliyetlerde bulunan ve ilke olarak idare tarafından, sürekli, düzenli, eşit ve genel bir şekilde yürütülen faaliyetlere kamu hizmeti denmektedir.<sup>83</sup> Toplumun temel ihtiyaçlarından olan “adalet” ihtiyacını yargılama faaliyeti karşılar. Yargılama, hak aramanın ve adaletin vazgeçilmez en güvenilir aracıdır. Toplumun “adalet” ihtiyacını karşılayacak olan *yargılama* faaliyeti bir kamu hizmeti, *yargılama örgütü* de bu hizmetin hukuki ve maddi cihazıdır.<sup>84</sup> Yargılama hizmeti, *kural olarak* devletin tekelindedir. Yargılama hizmetinin işlememesi, geç ve kötü işlemesi nedeni ile gerçeğe ve adalete ulaşılabilmesi toplum barışının bozularak kargaşa ortamının doğmasına yol açar. *Adalet dağıtımı gibi kamu hizmeti olduğunda şüphe edilmeyen bir hizmetin yerine getirilmesine katılımı ifade eden avukatlığın da kamu hizmeti sayılması doğaldır.*<sup>85</sup>

<sup>83</sup> Kamu hizmeti toplumsal gereksinmeyi karşılayan bir faaliyettir. Hizmet kamuya yönelmiştir. Çeşitli tanımlar için bak. **Sungurtekin, Meral**, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1995, 6.

<sup>84</sup> Organ kelimesi Yunanca “*Organon*” kelimesinden türetilmiştir. Bu kavram, bir fonksiyonun yerine getirilmesine hizmet eden “*aracı*”, “*aleti*” tanımlamaktadır. **Heinicke, Günther**, Der Beschuldigte und sein Verteidiger in der Bundesrepublik Deutschland, München 1984, 334.

<sup>85</sup> **Sungurtekin**, 7-8.

Avukatlık Kanunu m.1’de ayrıca, avukatın, yargının kurucu unsurlarından olduğu ve bağımsız savunmayı serbestçe temsil edeceği belirtilmiştir. Kanun’un 2. maddesinde avukatlığın amacı her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olarak belirlenmiştir. Aynı maddede, avukatın bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis edeceği gösterilmiştir. Avukatlık Kanunu, avukatın ve dolayısıyla müdafinin amacının adaletle hizmet yani maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkıda bulunmak olduğunu ortaya koymaktadır.

Müdafinin maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkısı, hiçbir zaman diğer adli organlarındaki gibi anlaşılmaz. Müdafii, *tam bir adli organ olmayıp sınırlı bir adli organdır*. Müdafii devletin bir amanı olmayıp *serbest bir meslek icra eder*, fakat özel bir kamu hizmeti verir. Müdafinin verdiği hizmet türü, onun fonksiyonunu yerine getirirken bireysel menfaatler ile toplumsal menfaatler arasındaki dengeyi göz önünde tutmasını zorunlu kılar. Diğer bir ifade ile müdafii, adli bir organ olarak *adli organların fonksiyon kabiliyetine saygı* göstermeli<sup>86</sup>, adaletle ulaşmayı engelleyici faaliyetlerden kaçınmalıdır. Müdafinin, adli organların fonksiyon kabiliyetine dikkat etme yükümlülüğü, *kamusal menfaatlerden* kaynaklanmaktadır. Müdafii, *aktif hareketlerle* adli organların işleyişini engellememekle yükümlüdür<sup>87</sup>. Müdafinin maddi gerçeğin ortaya çıkmasına iddia ve savunma makamı gibi aktif hareketleriyle katkıda bulunması beklenemez. Müdafinin, sanığın yardımcısı olduğu Ceza Muhakemesi Kanunu m.149/1 ile ortaya koyulmuştur. *Yardımcı statüsü*, sanık aleyhine sonuç doğuracak hiç bir şey yapmamayı, sadece sanık lehine konuşmayı, sanığın sırlarını saklamayı (Av.K. m.36), hukuki bilgi vermeyi ve hukuki tavsiyelerde bulunmayı zorunlu kılar. Müdafinin müvekkili sanığa yardım yükümlülüğü maddi gerçeğin ortaya çıkarma yükümlülüğünü sınırlar.

### b) Müdafinin Bazı Savunma Faaliyetlerinin Değerlendirilmesi

Müdafinin, müvekkiline dosya içeriği, hukuk kuralları ve içtihatlar hakkında sanığın iradesini yönlendirmeden bilgi vermesi hukuki yardım kapsamındadır. Donanımlı iddia karşısında, sanığa hukuki bilgi verilmesi hukuk devleti ilkesinden türetilen silahlarda eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Muhakeme süreçleri arasında haklar bakımından bir dengelemeyi amaçlayan silahlarda eşitlik ilkesi, masumiyet karinesi ve adil

<sup>86</sup> Kniemeyer, 155.

<sup>87</sup> Zafer, Hamide, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004, 312.

yargılanma prensibi, sanığa hukuki bilgi verilmesi ile ilgili her türlü sınırlamayı yasaklamaktadır.<sup>88</sup> Müdafî, müvekkiline *olaya ilişkin* bütün hukuki bilgisini aktarabilir. Sanığa, teorik olarak kendi kendine eğitim kaynaklarından öğrenebileceği tüm bilgilerin verilmesi gerekir. Hukuk düzeni, herkese hukuki bilgiye ulaşma hakkı tanımaktadır. Bu hakkın kısıtlanması adil yargılanma hakkıyla ters düşmektedir.<sup>89</sup> Müvekkil sanığa açıklanacak bilgi, öğretî ve içtihatlardan öğrenilmesi mümkün olan her şeydir. Müdafî müvekkiline sadece usuli haklarını anlamada yardım etmez, ayrıca cezadan kurtulmasına yarayacak, örneğin meşru müdafaanın şartları gibi maddi hukuka ilişkin tüm bilgiyi de verir.<sup>90</sup> Müdafîin, olayın kendisine anlatıldığı şekliyle hukuken nasıl sonuçlar doğuracağını müvekkiline anlatması<sup>91</sup> da hukuki bilgilendirme hakkı kapsamında değerlendirilir. Sanık bu bilgileri kullanarak kendisini cezalandırılmaktan kurtarabilir. Bildirimde bulunma hakkı veya sanığın hukuki yardım alma hakkı, sanığın aldığı bilgilere dayanarak gerçeğe aykırı talep ve davranışlarda bulunabilme tehlikesi ileri sürülerek özel durumlarda dahi kısıtlanamaz. Müdafî, müvekkilinin, kendisinin verdiği bilgileri kullanarak gerçeğe aykırı bir şekilde beraat etmeyi veya cezasından indirim yapılmasını amaçladığını veya olayı kendi verdiği bilgilere uygun olarak yeniden tanımlayacağını tahmin etse dahi hukuki bilgi vermeye devam etmelidir. Örneğin hırsızlık ile yağma veya hırsızlık ile güveni kötüye kullanma suçları arasındaki farkları veya meşru müdafaanın, hukuki yanılmanın veya ihtiyariyle vazgeçmenin şartlarını ve sonuçlarını anlatmalıdır.<sup>92</sup> Ancak müdafî, müvekkilini hukuku aykırı olarak bu koruyucu iddiaları ileri sürmeye zorlayamaz. Aksi takdirde, müdafîin bu hareketi ceza soruşturmasını yanlış yönlendirme teşkil edebilir ve müdafîin cezai sorumluluğu doğabilir.<sup>93</sup> *Müdafî, sanığı, ceza davasında suçun varlığının tespit edilmesini engellemesi ve buna bağlı olarak mahkemenin vereceği cezadan kurtulması için kıskırtmamalı ve bu yönde ümit vermemelidir.*<sup>94</sup>

<sup>88</sup> **Gatzweiler, Norbert**, "Möglichkeiten und Risiken einer effizienten Strafverteidigung", StrVert 6/1985, 250.

<sup>89</sup> **Bottke, Wilfrid**, "Wahrheitspflicht des Verteidigers", ZStW 1984, Bd 96, 756; **Beulke**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, kn.19; **Wassmann, Hans-Jörg**, Strafverteidigung und Strafreitelung, Diss., Hamburg 1982, 131.

<sup>90</sup> **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.59; **Weiland, Bernd**, Einführung in die Praxis des Strafverfahrens, München 1996, §9, kn.176; **Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, (Kommentar), 44.Bası, München 1988, §258, kn.7.

<sup>91</sup> **Weiland**, §9, kn.175.

<sup>92</sup> **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.59; **Otto, Harro**, "Strafreitelung durch Strafverteidigerhandeln", Jura 1987, Heft 6, 330.

<sup>93</sup> **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.59.

<sup>94</sup> **Beulke**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, kn.19.

Sanığın susma hakkı bulunduğu için müdafî sanığa bu hakkını hatırlatılabilir ve bu hakkını kullanmasını tavsiye edilebilir. Sanığın yalan söyleme hakkı bulunmamaktadır. Sanığın doğruyu söyleme yükümlülüğü hukuki bir yükümlülük olmayıp ahlaki bir yükümlülüktür. Bu ahlaki yükümlülüğün yasalarda bir yaptırımı öngörülmemiştir. Sanığın yalan söylemesi onun açısından bir hak teşkil etmeyeceğinden müdafîin sanığa yalan söylemesini tavsiye etmesi veya sanık lehine yalan uydurması kabul edilmemektedir.<sup>95</sup> Yukarıda da belirtildiği üzere, müdafîin, yalan söylemesi yasaklanmışsa, bu durumda, müvekkiline yalan söylemesini önermesi veya bir yalanın üçüncü şahıslar üzerinden muhakemeye getirilmesi de yasak olmalıdır.<sup>96</sup> Öğretide müdafîin yalan söyleyen sanığı doğruyu söylemeye ikna etmek gibi bir ödevi olmadığı kabul edilmektedir. Müdafî, müvekkilinin gerçeğe uygun savunma yapmasının kefilidir. Diğer bir söyleyişle müdafîin sanığı yalandan uzak tutma görevi yoktur. Bu durumda, müdafîin vekâlet ilişkisi söz konusu ise bu ilişkiye son verme gibi bir ödevi de bulunmamaktadır. Yalan söyleyen sanığın da, bir avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkı vardır. Müdafî, müvekkilinin muhtemelen gerçek olmayan girişimleri konusunda sorduğu sorulara doğru cevap vermelidir. Ancak, müdafîin yalan icat etmesi veya müvekkilin bulduğu bir yalan üzerinde onunla çalışarak başka sonuçlara ulaşması, adli makamların etkinliği açısından büyük bir tehlike yaratır. Buna karşılık, sanık kendi kendisini koruyucu gerçek dışı iddialar bulmuşsa, bu sanığın tamamen normal olan bir kendini savunma şeklidir ve muhakeme hukuku başından itibaren bu durumu öngörmüştür. Müdafî, böyle durumlarda “gözlemci” veya “yorumcu” rolünü yitirmemelidir.<sup>97</sup> Müdafî “yönlendirmede tarafsız” kalmalıdır.<sup>98</sup> Susmakla yalan söylemek arasındaki seçimi, sanık kendisi yapmalıdır. Müdafîin, yalan söyleyen sanığa tavsiyelerde bulunması yasak olmamakla birlikte, örneğin, *bu yalan inanılır görünüyor, bunu seçmeniz lehinize olur* şeklindeki bir tavsiye gerçek olmayana doğru bir adım teşkil eder. Buna karşılık, *bu savunma şekline karşı hiç bir delil getirilemez* gibi bir ifade, tavsiye sınırları

<sup>95</sup> **Weiland**, §9, kn.176; **Bottke**, “Wahrheitspflicht des Verteidigers”, 757. Heeb’e göre, müdafî sanığa yalan söylemesini tavsiye edebilir. Bu durum müdafîin gerçeği söyleme yükümlülüğü ile uyumludur. Çünkü gerçeği söyleme yükümlülüğü müdafîi yalan söylememesini emretmektedir. Müdafî, kendisi yalan söylemediği veya kurgulamadığı sürece soyut olarak yalanı tavsiye edebilir. **Heeb, Wolfgang**, Grundsätze und Grenzen der anwaltlichen Strafverteidigung und ihre Anwendung auf den Fall der Mandatsübernahme, Diss., Tübingen 1973, 53.

<sup>96</sup> **Peters**, Strafprozeß, 4. Bası, §29V, 227; **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.59; **Beulke, Werner** Der Verteidiger im Strafverfahren, Funktionen und Rechtsstellung, Frankfurt 1980, 151; **Bottke**, “Wahrheitspflicht des Verteidigers”, 757; **Dahs, Hans**, Handbuch des Strafverteidigers, 6. Bası, Köln 1999, kn.52; **Grube, Walter**, Der Ausschluß von Strafverteidigern wegen Begünstigung, Diss., Köln 1934, 26; **Heinicke**, 491; **Pfeiffer, Gerd**, “Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln”, DRiZ 9/1984, 345; **Müller-Dietz**, Strafverteidigung und Strafreitelung” 252.

<sup>97</sup> **Beulke**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, kn.31.

<sup>98</sup> **Bottke**, “Wahrheitspflicht des Verteidigers”, 756.

içinde kalmış olur. Müdafinin gerçeğe aykırı savunma bulması veya müvekkilinin yattığı yalanları mükemmelleştirmesi hukuka aykırıdır.<sup>99</sup>

Ancak müdafinin müvekkiline, doğruyu söylemek zorunda olmadığını, iddiayı yalanlamasını tavsiye edip edemeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre yalan söylememe yükümlülüğü olan müdafinin yalanı tavsiye etmesi kabul edilmez. Bazı yazarlara göre ise müdafinin doğruyu söyleme yükümlülüğünün yumuşatılması adına müdafinin yalanı tavsiye edebilmelidir. *Kühne*<sup>100</sup> ise yalan söylemenin tavsiye edilmesinin muhakeme hukuku açısından mümkün olduğunu, ancak standart kurallara aykırı olduğunu belirtmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, sanığın kendi savunmasını gerçekleştirebilmesi için mantıklı, özellikle işe yarayacak yalanlar hakkındaki tavsiyeler, hukuki konumuna ilişkin bilgiler gibi gerekli olabilir. Ancak, bu şekilde sanık, gerçeği söyleme, susma veya yalan söyleme imkânları arasında bir seçim yapabilir.<sup>101</sup> *Beulke*,<sup>102</sup> bu durumda “*fair play*”den değil ancak “*foul play*”den söz edilebileceğini ve bu halin savcılık makamını derhal karşı atağa geçmeye sevk ederek bu konularda kaçamak noktalar aramaya iteceğini belirtmektedir.

Müdafinin, sanık açısından suç teşkil etmeyen kaçmayı düşünülebilir bir alternatif olarak ortaya koyması mümkündür.<sup>103</sup> Ancak müdafinin, karar vermeyi müvekkiline bırakmalıdır.<sup>104</sup> Yaygın olan görüşe göre, müdafinin, müvekkilini kaçmaya ikna etmesi hukuka aykırıdır.<sup>105</sup> Kanaatimce, müdafinin kendisine sorulması üzerine kaçma ve sonuçlarını açıklaması mümkün olmalı, ancak kaçan sanığı teslim olmaya ikna etmek ve ihbar etmek zorunda olmamalıdır. Ancak müdafinin, sanığa kaçma fikrini aşlaması ve ona bunu önermesi hukuka aykırı sayılmalıdır.

Sanığın savunmasını yalan üzerine kurması mümkündür. Ancak müdafinin, planlı ve aktif olarak olayı karartamaz, olayın araştırılmasını zorlaştıramaz, özellikle delil kaynaklarını bozamaz.<sup>106</sup>

<sup>99</sup> Heeb, 43, 53.

<sup>100</sup> Kühne, Hans-Heiner, Strafprozeßrecht, 5.Bası, Tübingen 1999, 56.

<sup>101</sup> Wassmann, 134-135.

<sup>102</sup> Beulke, Die Strafbarkeit des Verteidigers, kn.30.

<sup>103</sup> Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren, 155; Grube, 20.

<sup>104</sup> Gatzweiler, 250.

<sup>105</sup> Wassmann, 137-138; Ancak Wassmann'a göre kaçma imkânlarının anlatılması ve kaçmanın tavsiye edilmesi hukuka aykırı değildir. Müdafinin ancak tüm üçüncü şahıslar gibi kaçmaya yardım ederse cezalandırılır. Wassmann, 138.

<sup>106</sup> Müller-Dietz, “Strafverteidigung und Strafvereitelung”, 255; Laufhütte'ye göre, yasak olmayan ancak muhakemeye zarar verici (örneğin saç uzunluğunun değiştirilmesi gibi) davranışlarla isnadı zayıflatma imkânları hakkında bilgi

Müdafi, soruşturma evrakını hukuka uygun yollardan incelemişse edindiği tüm bilgileri bu bilgiler sanık tarafından kötüye kullanılacak olsa da onunla paylaşabilir. Ancak, müdafi dosyayı hukuka aykırı yollardan görmeyi başarmış, örneğin bilinçli olarak savcılık makamını, denetçileri ve memurları dolanmış ise bu halde bu tür bilgileri vermesi hukuka aykırıdır.<sup>107</sup> Kanaatimce, müdafiin dosyadan öğrendiği bilgileri müvekkiline bildirmesi konusunda böyle bir sınırlama getirilmesi müdafi ile müvekkil arasındaki güven ilişkisini önemli derecede zedeleyecektir. *Centel*'e göre de, yakında sanığın aleyhine bir önlem alınabileceğini dava dosyasını incelediği sırada anlayan müdafiin, bunu sanıktan gizlemesi gerektiğini söylemek zordur. Ayrıca, bu konuda denetim güçlüğü de bulunmaktadır. Bunun yerine, dosyayı inceleme zamanı iyi planlanarak, müdafiin bunu öğrenmesi engellenmelidir.<sup>108</sup>

Müdafiin, sanığın bilmesine degecek olan her şeyi sanığa bildirmesi, sadece hakkı değil aynı zamanda görevidir de. Müdafiin dosya dışından öğrendiği bilgileri müvekkiline iletmesi, özellikle aniden baskın şeklinde gerçekleştirilmesi gereken muhakeme tedbirlerinde araştırmanın amacını tehlikeye düşürecekse, bu hakkın, dosyadan edinilen bilgilerin iletilmesinde olduğu gibi, sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı tartışılmaktadır. Örneğin, müdafi tesadüfen müvekkilinin evinin önünde yakalama için bekleyen polisleri görebilir ve telefonla müvekkilini durumdan haberdar edebilir. Meğerki müdafi bu bilgilere somut bir yükümlüğünü ihlal ederek ulaşmış olsun. Müdafi, yapılacak araştırmalara ilişkin olarak tesadüfen öğrendiği bilgileri müvekkiline iletebilir. Ancak belirtmem ki, bu konuda içtihatlar ve öğretide önemli görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Mahkeme kararları da Alman uygulamasında istikrarlı değildir. Alman uygulamasında, müdafiinin kaçmaya yardım ederek ceza takibatını engelleme ve geciktirme suçunu işlediğine dair kararlar bulunmaktadır.<sup>109</sup>

Müdafi, incelediği belgelerin içeriğini sadece savunma amacıyla kullanabilir. Sanığın rızası hilafına, özel konuşmalarda veya edebi eserlerde, bu bilgilerin kullanılması gerekir. Aksi takdirde, müdafiin kişisel verilerin açıklanması veya görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumluluğu doğabilir.

---

verilmesi meşrudur. **Laufhütte, Heinrich (KK)**, *Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, (Yay.Gerd Pfeiffer), 5.Bası, München 2003, Vor §137, kn.7.

<sup>107</sup> **Dahs**, *Handbuch des Strafverteidigers*, kn.253.

<sup>108</sup> **Centel**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi*, 116; **Centel/Zafer**, 177.

<sup>109</sup> Müdafiin tutuklu olan müvekkiline kaçması için anahtar veya silah gibi araçlar sağlaması veya tutuklu sanığın hâkimin önüne çıkartılacağı saati onun arkadaşlarına bildirerek kaçmasına zemin hazırlaması ya da sanığa uçak bileti, kimlik veya araç temin ederek kaçmaya yardım etmesi halinde, usule aykırı hareket edildiği ortadır. Bak. **Zafer**, *Faile Yardım Suçu*, 385.

*Centel'e* göre, müdafii, dosyadan edindiği bilgilerden üçüncü kişilere, örneğin basın mensuplarına da söz etmemesi gerekir. Ancak *savunma için gerekli* ise, örneğin lehte delil bulmak gibi amaçlarla, bunun dışına çıkılabilir.<sup>110</sup>

Müdafii, özellikle gizlilik ilkesi hâkim olan soruşturma evresinde yapılan işlemlerin evrakını basına vermesi veya içeriğini paylaşması da savunma hakkının kötüye kullanılmasını ve ceza sorumluluğunu gerektirebilir. Bilgiye ulaşma ve bilgiyi sanığa ve üçüncü kişilere ulaştırma hakkı meşruiyetini savunma hakkından almaktadır. Müdafii savunma hakkı ile bağdaşmayan, savunma amacını aşan faaliyetleri hukuki değildir. Bu faaliyetler, basın aracılığı ile hâkimler üzerinde baskı yaratarak tahkikatı yanlış yönlendirme sayılabilir.<sup>111</sup>

Müdafii, sanığın lehine kabul ettiği delillerin gerçekten öyle olup olmadığını, bunları ikame etmeden önce, araştırmak durumundadır. Müdafii, örneğin sanığın lehine olarak çağırdığı savunma tanığının duruşmada sanığın aleyhine konuşması savunmayı tehlikeye düşürür. Kanaatimce, müdafii *müvekkilinin lehine konuşma* ödevi de müdafii belirli sınırlar içinde tanıkla görüşmesini zorunlu kılabilir. Ancak, müdafii, aktif olarak ispat vasıtalarını müvekkilinin yararına değiştirmeye başladığı anda meşru alanı terk etmiş olur.<sup>112</sup> Müdafii, ne olursa olsun müvekkilini kurtarmak için delilleri yok etmeğe, bozmağa, değiştirmeye çalışması veya bu tür faaliyetlere destek sağlaması görevinin gereklerine aykırıdır ve cezai sorumluluğunu doğurabilir. Örneğin, bir belge içeriği değiştirilerek adli makamlara verilemez. Müdafii, olay mahallindeki izleri karartması, olayda kullanılan silahı bürosunda saklaması veya alkol oranı yüksek olan kan örneğini oranı düşük olanla değiştirmesi yasaktır. Bütün bu eylemleri, “*delil kaynağını karartma yasağı*”<sup>113</sup> veya “*aleyhe delillerin bozulması*” diyebileceğimiz bir üst kavram altında toplayabiliriz.<sup>114</sup> Bu yasak temelini, tutuklama sebeplerinden birini teşkil eden delilleri karartma şüphesinden almaktadır (CMK m.100, Alm. CMUK m.112 II Nr.3). Buradaki delilleri karartma şüphesi sanık için öngörül-

<sup>110</sup> **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, 115.

<sup>111</sup> **Zafer**, Faile Yardım Suçu, 363.

<sup>112</sup> Engizisyon muhakemesinde dahi “Savunucu”nun maddi gerçeğin araştırılmasını hiçbir şekilde engelleyemeyeceği hükme bağlanmıştır (CCC m.88). Hatta, “Savunucu” kendi faaliyetleri ile gerçeğe hizmet edeceğine dair yemin etmek zorundadır. **Wessing**, 15; **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.59; Müdafii, soruşturma faaliyetlerine aktif olarak saldırması meşru sayılmaz. Müdafii sadece fikri silahlarla mücadele edebilir.

<sup>113</sup> **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.59; Delilleri karartma yasağı da denilmektedir. **Pellkofer**, **Sandra**, Sockelverteidigung und Strafvereitelung, Diss., Frankfurt 1998, 131.

<sup>114</sup> **Beulke**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, kn.62.

müştür. Ancak, maddedeki ifadenin müdafii kapsayacak şekilde formüle edilmesi ve yorumlanması mümkündür.<sup>115</sup>

Sahte belgelerin veya içeriği değiştirilmiş delillerin, ister sanık tarafından ister müdafii tarafından değiştirilmiş olsunlar, sahtelikleri bilinerek adli makamlara sunulması, kullanılması hukuka aykırıdır.<sup>116</sup> Müdafii, aktif olarak adli makamların faaliyetini zora sokacak şekilde delillere etki etmesi savunma kapsamı dışında kabul edilmektedir. Buna karşılık, müdafii aktif olarak adli makamların faaliyetini kolaylaştırma gibi bir görevi de bulunmamaktadır. Müdafii, sanığın hak ve menfaatlerini maddi faaliyetlerle değil fikri silahlarla korumalıdır. *Aksi takdirde hiç kimse müdafie inanmaz.*

Öğretide, müdafii, kesinlikle bilmediği sürece, müvekkili tarafından ona sunulan delilleri, sahteliklerinden şüphelense dahi, kullanabileceği belirtilmektedir.<sup>117</sup>

Müdafii, muhakeme dışında yönlendirme amacıyla tanıklarla temasa geçmesi yasaktır (Meslek Kuralları m.24). Bu yasak, tanığın avukat tarafından etkilenmesini ve bu suretle algıladığı hususları subjektif bir şekilde yanlış olarak vermeye teşvik edilmesini, kandırılmasını önlemeye hizmet etmektedir. Müdafii, *lehe tanıklık* halinde para ödülü verileceğini belirterek tanığın *gerçeğe aykırı tanıklık* yapmasını<sup>118</sup> veya gerçeğe uygun olarak verdikleri *ifadeleri geri almasını*<sup>119</sup> istemesi meşru değildir.<sup>120</sup> Ancak belirtelim ki, bu konuda öğretilerde fikir birliği bulunmaktadır.<sup>121</sup> Aynı şekilde müdafii, müvekkiline gerçeğe aykırı ifade verecek bir tanık tedarik etmesini tavsiye etmesi de meşru sayılmaz.<sup>122</sup>

Müdafii tanığa inandırıcılığını zedeleyici, telkin edici, tuzak sorular sorması mümkündür. Mahkeme tanığa yönlendirici soruların sorulduğunu düşünürse sorul-

<sup>115</sup> Pellkofer, 131.

<sup>116</sup> Bak. Müller-Dietz, Strafverteidigung und Strafreitelung", 252; Pfeiffer, "Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln", 345.

<sup>117</sup> Dreher/Tröndle, §258, kn.7.

<sup>118</sup> Weiland, §9, kn.176; Lackner, Karl/Kühl, Kristian, StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24.Bası, München 2001, §258, kn.9.

<sup>119</sup> Pfeiffer, "Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln", 346.

<sup>120</sup> Rückel, kn.27, 28; Pfeiffer, "Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln", 346.

<sup>121</sup> Bu hal yalancı tanıklığa azmettirme de sayılır. Beulke, Die Strafbarkeit des Verteidigers, kn.92; Bottke, "Wahrheitspflicht des Verteidigers", 758; Heinicke, 498; Otto, Strafreitelung durch Strafverteidigerhandeln", 330; Pfeiffer, "Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln", 346.

<sup>122</sup> Peters, Strafprozeß, 4.Bası, §29V, 1d, 229.

masını yasaklayabilir.<sup>123</sup> Bu nedenle müdafinin, tanığa soru sorma hakkını kötüye kullanması, delil değiştirme girişimi olarak değerlendirilemez.

Müdafî, baskı ve hile ile tanığın serbestçe karar verme iktidarını ortadan kaldırırsa ve onu yalan beyanda bulunmaya sevk ederse,<sup>124</sup> *müdafîin cezai sorumluluğu doğar*.

## Sonuç

Müdafî, muhakeme sürecinde sanığın menfaatlerini koruyarak ve savunmasında ona yardımcı olarak adalete hizmet eden adli bir organdır.

Müdafîin, sınırlı bir adalet organı olması ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkı sağlama yükümlülüğü dikkate alarak savunma hakkı açısından bir değerlendirme yapıldığında şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır:

Müdafî, sır saklama yükümlülüğünden dolayı her bildiğini söylemek ve adli makamlara yardımcı olmak zorunda değildir. Ancak, müdafîin her söylediği gerçek olmalıdır.<sup>125</sup> Gerçeği söyleme yükümlülüğü adil yargılanma prensibinden türetilmiş bir yükümlülüktür. Bu durum, müdafîin sanığın yardımcısı olmasının yanı sıra sınırlı bir adli organ olarak kabul edilmesinin doğal bir sonucudur.<sup>126</sup> <sup>127</sup> Müdafîin, konuştuğunda gerçeği söyleme yükümlülüğü, *lehe konuşma yükümlülüğü* (*Fürsprachpflicht*)<sup>128</sup> ve *sır saklama yükümlülüğü* (*Schweigepflicht*) ile tamamlanan bir yükümlülüktür. Savunma sanatı bu yükümlülüklerin tümünü somut olayda bir arada yerine getirebilmektir.<sup>129</sup> Sır saklama yükümlülüğünü ve lehe konuşma yükümlülüğünü işverenine *sadakat yükümlülüğü*<sup>130</sup> olarak değerlendirmek de mümkündür. Müdafî sadakat yükümlülüğünden dolayı müvekkilini zorda bırakacak faaliyetlerde bulunamaz.

<sup>123</sup> Wassmann, 178; Heinicke, 499.

<sup>124</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, §19, kn.61.

<sup>125</sup> Avrupa Topluluğu Avukatlık Meslek Kuralları m.4.5 "Avukat asla, asılsız ya da hataya sevk edici nitelikte bilgiyi hâkime bilerek vermemelidir". Bak. Avukatlık Kanunu, İstanbul Barosu 2002, 250.

<sup>126</sup> Bak. Heeb, 53.

<sup>127</sup> Bu yükümlülük kamu faydasına dayanır. Sanığın, çekinmeden avukatına başvurmada kamu faydası vardır. Bak. Erem, Faruk, "Avukatlık Sırını", ABD, 5(1969) 838 vd.

<sup>128</sup> Bu kavram, müdafîin, tanığa, usulî haklarını kullanmasında tüm gücü ile tek taraflı olarak yardımcı olmasını ifade eder. Pellkofer, 118.

<sup>129</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, §19, kn.13.

<sup>130</sup> Savunma esnasında öğrendiği bilgiyi kullanarak müdafî sanığın güvenliğini kötüye kullanamaz. Pellkofer, 119.

Müdafiin konuştuğunda gerçeği söyleme yükümlülüğü ve *yalan söyleme yasağı* bir madalyonun iki yüzü gibidir. Yalan söyleme yasağı veya diğer bir ifadeyle, gerçeği söyleme yükümlülüğü ceza hukukunun öngördüğü bir yükümlülük olmayıp etik bir yükümlülüktür. Gerçeği söyleme yükümlülüğü, *aktif hareketlerle delilleri karartmamak* şeklinde de anlaşılabilir. Söz konusu yükümlülük bugün, henüz Ceza Muhakemesi Yasasında açıkça hükme bağlanmamış olsa da, prensip olarak tartışmalı değildir.<sup>131</sup> Gerçeği söyleme yükümlülüğü, müdafiin müvekkilinin aleyhine olacak gerçekleri söyleme yükümlülüğü olarak anlaşılmalıdır. Bu noktada sır saklama ve lehe konuşma yükümlülüğü gerçeği söyleme yükümlülüğünün sınırını oluşturur.

Gerçeği söyleme prensibi öğretide, “*müdafi bildiği her şeyi söylemekle yükümlü değildir, ancak söylediği her şey gerçek olmalıdır*” şeklinde ifade edilmektedir.<sup>132</sup> Müdafi müvekkilinin söylediği gerçeğe aykırı olduğunu *bildiği iddialarını* da kendine mal edemez.<sup>133</sup> Müdafiin gerçeği söyleme yükümlülüğü, sır saklama ve sadakat yükümlülüğü ile sınırlandırılmıştır. Pfeiffer’e göre, *müdafi sanığın kendisine gerçeğe aykırı beyanlarda bulunduğunu söylediğinden şüpheleniyorsa bu konuda önce emin olmalı veya gerçekliğinden şüphe duyduğu hususları mahkemenin önüne getirmemelidir. Diğer bir ifadeyle, müdafi bilinçli taksirle yalan söylememelidir.*<sup>134</sup> Ancak belirtmeliyim ki, masumiyet karinesi müdafi açısından da geçerlidir. Sanığın suçluluğu kesin hükümle ispatlanıncaya kadar bütün işlemlerde onun masum olabileceği düşünülmelidir.<sup>135</sup> Bu nedenle, müdafi emin olmadığı ancak müvekkilinin lehine olan hususları tekrar tekrar tartışmaya açabilmelidir.

Ancak, sır saklama yükümlülüğünden dolayı müdafiin her bildiğini söyleme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Müdafi konuştuğu takdirde müvekkiline zarar verecek olan hususlarda susabilir, susması da gerekir.<sup>136</sup> Sadakat yükümlülüğü bunu gerektirir. Belirtmeliyim ki, avukatın gerçeği söyleme yükümlülüğü usulen izin verilen savunma hareketlerinin sınırının belirlenmesinde yön bulmaya yardımcı olan bir kavramdır.<sup>137</sup>

<sup>131</sup> **Kniemeyer**, 37; **Botke**, “Wahrheitspflicht des Verteidigers”, 750; Müdafiin gerçeği söyleme yükümlülüğünü reddeden küçük bir azınlık da bulunmaktadır. **Botke**, “Wahrheitspflicht des Verteidigers”, 731; **Heinicke**, 486.

<sup>132</sup> **Beulke**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, kn.17; **Dahs**, Handbuch des Strafverteidigers, kn.48; **Pfeiffer**, “Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln”, 344; **Heinicke**, 486.

<sup>133</sup> **Pfeiffer**, “Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln”, 344.

<sup>134</sup> Pfeiffer, müdafiin muhtemel kastını yeterli gördüğü için bu konuda bu sonuca varmıştır. **Pfeiffer**, “Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln”, 344.

<sup>135</sup> Müdafi masumiyet karinesinin garantörüdür. Çünkü ileri sürülen tüm hususları müvekkilinin suçsuz olabileme ihtimali çerçevesinde tartışmaya açar. **Heinicke**, 420.

<sup>136</sup> **Beulke**, Strafprozeßrecht, §9, kn.175.

<sup>137</sup> **Grüner, Gerhard**, Über den Mißbrauch von Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozeß, Berlin 2000, 137.

Müdafii, adli makamlara yardımcı olmak zorunda değildir. Yani müdafiin adli organlara yardım yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak müdafi, adli bir organ olması nedeniyle adli makamların görevini yerine getirmesini aktif hareketleriyle zorlaştırmamalıdır. Örneğin delili saklamamalıdır.

Müdafi, adli makamların hatasını düzeltmek zorunda değildir. Kendisi bu hataları veya eksiklikleri müvekkili lehine kullanabilir.

## Kaynakça

- Beulke, Werner** Der Verteidiger im Strafverfahren, Funktionen und Rechtsstellung, Frankfurt 1980.
- Beulke, Werner**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, Heidelberg 1989.
- Beulke, Werner**, Strafprozeßrecht, 6.Bası, Heidelberg 2002.
- Bottke, Wilfrid**, “Wahrheitspflicht des Verteidigers”, ZStW 1984, Bd 96, 756 vd.
- Centel, Nur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2012.
- Cihan, Erol**, “50.Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, İHFM L, 1-4 (19849, 137 vd.
- Cihan, Erol/Yenisey, Feridun**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1996, 121.
- Cornils, Karin/Greve, Vagn**, Das dänische Strafgesetz, Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, 107, Freiburg im Breisgau 1997, §159 (1), 99.
- Dahs, Hans**; Handbuch des Strafverteidigers, 6.Bası, Köln 1999.
- Demirbaş, Timur**, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2011.
- Demirbaş, Timur**, “Hazırlık Soruşturmasında Müdafilik”, CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999,
- Demirbaş, Timur**, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, 192-193 vd.
- Demirbaş, Timur**, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996.
- Develioğlu, Ferit**; Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1986.
- Donay, Süheyl**, “Kamu Özgürlüklerinin Korunmasında Avukatın Rolü”, İHFM 1977, S.1-4, Ord. Prof. Dr. Charles Crozat’ya Armağan, Özel Sayı 1979.
- Donay, Süheyl**, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982.

- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım II, İstanbul 1994.
- Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, (Kommentar), 44.Bası, München 1988.
- Erdem, Mustafa Ruhan**, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001.
- Erem, Faruk**, “Avukatlık Sırrı”, ABD, 5(1969) 838 vd.
- Erem, Faruk**, “Susma Hakkı”, YD (Temmuz 1992), C.18, S.3, 298 vd.
- Erem, Faruk**, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, 6.Bası, Ankara (tarihsiz),
- Erem, Faruk**, Meslek Kuralları Şerhi, Ankara 1973, 39-40.
- Erem, Faruk**; “Savunma Hakkının Kökeni”, ABD, 1984, S.5, 692.
- Ergül, Teoman**, “Savunmanın Teori ve Uygulaması”, ABD, 1990, S.4, 591.
- Erman, Sahir**, Sahtekârlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku-III, İstanbul 1987.
- Eser, Albin (Çev.N.Centel)**, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, YD 1990, S.3, 326 vd.
- Feyzioğlu, Metin**, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002.
- Gatzweiler, Norbert**, “Möglichkeiten und Risiken einer effizienten Strafverteidigung”, StrVert 6/1985, 250 vd.
- Grube, Walter**, Der Ausschluß von Strafverteidigern wegen Begünstigung, Diss., Köln 1934.
- Grüner, Gerhard**; Über den Mißbrauch von Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozeß, Berlin 2000.
- Heeb, Wolfgang**; Grundsätze und Grenzen der anwaltlichen Strafverteidigung und ihre Anwendung auf den Fall der Mandatsübernahme, Diss., Tübingen 1973.

**Heinicke, Günther**, Der Beschuldigte und sein Verteidiger in der Bundesrepublik Deutschland, München 1984.

**Hellmann, Uwe**, Strafprozeßrecht, Heilderberg 1998.

**İnceoğlu, Sibel**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002.

**Kniemeyer, Claus-Dieter**, Das Verhältnis des Strafverteidigers zu seinem Mandanten: Vertrauen und Unabhängigkeit, Diss., Main 1997.

**Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, 12.Bası, İstanbul 2002.

**Kühne, Hans-Heiner**; Strafprozeßrecht, 5.Bası, Tübingen 1999.

**Lackner, Karl/Kühl, Kristian**, StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24.Bası, München 2001, §258.

**Laufhütte, Heinrich (KK)**; Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, (Yay.Gerd Pfeiffer), 5.Bası, München 2003.

**Müller-Dietz, Heinz**, “Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß”, ZStW 1981, Bd. 93, 1206-1207.

**Oral, Mehmet**; “Mevzuatımızın Savunma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, 600.

**Otto, Harro**, “Strafvereitelung durch Strafverteidigerhandeln”, Jura 1987, Heft 6, 330 vd.

**Önder, Âkil**, “HUMK 150 ve CMUK 378/379 ve 380. maddeleri Muvaceshesinde Taraf-ların, Avukatın ve Müdafinin Söz Söyleme ve Savunma Serbestliği”, AD, IXL, 9(Eylül 948), 1040, 1051 vd.

**Özgenç, İzzet**, “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki So-nuçları”, MÜHF Hukuk Araştırmaları, IX, S.1-3, 1995, 133-135; Şahin, Sanığın Kol-luk Tarafından Sorgulanması, 114-116 vd.

**Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer**, Uygulamalı Ceza Mu-hakemesi Hukuku, 7.Bası, Ankara 2002.

- Pellkofer, Sandra**, Sockelverteidigung und Strafvereitelung, Diss., Frankfurt 1998.
- Peters, Karl**, Strafprozeß, Ein Lehrbuch, 4.Bası, Heidelberg 1985.
- Pfeiffer, Gerd**, “Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln”, DRiZ 9/1984, 345 vd.
- Roxin, Claus**, Strafverfahrensrecht, 25.Bası, München 1998.
- Stade, Monika**, Die Stellung des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, Diss., Göttingen 1997.
- Stumpf, Olav**, Die Starfbarkeit des Strafverteidigers wegen Strafvereitelung (§ 258 StGB), Baden-Baden 1999, 131 vd.
- Sungurtekin, Meral**, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1995.
- Şahin, Cumhuri**, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1987.
- Taner, Tahir**, Ceza Hukuku, İstanbul 1953.
- Taner, Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955.
- Tosun, Öztekin**, “Ceza Muhakemesinde Temsil ve Vekalet”, Temsil ve Vekalet’e İlişkin Sorunlar Sempozyumu (14-16 Haziran 1976), İstanbul 1977, 248 vd.
- Tosun, Öztekin**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, I, Genel Kısım, 4.Bası, İstanbul 1984.
- Vogel, Hans-Jochen**, “Strafverfahrensrecht und Terrorismus”-eine Bilanz, NJW 1978, Heft 25, 1218.
- Wassmann, Hans-Jörg**, Strafverteidigung und Strafvereitelung, Diss., Hamburg 1982.
- Weiland, Bernd**, Einführung in die Praxis des Strafverfahrens, München 1996.
- Welp, Jürgen**, “Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens”, ZStW 1978, Bd 90, 102-103, 107 vd.
- Wessing, Jürgen**, Die Kommunikation des Verteidigers mit seinem Mandanten, Diss., Köln 1985, 16.

**Wolff, Heinrich Amedeus**, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, Berlin 1997, 25, 28-29.

**Yarsuvat, Duygun**, “Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi”, İÜSBFD, N.10, Ocak 1995, 98.

**Yenisey, Feridun**, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No.12, Seminer Yayın Dizisi No.3, 160-161.

**Yurtcan, Erdener**, Ceza Avukatının El Kitabı, 4.Bası, Türkiye Barolar Birliği, Ankara (tarihsiz).

**Yüce, Turan Tufan**, “Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı (I)”, AD LI, 11-12(Kasım-Aralık 1960), 1017 vd.

**Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2011.

**Zafer, Hamide**, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004.



(16. Makale – 2014)

## Prof. Dr. Haydar Burak GEMALMAZ\*

*Mali Güç Ölçütünü Dikkate Almayan Aşırı Vergi Mülkiyet Hakkı İhlalidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Macaristan'a Karşı 14 Mayıs 2013 Tarihinde Verdiği N.K.M. Kararının İncelenmesi\*\**

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, İstanbul Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü

\*\* İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 2014/2, Mart-Nisan 2014, s. 128-143.



# MALİ GÜÇ ÖLÇÜTÜNÜ DİKKATE ALMAYAN AŞIRI VERGİ MÜLKİYET HAKKI İHLALİDİR: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN MACARİSTAN'A KARŞI 14 MAYIS 2013 TARİHİNDE VERDİĞİ N.K.M. KARARININ İNCELENMESİ



H. Burak GEMALMAZ\*

Vergi kaynaklı birçok mesele aynı zamanda bir insan hakları meselesidir. Vergi kaynaklı müdahaleler adil yargılanma hakkı, özel yaşam hakkı, seyahat özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi çok sayıda hak kapsamında sorun doğurabilmektedir. Aslında bugünkü insan hakları hukuku belgelerinin arkasında yatan ilk hareket noktalarından biridir vergi. “Temsil yoksa, vergi de yok” sloganında ifadesini bulan talepler 1215 tarihli Magna Carta’dan bugüne onlarca belgede çeşitli formlarda kendisine yer bulmuştur.<sup>1</sup> Vergi, bugün de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS veya Sözleşme)<sup>2</sup> yer alan birçok hak bakımından çeşitli sorunlar doğuran bir konudur.

\* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Vergiye ilişkin hükümler içeren tarihsel insan hakları belgeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, 2. Baskı, Legal Yay., İstanbul, 2012, sf:50-56, 134-149; Gülsen Güneş, **Verginin Yasallığı İlkesi**, 3. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2011, sf:34-46; Tamer Budak, **Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç**, XII Levha Yay., İstanbul, 2010, sf:32-41.

<sup>2</sup> Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/11/1950 tarihinde Roma’da kabul edilip imzaya açılan “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi” (No.005, “*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*”), 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye AİHS’ni 04/11/1950 tarihinde imzalamıştır ve Protokol No.1 ile birlikte, 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun”u çıkartarak onaylamıştır, (RG, 19/03/1954, s.8662). Aynı Resmi Gazetede, Sözleşmenin Türkçe resmi çevirisi ve orijinal metni yayımlanmıştır. Sözleşmenin onay belgesi 18/05/1954 tarihinde Avrupa

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve öncesinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu uzun yıllardan bu yana vergisel sorunları çeşitli Sözleşmesel haklar çerçevesinde ele almıştır, halen de almaktadır.

Gerçi Devletlerin münhasır egemenlik yetkisi kapsamında bir uygulama olarak görüldüğü için Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ve AİHM'in vergisel meselelerdeki tutumu, başlangıçta oldukça pasifti. Devletlerin vergi salma ve tahsili konusundaki yetkilerine saygı gösteren AİHM vergisel meselelerinin esasına girmekte çekinden davranıyordu. Zaten Sözleşmenin yapılış evresinde Devletler, mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemenin vergi salma ve tahsili yetkilerine zarar verme ihtimalinden çekindikleri için, bu yetkilerini açıkça tanıyan bir hükmü mülkiyet hakkını düzenleyen 1 numaralı Protokolün 1. maddesine (bundan böyle **P1-1**) eklemişlerdi.

#### **“Madde 1 – Mülkiyetin korunması**

Her gerçek ya da tüzel kişi, mülkiyetinden/mamelekenden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hali hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.

Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, bir Devletin, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak ya da **vergilerin** yahut **diğer katkıların/yükümlülüklerin** yahut para cezalarının ödenmesini temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine halel getirmeyecektir.<sup>3</sup> (vurgular eklenmiştir).

AİHM'in vergiye ilişkin kararları bu tarihî perspektiften beslendiğinden oldukça muhafazakar nitelikteydi. Hatta, sadece mülkiyet hakkı bakımından değil, adil

Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiş ve Sözleşme bu tarihten itibaren Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. AİHS'in serbest Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri*, Cilt I – Bölgesel Sistemler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf:5-27.

<sup>3</sup> Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 20/03/1952 tarihinde Paris'te kabul edilen ve imzaya açılan “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin, Sözleşmede Hali hazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan, Protokol No.1” in [No.009, “*Protocol No.1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention*”], 18/05/1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. AİHS Protokol No.1'in Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri*, I. Cilt – Bölgesel Sistemler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf:151-154. AİHS Protokol No.1'e dair bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Cilt II, Genişletilmiş 8. Baskı, 2012, sf:102-109.

yargılanma hakkı bakımından dahi benzeri bir pasif tutum AİHM’i sarmalamıştı. AİHM’e göre, vergi aslına dair uyuşmazlıklarda Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı güvenceleri uygulanabilir nitelikte değildir.<sup>4</sup> AİHM’in vergisel meselelerdeki yaklaşımı doktrinde hem teknik hukuki açıdan hem de arkasında yatan perspektif açısından uzun zamandır eleştirilmekteydi. Günümüzde gelinen aşamada Devlet yönetiminin şeffaflaşması, hesap verilebilirlik ve giderek yerleşen iyi yönetim kavramı, verginin mutlak olarak Devletin takdir yetkisi içinde kalan siyasi ve hatta yargısal olarak sorgulanamaz bir konu olmaktan çıktığına işaret etmektedir ve AİHM bu yeni perspektiften etkilenmektedir. Nitekim AİHM yeni yaklaşımın Avrupa Birliği Hukuku standartlarına ve Avrupa Birliği Adalet Mahkemesi kararlarına yaklaştığı söylenebilir.<sup>5</sup> Nitekim aşağıda ele alınacak Macaristan’a karşı *N.K.M* kararı bu gözle okunabilir.<sup>6</sup>

Nihayetinde AİHM de yeni devlet anlayışının bu ilkeler çerçevesinde kurumsallaşmasından etkilenerek vergisel meselelerde daha aktivist bir tutum almaya başlamıştır. Yeni kararlarında mülkiyet hakkı çerçevesinde vergi aslının esasına ilişkin kapsamlı değerlendirmeler yaptığı gibi adil yargılanma hakkı güvencelerinin vergi aslına dair ihtilaflarda uygulanabilir olmadığı yönündeki yaklaşımını da, tamamen kaldırmış değilse de, yumuşatmıştır.<sup>7</sup>

Vergi aslına dair uyuşmazlıkların mülkiyet hakkını ihlal edebileceği ihtimalinin sinyallerini çeşitli kararlarında önceden veren AİHM Macaristan’a karşı 14 Mayıs 2013’te verdiği *N.K.M.* kararında (App. No. 66529/11, Judgment of 14 May 2013) bu konudaki yaklaşımını netleştirmiştir. Anılan kararı **P1-1** mülkiyet hakkı genel teorisi çerçevesinde okumak, Türkiye için de dersler çıkartulmasına vesile olacaktır.

<sup>4</sup> Buna karşılık cezai nitelikte vergi uygulamaları adil yargılanma güvencelerinden faydalanabilmektedir.

<sup>5</sup> Bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yay., İstanbul, 2009, sf:503-504.

<sup>6</sup> *N.K.M. v. Hungary*, App. No. 66529/11, Judgment of 14 May 2013, paras.20-22, 70. Ayrıca aynı yönde olarak bkz. *Gall v. Hungary*, App. No. 49570/11, Judgment of 25 June 2013, paras. 19, 69; *R.Sz. v. Hungary*, App. No. 41838/11, Judgment of 2 July 2013, paras.18, 59.

<sup>7</sup> Vergi aslına dair uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkı güvencelerini uygulanamayacağına dair içtihadındaki yumuşama için bkz. H. Burak Gemalmaz, “Basiretli İşadamı Gibi Davranma Yükümlülüğü: AİHM’in *YUKOS* ve *Soros* Kararları Üzerine Düşünceler”, **Güncel Hukuk**, Kasım 2011, Sayı:11-95, sf:63 ve dn.21.

## I. AİHS P1-1 Kapsamında Mülkiyet Hakkı

Strasbourg içtihatlarına göre **P1-1** normatif olarak üç kuralı düzenlemektedir: **Kural 1-** mülkiyete saygı (**P1-1/1**, ilk cümle), **Kural 2-** mülkiyetten yoksun bırakma ve bunun koşulları (kamu yararı ve yasallık koşulu) (**P1-1/1**, ikinci cümle) **Kural 3-** Taraf Devletlere tanınan, mülkiyetten yararlanma hakkını genel yarara uygun şekilde düzenleme yetkisi (**P1-1/2**).<sup>8</sup> AİHM, anılan bu kurallara ek olarak, bu üç kuralın bağlantılı olduğuna dair bir ilke daha kabul etmiştir: “Yukarıda gösterilen üç ilke, birbirinden kopuk ve ilgisiz değildirler; ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten müdahalesiz biçimde yararlanma hakkına yöneltilebilecek müdahalelere ilişkin özel ilkelerdir ve bundan ötürü, bu tür müdahaleler ilk kuralda ortaya konan genel ilke ışığında yorumlanmalıdır.”<sup>9</sup> Kanımca bu son ilke, aslında **P1-1**’de mündemiç **4. Kuralı** teşkil etmektedir. Zira somut uyuşmazlıkların çözümünde etkin bir rol oynama potansiyeli taşımaktadır. Bu kapsamda özellikle **4. Kuralın** mevcut içtihadi yaklaşıma katkı sağlayabileceği ileri sürülebilir. Hatta **4. Kuraldan** hareketle mülkiyete yapılan müdahalenin “yoksun bırakma” veya “kontrol” tipi olmasına bağlanan farklılıkların azalacağı iddia edilebilir.<sup>10</sup>

**P1-1**’de düzenlenen mülkiyet hakkı, diğer haklardan farklı olarak, doğumla (veya insan olmakla) kazanılmaz. **P1-1** anlamında mülkiyet hakkından söz edebilmek için mülkiyetin ulusal hukuka göre var olması gerekir. Yani, **P1-1** anlamında mülkiyet hakkının konusu olacak nesne/değer kişinin malvarlığına önceden dahil olmuş olmalıdır. Strasbourg organları bunu net olarak belirlemiştir.<sup>11</sup>

**P1-1**’de yer alan mülkiyet hakkının kavramsal düzeyde AİHS tarafı Devletlerin ulusal hukuklarından daha geniş bir kapsamda ele alınması otonom kavramlar doktriniyle sağlanmaktadır. Ulusal hukukta mülkiyet hakkının kapsamında sayılmayan mallar ya da haklar, **P1-1** bakımından mülkiyet hakkının kapsamına girebilir. Sözleşme anlamında mülkiyet hakkı her türlü maddi malları, fikri mülkiyet, işletme ruhsatları ve müşteri çevresi gibi gayrimaddi malları, aynı haklar ve alacak hakları ile

<sup>8</sup> *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52, para.61.

<sup>9</sup> *Lithgow and others v. United Kingdom*, Judgment of 08 July 1986, Series A No. 102, para.106; *Agosi v. United Kingdom*, Judgment of 24 October 1986, Series A No. 108, para.48; *Air Canada v. the United Kingdom*, Case No. 9/1994/456/537, Judgment of 5 May 1995, paras.29-30.

<sup>10</sup> Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf:18 ve dn.49, 22, 535, 586.

<sup>11</sup> *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 July 1979, para.50.

miras hakkını kapsamaktadır. Parayla ölçülebilen neredeyse her değeri kapsayan ve dolayısıyla devasa bir uygulanabilirlik spektrumu bulunan **P1-1** mülkiyet hakkının koruduğu değerler arasında kişilerin sosyal güvenlik hukukundaki (mevcut ya da beklenen) statüleri de yer almaktadır.<sup>12</sup>

Son derece önemli ve güncel bir hak olan mülkiyet hakkı, kamusal yetkileri kullanan kamu makamlarının müdahalesine açıktır ve dolayısıyla sınırlanabilir bir karakterdedir. Bununla birlikte mülkiyet hakkının sınırlanmasının tabi olacağı bazı ilke ve kurallar bulunmaktadır. Kamusal makamlar, tıpkı diğer haklar gibi, mülkiyet hakkını keyfi olarak sınırlayamazlar.

**P1-1**'e muhatap Devlet tarafından bir müdahalede bulunulmuş olduğu organlarca kabul edilirse, söz konusu müdahalenin meşru olup olmadığı incelenir. Bu inceleme üç aşamadan oluşmaktadır: **a)** Birinci aşama, söz konusu müdahalenin kanunla öngörülüp görülmediği; **b)** ikinci aşama, yapılan müdahalenin sınırlama ölçütlerine ya da bir başka deyişle meşru amaçlara uygun olup olmadığı ve **c)** üçüncü aşama, müdahalenin/sınırlamanın ölçülü olup olmadığıdır. Bu sürecin ayrıntılarına *N.K.M.* davasının spesifik boyutlarında değinilecektir.

## II. Kıdem Tazminatı Açısından Mülkiyet Hakkının Mevcudiyeti

Mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla AİHM önüne gelen davalarda çözümü gereken ilk sorun, ortada başvuru tarafından talep edilebilir bir malvarlığı değeri olup olmadığıdır. Bilindiği üzere, **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkından yararlanabilmek için, talep edilen nesnenin/alacağın uyumsuzluk tarihinde başvuru sahibinin/malikin malvarlığında bulunması veya bulunacağı yönünde meşru bir beklenti olması gereklidir. Bu meşru beklenti de ulusal hukukta yeterli bir hukuki temele dayanmalıdır. Aksi halde zaman duvarı engeli nedeniyle mülkiyet hakkı koruması hiç devreye girmeyecektir.<sup>13</sup>

Macaristan idare sisteminde memur olarak çalışan başvuru sahibi, 30 yıl çalıştıktan sonra işten çıkartılmıştır. O dönemde uzun süredir yürürlükte olan mevzuat ve uygulama, kendisine işten çıkarma karşılığı olarak 8 aylık maaşına denk gelen kıdem

<sup>12</sup> Mülkiyet hakkı özelinde otonom kavramlar doktrinine dair bilgi ve AİHM içtihatları için bkz. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 124-229.

<sup>13</sup> İçtihatları içeren ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:137-170.

tazminatı (severance pay) ödenmesini gerektirmektedir. Bu açıdan kıdem tazminatı esaslı bir malvarlığı değeridir ve **P1-1** mülkiyet hakkı kapsamında girmektedir. Nitekim Macaristan Anayasa Mahkemesi bu değeri koşulsuz kanuni hak olarak nitelendirmiştir. Kaldı ki AIHM'e göre bu tazminattan vergi alınması bile, bu değerın başvuru malvarlığı içinde olduğuna işaret etmektedir. (para.36).<sup>14</sup>

Bu kıdem tazminatına %98 oranında vergi uygulanacağını amir 2010 yılında çıkartılan kanun hükmü, Macaristan Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Fakat yasama, aynı gün bu %98'lik oranın sadece 3,5 milyon forint aşan kıdem tazminatlarına uygulanacağını amir yeni bir düzenleme getirmiştir. Aynı hükme göre, anılan vergi oranı sadece kamu sektöründe istihdam edilenlerin belirli kategorilerine uygulanacaktır. Bu hükmün de Anayasa Mahkemesine götürülmesi sonucu, hükmün geriye yürürlük etkisi iptal edilirken, vergi aslına dair kısmı, yani esasa dair kısmı yetkisizlik sebebiyle iptal edilmemiştir.

Vergi, mülkiyet hakkına bir müdahaledir.<sup>15</sup> Bu noktada verginin nasıl tarh ve tahsil edildiğinin bir önemi bulunmamaktadır.<sup>16</sup> Belirleyici olan, vergisel müdahale yoluyla malikin malvarlığında azalma meydana gelmesidir. Zaten davada başvuru ve davalı Macar Hükümeti arasında bu noktada bir ihtilaf yoktur. AIHM de buradan hareketle verginin kıdem tazminatına ilişkin olduğunun altını özellikle çizmiştir.

“Spesifik bir hukuki rejimi, bazı temel haklarındaki sınırlamaları ve mevzuatla tek taraflı olarak belirlenen maaşı almayı kendi isteğiyle kabul eden Devlet memurları söz konusu olduğunda, (...) kanunen taahhüt edilen kıdem tazminatı memur bakımından uzun dönemli bir beklenti teşkil ettiği gibi Devlet açısından da uzun dönemli bir söz verimi ifade etmektedir. AIHM'in gözünde, uzun yıllarca değişmeyen kanuni güvencelerle pekişen bu tip uzun dönemli beklentiler, basitçe göz ardı edilemez. (...) Mahkemeye göre, iyi yönetim (good government) yöneten ve yönetilen arasındaki güvene bağlıdır (...)” (para. 37).

<sup>14</sup> Dipnot sayısını çoğaltmamak için karar paragraflar numaraları, metin içerisinde ilgili satır ya da paragrafların arasına verilecektir.

<sup>15</sup> Türk Anayasa Mahkemesi de vergiyi kişilerin malvarlıklarının [**P1-1** sisteminde mülkiyet anlamında] bir bölümünün Devlete geçirilmesi olarak tanımlamaktadır (bkz. Şahnaz Gerek-Ali Rıza Aydın, **Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku**, Seçkin Yay., Ankara 2005, sf:25 vd.).

<sup>16</sup> İlgili vergi hukuku kavramları için bkz. S. Ateş Oktar, **Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2013, sf:109-118, 129-130.

AIHM devamla kıdem tazminatının önemini şöyle vurgulamıştır. “Üstelik, kıdem tazminatı sıradan mali bir değer olarak mütalaa edilemez; toplumsal işlevi göz önünde bulundurulduğunda kıdem tazminatı, işsiz kalan ve fakat emek piyasası içinde kalmak isteyen işçiler için toplumsal açıdan önemli bir tedbirdir.” Bu noktada AIHM Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının ilgili maddelerine ve Avrupa Adalet Mahkemesinin bu çerçevedeki kararlarına atıf yapmaktadır (para.39).

AIHM’e göre kıdem tazminatı hem memurlar hem de diğer çalışanlar için verilen hizmetin karşılığında hak edilen kazanılmış hak niteliğindedir ve kanundan kaynaklanmaktadır (para. 40). Burada AIHM bir adım daha atarak kıdem tazminatıyla prim katkısız sosyal yardım ve hizmetlerin malvarlığı değeri oluşturduğu yönündeki içtihadıyla paralellik kurmuştur (para. 41).<sup>17</sup>

### III.Uyuşmazlık Konusu Verginin Miktarı Açısından Yoksun Bırakma ve Kontrol Tipi Müdahaleler Arasındaki Farkın Anlamsızlığı

Yukarıda değinildiği üzere, **P1-1**’in yapısı mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ikili bir ana ayrıma gitmektedir. Buna göre, bir müdahale maliki mülkiyetinden (veya mülkiyet hakkından) yoksun bırakma tipinde olabileceği gibi (**Kural 2**) mülkiyetin kullanılmasının kontrolü niteliğinde, yani mülkiyeti malikte bırakmasına rağmen bunun kullanımını sınırlayan nitelikte de olabilir (**Kural 3**). Bunların yanında, nitelmesi pek kolay olmayan veya hem yoksun bırakma hem kontrol niteliğini aynı anda gösteren müdahaleler mülkiyete saygı ilkesini içeren ve şemsiye kloz niteliğindeki birinci cümlelerin korumasından yararlanmaktadır (**Kural 1**). Dördüncü bir ilke olarak da, bu üç kuralın birbiriyle bir bütün olarak ele alınması gerekliliği içtihat ceylenmiştir (**Kural 4**).

AIHM’in, özellikle ilk dönem kararlarında bu ayrıma bağladığı sonuçlar önemlidir. Zira, mülkiyete yapılan müdahalenin niteliğine göre, ölçülülük incelemesinin

<sup>17</sup> Prim katkısız sosyal güvenlik pozisyonlarının malvarlığı değeri olduğu yönünde bkz. H. Burak Gemalmaz, “Kişilerin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Statülerinin Mülkiyet Hakkı Kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Korunması”, **İş Dünyası ve Hukuk**, Prof. Dr. Tancut Centel’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi No.:720, İstanbul, 2011, sf: 704-736, özellikle 708-713.

tabi tutulacağı rejimdeki ölçütler değişebilmektedir. Mülkiyetten yoksun bırakma tipi müdahalelerde (**Kural 2**) tazminat gerekliliği zorunlu bir koşul iken, kontrol tipi müdahalelerde (**Kural 3**) tazminat gibi ağır bir karşı yükümlülük aranmayabiliyor, daha hafif usuli güvencelere riayet edilmesi müdahalenin mülkiyet hakkına uygunluğu sonucunu doğurabiliyordu. İşte doktrinde bu ayrımın yapay ve geçersiz olduğu, birçok müdahale tipi arasındaki ayrımın belirsiz olduğu ve dolayısıyla **Kural 1**'deki ilkenin **Kural 4**'le birlikte ele alındığında her türlü müdahale tipi için aynı veya yakın derecede hassas bir tartım gerektirdiği ileri sürülmüştü. Özellikle **4. Kural**'ın mevcut içtihadı yaklaşımına katkı sağlayabileceği; bu Kuraldan hareketle mülkiyete yapılan müdahalenin “yoksun bırakma” veya “kontrol” tipi olmasına bağlanan farklılıkların azalacağı iddia edilmişti.<sup>18</sup>

İşte AİHM'in burada ele alınan *N.K.M.* kararı aslında **Kural 1** ile **Kural 4**'ün etkinliğinin bir göstergesi olarak okunabilir. Bu davada AİHM uyuşmazlık konusu olayların karmaşıklığı ve uygulanacak hukuki rejiminin belirsizliği sebebiyle, mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin niteliğinin ne olduğunun ve dolayısıyla hangi *Kuralın* uygulanacağını tam anlamıyla tespitinin mümkün olmadığı değerlendirilmesini yapmıştır (para. 43).<sup>19</sup> Normalde malvarlığına vergisel müdahale, **P1-1**'in ikinci fıkrası hükmü gereğince kontrol tipi bir müdahale addedilir ve daha zayıf bir ölçülülük incelemesi yapılır.

Mahkeme devamla, sosyal bir politika olarak gelir dağılımını düzenleyen genel nitelikli bir işlemin kontrol veya yoksun bırakma tipi müdahale niteliğinde olup olmadığının bir öneminin bulunmadığını, zira her iki tip müdahalenin meşruiyeti meselesinin çözümünde göz önünde bulundurulacak ilkelerin esasında özdeş olduğunu hükme bağlamıştır. Mahkemeye göre, her bir müdahale tipi için de meşru sınırlama amacı güdülüp güdülmediği ve bireyin mülkiyet hakkı ile güdülen meşru amaç arasında adil denge kurulup kurulmadığı incelenmelidir. Mahkeme hak sahibinin meşru beklentisini kaldıran yasal değişikliklerin bir başına malvarlığına müdahale teşkil ettiğini de önceki kararlarına atıfla vurgulamıştır. Dolayısıyla Mahkeme, meseleyi mülkiyete saygı hakkı ilkesini içeren **Kural 1** ışığında ama vergi salma yetkisini Devlete veren **Kural 3**'ü de gözeterek ele almaya karar vermiştir (paras.44-45).

<sup>18</sup> Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:18 ve dn.49, 22, 535, 586.

<sup>19</sup> Mahkeme burada Üç Kural'a bağlanan ayrımların vergisel müdahalelerde bile çok keskin olmadığına yönelik bazı belirlemelerde bulunmuş ve önemli bazı kararlarını hatırlatmıştır.

## IV. Mülkiyete Vergisel Müdahale Hukuki Temele Sahip Midir?

**P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkının uygulanabilir bulunmasını müteakip bu hak-ka Sözleşmesel manada bir müdahale olup olmadığına bakılır. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin uyması gerekli koşullardan birincisi, bu müdahalenin hukuki dayanağı olup olmadığıdır. Eğer müdahalenin hukuki dayanağı yoksa, derhal mülkiyet hakkının (veya dava konusu herhangi bir hakkın) ihlal edildiğine karar verilir. Eğer müdahale hukukilik testini karşılıyorsa, incelemede sonraki aşamalara geçilir.

Müdahalenin kanunla yapılmış olması gerekliliği, öncelikle, müdahalenin mutlaka iç hukukta bir temeli olması gerektiğini ifade eder. Bu unsur sınırlamanın tekniği ve koşuluna ilişkindir. Sınırlama mutlaka ve zorunlulukla yasaya uygun olarak yapılmalıdır. Müdahale, “hukukun/yasanın öngördüğü” biçimde olmalıdır. Bununla belirtilen “yasallık” ya da “yasaya dayalılık” ilkesidir. İkinci olarak, söz konusu iç hukuk temeli, ilgili kişi bakımından ulaşılabilir ve etkileri bakımından öngörülebilir olmalıdır. Müdahalenin iç hukukta temeli olması demek, söz konusu hukuk normunun mutlaka “kanun/yasa” formunda olması demek değildir; daha alt dereceli normatif düzenlemeler de (örneğin yönetmelik) “kanunla öngörülmüş olma” unsurunu karşılamakta yeterlidir. Üstelik “kanunla öngörülmüş olma” unsuru yargıç yapımı hukuku, yani içtihadi hukuku da kapsamaktadır. Sınırlamanın kaynağının, ulaşılabilir, anlaşılabilir ve öngörülebilir olması gereklidir.<sup>20</sup>

Somut olaya dönülürse, AIHM’in verginin başvurucunun mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil ettiği saptamasından sonra ele aldığı ilk hukuki mesele, söz konusu müdahalenin ulusal hukukta yasal bir temelinin olup olmadığıdır. Muhatap Macaristan Hükümeti, %98’lik vergi oranını Avrupa Birliği kurallarını hatırlatarak meşrulaştırmaya çalışmıştır. Mahkeme, her ne kadar uyumsuzluk konusu verginin belirli ölçüde geriye yürürlü etkisi olduğunu, bu sebeple müdahalenin hukuki bakımından bir sorun doğurabileceğini not etmiş ve hatta Macaristan Anayasa Mahkemesinin kararlarını hatırlatmışsa da nihayetinde usulüne göre çıkartılan bir kanuna dayandığı için hukukilik unsuru açısından bir ihlal tespit etmemiştir. Mahkemeye göre vergisel

<sup>20</sup> Bu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 453-468; H. Burak Gemalmaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında Hukukilik İlkesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:85, Sayı:3, Yıl: 2011, sf:3-22.

meselelerde Taraf Devletlerin takdir marjı, hukukilik testi bakımından dahi oldukça geniştir (paras.52-54).<sup>21</sup>

## V. Vergisel Müdahale Meşru Amaç Gütmekte Midir?

Bir müdahalenin Sözleşmeye uygunluğunun incelenmesindeki ikinci aşama, söz konusu müdahalenin sınırlama ölçütlerine uygun olarak yapılıp yapılmadığını açığa çıkarma işlevi görür. “Sınırlama ölçütü” denildiğinde, hak ya da özgürlüğün kullanım alanının, yetkili makamlar tarafından daraltılmasında yahut doğrudan kullanımının yasaklanmasında dayanak teşkil eden gerekçeler veya meşru amaçlar ifade edilmek istenmektedir. Hak ve özgürlüklerin kullanılmasına bu “kayıtlamalar” getirilirken, temelde, bireysel yarar ile toplumun çıkarları bir biçimde dengelenmeye ve bağdaştırılmaya çalışılır.

**P1-1**'de sadece “kamu yararı” (**P1-1/1 c.2**) (**Kural 2**) ile “genel yarar” (**P1-1/2**) (**Kural 3**) ölçütleri açıkça zikredilmiştir. Bu iki sınırlama ölçütü çerçevesinde sosyal siyasalar, çevrenin korunması ve şehir planlaması, ahlakın korunması ve suçla mücadele edilmesi, vergi tahsili, diplomatik bağışıklıklar, kamu güvenliği ile ulusal güvenliğin sağlanması ve ekonomik hayatın korunması adına mülkiyet hakkının sınırlandırılması görülmektedir.<sup>22</sup>

AIHM bu iki ölçüt arasında anlamlı bir farkın olmadığına karar vermiştir. **P1-1**'in lafzı gereği (**Kural 3**) vergisel meselelerde ilke olarak genel yarar ölçütü aranmaktadır. Nitekim hatırlanacağı üzere, somut davada AIHM uyuşmazlığa uygulayacağı **Kural 1**'i izole olarak değil **Kural 3**'le beraber ele alacağını hükme bağlamıştı.

Vergisel meselelerin, hemen her zaman meşru bir amaç güttüğü kabul edilmektedir. AIHM bu noktada Taraf Devletlere neredeyse mutlaklık derecesinde çok geniş bir takdir marjı tanımaktadır. Gerçi somut uyuşmazlıkta Mahkemenin verginin amacının meşruluğunu, gerçekten kamu yararına hizmet edip etmediğini her zamankine göre biraz daha fazla sorguladığı görülmektedir. Mahkemenin özellikle *sosyal adalet*

<sup>21</sup> Kanımızca AIHM'in vergisel meselelerle sınırlı olmasına rağmen hukukilik testi aşamasında Taraf Devletlere geniş takdir marjı vermesi oldukça problemli. Zaten AIHM, giderek ciddiyeti artmakla birlikte, genel olarak hukukilik testinde zayıf bir inceleme yapmaktadır. Bkz. H. Burak Gemalmaz, **Hukukilik**, sf: 21.

<sup>22</sup> H. Burak Gemalmaz, “Kişilerin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Statülerinin Mülkiyet Hakkı Kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Korunması”, **İş Dünyası ve Hukuk**, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan.

*beklentisine (social justice expectations)* hiçbir referans içermeyen performansa dayalı risk temelli finansal sektör rejiminin tabiiyet ilişkisi içerisindeki kamu görevlileri bakımından örnek alınamayacağı yönündeki değerlendirmesi burada vurgulanmalıdır. Hatta Mahkeme devamlı, başvuruçunun sorumlu olmadığı mali krizin faturasını başvuru ve aynı pozisyonrakilere vergi yoluyla yüklenmesinin yerinde olmadığına dair bazı belirlemeler de yapmıştır. Ama nihayetinde bu meseleyi ölçölülük testinin içine entegre etmeyi tercih etmiştir (paras. 58-59).<sup>23</sup>

## VI. Vergisel Müdahale Ölçülü Müdür?

Sınırlama rejimindeki son aşama sınırlamanın nereye kadar yapılabileceğini ifade eden “sınırlamanın sınırı” incelemesidir. Bu ilke, aynı zamanda müdahalede güdülen meşru amaçla yapılan müdahalenin “ölçülü” olması veya başvuruçunun hakları ile kamu yararı ve diğer değerler arasında bir *denge* kurulması anlamına gelmektedir. “Demokratik bir toplumda gerekli olmayan” veyahut diğer bir deyişle “ölçsüz” sınırlamalar Sözleşmeye aykırı olur.<sup>24</sup>

Mahkeme **P1-1/1** c. 1’deki kuralın (**Kural 1**) amaçları bakımından toplumun genel yararın gerekleri ile bireylerin temel haklarının korunması arasında adil bir denge kurulup kurulmadığına karar vermesi gerektiğini belirlemiştir. AİHM’e göre, bu denge arayışı Sözleşmenin bütününde mündemiç olup ayrıca **P1-1**’in yapısında yansımaktadır.<sup>25</sup>

Ulusal yetkili makamlara tanınan takdir yetkisinin ölçölülük ilkesine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı Sözleşme organlarınca denetlenir. “Ölçölülük ilkesi” bağlamında, mülkiyetten yoksun bırakılma sonucunu doğuran müdahale için, başvuruçanın “araç” ile güdülen “meşru amaç” arasında “makul” ve “dengeli” bir orantılı ilişkinin olup olmadığı sorgulanır.<sup>26</sup> AİHM kamunun genel yararının talepleri ile bireyin temel haklarının korunması gerekleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını veya baş-

<sup>23</sup> AİHM bir müdahalenin meşru amaç gütmeyişinden şüphe duyduğu bazı hallerde, bu konudaki meseleyi ölçölülük incelemesi içine yedirmektedir. Genel bir belirleme olarak, Mahkemenin bir müdahalenin meşru sınırlama ölçütüne dayanmadığı hususunda şüphesinin olduğu hallerde, çok istisnai bir iki karar hariç, her halükarda ölçölülük aşamasında mülkiyet hakkının ihlali kararı bulunmaktadır.

<sup>24</sup> AİHS sisteminde sınırlama ölçütleri için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 448-453.

<sup>25</sup> *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52, paras. 69; *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 54.

<sup>26</sup> *Allan Jacobsson v. Sweden*, App. No. 10842/84, Judgment of 25 October 1989, Series A No. 163, para. 55; *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 54.

vurucuya ölçüsüz ve aşırı bir külfet yüklenip yüklenmediğini incelemek durumundadır.<sup>27</sup> Mahkeme, mülkiyet hakkı müdahaleye maruz kalan başvurucunun, “*olağan dışı ve aşırı*” bir külfet altına sokulması halinde “*adil denge*”nin bozulacağı ilkesini kendisine düstur edinmiştir.<sup>28</sup> AİHM ölçülülük incelemesinin **P1-1**’in yapısına içkin olduğunu ve dolayısıyla **P1-1/2** için de geçerli olduğunu kabul etmiştir.<sup>29</sup> Bu vargı, malvarlığına yönelik vergisel müdahalelerin de ölçülü olması gerektiği anlamına gelmektedir.<sup>30</sup>

Kısacası, AİHM’in odaklandığı asıl aşama, söz konusu verginin ölçülü bir müdahale teşkil edip etmediğidir. Nihayetinde mülkiyet hakkına müdahalenin **P1-1**’e uygun olabilmesi için adil dengenin mutlaka kurulmuş olması gerekir. Ancak bu genel sonuç, yeni soruları da beraberinde getirmektedir: Adil denge veya ölçülülük hangi faktörler ve unsurlar çerçevesinde kurulmuş sayılır?

Bu konuda dikkate alınan ve AİHM’in geliştirdiği çok sayıda faktör bulunmaktadır. Bu faktörlerin birincisi tazminattır. Buna göre, mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin ölçülü olabilmesi için belirli bir oranda tazminat karşı ediminde bulunulması gereklidir. Başta mülkiyetten yoksun bırakma niteliğindeki müdahalelerde aranan bir koşul olan tazminat verilmesi gerekliliği, artık hemen her müdahale tipi bakımından aranmaktadır.

Tazminat faktörünün yanında bazı ek faktörler de bulunmaktadır. Bunlar arasında müdahale süresinin makullüğü, başvurucunun niyeti ve davranışı, başvurucunun özeni, hukukun üstünlüğü nosyonu ve usuli güvenceler, zararın miktarı, ekonomik/ticari risk ve ayrımcı motif gibi unsurlara yer verildiğini görüyoruz. Özellikle mülkiyet hakkının kontrolü niteliğinde mütalaa edilen müdahaleler bakımından işlevsel olan bu unsurlar bir arada etki doğurmaktadır.<sup>31</sup>

Nitekim burada incelenen *N.K.M.* kararının ölçülülüğe dair genel ve teorik açıklamalar kısmında, vergisel müdahalelerde müdahalenin ölçülü olup olmadığını değerlendirmede kullanılan aracın (verginin tahsili için tercih edilen önlemin) elverişli-

<sup>27</sup> *Gashi v. Croatia*, App. No.32457/05, Judgment of 13 December 2007, para.31

<sup>28</sup> *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 54; *Ghigo v. Malta*, App. No.31122/05, Judgment of 26 September 2006, para. 61.

<sup>29</sup> *Mellacher and others v. Austria*, App. Nos.10522/83-11011/84 and 11070/84, Judgment of 19 December 1989, Series A No.169, para.48.

<sup>30</sup> *Musa v. Austria*, App. No.40477/98, Admissibility Decision of 10 September 1998, para.1 [The Law];

<sup>31</sup> AİHM’in mülkiyet hakkı eksenli içtihatlarından hareketle belirlenen bu unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf:530-614.

liğinin göz önünde bulundurulduğu vurgulanmıştır (para.63). AİHM'e göre, vergisel müdahalelerde başvurucuya uyuşmazlığın esasını etkileyecek nitelikteki argümanlarını ileri sürmesine ve karşı argümanları cevaplayabilmesine olanak sağlayan, silahların eşitliği ilkesine uygun çekişmeli bir yargısal usulün tanınması da ayrıca önemlidir (para.64).<sup>32</sup> Vergisel önlemin ayrımcılık teşkil etmemesi de gereklidir (para.65).<sup>33</sup>

Bu genel perspektif ışığında somut olayı inceleyen AİHM'e göre, Alman ve Fransız mahkemeleri %50'yi aşan vergileri anayasaya aykırı bulmuştur. Macaristan'ın aslında uygulanan verginin gerçekte %52 olduğu yönündeki argümanını ele alan AİHM bu oranın bile Macaristan'da uygulanan kişisel gelir vergisinin 3 katına tekabül ettiğini saptamıştır. Üstelik kıdem tazminatı bu kadar yüksek oranda vergi uygulayan yeni düzenleme, başvurucu ve benzer durumdaki memurlar için herhangi geçiş ve alışma dönemi öngörülmeden derhal uygulanmıştır. Kanun başvurucunun işten çıkarılmasından sadece 10 hafta önce yürürlüğe girmiştir.

Bu külfetin vahameti uyuşmazlık konusu verginin sadece belirli grup kişileri hedef aldığı dikkate alındığından daha da artmaktadır. Görünen o ki bu kişileri işveren sıfatıyla kamu idaresi seçmiştir. Uyuşmazlık konusu aşırı vergi oranının ekonomik zordaki (economic hardship) Devletin bütçe açığını düzeltmek amacına hizmet edildiği düşünüldüğünde dahi, vatandaşların büyük çoğunluğunun benzeri bir kamusal külfete katlanmak zorunda bırakılmadığı gerçeği karşısında müdahalenin ölçülü olduğundan bahsedilemez.<sup>34</sup>

Uyuşmazlık konusu vergi, başvurucuyu kanunla güvenceye alınmış ve toplumsal entegrasyona hizmet eden kazanılmış hakkının (acquired right) büyük kısmından yoksun bırakmaktadır. Mahkemeye göre, hukuk temelinde iyi niyetli olarak tasarrufta bulunan kişilerin kanuna dayanan beklentileri, gerçekten çok zorunlu ve spesifik sebepler olmadıkça zarar görmemelidir. Sonuç olarak, uyuşmazlık konusu vergi oranı, mülkiyete müdahale eden bir önlem olarak, güttüğü varsayılan amaçla orantılı değildir (paras.65-76). Bu tespitin ardından Mahkeme başvurucuya 11.000 Euro tazminat

<sup>32</sup> AİHM burada kendisinin *Hentrich, Jokela ve AGOSI* kararlarına atıf yapmaktadır. Anılan kararların usuli güvenceler ve haklı beklentiler açısından analizi için bkz. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:466-467, 566-588.

<sup>33</sup> Mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülü olup olmadığının tespitinde, müdahalede tercih edilen önlemin ayrımcı nitelikte olup olmadığı da göz önünde bulundurulmaktadır (Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:602-604).

<sup>34</sup> Ancak AİHM, vergisel meselelerde Devletin çok geniş takdir marjı olduğu için, müdahalede kullanılan önlem/araç anlamında vergi oranının bir başına belirleyici olmadığı değerlendirmesini yapmıştır (para. 67, *in fine*).

(maddi ve manevi birleşik) ödenmesine ve 6.000 Euro yargılama giderine hükmetmiştir.

Mahkeme başvurusunun AİHS'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesine yönelik iddiasını bakımından (bu noktada başvuru, şikayet konusu vergi oranının memurlarla vergi mükelleflerinin geneli arasında hakkaniyetli ve ölçülü olmayan bir ayırım yarattığını ileri sürmüştür), meseleyi genel olarak mülkiyet hakkı başlığı altında çözdüğü için ayrı bir inceleme yapmaya gerek görmemiştir.

## Sonuç

AİHM'in somut uyuşmazlığı **P1-1**'de düzenlenen mülkiyet hakkının genel teorisi kapsamındaki unsurlar ekseninde değerlendirdiği görülüyor. Vergisel müdahalenin ölçülü olup olmadığı noktasında başvurusunun niyetini ve uyuşmazlık konusu verginin başvurusunun yaşamına etkisini ele alması bunun göstergeleri arasında sayılabilir. Malvarlığına yönelik müdahalenin yarattığı zararın miktarı, müdahalenin ölçülü olup olmadığının tartımında önemli bir faktördür. Buna göre, mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak veya malvarlığında esaslı bir azalmaya yol açacak ölçüde vergi salınması **P1-1**'e uygun olmayacaktır.<sup>35</sup>

Hatta bu tip bir verginin 1982 Anayasası'nın hem mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesine hem de verginin mali güce göre salınacağını düzenleyen 73/I. maddesi hükmüne aykırı olduğu dahi söylenebilir.<sup>36</sup> Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi AY madde 73/I hükmünde yer alan mali güç ölçütünü açımlayan çok sayıda karar üretmiştir.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:592-594.

Aslında zararın miktarının gerçek etkisi mağdurların mali ve ailevi durumuna göre değişkenlik gösterebilmektedir. Uyuşmazlığa konu olan zarar miktarının gerçek etkisini ortaya çıkartabilmek için göreceli bir değerlendirme yapmak icap etmektedir (H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:600).

Gerçi AİHM **N.K.M.** kararında, vergisel müdahale her halükarda aşırı oranda olduğu için başvurusunun ailevi ve kişisel durumunu, yaşadığı ülkenin ülke ya da bölgenin durumunu göz önünde bulundurmamıştır. Ama görece daha ölçülü bir orandaki müdahalede sadece verginin oranı değil, başvurusunun ailevi ve kişisel durumu ve içinde bulunulan ülkenin durumu göz önünde bulundurulması şaşırtıcı olmayacaktır.

<sup>36</sup> Nitekim Türk hukuk doktrininde de Fikret Eren, **"Mülkiyet Kavramı"**, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, AÜHF Yay. No: 351, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, sf: 765-795, 793'te "mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak veya varlığını tehlikeye düşürecek ölçü ve oranda vergi kanunlarının çıkarılması mümkün değildir" diyerek benzer bir yaklaşımı ulusal anayasa düzleminde dile getirmiştir (yakın tarihli kapsamlı bir çalışma için ayrıca bkz. Tamer Budak, **Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç**, XII Levha Yay., İstanbul, 2010).

<sup>37</sup> AYM'nin mali güç ölçütüyle ilgili kararlarının ayrıntılı özetleri için bkz. Gerek-Aydın, **a.g.e.**, sf:50-90 (atfı verilen son sayfada, anılan kitabın yayın tarihi itibarıyla, AYM'nin mali güç ölçütüne yer verdiği kararların listesi bulunmaktadır).

Karar AİHM'in malvarlığına/mülkiyete vergisel müdahalelere ilişkin pasif tutumunu değiştirdiği yönünde okunmaya açıktır. Zaten bunun işaretlerini daha önceki bazı kararlarında vermeye başlamıştı. Örneğin *M.A ve diğerleri v. Finlandiya* kararında AİHM, mülkiyet hakkı ihlali bulmamasına rağmen mali güç ölçütünü özellikle vurgulamıştı.<sup>38</sup> AİHM'in gerek ödenmeyen veya ödenmesinde gecikmeler olup bu gecikme için faiz verilmeyen vergi iadeleri<sup>39</sup> ile ek vergi tarhiyatı ve vergi cezaları<sup>40</sup> konulu uyuşmazlıklarda da etkinliğini giderek artırdığı biliniyor.

Ancak yine de vergisel müdahalelerde Devletlerin hem vergisel müdahaledeki kamu yararının takdirinde hem de bu yarara ulaşmak için kullanılan vergisel önlemin tercihinde çok geniş takdir yetkileri olduğunu hatırd tutmak gereklidir. *N.K.M.* kararında ihlal sonucuna ulaşılmasına yol açan ana faktör, başvurunun iyi niyeti çerçevesindeki haklı beklentileriyle birlikte, uyuşmazlık konusu vergi oranının başvuruğunun hayatını aşırı zorlaştıracak ölçüde yüksek olmasıdır.<sup>41</sup>

*N.K.M.* kararı “mali güç” ölçütünün (**P1-1** açısından “zararın miktarı” faktörünün) aşırı vergilerin salınması halinde işlevsel olabileceğinin göstergesi olarak değerlendirilebileceğinden, anılan kararda benimsenen yaklaşımın ve kullanılan ölçütlerin Türkiye bakımından önemli sonuçları olacağını söylemek mümkündür. Türk Anayasa Mahkemesinin *mali güç ölçütü* hakkındaki birikimi ile AİHM'in mülkiyet hakkına vergisel müdahalelerde kullandığı *zararın miktarı ölçütü* hakkındaki birikimi, vergisel müdahalelerin Türk Anayasa Mahkemesi önünde yeni işlevselleşmeye başlayan bireysel başvuru usulünde etkili şekilde incelenmesini sonuçlayabilir. Hatta bu noktada hem mülkiyet hakkı (AY madde 35) hem de bireysel başvuru bloğunda yer alıp al-

<sup>38</sup> *M.A and others v. Finland*, App. No. 27793/95, Admissibility Decision of 10 June 2003.

<sup>39</sup> *S. A. Dangeville v. France*, App. No.36677/97, Judgment of 16 April 2002; *Buffalo Srl v. Italy*, App. No. 38746/97, Judgment of 03 July 2003; *Eko-Elda Avee v. Greece*, App. No.10162/02, Judgment of 9 March 2006.

<sup>40</sup> Nitekim tanınmış bir Rus petrol şirketinin açtığı *YUKOS* davasında söz konusu olan çok sayıda ek vergi tarhiyat ve cezaları AİHM tarafından tek tek ele alınarak, 2000-2001 vergi tarhiyatının mülkiyet hakkını ihlal ettiğine, 2000-2003 tarhiyatının ise mülkiyet hakkını ihlal etmediğine karar verilmiştir. Buna ek olarak 2000 yılındaki tarhiyata ilişkin ulusal hukuktaki dava hakkını kullanması sırasında savunmasını hazırlamak için yeterli zaman tanınmamış olması dolayısıyla adil yargılanma hakkının ve vergi tarhiyatının icrasında kullanılan yöntemlerin mülkiyet hakkının ayrıca ihlalini teşkil ettiğini de hükme bağlamıştır (*IOAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia*, App. No. 14902/04, Judgment of 20 September 2011).

<sup>41</sup> Nitekim karara onaylayıcı ayrık oy yazan yargıçlar, bu kararının AİHM'in vergisel uyuşmazlıklara ilişkin mevcut içtihadı yaklaşımını değiştirmedeği yönünde okunması gerektiğini vurgulamışlardır (*N.K.M. v. Hungary*, App. No. 66529/11, Judgment of 14 May 2013, Concurring Opinion of Judge Lorenzen Joined by Judges Raimondi and Jociene).

madığı şüpheli mali güç ilkesi (AY madde 73/I) birlikte etkileşime geçerek, Anayasa Mahkemesinin yapacağı denetimin kapsamını dahi genişletebilir.<sup>42</sup>

Son olarak, *N.K.M.* kararının yerleşik içtihat haline geldiği not edilmelidir. Yine Macaristan'a karşı aynı konulu *Gall ve R.Sz.* kararları da neredeyse birebir *N.K.M.* kararını takip etmektedir. *Gall ve R.Sz.* kararlarında AİHM karşılaştırmalı hukuk verilerine daha bir önem vermiştir. Anılan iki kararda Mahkeme, *N.K.M.* kararında yer verdiğinden daha fazla AB Adalet Divanı kararına yer vermiş ve Alman, Fransız, İsviçre ve ABD hukuklarından karar örneklerini ayrıntılı şekilde göstermiş;<sup>43</sup> ayrıca, İsveç, Belçika, İtalya, Portekiz ve Hollanda hukuklarını zikrederek OECD'nin konuya ilişkin bir raporundaki verilerden faydalanmıştır.<sup>44</sup> Oysa pilot *N.K.M.* kararında bu veriler çok daha yüzeyseldi.<sup>45</sup>

Karşılaştırmalı hukuk verilerinin kararlarda kullanımı vergisel meselelerde devletlerin takdir marjlarının boyutunu belirlemek ve böylelikle mülkiyet hakkının etkililiğini arttırmak bakımından önemlidir. Zira bilindiği üzere, AİHM önündeki bir meselede özellikle Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin yeknesak bir çözüm tarzı benimsyip benimsmediğine bakmaktadır. Eğer önündeki bir mesele hakkında Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin çoğunda bir konsensüs oluşmuşsa, bu durumda Devletlerin o konuyu düzenlemekteki takdir marjları daralmakta ve bu konsensüsten sapan Devletin AİHS'e aykırı düştüğü sonucuna varılabilmektedir. AİHM bu karşılaştırmalı hukuktan hareketle geliştirdiği konsensüs yaklaşımında artık sadece Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin hukuklarına değil, Avrupa kıtası dışındaki Devletlerin hukukları ile

<sup>42</sup> Anayasal mülkiyet hakkı ile anayasal mali güç ilkesinin etkileşimi, somut bir bireysel başvuruda mali güç ilkesinin mülkiyet hakkı içine entegrasyonu üzerinden sağlanabilir.

<sup>43</sup> *Gall v. Hungary*, App. No. 49570/11, Judgment of 25 June 2013, paras. 19 [AB hukuku], 20-23 [karşılaştırmalı hukuk]; *R.Sz. v. Hungary*, App. No. 41838/11, Judgment of 2 July 2013, paras.18 [AB hukuku], 19-22 [karşılaştırmalı hukuk].

<sup>44</sup> *Gall v. Hungary*, App. No. 49570/11, Judgment of 25 June 2013, para. 64 [karşılaştırmalı hukuk verilerine ölçülülük incelemesi aşamasında yer verilmesi], para 69 [AB hukuku verilerine ölçülülük incelemesinde yer verilmesi]; *R.Sz. v. Hungary*, App. No. 41838/11, Judgment of 2 July 2013, para. 54 [karşılaştırmalı hukuk verilerine ölçülülük incelemesinde yer verilmesi], 59 [AB hukuku verilerine ölçülülük incelemesinde yer verilmesi].

<sup>45</sup> Gerçi *Gall ve R.Sz.* kararlarında da karşılaştırmalı hukuk verilerinin kullanımı sorunludur. Zira anılan kararlarda Mahkeme "karşılaştırmalı hukuk" başlığı altında yer verdiği, *N.K.M.* kararında bulunmayan İsviçre ve ABD hukuklarına yaptığı ölçülülük incelemesinde yer vermemiştir, kararında bir daha kullanmamış ve hatta zikretmemiştir. Ölçülülük incelemesinde yer verdiği Almanya ve Fransa hukukları ise *N.K.M.* kararında da aynı şekilde yer almış ve kullanılmıştır. Normalde karşılaştırmalı hukuk bölümünde yer verilen bilgilerin uyumsuzluğun esasına ilişkin kısımda kullanılması gerekirdi.

Yine *Gall ve R.Sz.* kararlarında "karşılaştırmalı hukuk" başlığı altında zikredilmeyen İsveç, Belçika, İtalya, Portekiz ve Hollanda hukuklarına ve OECD ülkelerine ilişkin bilgilere direkt ölçülülük incelemesinde yer verilmiştir.

uluslararası hukuk materyallerini de göz önünde bulundurmaktadır. Nitekim burada ele alınan *Gall ve R.Sz* kararlarında ABD hukukuna yer verilmiştir.<sup>46</sup>

Aslında AİHM mülkiyet hakkı özelinde karşılaştırmalı hukuk/konsensüs yaklaşımını pek kullanıyor değildir. Bugüne dek çok nadir bir iki kararında yer vermişti. Bu sebeple doktrinde, bütün metodolojik ve pratik sorunlarına rağmen AİHM'in bu karşılaştırmalı hukuk/konsensüs yaklaşımını mülkiyet hakkı özelinde artırarak kullanması gerekliliğine işaret edilmişti. Özellikle Avrupa Birliği hukukun, bazı mülkiyet meselelerinde karşılaştırmalı hukuk kaynağı olarak işlevsel biçimde kullanılabileceği fikri ileri sürülmüştü.<sup>47</sup> Dolayısıyla, *N.K.M.*, *Gall ve R.Sz* kararlarındaki AB hukuku ve hatta karşılaştırmalı hukuk atıflarını, kendi içinde sorunlu yönleri olmakla birlikte, bu tezi desteklediği şekilde okumak mümkündür.

---

<sup>46</sup> Karşılaştırmalı hukukun ve konsensüs yaklaşımının AİHM kararlarında hem genel olarak hem de mülkiyet özelinde kullanımı ve eleştirisi için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:91-93 (AİHS genelinde), 524-525, 529-530 (mülkiyet hakkı özelinde) ve orada gösterilen eserler.

<sup>47</sup> H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:529-530.



(17. Makale – 2017)

# Yüksel METİN\*

*Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçölülük:  
Ölçölülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?\**

---

\* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

\*\* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 7, Sayı: 1, s. 1-74.



# TEMEL HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI VE ÖLÇÜLÜLÜK: ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ EVRENSEL BİR ANAYASAL İLKE MİDİR?

Restriction of Fundamental Rights and Proportionality: Is the  
Principle of Proportionality a Universal Constitutional Principle?



**Yüksel METİN\***

## Öz

Bu makalede öncelikle ölçülülük ilkesinin Alman anayasa hukukunda, yargısal ve idari uygulamada temel hakların ve hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçası haline geldiğinden, bazı karşıt görüşler olmakla birlikte, ölçülülük ilkesinin devletin her türlü eylem ve işleminde geçerli olduğu konusunda bir uzlaşmanın bulunduğundan, kısaca ölçülülük ilkesinin popülerliğinden, yaygın ve genel bir ilke olmasından söz edilecektir. Daha sonra ölçülülük ilkesinin özellikle son çeyrek yüzyılda hızlı bir şekilde yayılmasına, liberal demokrasilerin çoğunda temel hakların denetiminde en önemli denetim ölçütü haline gelmesine ve böylelikle anayasaya uygunluğun evrensel kriteri olarak nitelendirilmesine değinilecektir. Bu bağlamda ölçülülük ilkesinin günümüzde uluslararası hukukta, Avrupa Birliği hukukunda ve başta Avrupa ülkeleri olmak üzere Latin Amerika ülkeleri, Kanada, Güney Afrika, İsrail ve Yeni Zelanda gibi birçok ülkede uygulanan bir ilke

## Abstract

This Study, to begin with, will establish that the principle of proportionality has become an essential part of protection of the fundamental rights and observance of the rule of law in German constitutional law and administrative and judicial practice in Germany. Moreover, the Study will point out that, despite some contrary views, the principle of proportionality applies to the all acts and practices of states and has a widespread and general practice; hence, it has become a prominent principle. The Study will then focus on the fact that the principle of proportionality has widespread and general practice in the last 15 years and it has become a decisive criterion for assessing whether a state act or practice is compatible with fundamental rights and constitutional principles in liberal democracies. This suggests that the principle of proportionality can now defined as a cornerstone principle for assessing whether a state act or a practice conforms to the constitution. The principle of proportionality is incorporated

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

olduğu görülmektedir. Makalenin ikinci kısmında ise ölçülülük ilkesine yöneltilen eleştirilere yer verilecektir. Makalenin sonunda genel bir değerlendirme yapılacak ve ölçülülük ilkesinin evrensel bir anayasal ilke olup olmadığı tartışılacaktır.

into international law, European Union law and other national laws of states in Europe, Latin America, Canada, South Africa, Israel and New Zealand. The second part of the study will explore criticisms directed at the principle of proportionality whereas the final part of study will make an overall assessment of the principle and discuss whether the principle of proportionality is a universal constitutional principle.

## Giriş

Temel haklar teorisine önemli katkılarda bulunan ünlü hukukçu Robert Alexy’ce göre, temel haklar ile ölçülülük arasındaki ilişki, günümüz anayasal tartışmaların temel sorunlarından birisidir. Yazar, bu konuda iki karşıt tezin bulunduğuna dikkat çekmektedir. Birinci teze göre, temel haklar ile ölçülülük arasında her halükarda zorunlu bir ilişki vardır. İkinci teze göre ise, temel haklar ile ölçülülük arasında zorunlu bir ilişki yoktur. İkinci teze göre, temel haklar ile ölçülülük arasında bir ilişkinin bulunup bulunmadığı sorusuna verilecek cevap, pozitif hukukta bir düzenlemenin, yani anayasa koyucunun bir iradesinin bulunup bulunmadığına bağlıdır. Buna göre, temel haklar ile ölçülülük arasındaki ilişki, yalnızca kurulabilir veya şarta bağlı bir ilişkidir. Alexy, birinci tezi, “zorunluluk tezi”, ikinci tezi ise, “olabilirlik tezi” olarak adlandırmakta ve birinci tezi savunmaktadır.<sup>1</sup>

Temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması, demokrasinin “olmazsa olmaz” şartlarından biridir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması, yasa koyucunun anayasada gösterilen sınırlama sebeplerine dayanarak hak ve özgürlükleri ne ölçüde ya da nereye kadar sınırlayabileceğini gösteren ilke ya da kuralların olmasını da zorunlu kılar. Bir başka deyişle, anayasada sınırlamanın ölçüsünün ne olacağı gösterilmelidir. Anayasalar sınırlamanın ölçütlerini ve sınırlamanın sınırını belirleyerek, yasama organına tanınan hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisinin anayasal sınırlarını çerçeveselendirirler. Hak ve özgürlükleri yasama organına karşı koruyan, yasama organının takdir yetkisini sınırlayan güvencelerden biri de “ölçülülük ilkesi”dir.

\* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Robert ALEXY, “Grundrechte und Verhältnismässigkeit”, in: **Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa, Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig**, U. Schliesky/C. Ernst/S. E. Schulz (Hrsg.), Heidelberg 2011, s. 3.

Ölçülülük ilkesi dışında sınırlamanın ölçüsünü ve sınırlamanın sınırını belirleyen ilkeler de vardır. Sınırlamanın sınırını belirlemede ölçülülük ilkesi dışında yaygın olarak iki temel ölçüt kullanılmaktadır. Bunlardan biri, Alman Anayasası'nda (m. 19/2) yer alan ve 1961 Anayasası ile 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra 1982 Anayasası'nın da benimsediği “öze dokunma yasağı”dır. Diğeri ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kullandığı ve 1982 Anayasası'nda da yer alan “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütüdür. Türk Anayasa Mahkemesi, bu üç ölçütle ilgili şu tespiti yapmaktadır:<sup>2</sup> *“Aralarında sıkı bir ilişki bulunan, “temel hak ve hürriyetlerin özü”, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük ilkesi” kavramları, bir bütünün parçaları olup, “demokratik bir hukuk devleti”nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.”* Bu üç ölçütün ortak özelliği, temel hak ve özgürlüklerin ancak kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde sınırlanması gerektiğini ifade etmeleridir. Ancak, hemen vurgulamak gerekir ki, “öze dokunmama” ve “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” güvenceleri, özgürlüklerin sınırlanmasında en son çizgiyi gösteren güvencelerdir; başka bir deyişle, bu güvenceler artık daha fazla sınırlamanın mümkün olmadığı noktayı gösterirler. Oysa demokratik hukuk devletinde özgürlük asıl, sınırlama istisnadır. Bu ilke, hak ve özgürlüklerin maksimum düzeyde değil, sınırlama sebebindeki amaca ulaşabilecek ölçüde sınırlanmasını, sınırlamanın en az düzeyde tutulmasını gerektirir. İşte ölçülülük ilkesi, hakkın özünden ya da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama noktasından önceki sınırlama alanının denetlenmesini sağlar. Sınırlamanın en son nereye varabileceğinden önce, sınırlama amacına ne ölçüde sınırlama ile ulaşılabilirliğinin tespiti gereklidir. Ölçülülük ilkesi, sınırlama amacına ulaşmak için gereken ölçünün aşılmamasını sağlayarak, özgürlüklerin gereğinden fazla ve keyfî olarak sınırlanmasını engeller. Ölçülülük ilkesi, sınırlamayla güdülen amaca erişmek için hak ve özgürlüklerin ne ölçüde sınırlanmasının yeterli olacağını belirleyen bir ilkedir. Ölçülülük ilkesinin diğer güvencelerden bir farkı da, hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı konusunda yasama organını yönlendirici bir işleve sahip olmasıdır. Bir başka deyişle, ölçülülük ilkesi, hak ve özgürlükleri koruyucu bir ilke olmanın yanında, sınırlamanın nasıl yapılacağını da gösteren bir ilkedir.<sup>3</sup>

1982 Anayasasında olduğu gibi, bu üç ölçütün birlikte benimsendiği bir hukuk düzeninde temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların hukukiliği ya da meş-

<sup>2</sup> E. 2016/165, K. 2017/76, K.T. 15.3.2017.

<sup>3</sup> Yüksel METİN, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 15-16.

ruluğu denetlenirken öncelikle sınırlamanın hakkın özüne dokunup dokunmadığına bakılması gerekir. Zira öze dokunan sınırlamalar, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkelerine evleviyetle aykırı olacaktır. Bundan dolayı temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek yoktur.<sup>4</sup> Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen bir müdahale söz konusu ise, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygunluğu ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Ölçülülük ilkesinin temelinde hukuki ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi düşüncesi yatmaktadır. Ölçülülük ilkesinin temelinde yatan bu düşünce, hukukun kendisi kadar eskidir. Bununla birlikte, günümüzdeki anlamıyla ölçülülük ilkesi ilk defa 19. yüzyılda Prusya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılmıştır. Başlangıçta polis hukuku alanında etkili olan ilke, zamanla idare hukuku alanına ve buradan da anayasa hukuku alanına geçmiş ve yayılmıştır. Ölçülülük ilkesinin klasik uygulama alanı idare hukuku olmakla birlikte, anayasa yargısının kurulması ve gelişmesinden sonra anayasa hukukunda giderek yaygınlık kazanmış ve günümüzde en çok kullanılan anayasal denetim ölçütlerinden biri haline gelmiştir.<sup>5</sup> Ölçülülük ilkesinin giderek yaygınlaşması ve öneminin artması, hukuk devleti, insan hakları, demokrasi, adalet gibi kavramların gelişimiyle paralellik arz etmektedir.

Ölçülülük ilkesinin esas uygulama alanı temel hak ve özgürlükler alanıdır. İlke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında “sınırlamanın sınırı”nı teşkil eder. Hak ve özgürlüklere müdahalede bulunan kamu gücünün yargı yoluyla denetiminde önemli bir işlev üstlenen ölçülülük ilkesi, bireylere yükümlülük getiren işlemlerin yalnızca yasal bir temele dayanmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda bireysel hakların mümkün olduğu kadar korunarak kalması gerektiğini ifade eder. Ölçülülük ilkesinin amacı ve işlevi, kamu gücünün sınırlamak, temel hak ve özgürlükleri en üst düzeyde güvence altına almaktır.<sup>6</sup> Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında ölçülülük ilkesinin amacını, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesi şeklinde ifade etmektedir.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Bkz. AYM Kararı, E. 2016/165, K. 2017/76, K.T. 15.3.2017.

<sup>5</sup> Ulrich MEYER-BLASER, *Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht*, Bern 1985, s. 8.

<sup>6</sup> Alfred KATZ, *Staatsrecht*, 9. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989, s. 92.

<sup>7</sup> E. 2012/100, K. 2013/84, K.T. 4.7.2013.

## I. Ölçülülük İlkesinin Tanımı ve Alt İlkeleri

Ölçülülük ilkesi, araç ve amaç ilişkisi ile ilgilidir. Bir başka deyişle, yasa koyucu veya idare tarafından kullanılan aracın, ulaşılmak istenen amaca erişmek için elverişli ve gerekli olup olmadığı, başvuru aracın ulaşılmak istenen amaçla ölçülü bir orantı içinde bulunup bulunmadığı sorunuyla ilgilidir. Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Ölçülülük ilkesi gereğince, temel haklara müdahalelerde yalnızca elverişli ve gerekli, yani ulaşılmak istenen amaca bir katkı sağlayan ve en az yükümlülük getiren yumuşak araçlar kullanılmalı, sınırlamada orantılılık korunmalıdır.

Kamu gücünün almış olduğu bir tedbirin veya getirilen bir sınırlamanın ölçülü olup olmadığının denetiminde hareket ve referans noktasını, alınan tedbirle ulaşılmak istenen meşru amaç oluşturur. Ölçülülük ilkesi, alınan tedbirin amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olmasını, bireylerin hukuksal konumlarına orantısız bir şekilde müdahale edilmemesini gerektirir.<sup>8</sup> Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere, ölçülülük ilkesine uygunluk denetimi yapılırken, öncelikle meşru bir amacın izlenip izlenmediğine, daha sonra sırasıyla elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uyulup uyulmadığına bakılır.

Ölçülülük ilkesi, “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. Ölçülülük ilkesinin üç alt ilkedен oluştuğu savı, son yıllarda anayasa yargısı teorisinde ve pratiğinde uluslararası düzeyde gittikçe artan ölçüde genel kabul gören bir husustur. Ölçülülük ilkesini oluşturan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri, bir anlamda optimizasyon düşüncesini ifade eder. Elverişlilik ve gereklilik ilkeleri, daha çok fiili imkânların optimize edilmesi ile ilişkilidir. Buna karşılık orantılılık ise, daha çok hukuki imkânların optimizasyonu ile ilişkilidir.<sup>9</sup>

“*Elverişlilik*”, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “*gereklilik*” başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve “*orantılılık*” ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bu açıklamalar ışığında ölçülülük ilkesi, sınırlamada başvuru aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması; bu aracın sı-

<sup>8</sup> Jörn IPSEN, *Staatsrecht II*, 11. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2008, Rdn. 184; Bodo PIEROTH / Bernhard SCHLINK, *Grundrechte, Staatsrecht II*, 24. Auflage, C.F. Müller Verlag, 2008, Rdn. 279.

<sup>9</sup> ALEXY, s. 4.

nırlama amacı açısından gerekli (zorunlu) olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması şeklinde tanımlanabilir.<sup>10</sup>

Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında da ölçülülük ilkesinin üç alt ilkedен oluştuğu vurgulanmaktadır: “Ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini deyimleyen oranlılık unsurlarını içermektedir.”<sup>11</sup>

Ölçülülük denetimine amaca erişmek için kullanılan aracın elverişli olup olmadığına denetimiyle başlanır. Elverişlilik ilkesi, alınan tedbirle istenilen neticeye ulaşılmasını, yani tedbirin ulaşılmak istenen amaç için uygun olmasını ifade eder. Dolayısıyla denetim konusu, tedbirin amaca uygunluğu ya da elverişliliği olmaktadır.<sup>12</sup> Alınan bir tedbirin yardımıyla istenilen neticeye yaklaşıyorsa araç elverişli, buna karşılık kullanılan araç güdülen amaca ulaşmayı zorlaştırıyor ya da amaca erişme bakımından hiçbir etki göstermiyorsa, araç elverişsizdir.<sup>13</sup> Bireylere yükümlülük getiren devlet tedbirleri, kural olarak kamu yararı bulunan somut bir amaç güder. Yasanın öngördüğü tedbirler, yasa koyucunun güttüğü amaca erişmek için kullanılabilir, yani elverişli olmak zorundadır. Hukuk devleti, kamu gücünün gereksiz müdahalelerine karşı bireyleri koruması gerektiğinden amaca uygunluk denetimi zorunludur.<sup>14</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesinin kanaatimce doğru olan yaklaşımına göre, sınırlamada başvuru alan aracın yasa koyucunun güttüğü amacın bir kısmını gerçekleştirmesi yeterli olup, kullanılan aracın amacı bütünüyle gerçekleştirmesi zorunlu değildir.<sup>15</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre, “*aracın yardımıyla istenilen neticeye yaklaşılabiliyorsa, araç elverişlidir.*”<sup>16</sup>

Buna karşılık elverişlilik ilkesi, yasa koyucunun her durumda en iyi (optimal) aracı kullanmasını zorunlu kılmaz. Keza istenilen neticenin her somut olayda mutlaka

<sup>10</sup> Fazıl SAĞLAM, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara 1982, s. 114.

<sup>11</sup> E. 2012/100, K. 2013/84, K.T. 4.7.2013.

<sup>12</sup> Klaus STERN, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Band 1, München 1997, s. 674.

<sup>13</sup> Manfred GENTZ, “Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 21. Jahrgang, 2. Halbband, Heft 35, 1968, s. 674.

<sup>14</sup> Hans-Wolfgang ARNDT/Walter RUDOLF, **Öffentliches Recht**, 5. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1986, s. 43.

<sup>15</sup> BVerfGE, Bd. 16, s. 147 (183); Ayrıca bkz. GENTZ, s. 1603.

<sup>16</sup> BVerfGE, Bd. 30, s. 292 (316); Bd. 33, s. 171 (187); Bd. 39, s. 210 (230); Bd. 40, s. 196 (222).

fiilen gerçekleşmesi de zorunlu değildir. Kullanılan aracın başlangıçta ulaşılacak istenen amacı soyut düzeyde gerçekleştirmesinin mümkün görülmesi yeterlidir. Amacın kısmen gerçekleşmesi de yeterlidir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu konuda yasa koyucuya geniş bir takdir yetkisi tanımakta, yasa koyucunun öngörüsünü yargısal olarak yalnızca sınırlı bir kapsamda denetlemekte ve yasa koyucunun kullandığı aracın daha baştan objektif olarak elverişsiz olduğu anlaşılabiliyorsa elverişlilik ilkesine aykırılık kararı vermektedir. Bu nedenle temel hakları sınırlandıran bir kanunun elverişlilik ilkesine aykırılıktan dolayı iptal edilmesine pek fazla rastlanmaz.<sup>17</sup>

Alexy'e göre elverişlilik ilkesi, bir ilkenin veya amacın gerçekleşmesine katkı sağlamaksızın, en azından bir başka ilkenin gerçekleşmesini sınırlayan araçların kullanılmasını yasaklar. Eğer, bir ilkenin (İ1) gerçekleşmesini sağlamak üzere kullanılan bir araç (A), bu ilkenin gerçekleşmesini sağlamada elverişli olmadığı gibi, bir başka ilkenin (İ2) gerçekleşmesini de sınırlandırıyorsa, bu halde aracın kullanılmasından elde edilecek bir fayda yoktur. Bir başka deyişle, aracın kullanılmaması halinde her iki ilke birlikte değerlendirildiğinde gerçekleşme oranı daha yüksek düzeyde olacaktır. Bu durumda söz konusu ilkeler araç A'nın kullanılmasını yasaklar. Bu da bize elverişlilik ilkesinin pareto optimumu<sup>18</sup> düşüncesinin ifadesinden farklı bir şey olmadığını göstermektedir.<sup>19</sup>

Elverişlilik ilkesinin ihlaline örnek olarak, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 1980 tarihli "*Falknerjagdschein*" kararı gösterilebilir. Söz konusu kararda Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Federal Av Kanunu'nda yer alan ve hem genel avcılık lisansı almak isteyenler hem de eğitilmiş şahin veya doğan ile avcılık yapmak isteyenler için getirilen silah tekniği ve silah hukuku bilgisine sahip olduğunu göstermek ve silah atış sınavından geçtiğini belgelemekle ilgili düzenlemenin anayasaya uygunluğunu denetlemiştir. Federal Anayasa Mahkemesi, silah atış sınavının eğitilmiş şahin veya doğan ile avcılık için elverişli olmadığı tespitinde bulunmuştur. Zira bu tür avcılıkta silah kullanılmamaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, söz konusu yasal düzenlemeyi, makul hiçbir neden olmadığı halde eğitilmiş şahin veya doğan ile avcılık yapan kişilerin

<sup>17</sup> Mike WIENBRACKE, "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 02/2013, s. 150.

<sup>18</sup> İktisatçı ve sosyal bilimci Vilfredo Pareto tarafından geliştirilmiş olan Pareto optimumu (Pareto verimliliği), toplumdaki üretici, tüketici ve faktör sahiplerinden birinin durumunu kötüleştirmeden diğerlerinin durumunu iyileştirmenin mümkün olmadığı kaynak tahsisi durumudur. Yani toplumdaki bireylerden en az birinin refahını azaltmadan diğer birinin refahını artırma imkânı yoksa o toplumun refahı optimumdur.

<sup>19</sup> ALEXY, s. 4.

genel eylem özgürlüğüne müdahale etmesinden dolayı ölçülülük ilkesine, dolayısıyla da Anayasaya aykırı bulmuştur.<sup>20</sup>

Yasal tedbirlerin elverişsiz olmasından dolayı anayasaya aykırılığı çok sık rastlanan bir durum değildir. Genellikle yasa koyucunun öngördüğü tedbirler, yasa koyucunun amacını en azından kısmen de olsa gerçekleştirir. Bu da elverişlilik ilkesine uygunluk bakımından yeterlidir. Bu nedenle elverişlilik ilkesinin pratikteki önemi oldukça sınırlıdır.

Ölçülülük denetimi çerçevesinde ikinci adım olarak aracın gerekli olup olmadığı denetlenir. Amaca erişmek üzere kullanılan aracın elverişli olduğu tespit edildikten sonra aracın gerekli olup olmadığı denetlenir. Çünkü elverişli olan aracın aynı zamanda gerekli de olması gerekir. Bu denetim kuşkusuz öngörülen amaca erişmek için birçok (en azından iki) elverişli aracın bulunması ön şartına bağlıdır. Gereklilik ilkesi, güdülen amaca aynı derecede elverişli birçok araç arasından en az müdahalede bulunan araçla erişmeyi ifade eder. Mevcut birden fazla elverişli araç arasından bireylere ve kamuya en az zarar verecek olan aracın seçilmesi gerekir. Daha az sınırlayıcı bir müdahale ile aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilebilecekse, bu halde kullanılan araç gereksizdir.<sup>21</sup> Eğer devletin bireylere daha az yükümlülük getiren ancak aynı etkiye sahip başka bir aracı kullanma imkânı varsa, bu halde kullanılan araç gerekli değildir.<sup>22</sup>

Gereklilik ilkesi, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirme bakımından aynı veya yakın derecede elverişli iki araçtan, daha az sınırlayıcı, yani daha yumuşak olan aracın seçilmesi gereğini ifade eder. Eğer daha az sınırlayıcı ve aynı derecede elverişli bir araç varsa, bu aracın kullanılması ile hem gerçekleştirilmek istenen ilke veya amaç gerçekleşmiş hem de diğer ilke veya amaçlar için bir maliyet ortaya çıkmamış olur. Gereklilik ilkesinde de, yani daha az sınırlayıcı aracın seçilmesinde de, pareto optimumu düşüncesi kendini gösterir.<sup>23</sup>

Gereklilik ilkesine aykırılığa örnek olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 1980 tarihli “*Schokoladenosterhase*” kararı gösterilebilir. Dava konusu olayda Mahkeme, özellikle Noel Baba ve Paskalya Tavşanı şeklinde patlamış pirinçten üretilen şekerle-

<sup>20</sup> BVerfGE 55, 159 (166).

<sup>21</sup> GENTZ, s. 1603; Georg RESS, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht”, in: Kutscher/Ress/Er-macora/Ubertaini (Edt.), **Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen**, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1985, s. 19.

<sup>22</sup> Steffen DETTERBECK, **Öffentliches Recht**, 8. Auflage, Verlag Vahlen, München 2011, Rn. 304.

<sup>23</sup> ALEXI, s. 5.

melerle ilgili yasağı incelemiştir. Dava konusu düzenleme, patlamış pirinçten yapılan şekerlemelerin çikolata ürünleriyle karıştırılmasını önlemek ve böylece tüketicileri korumak üzere, patlamış pirinçten yapılan şekerlemelerin ticari maksatla satışa sunulmasını yasaklamaktaydı. Mahkeme, tüketicilerin ürünlerin üzerine tanıtıcı ve uyarıcı yazılar konulmak suretiyle aynı derecede etkili, ancak daha az sınırlayıcı bir tedbirle korunabileceği tespitinde bulunmuştur. Bu gerekçeyle Mahkeme, getirilen yasaklamayı gereklilik ilkesine aykırı bulmuş ve sonuçta ölçülülük ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>24</sup>

Alman Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında gereklilik ilkesi şöyle tanımlanmaktadır: “Aynı derecede etkili, ancak temel hakkı hiç veya hissedilir şekilde daha az sınırlayan başka bir aracın seçilme imkânı yoksa araç gereklidir”.<sup>25</sup> Bazı kararlarında ise, ilkeyi şöyle formüle etmektedir: “Amaca ulaşmada aynı etkiye sahip, bireylere daha az yükümlülük getiren başka bir araç yoksa seçilen araç gereklidir.”<sup>26</sup>

Gereklilik ilkesinin özünü, elverişli birçok araç arasından ilgililer açısından en yumuşak aracın seçilmesi oluşturur. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de, sınırlamada başvurulacak aracın gerekliliğini “yumuşak araç” olarak tanımlamaktadır.<sup>27</sup> Yumuşak araç ilkesi bu bağlamda yalnızca “göreceli gereklilik” anlamındadır. Yani, tedbirin kendisinin mutlaka gerekli olup olmadığı değil, amaca erişmek için aracın zorunlu olup olmadığı denetlenir.<sup>28</sup> Somut olayda eşit değerlerde birçok elverişli araç söz konusu ise, bunlar arasından en yumuşak olanı belirlenir.

Ölçülülük ilkesinin üçüncü alt ilkesi, orantılılık ilkesidir. Alman hukuk literatüründe orantılılık ilkesini ifade etmek üzere, “dar anlamda ölçülülük” ve “katlanılabilirlik” terimleri de kullanılmaktadır.<sup>29</sup> Ölçülülük ilkesi çerçevesinde araç-amaç ilişkisi değerlendirilirken son adım orantılılık denetimidir. Amaca erişmek üzere kullanılan aracın gerekli olduğu tespit edildikten sonra son olarak araç ile amaç arasında makul bir ilişkinin bulunup bulunmadığı denetlenir. Sınırlama, gereklilik testini geçememiş-

<sup>24</sup> BVerfGE 53, 135 (146).

<sup>25</sup> BVerfGE, Bd. 30, s. 292 (316); Bd. 25, s. 1 (17); Bd. 33, s. 171 (187).

<sup>26</sup> BVerfGE, Bd. 38, s. 281 (302); Bd. 49, s. 24 (58). Alman Federal Anayasa Mahkemesi bir kararında, gereklilik ilkesini daha farklı bir bakış açısıyla tanımlamıştır: “Ölçüsüzlük yasağı, daha iyi sonuç veren başka meşru bir müdahalenin bulunmadığı durumlarda, yasa koyucuyu yumuşak aracı seçmekle yükümlü kılar”. Bkz. BVerfGE, Bd. 39, s. 157 (165).

<sup>27</sup> BVerfGE, Bd. 72, s. 26 (33); Bd. 64, s. 72 (85).

<sup>28</sup> Eberhard GRABITZ, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 98, Heft 4, 1973, s. 573; RESS, s. 21.

<sup>29</sup> Thomas REUTER, “Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen”, *JURA*, Heft 7/2009, s. 511.

se, orantılık denetimi yapılmasına gerek yoktur. Orantılılık denetimi, ölçülülük denetiminin en önemli ve en kritik aşamasını oluşturur.

Orantılılık ilkesi, araç ile ulaşılacak istenen amaç arasında ölçülü bir orantının bulunmasını ifade eder. Belirli bir aracın kullanılması, öngörülen amaca erişme karşısında orantısız olmamalıdır. Araç, ilgililere ölçüsüz yükümlülükler getirmemelidir. Araç, ilgililer bakımından katlanılabilir nitelikte olmalıdır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, orantılılık ya da dar anlamda ölçülülük ilkesini çoğunlukla bir tedbirin ilgililere “ölçüsüz yükümlülükler getirmeme”si ve onlar için “katlanılamaz olmama”-sı şeklinde açıklamaktadır.<sup>30</sup> Elverişli ve gerekli bir tedbirin, tedbire bağlı olarak ortaya çıkan dezavantajlar ile ölçüsüz bir oran içinde bulunup bulunmadığı, başka bir deyişle, müdahalenin ağırlığı ile gerçekleşen neticenin değeri arasında bir orantısızlık bulunup bulunmadığı ve bu yüzden müdahaleden mutlaka vazgeçmenin gerekip gerekmediği hususları denetim aşamasında değerlendirilir.<sup>31</sup> Orantılılık ilkesi gereğince, amaca ulaşmak için seçilen aracın bireylere yüklediği külfetlerin ağırlığı ile sınırlandırmanın toplumun geneli için sağlayacağı faydalar arasında makul, kabul edilebilir bir ilişki olmalıdır. Bir başka deyişle, yapılacak bir tartımda müdahalenin ağırlığı ile müdahaleyi haklı kılacak sebepler arasında ölçüsüz bir orantının bulunmaması gerekir.<sup>32</sup>

Elverişlilik ve gereklilik denetimi yapılırken daha çok kullanılabilecek araçların taşıdığı özelliklere odaklanılır. Bu bağlamda kullanılabilecek araçlar, ne ölçüde elverişli ve yumuşak olduğuna bakılarak bir filtrelemeye tabi tutulur. Buna karşılık orantılılık denetiminde, seçilen araçla temel hakka yapılan müdahalenin ağırlığı ile ulaşılacak istenen amacın anayasal açıdan taşıdığı önem arasındaki ilişkiye odaklanılır. Kısaca ifade etmek gerekirse, orantılılık, bir tartım sorunuudur.<sup>33</sup> Bireysel yarar ile kamu yararı arasındaki bu tartımın nihai hedefi, pratik uyumunun sağlanmasıdır. Bir başka deyişle, bireysel yarar ile kamu yararı arasında makul bir dengenin kurulmasıdır.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> BVerfGE, Bd. 17, s. 306 [314]; Bd. 19, s. 330 [337]; Bd. 38, s. 312 [322]; Bd. 45, s. 422 [431]; Bd. 49, s. 24 [58]; BVerfGE, Bd. 37, s. 1 [19]; Bd. 38, s. 281 [310].

<sup>31</sup> STERN, s. 674; Artur WOLFFERS, “Neue Aspekte des Grundsatz der Verhältnismässigkeit”, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Band 113, Heft 7, Juli 1977, s. 298.

<sup>32</sup> WIENBRACKE, s. 152.

<sup>33</sup> Lothar MICHAEL, “Grundfälle zur Verhältnismässigkeit”, *JuS*, Heft 7, 2001, s. 657.

<sup>34</sup> Klaus STERN, “Die Grundrechte und ihre Schranken” in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Band 2, Tübingen 2001, s. 34; Wolfram HÖFLING, “Grundrechtstatbestand-Grundrechtsschranken-Grundrechtsschrankenschränken”, *JURA*, 1994, s. 172.

Orantılılık denetiminde denetleyenin ön yargılarla hareket etmesini ve sübjektif bir karar vermesini önlemek üzere denetimin rasyonel bir şekilde yürütölmesi gerekir. Değerler tartımı, matematiksel bir süreç değildir, ancak unutmamak gerekir ki, bu süreç kişisel, politik veya ahlaki değil, hukuki bir süreçtir. Bu nedenle orantılılık denetimi yapılırken ilk adım olarak karşı karşıya gelen hukuki pozisyonların, yani çatışan değerlerin belirlenmesi gerekir. Daha sonra çatışan bu değerlerin karşılıklı olarak tartılmasına geçilmelidir. Bu noktada öncelikle söz konusu değerlerin soyut olarak ağırlığı/önemi tespit edilmelidir. Son olarak somut olarak müdahaleyle korunmak istenen hukuki değerin içinde bulunduğı tehlikenin boyutu ile müdahaleden olumsuz olarak etkilenen temel hak ve özgürlüğe getirilen kısıtlamanın ağırlığı (sıklığı, süresi ve ölçüsü) karşı karşıya getirilir ve tartılır. Getirilen kısıtlama ne kadar genişse, ulaşılacak istenen amacın da o kadar çok önemli olması gerekir. Bu denetim sonucunda, alınan tedbirin ilgili kişilerin temel haklarına verdiği zararın korunan hukuki değerler karşısında açıkça ağır bastığı, yani kullanılan aracın ulaşılacak istenen amaç karşısında orantısız olduğu anlaşılırsa, araç elverişli ve gerekli olsa da, kullanılamayacağına karar verilir. Bu açıklamalardan çıkan sonuç şudur: Hukuki değerlerin meşru bir şekilde korunması için belli koşullara uyulması gerekir. Bu koşullardan en önemlisi alınan tedbirin ilgili kişiler bakımından katlanılabilir nitelikte olmasıdır. Bir başka deyişle, kullanılan araç, ilgili kişilere ölçüsüz, orantısız yükümlölükler yüklememelidir. Dolayısıyla yasa koyucu temel hakları sınırlandırırken orantılılık ilkesine aykırılığın önüne geçmek üzere gerektiğinde geçici hükümler, muafiyet ya da istisna kapsamına sokan hükümler, telafi edici ya da tazmin edici hükümler yoluyla müdahaleyi yumuşatması ya da sınırlamanın kapsamını daraltması gerekir.<sup>35</sup>

Elverişlilik ve gereklilik ilkeleri, ulaşılacak istenen amaç bakımından olgusal açıdan yapılabileceklerin en iyisinin yapılması gereğine işaret eder. Bununla birlikte önlenabilir maliyetlerden kaçınmak gerekir. Ancak değerler çatışması varsa, maliyet kaçınılmazdır. Bu durumda bir tartım yapılması zorunludur. Söz konusu bu tartım, ölçölölük ilkesinin üçüncü alt ilkesi olan orantılılık ilkesinin konusunu oluşturur. Orantılılık ilkesi, hukuken yapılabileceklerin içinden en uygun olanın seçilmesi gereğini ifade eder. Orantılılık ilkesi, “tartım kanunu” ile özdeşleşmiş durumdadır. Tartım kanunu, bir ilkenin ihlal derecesi veya ilkeye uyulmamasının derecesi ne kadar yüksekse, bir başka ilkenin hayata geçirilmesinin taşıdığı önemin de o kadar çok büyük olmasını ifade eder.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> WIENBRACKE, s. 153.

<sup>36</sup> ALEX, s. 6.

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 1992 tarihli “*TITANIC*” kararı, orantılılık ilkesinin anlaşılmasında yararlı olacaktır. Karar konusu olay, ifade özgürlüğü ile kişilik hakları arasındaki klasik çatışma ile ilgilidir. *TITANIC* isimli hiciv dergisi, belden aşağısı felçli bir yedek subayı, yapmış olduğu askerî tatbikat çağrısı üzerine önce “doğuştan katil”, sonra “sakat” olarak nitelendirmiştir. Yedek subayın açtığı dava sonunda Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi *TITANIC* dergisini 12.000 DM tutarında manevi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğü ile kişilik hakları arasında olaya özgü bir tartım yapmıştır. Bu bağlamda söz konusu haklara yönelik müdahalelerin ağırlığını belirlemiş ve birbirleriyle karşılaştırmıştır. Manevi tazminata hükmedilmesini ifade özgürlüğüne yönelik etkili, yani ağır bir müdahale olarak görmüştür. Tazminata hükmedilmesinin arkasında yatan gerekçe, derginin yayın politikasını ve kullandığı dili gelecekte yumuşatmaya hazırlamaktır. “Doğuştan katil” nitelemesi, *TITANIC* dergisinin genel yayın politikası olan hiciv bağlamında ele alınması gerekir. Dergide bugüne kadar birçok kişi hakkında, ciddiye alınmaması gerektiği açıkça görülebilecek şekilde kelime oyunları ile ahmaklığa varacak kadar çeşitli nitelendirmelerde bulunulmuştur. Bu bağlam içinde çeşitli nitelendirmeler, izin verilmeyen, ağır, hukuka aykırı kişilik hakkı ihlali olarak görülemez. Bu durumda kişilik hakkına yönelik müdahale, en fazla dolaylı, hatta yalnızca düşük yoğunluklu bir müdahale olarak değerlendirilebilir. Tazminat kararı, ifade özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale teşkil ettiğinden, bunun meşru görülebilmesi için kişilik hakkına yönelik müdahalenin de en azından aynı ağırlıkta olması gerekir. Ancak Mahkemenin kanaatine göre aynı ağırlıkta değildir. Aksine dolaylı, belki de sadece hafif yoğunlukta bir müdahaledir. Somut tartım ilkesine göre ifade özgürlüğüne yönelik müdahale ölçsüzdür ve bu nedenle anayasaya aykırıdır.<sup>37</sup> Buna karşılık yedek subayın “sakat” olarak nitelendirilmesi farklı bir durumdur ve bu niteleme onun kişilik haklarına ağır bir saldırı teşkil etmektedir. Ağır engelli kişilerin kamuoyu önünde “sakat” olarak nitelendirilmesi günümüzde genel olarak “aşağılama” olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu bir aşağılama ifadesidir. Bu durumda ifade özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale ile kişilik haklarının korunmasının taşıdığı büyük önem karşı karşıya gelmektedir. Bu durum tam bir pat halidir.<sup>38</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu konuda Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesinin yaptığı tartım sonucunda kişilik haklarının korunmasına öncelik veren kararına katılmıştır.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> BVerfGE 86, 1 (11-13).

<sup>38</sup> ALEXI, s. 8.

<sup>39</sup> BVerfGE 86, 1 (13).

## II. Karşılaştırmalı Hukukta Ölçülülük İlkesi

### A. Genel Olarak

Ölçülülük ilkesi, yüzyılı aşkın bir süre önce ünlü hukukçu Fritz Fleiner tarafından çarpıcı bir şekilde şöyle açıklanmıştır:<sup>40</sup> “*Polis, serçelere topla ateş etmemelidir. (...) Sert tedbirlere en son başvurulmalıdır. Polisiye tedbirler ölçülü olmalıdır.*” Bu açıklama bize uygulama alanı polis hukukuyla sınırlı da olsa, ölçülülük ilkesinin İmparatorluk dönemi anayasa hukukunda dikkate değer ölçüde dogmatik bir olgunluğa eriştiğini göstermektedir. O zamandan beri ölçülülük ilkesi yüzyılı aşkın bir süredir gelişimini sürdürmüştür. Ölçülülük ilkesi zamanla polis hukukuna özgü bir ilke olmaktan çıkmış, sürekli genişleyerek hukukun birçok alanında uygulanan bir ilkeye dönüşmüştür. Günümüzde ölçülülük ilkesi, Federal Alman Anayasal düzeninde “anayasaya içkin” bir ilke olarak geniş bir uygulama alanına sahiptir. Ölçülülük ilkesinin gelişimi Alman hukukuyla sınırlı kalmamış, ulusal hukukun sınırlarını aşarak Avrupa’nın tamamında geçerli bir ilkeye dönüşmüştür. Araç-amaç ilişkisinin aşamalı bir şekilde denetlenmesi ve tartılması düşüncesi, çok sayıda Avrupa ülkesinin anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemeleri ile Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Daha 1990’lı yıllarda o dönemin bir fenomeni olarak ölçülülük ilkesinin Avrupalılaşmasından bahsedilmeye başlanmıştır. Bu arada ölçülülük ilkesi gelişimini sürdürmüş ve Avrupa hukukunun dışına taşarak farklı birçok hukuk sisteminde uygulanmaya başlanmıştır. Avrupa kıtası dışında diğer kıtalardaki hukuk düzenlerinde de, keza uluslararası hukukta da ölçülülük ilkesi benimsenmiştir. Böylelikle ölçülülük ilkesi evrensel düzeyde ortak bir denetim ölçütü haline gelmiştir.<sup>41</sup>

Özellikle temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından sınırlandırılmasında, söz konusu özgürlüğün kullanımının aşırı derecede kısıtlanmasını engellemek amacıyla geliştirilen ölçülülük ilkesi, kamu hukukunun temel ölçütlerinden biri haline gelmiştir. Günümüzde bu ilke, özellikle de Avrupa hukuk sistemlerinde başta idare, anayasa ve hatta ceza hukuku olmak üzere; pek çok hukuk ve yargılama alanında kullanılmaktadır. Günümüzde, ölçülülük ilkesinin, neredeyse tüm hukuk dallarında

<sup>40</sup> Fritz FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 1. Auflage, 1911, s. 323 (Aktaran Johannes SAURER, “Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, *Der Staat*, Band 51, Heft 1, 2012, s. 3). Ölçülülük ilkesini Fransız hukukçu Guy Braibant, “sineğin çekikle ezilmemesi” şeklinde çarpıcı bir benzetmeyle açıklamıştır. Bkz. Guy BRAIBANT, “Le principe de proportionnalité”, *Mélanges M. Waline II*, Paris 1974, s. 298 (Aktaran Stephanie HEINSON, *Der öffentlichrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Hamburg 1997, s. 163).

<sup>41</sup> SAURER, s. 4.

özellikle de kamu hukuku alanında genel kabul görmüş temel bir ölçüt olduğunu söylemek mümkündür.<sup>42</sup>

Ölçülülük ilkesinin anavatanının Federal Almanya olması, keza İsviçre hukukunda da ilkenin yüzyılı aşkın bir süredir uygulanıyor olması nedeniyle aşağıda bu iki ülkeye daha geniş yer verilmiştir.

## B. Federal Almanya

Alman hukukunda ölçülülük ilkesi, hukukun genel bir ilkesi şeklinde gelişmiştir. İlke, ilk önce polis hukuku alanında uygulanmış, daha sonra yalnızca anayasa hukuku alanında değil, aynı zamanda değişen yoğunlukta olmak üzere hukukun hemen hemen bütün alanlarında etkili olmuştur.<sup>43</sup> Ölçülülük ilkesi Almanya’da idare hukuku alanından anayasa hukuku alanına doğru genişlemiş ve gelişmiştir. Günümüz Alman idare ve anayasa hukukunda yerleşik bir hukuk ilkesi olarak ölçülülük ilkesinin tanınması, belirli bir gelişim sürecinin sonucunda gerçekleşmiştir. Bu sürecin ilk başlangıcını, 19. yüzyılda polis hukuku ve genel idare hukuku alanında ileri sürülen ve savunulan görüşler teşkil etmiştir.<sup>44</sup> Bu dönemde ölçülülük denetiminin özünü gereklilik alt ilkesi oluşturmaktaydı. Devlet faaliyetlerinin sınırı olarak ölçülülük ilkesinin önemi, 19. yüzyılda sürekli artmıştır. Buna karşılık elverişlilik alt ilkesi pek fazla önem kazanmamıştır. Orantılılık ilkesi ise, ancak 20. yüzyılın ortalarından itibaren yargı organları tarafından denetim ölçütü olarak kullanılmaya başlanmıştır. Yargı organlarının orantılılık ilkesini kullanmaya başlamalarında en önemli etken, 1950’li yılların başında bazı eyalet yasa koyucularının bu ilkeyi açıkça pozitif olarak düzenlemeleridir. Eyalet polis kanunlarında gereklilik ilkesi yanında orantılılık ilkesi açıkça kolluk gücünün kullanılmasının sınırı olarak öngörülmüştür.<sup>45</sup> Bu yasal düzenlemeler kaçınılmaz olarak yargı içtihatlarını etkilemiş ve idare mahkemeleri kolluk tedbirleri-

<sup>42</sup> Jülide Gül ERDEM, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, **AÜHF**, Cilt: 62, Sayı: 4, Yıl: 2013, s. 972.

<sup>43</sup> RESS, s. 12.

<sup>44</sup> Devlet faaliyetlerinin gerekliliği ve ölçülülüğü sorunu ile ilgili görüşler daha 18. yüzyılda dile getirilmiş ve ölçülülük kavramı ilk defa Günther Heinrich von Berg tarafından kaleme alınan ve 1799 tarihinde yayımlanan “Handbuch des Deutschen Polizeyrechts” adlı eserde yer almıştır. Bkz. Rainer DECHSLING, **Das Verhältnismäßigkeitsgebot, Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns**, Verlag Franz Vahlen, München 1989, s. 5-6; HEINSOHN, s. 32 vd.

<sup>45</sup> Örneğin, 1954 tarihli Rheinland-Pfalzischen Polis Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrası şöyledir: “Bir tedbir, ulaşılmak istenen netice ile açıkça orantısız olan bir dezavantaja yol açmamalıdır”. Diğer eyaletlerin çıkardığı yasal düzenlemeler için bkz. HEINSOHN, s. 63.

nin denetiminde bu ilkeyi kriter olarak kullanmışlardır.<sup>46</sup> Böylece, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinden oluşan ölçülülük ilkesi, gelişimini tam anlamıyla 1950’li yıllarda tamamlamıştır.<sup>47</sup> Hirschberg’in ikna edici bir şekilde gösterdiği gibi, bundan önceki dönemlerde yalnızca yumuşak araç arayışını içeren, tartımı gerekli görmeyen bir ölçülülük kavramı bulunmaktaydı.<sup>48</sup>

Tarihsel gelişim çerçevesinde, ölçülülük ilkesinin Alman hukukunda öneminin artmasında özellikle iki faktör etkili olmuştur. Birincisi, devletin faaliyet alanlarının sınırlanması ve devlete karşı kişisel hak ve özgürlüklerden daha fazla taviz verilmemesi yönündeki görüşlerin ağır basmaya başlamasıdır. Ölçülülük ilkesinin tanınmasında etkili olan diğer faktör ise, devlet faaliyetlerinin yargı yoluyla denetlenmesidir. Bu denetim, idari yargı alanında 19. yüzyıldan beri, anayasa yargısı alanında ise, 20. yüzyılın ikinci yarısından beri geçerlidir. Federal Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarla yasa koyucunun ölçülülük ilkesine bağlılığını sağlamıştır.<sup>49</sup>

1949 tarihli Federal Alman Anayasası m. 1/3, yasa koyucuyu anayasal düzenle bağlı kılmıştır. Buna karşılık Anayasa, ölçülülük ilkesini yasamanın sınırı olarak açıkça düzenlemiş değildir. Ancak, yasa koyucunun ölçülülük ilkesiyle bağlılığı 50’li yıllardan beri tartışılmaktadır.<sup>50</sup> Ölçülülük ilkesinin hukuki temeli konusunda Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ve doktrinde hâkim olan görüş, ilkenin hukuk devleti ilkesinden türediği şeklindedir. Bunun yanında Federal Anayasa Mahkemesi ilkeyi temel hakların varlığından da türetmektedir. İlkenin hukuki temeli konusunda ileri sürülen diğer görüşler (insan onuru, eşitlik ilkesi, öze dokunma yasağı) kabul görmüş değildir.<sup>51</sup>

Ölçülülük ilkesi, önemi son yıllarda sürekli artan ve “somut uyuşmazlıklarda düzeltici” olarak hemen hemen bütün hukuk dallarında etkisini gösteren temel bir hukuki ilkedir.<sup>52</sup> Ölçülülük ilkesi tüm devlet faaliyetleri için anayasal denetim ölçütü niteliğindedir. Öncelikle kamu gücünün sınırlanmasına ve temek hak ve özgürlük-

<sup>46</sup> HEINSOHN, s. 63-64; RESS, s. 12.

<sup>47</sup> DECHSLING, s. 6; HEINSOHN, s. 74.

<sup>48</sup> Lothar HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Verlag Otto Schwartz, Göttingen 1981, s. 2 vd.

<sup>49</sup> HEINSOHN, s. 74.

<sup>50</sup> HEINSOHN, s. 66.

<sup>51</sup> Hermann HILL, “Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt”, Josef ISENSEE/ Paul KIRCHOF (edt.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI, Freiheitsrechte, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989, s. 1315-1316.

<sup>52</sup> RESS, s. 5.

lerin korunmasına hizmet eder.<sup>53</sup> Son yıllarda ölçülülük ilkesinde olduğu gibi çok az hukuki kavram böylesine bir gelişime ve yükselişe mazhar olmuştur.<sup>54</sup> Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ölçülülük ilkesi hemen hemen bütün kararlarda denetim kriteri olarak kullanılmış ve birçok kanun Anayasaya aykırı görülerek iptal edilmiştir.<sup>55</sup> Aynı şekilde idare mahkemeleri de ölçülülük ilkesini aynı yoğunlukta kullanmakta ve ölçülülük ilkesine aykırı idari tedbirleri yürürlükten kaldırmaktadır.<sup>56</sup> Ölçülülük ilkesinin esas fonksiyonu temel haklar alanındadır. Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının güncelleşmesini ve etkinleşmesini sağlar.<sup>57</sup> Temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümlerde yer alan yasa kayıtları ölçülü yasa kayıtlarına dönüşmüştür.<sup>58</sup> Böylece ölçülülük ilkesi bütün temel hak sınırlamaları için sınırlamanın sınırı haline gelmiştir.<sup>59</sup>

## C. İsviçre

İsviçre hukukunda ölçülülük ilkesi pozitif hukuka 1999 Anayasasıyla girmiştir. Bununla birlikte ölçülülük ilkesinin ortaya çıkışı ve uygulanmaya başlanması 1800’li yılların sonlarına kadar geriye girmektedir. Ancak başlangıçta ölçülülük ilkesi açıkça zikredilmiş değildir. İsviçre Federal Mahkemesi, 1930’lu yılların sonundan itibaren sanayi ve ticaret özgürlüğünün sınırlanmasıyla ilişkili olarak ölçülülük ilkesini daha sık kullanmaya başlamıştır.<sup>60</sup> Federal Mahkeme, ölçülülük ilkesine ilk defa 24 Eylül 1926 tarihli bir kararında yer vermiştir. Federal Mahkeme, sanayi ve ticaret özgürlüğü ile ilgili alınan tedbirlerin kamu yararı taşısa bile, aynı etkide fakat daha az sınır-

<sup>53</sup> KATZ, s. 93.

<sup>54</sup> Ölçülülük ilkesi ve değerler tartışısı, Isensee’nin esprili, ancak bütünüyle isabetli bir şekilde ifade ettiği gibi, günümüz Alman kamu hukukunun iki büyük “yumuşatıcı”ıdır. Aktaran Friedrich SCHNAPP, “Die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs”, *JuS*, Heft 11, 1983, s. 850.

<sup>55</sup> Ekkehart STEIN, *Staatsrecht*, 14. Auflage, J. C. B. Mohr Verlag, Tübingen 1993, s. 240; RESS, s. 7; Rudolf WENDT, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermassverbot”, *AöR*, Band 104, Heft 3, 1979, s. 414.

<sup>56</sup> Ölçülülük ilkesine aykırılıktan dolayı idare mahkemelerince çok sayıda idari işlem iptal edilmiştir. Örnek olarak yalnızca Federal Yüksek İdare Mahkemesinin şu kararlarına bakılabilir: BVerwGE, Bd. 41, s. 316; Bd. 47, s. 280; Bd. 47, s. 201; Bd. 49, s. 160; Bd. 55, s. 250; Bd. 56, s. 220; Bd. 59, s. 104. Ayrıca bkz. Hubertus GLITZ, *Gesetzmässigkeitsprinzip und Übermassverbot in ihrer Bedeutung für die Sachgemässheit verwaltungsrechtlicher Auflagen*, Bad Driburg 1975, s. 81 vd.; RESS, s. 7; Fritz OSSENBUHL, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Übermassverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte”, *Juristische Ausbildung*, Heft 12, Dezember 1997, s. 617 vd.

<sup>57</sup> GRABITZ, s. 586.

<sup>58</sup> PIEROTH/SCHLINK, s. 72.

<sup>59</sup> SCHNAPP, s. 851.

<sup>60</sup> Örnek olarak bkz. BGE 65 I, s. 72; 70 I, s. 3; 73 I, s. 10; 78 I, s. 304; 79 I, s. 134; 80 I, s. 16.

layıcı başka bir tedbire başvurma imkânı söz konusu ise, kamu yararı daha geniş bir sınırlamayı haklı kılmadıkça, meşru olmadığını belirtmiştir.<sup>61</sup>

Ölçülülük ilkesi Almanya’da idare hukuku alanından anayasa hukuku alanına doğru genişlemiş ve gelişmiştir. İsviçre’de ise tam tersi olmuştur.<sup>62</sup> Federal Yüksek Mahkemenin sanayi ve ticaret özgürlüğü ile ilgili 1911 yılından beri verdiği kararlar ölçülülük ilkesinin gelişiminde etkili olmuş ve böylece başlangıçtan beri ilke anayasa hukuku alanında ele alınmıştır.<sup>63</sup> Federal Mahkeme ölçülülük ilkesini, “kamu hukukunun bütün alanlarında” etkili olan<sup>64</sup>, idare hukukunun tamamına hâkim olan<sup>65</sup> ve hem hukukun uygulanmasında hem de hukukun yaratılmasında geçerli olan<sup>66</sup> temel bir ilke olarak kabul etmiştir.

Federal Mahkeme, ölçülülük ilkesinin artan önemini dikkate alarak, ilkeyi anayasa hukukunun yazılı olmayan bir prensibi olarak nitelemiş ve bundan böyle ilkeyi anayasal değerde kabul etmiştir.<sup>67</sup> Böylece ilke anayasa hukuku açısından güvenceye alınmış ve gelişmelere uygun olarak sanayi ve ticaret özgürlüğü dışında diğer hak ve özgürlükler alanında da uygulanmaya başlanmıştır.<sup>68</sup>

Ölçülülük ilkesinin anayasa hukuku değerine yükselmesinde Alman doktrininin ve yargı içtihatlarının önemli katkısı olmuştur. Hans Huber’in tespit ettiği gibi, bundan böyle her iki ülkedeki gelişme paralel seyretmiş, ölçülülük ilkesi ile ilgili idare hukuku ve idari yargının görüşleri anayasa hukuku ve anayasa yargısı tarafından olumlu karşılanmıştır.<sup>69</sup> Her iki ülkede ölçülülük ilkesi, Fritz Werner’in “idare hukuku somutlaşmış anayasa hukukudur” sözüne güzel bir örnek teşkil etmiştir.<sup>70</sup>

<sup>61</sup> Söz konusu karar, sütleri sağılan hayvanların memelerine sürülen bir merhemın satışının yasaklanması ile ilgilidir; Federal Mahkeme bu yasağı şu gerekçe ile Anayasaya aykırı bulmuştur: “Kullanım talimatında preparatın kesinlikle tedavi edici etkisinin olmadığı, aksine yalnızca ineğin sağılmasını kolaylaştırdığı hususunun belirtilmesi yeterlidir.” Bkz. BGE 52 I, s. 222 vd.

<sup>62</sup> Hans HUBER, “Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Neue Folge, Band 96 (II), 1977, s. 4.

<sup>63</sup> Max OBERLE, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingriffes*, Zürich, 1952, s. 10 (Aktaran, MEYER-BLAZER, s. 7).

<sup>64</sup> BGE 94 I, s. 397; Ulrich ZIMMERLI, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Band 97, Heft 1, Halbband 2, 1978, s. 10.

<sup>65</sup> ZIMMERLI, s. 10.

<sup>66</sup> BGE 96 I, s. 242.

<sup>67</sup> BGE 94 I, s. 496; 96 I, s. 242.

<sup>68</sup> HUBER, s. 16; ZIMMERLI, s. 11.

<sup>69</sup> HUBER, s. 5.

<sup>70</sup> HUBER, s. 6; ZIMMERLI, s. 12.

Ölçülülük ilkesi, kamu hukukunda en çok kullanılan ilkelerden biridir. Bundan dolayıdır ki, ilkenin anayasada açıkça yer alması önerilmiştir. Örnek olarak, J. P. Aubert tarafından hazırlanan 1974 tarihli Anayasa Tasarısı m. 3/1 gösterilebilir. Tasarının bu hükmü şöyledir: “Devlet faaliyetleri ölçülü olmak zorundadır.” Yine 1996 tarihli Anayasa Tasarısında devlet faaliyetlerinin temel ilkelerini düzenleyen 4. maddesinin 2. bendinde, devlet faaliyetlerinin ölçülü olması gerektiği yönünde bir hükme yer verilmiştir. Ölçülülük ilkesi, temel hakların sınırlandırılmasını düzenleyen 32. maddesinde de düzenlenmiştir. Maddenin 1. bendinde temel hakların sınırlandırılmasının yasal bir temele dayanması gerektiği, sınırlamanın kamu yararı veya üçüncü kişilerin temel haklarının korunması amacıyla yapıldığı takdirde meşru olduğu ve sınırlamanın ölçülü olmak zorunda olduğu hükmü yer almaktadır.<sup>71</sup>

İsviçre’de, yaklaşık otuz yıldır sürdürülen yeni anayasa çalışmaları, nihayet bir sonuca ulaşmıştır. 18 Nisan 1999 tarihinde yapılan halk oylaması ile kabul edilen yeni İsviçre Anayasası 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>72</sup> Yeni İsviçre Anayasası, ölçülülük ilkesine hem hukuk devleti faaliyetlerinin temel ilkelerini düzenleyen 5. maddesinde, hem de temel hakların sınırlandırılmasını düzenleyen 36. maddesinde yer vermiştir. 5. maddenin 2. bendinde, devlet faaliyetlerinde kamu yararının bulunmasının zorunlu olduğu belirtildikten sonra, bu faaliyetlerin ölçülü olması gerektiği öngörülmüştür. 36. maddenin 3. bendinde ise, temel haklara yönelik sınırlandırmaların ölçülü olmak zorunda olduğu ifade edilmiş, 4. bentte ise, “temel hakların özüne dokunulamaz” hükmüne yer verilmiştir. Böylece ölçülülük ilkesi, anayasada yazılı olmayan hukukun genel bir ilkesi olmaktan çıkarak, normatif bir anayasal ilke haline dönüşmüştür. Bu ilkenin, hem temel ilkeler altında, hem de temel hakların sınırlandırılmasını düzenleyen maddede yer alması anlamlıdır. Anayasa koyucu, ölçülülük ilkesinin uygulama alanını, temel haklarla sınırlı tutmamış, devletin bütün eylem ve işlemlerinde bu ilkenin geçerli olmasını istemiştir. Aslında anayasa koyucu, yeni bir şey getirmekten ziyade, bir anlamda mevcut durumu teyit etmektedir. Zira Federal Mahkeme, ölçülülük ilkesinin kamu hukukunun bütün alanlarında geçerli olduğunu kabul etmekteydi.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> Bkz. Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, **Arbeitspapiere**, I, 1974, s. 141 (Aktaran WOLFFERS, s. 297).

<sup>72</sup> BB vom 18. Dez. 1998, BRB vom 11. Aug. 1999 - AS 1999 2556; BBl 1997 I 1, 1999 162 5986]. Bkz. <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html>

<sup>73</sup> BGE 94 I, s. 397; ZIMMERLI, s. 10.

## D. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ek protokollerde açıkça ön-görölmüş değildir. Ancak, ölçülülük kavramının ifade ettiğı anlam, nispeten daha açık bir şekilde Sözleşme ve ek protokollerin bazı maddelerinde yer almaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bunun farkına varmakta gecikmemiştir. AİHM, ölçülülük ilkesini doğrudan Sözleşme'de düzenlenen temel haklardan türetmekte, hatta bir adım daha atarak ölçülülük ilkesinin örtülü bir şekilde de olsa zikredilmediğı hak ve özgürlükler alanında da uygulayarak ölçülülük ilkesinin uygulama alanını genişletmektedir.<sup>74</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında ölçülülük ilkesine yer vermesi, ölçülülük ilkesinin evrenselleşmesi bakımından büyük öneme sahiptir. AİHM, 1960'lı yılların sonundan itibaren taraf devletlerin eylem ve işlemlerinin Sözleşmeye uygunluğunu denetlerken ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını da incelemeye başlamıştır. Alman anayasa hukuku, Avrupa Birliğı Adalet Divanı üzerinde oldukça etkili olmuşken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üzerinde ise daha sınırlı bir etki göstermiştir. Bunun sebebi ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşme'nin benimsediğı farklılaşmış ve kademelenmiş sınırlama sistemi çerçevesinde her bir hak ve özgürlükle ilgili Sözleşme metninde yer alan sınırlara sıkı bir şekilde bağılı kalmasıdır.<sup>75</sup>

Eissen, ölçülülük ilkesinin AİHS ve ek protokollerde varlığını iki şekilde ele almaktadır. İlk olarak, ölçülülük ilkesinin hafif örtülü formda düzenlendiğı hükümler, ikincisi ise, potansiyel olarak ölçülülük kavramını içeren hükümler. İlk kategoride 15. madde ile 8 ila 11. maddelerin ikinci fıkra hükümleri yer almaktadır. İkinci kategoride ise, 5. maddede düzenlenen kişi özgürlüğü ve 1. Protokolün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkı olmak üzere diğerk bazı hükümler yer almaktadır.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Marc-André EISSEN, "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", in: R. St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold, **The European System for the Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London 1993, s. 125; Albert BLECKMANN, "Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips", **JuS**, Heft 3, 1994, s. 178; Feyyaz GÖLCÜKLÜ, "Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu", **Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, Cilt 4, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1990, s. 264.

<sup>75</sup> SAURER, s. 10.

<sup>76</sup> EISSEN, s. 125 vd.

Sözleşmenin 15. maddesi, Sözleşmeye taraf devletlere, savaş ya da ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hallerde “kesinlikle durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere” Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilme yetkisi tanımaktadır. Madde 15/1’de yer alan “durumun gerektirdiği ölçüde” ifadesi, alınan tedbirlerin tehlikenin boyutlarıyla orantılı olmasını içermektedir. Temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı tedbirler, “ancak durumun gerektirdiği ölçüde” olmak ve bunu aşmamak zorundadır. Bir başka deyişle, alınacak tedbirler ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Buna göre, devletin uygulayacağı sıkıyönetim ve olağanüstü hal tedbirleri, aşırı, ölçüsüz ve gereksiz boyutlara ulaşmamalıdır.<sup>77</sup> En ağır önlemleri almaya gerek kalmadan daha hafif önlemlerle çözüm mümkünse ve buna rağmen ağır önlemlerin alınması tercih ediliyorsa ölçülülük ilkesine aykırı davranılıyor demektir.<sup>78</sup> Örneğin, şiddet ve terör eylemlerini bastırmak için alınan önlemler sonucundaki uygulamalarda, eylemlerle hiç ilgisi olmayan insanlara baskı yapmak, tutuklamak, ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil eder.<sup>79</sup>

Sözleşmeye taraf bir devlet, ulusun yaşamını tehdit eden bir tehlike karşısında, tehlikenin boyutu ile alınan önlemler arasında makul bir denge kurmak zorundadır. Alınan önlemler, tehlikeyi ortadan kaldırma amacını gütmeli ve sadece buna yönelik olmalıdır. AİHS m. 15/1’de ifadesini bulan ölçülülük ilkesi ile alınacak önlemlerin elverişliliği ve gerekliliğinin değerlendirilmesinde ulusal makamlara tanınan takdir alanı sınırlandırılmaktadır.<sup>80</sup> AİHM, 15. madde ile ilgili verdiği kararlarda, yargısal denetimi daha çok kullanılan araçların durumun gerektirdiği ölçünün ötesine geçip geçmediğini belirlemeye yoğunlaştırmıştır. Bir başka deyişle, ölçülülük ilkesini, “alınan önlemlerin koşulların gerektirdiği bir önlem olup olmadığının denetlenmesi” aşamasında kullanmaktadır. Bununla birlikte, AİHM, 15. madde çerçevesinde yaptığı denetimde ulusal makamlara geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır.<sup>81</sup>

Sözleşme’de güvence altına alınan hakların sınırlandırılabilmesi için haklı bir nedenin bulunması gerekir. Sözleşmenin 8 ila 11. maddelerinde sınırlama sebeple-

<sup>77</sup> Münici KAPANİ, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi Yayınevi, 2. Basım, Ankara 1991, s. 116.

<sup>78</sup> Semih GEMALMAZ, “Olağanüstü Rejimin Ulusalüstü Ölçütleri Bağlamında De Facto-De Jura Ayırımı”, *Cahit Talas’a Armağan*, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara 1990, s. 225.

<sup>79</sup> Rona AYBAY, “Olağanüstü Haller ve İnsan Hakları”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, 2. Kitap, Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s. 466.

<sup>80</sup> Sevtap YOKUŞ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi*, Beta, İstanbul 1996, s. 30.

<sup>81</sup> EISSEN, s. 126.

ri normatif olarak açıkça öngörölmüştür. Buna göre bu haklar ancak düzenlendiği maddede yer alan sebeplerle sınırlanabilir. Yani sınırlamanın meşru bir amacının bulunması gerekir. Ayrıca getirilen sınırlamanın “demokratik bir toplumda” gerekli olması gerekir. Göröldüğü üzere bu maddelerde yer alan hakların sınırlanmasında yalnızca “meşru bir amacın” bulunması yeterli değildir. Söz konusu sınırlamaların, demokratik bir toplumda, ulaşmak istenen amaca erişmek için gerekli olduğu ölçüde yapılması zorunludur. Bir başka ifadeyle, bu kısıtlamaların meşru ve zorunlu olması halinde bile, bunların “güdülen meşru amaçla orantılı” olması gerekir. Bu formülasyonun arkasında, sınırlamanın meşru olmasının koşullarından biri olan ve karşılaştırmalı hukukta birçok devletin anayasasında öngörölmüş olan ölçölülük ilkesi yatmaktadır. Bu kriter Sözleşme uygulamasında çoğunlukla “zorlayıcı sosyal ihtiyaç” şeklinde kendini göstermektedir. AİHM’e göre, getirilen bir kısıtlamanın Sözleşmeye uygun olabilmesi için “sosyal bir ihtiyacı” karşılaması ve “öngörülen meşru amaçla orantılı” olması gerekir.<sup>82</sup> AİHM, birçok kararda, sınırlamayı gerektiren nedenlerin yeterli ve önemli olması ve sınırlamanın meşru amaçla orantılı olması gerektiğini açıkça dile getirmiştir.<sup>83</sup>

Gerekliklik denetimi yakın tarihli kararlarda çoğunlukla açıkça ölçölülük ilkesi adı altında yapılmıştır. Ölçölülük denetimi yapılırken en başta alınan önlemin amaca erişmek için elverişli olup olmadığına bakılmaktadır. AİHM kararlarında elverişlilik denetiminin açıkça yapıldığı haller çok istisnaidir. Çoğunlukla bu denetim üstü örtülü bir şekilde gerçekleşmektedir. Getirilen sınırlamanın Sözleşmeye uygunluğu denetlenirken denetimin özünü orantılılık ilkesi oluşturmaktadır. Sınırlamada başvuru- rulan aracın sınırlama amacına erişmek için en az sınırlayıcı araç olup olmadığının, yani gerekliklik ilkesine uygunluk denetimi, ayrı bir denetim aşaması olarak uygulanmamakla birlikte, zaman zaman ölçölülük ilkesi uygulanırken başvuru- rulan aracın yumuşak bir araç olup olmadığı da sorgulanmaktadır. Orantılılık denetimi yapılırken sınırlamanın Sözleşmenin sağladığı güvencelere sahip kişilere yüklediği külfetler ile ulaşmak istenen meşru amacın devlet açısından taşıdığı önem tartışılmaktadır. Bir başka deyişle, araç ile amaç arasında ölçüsüz bir orantının bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. Bu bağlamda AİHM, müdahale ile ulaşmak istenen meşru amacın orantılı olup olmadığını, keza ulusal makamların sınırlamanın hukuka uygun oldu-

<sup>82</sup> *Wingrove/İngiltere* Kararı, 25.11.1996, Başvuru No: 17419/90, parag. 53.

<sup>83</sup> Örnek olarak bkz. *Camenzind/İsviçre* Kararı, 16.12.1997, Başvuru No: 21353/93, parag. 45.

ğunu göstermek üzere ileri sürdüğü gerekçelerin önemli ve yeterli olup olmadığını denetlemektedir.<sup>84</sup>

AIHM, istikrarlı olarak Sözleşme'nin tamamına hâkim olduğunu söylediği ölçülülük ilkesini toplumun genel çıkarı ile temel haklara saygı arasında bulunması gereken adil denge ile birlikte ele almaktadır. Ölçülülük ilkesinin Strasbourg Mahkemesinin kararlarında önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Aslında Mahkeme, Avrupa denetimi işlevini yürütürken sürekli olarak ölçülülük ilkesi ile devletlere tanınan takdir marjı arasında makul bir denge kurmaya çalışmaktadır. Genel olarak bu dengeyi sağlamada başarılı olduğu söylenebilir. Ölçülülük ilkesinin AIHM'in içtihatlarında güçlü ve kalıcı bir biçimde kök saldı ve bu ilkenin Sözleşme sisteminin genel bir ilkesi haline geldiği söylenebilir.

## E. Avrupa Birliği Hukukunda Ölçülülük İlkesi

Avrupa Birliği hukukunda ölçülülük ilkesiyle ilgili açık bir hüküm (birçok ulusal hukuk düzeninde olduğu gibi), Maastricht Antlaşması'nın yürürlüğe girmesine kadar yer almamaktaydı. Bu yüzden ilkenin geçerliliği öncelikle ve yalnızca AB hukukunun genel hukuk ilkesi olarak Adalet Divanı yoluyla tanınmasına dayandırılmıştır.<sup>85</sup> Adalet Divanı, ölçülülük ilkesini diğer birçok hukuk devleti ilkesi gibi,<sup>86</sup> yerleşik içtihatlarında AB hukukunun genel ilkesi olarak kabul etmiş ve ilkenin içeriğini ve etki alanını AB hukukuna özgü bir şekilde oluşturmuştur.<sup>87</sup> Divanın kendisi ölçülülük ilkesinin geçerliliği konusunda şu tespitte bulunmuştur:<sup>88</sup> "Ölçülülük ilkesi, Divanın yerleşik içtihadına göre AB hukukunun genel ilkelerinden biridir."

AB hukukunun çeşitli alanlarında uygulanan ölçülülük ilkesi, şu andaki gelişme düzeyi bakımından AB hukuk düzeninin temel ilkelerinden biridir. Temel haklar ve diğer anayasal prensipler konusunda olduğu gibi, ölçülülük ilkesinin tanınmasını da Avrupa Birliği Adalet Divanı sağlamıştır. Adalet Divanı, ölçülülük ilkesini AB huku-

<sup>84</sup> Christoph GRABENWARTER/Katharina PABEL, **Europäische Menschenrechtskonvention**, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012, s. 129-130.

<sup>85</sup> Eckhard PACHE, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften", **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 18. Jahrgang, Heft 10, 15 Oktober 1999, s. 1034.

<sup>86</sup> Örneğin, haklı beklentilerin korunması ilkesi (ABAD, Slg. 1975, s. 533 [CNTA/Komisyon]); hukuk güvenliği (ABAD, Slg. 1980, s. 1237 [Amministrazione delle Finanze]); idarenin kanuniliği (ABAD, Slg. 1961, s. 111 [SNUP/Hohe Behörde]).

<sup>87</sup> RESS, s. 37.

<sup>88</sup> ABAD, Slg. I 1996, s. 795 [Frankreich und Irland/Kommission]; ABAD, 11. 7. 1989, Rs. 265/87 (Schraeder) Slg. 1989, s. 2269.

kunun genel ilkesi olarak yerleşik içtihatlarında kullanmış ve ilkenin pekişmesinde önemli bir rol oynamıştır.<sup>89</sup> Ölçülülük ilkesinin AB hukukunda tanınmasında büyük ölçüde Alman hukuk sistemi etkili olmuştur. Günter Hirsch'in deyiimiyle, Alman hukuku vaftiz babalığı yapmıştır.<sup>90</sup> Alman anayasa ve idare hukukunda yaygın olarak kullanılan ölçülülük ilkesi, Avrupa Birliği hukuk düzeninde AB hukukuna özgü spesifik bir uygulamaya kavuşmuştur. Bu nedenle Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın sayısız kararda ölçülülük ilkesini kullanmış olması şaşırtıcı değildir.<sup>91</sup> Ölçülülük ilkesi öncelikle AB kurumlarının aldığı tedbirler ile üye devletlerin tedbirleri veya işlemlerinin hukuka uygunluğunun tartışma konusu olduğu davalarda, keza AB hukukunca oluşturulan hukuki statülerin içeriği veya tanımlanan hukuki statülerin sınırlandırılması ile ilgili davalarda uygulanmaktadır.<sup>92</sup>

Ölçülülük ilkesinin uygulandığı kararların çokluğu, ilkenin AB hukuk düzeninde farklı işlevlere sahip olmasıyla açıklanabilir. Bu işlevlerden ikisi diğerlerine nazaran daha fazla önem arz etmektedir. Ölçülülük ilkesi AB hukukunda bir taraftan Avrupa Birliği Antlaşması m.5 anlamında yetki kullanımının sınırı olarak işlev görürken, öte yandan temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların hukuka uygunluğu denetlenirken denetim ölçütü olarak kullanılmaktadır.

Avrupa Birliği Antlaşması'nın 5. maddesinin 4. fıkrasına göre, ölçülülük ilkesi gereğince, Birlik tedbirinin içeriği ve şekli, Antlaşmaların amaçlarına ulaşmak için gerekli olan ölçüyü aşamaz. Avrupa Birliği Antlaşması, Birliğin yetkilerini sınırlandırmak üzere ölçülülük ilkesinin yanı sıra subsidiarite ve sınırlı yetki ilkesini de kabul etmiştir. Böylece Birliğin yetkili olabilmesi ve bu yetkilerin Birlik organlarınca kullanılabilmesi için bir sınırlama-üçlüsü oluşturulmuştur. Söz konusu düzenlemenin lafzından ölçülülük ilkesinin uygulama alanının Birliğin yetki alanının tamamını kapsadığı sonucu çıkmaktadır. Buna karşılık yetki ile ilişkili olarak ölçülülük ilkesinin organların işlevlerine bakılmaksızın Birlik organlarının tamamı üzerinde uygulanıp uygulanamayacağı sorunu henüz kesin olarak açıklığa kavuşmuş değildir. Birlik organlarının hukuken bağlayıcı işlemleri üzerinde ölçülülük ilkesinin uygulanabileceği tartışmasızdır. Buna

<sup>89</sup> Günter HIRSCH, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht*, Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 80, Bonn 1997, s. 8.

<sup>90</sup> HIRSCH, s. 2.

<sup>91</sup> Haziran 1997 sonuna kadar tam olarak 538 davada Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemeleri ölçülülük ilkesini denetim ölçütü olarak kullanmışlardır. Bkz. PACHE, s. 1033.

<sup>92</sup> Verica TRSTENJAK/Erwin BEYSEN, "Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung", *Europarecht*, Heft 3, 2012, s. 265.

karşılık Birlik organlarının kural koyma yetkisi niteliğinde olmayan bir yetki kullanırken ölçülülük ilkesini de dikkate almak zorunda olup olmadıkları tartışmalıdır. İngiliz hukukçuları böyle bir halde ölçülülük ilkesinin uygulanmayacağını, Alman hukukçuların çoğunluğu ise, uygulanması gerektiğini söylemektedirler. Ölçülülük ilkesinin işlevi dikkate alındığında ikinci yaklaşım daha ikna edici görünmektedir.<sup>93</sup>

Avrupa Birliği Antlaşması'nın 5. maddesinin 4. fıkrasında ölçülülük denetiminin nasıl yapılacağı ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış değildir. Söz konusu hüküm, Birlik tedbirleri amacı gerçekleştirmek için gerekli olanı aşamaz dediğine göre, gereklilik denetimi açıkça öngörülmüş olmaktadır. Her ne kadar elverişlilik ilkesi açıkça öngörülme de, dolaylı olarak elverişlilik ilkesinin de benimsendiği söylenebilir. Zira alınan tedbirin amaca erişmek için gerekli olup olmadığının denetlenebilmesi için öncesinde tedbirin elverişli olup olmadığına bakılması gerekir. Buna karşılık denetim kriteri olarak orantılılık ilkesi, açıkça zikredilmediği gibi, zımnen benimsendiğini gösterir bir emare de bulunmamaktadır. Bununla birlikte Adalet Divanı ölçülülük denetimi yaparken orantılılık ilkesine uyulup uyulmadığına da bakmaktadır.<sup>94</sup>

Avrupa Topluluğu kurucu antlaşmalarında bazı istisnalar dışında temel haklara veya temel hak benzeri güvencelere yer verilmemiştir. Avrupa Topluluklarının kuruluşundan hemen sonra Topluluk hukuku işlemleriyle veya Topluluk hukukuna dayanılarak yapılan işlemlerle gerçekleşen temel hak ihlallerinin nasıl önleneceği sorunu ortaya çıkmıştır. Adalet Divanı bu ortamda büyük bir cesaret örneği göstererek hukuk devleti konusunda ortaya çıkan bu açığı kapatmak amacıyla AİHS'ne ve üye devletlerdeki temel hak düzenlerine dayalı içtihadi bir temel hak koruması geliştirmeye başlamıştır.<sup>95</sup> ATAD, Topluluğun kuruluşundan kısa bir süre sonra, erken sayılabilecek bir dönemde Topluluk alanında temel hakları tanımaya başlamıştır. ATAD, 1960'lı yılların sonlarından itibaren içtihadı dayalı bir temel hak koruması geliştirmeye başlamıştır. Bu gelişim çizgisinde ilk karar 1969 tarihli *Stauder* kararıdır. Bu kararda ATAD, temel hakları, Topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak kabul etmiştir. Bu karardan kısa bir süre sonra 1970 yılında verdiği *Internationale Handelsgesellschaft* kararında, üye devletlerin iç hukukunda tanınan temel haklar karşısında Topluluk hukukunun üstünlüğünü kabul etmiştir. Böylelikle Topluluk hukuku içeri-

<sup>93</sup> TRSTENJAK/BEYSEN, s. 267.

<sup>94</sup> TRSTENJAK/BEYSEN, s. 267.

<sup>95</sup> Hannes TRETTER, "Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – vergebene Chance oder Hoffnung?", *DIE UNION*, 1/2001, s. 45; Jörg Philipp TERHECHTE, *Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2010, s. 44.

sinde temel hakların korunması sağlanmış olmaktadır. 1974 tarihli *Nold* kararında, üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri, temel haklar içtihadının kaynağı olarak kabul edilmiştir. 1979 tarihli *Hauer* kararında ise, üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinin yanı sıra AİHS de temel hakların korunmasının hukuksal dayanakları arasına sokulmuştur.<sup>96</sup>

Bu kararlar sonrasında Topluluk Mahkemesinin ulaştığı sonuç şudur: Temel haklar, Mahkeme'nin saygı gösterilmesini sağlamakla yükümlü olduğu Topluluk hukukunun genel prensiplerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturur; üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri ve üye devletlerin katıldıkları ya da taraf oldukları insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar, özellikle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Topluluk hukuk düzeni içinde temel hakların korunmasının hukuksal dayanaklarıdır.<sup>97</sup>

Bu dönemde Avrupa Birliği hukukunda temel haklar ile hukukun genel ilkeleri arasında sıkı bir ilişki kurulmuştur. Bu durum öncelikle ölçülülük ilkesinin temel hak yargısı alanına girmesinde açıkça görülmektedir. Adalet Divanının temel haklarla ilgili içtihadını gün geçtikçe geliştirmesi ve genişletmesi sonucunda ölçülülük ilkesi, temel hakları koruyucu bir işleve sahip olmuştur.<sup>98</sup>

Topluluk hukukunda temel hak korumasının gelişiminde en büyük pay kuşkusuz Adalet Divanı'na aittir. Bununla birlikte Topluluk organlarının temel haklara ilişkin bildirileri ve Antlaşmalarda yapılan bazı değişiklikleri de unutmamak gerekir. Her ne kadar bu bildiriler hukuken bağlayıcı nitelikte olmasa da, Adalet Divanı'nın izlediği yolu onaylaması bakımından önemlidir. Temel haklara ilişkin bildirilerle Avrupa Birliğinin oluşturulması yönünde uzun soluklu ve ihtiyatlı bir ilerleme amaçlanmıştır.

Avrupa Birliği temel hak korumasının gelişiminde Temel Haklar Şartı'nın kabulü bir dönüm noktasını oluşturmaktadır. Temel Haklar Şartı ile temel hakların AB'nin kurucu prensibi ve meşruiyet kaynağı olduğu, AB'nin temel haklara saygı yükümünün Topluluk Mahkemesi kararlarıyla da kabul edildiği ve tanımlandığı vurgulanmakta ve temel haklar, yazılı bir listeyle görünür kılınmaktadır.<sup>99</sup> Temel Haklar Şartı'nın amacı, AB kurumlarının insan haklarına saygı duymasını sağlamak, temel

<sup>96</sup> Avrupa Birliği hukukunda ölçülülük ilkesinin gelişimi için bkz. METİN, s. 92 vd.

<sup>97</sup> Naz ÇAVUŞOĞLU, "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: "Katılım Meselesi", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 22, 2005, s. 1.

<sup>98</sup> Christiana POLLAK, *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1991, s. 34.

<sup>99</sup> TERHECHTE, s. 52-53.

hakları güvence altına almak suretiyle etkin bir şekilde korumaktır. Temel Haklar Şartı, 2000 yılının Aralık ayında yalnızca bir bildirme şeklinde ilan edilmiş olup, Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Aralık 2009'a kadar hukuken bağlayıcı değildi. Lizbon Antlaşması, temel hakların korunması bakımından yeni bir dönemin başlangıcıdır. Lizbon Antlaşması'nın getirdiği en önemli yeniliklerden biri, Temel Haklar Şartı'nda öngörülen özgürlükleri ve ilkeleri garanti altına alması ve Şart'a hukuki bağlayıcılık kazandırmasıdır.

Yedi bölüm ve toplam 54 maddeden oluşan Şart'ın iki ayrı maddesinde ölçülülük ilkesine yer verilmektedir. İlk olarak, “Yargısal Haklar” başlıklı altıncı bölümde yer alan 49. maddenin 3. fıkrasında, ceza hukukunu ilgilendiren yönü düzenlenmiştir: “Suça karşılık öngörülen ceza ölçüsüz olmamalıdır”. İkinci olarak, “Şart'ın Uygulanması ve Yorumuna Dair Genel Hükümler” başlıklı yedinci bölümde yer alan 52. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, Şart'ta tanınmış olan hak ve özgürlüklere yönelik her türlü sınırlama yasayla öngörülmek ve hak ve özgürlüğün özüne dokunmamak zorundadır. Sınırlamalar, Topluluğun genel yararına hizmet eden amaçlara ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gereğine uygun olarak ölçülülük ilkesine riayet edilmek suretiyle gerçekleştirilebilir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer alan öze dokunma yasağı ve ölçülülük ilkesi, Adalet Divanı tarafından daha önce içtihat yoluyla oluşturulan temel hak sınırlama rejiminde yer almaktaydı. Bu iki ölçütün Şart'ta açıkça düzenlenmesi, yeni bir güvence getirmemekle birlikte, temel hakların korunması rejimini pekiştirmektedir.

Adalet Divanı zamanla ölçülülük ilkesi konusunda ayrıntılı bir içtihat geliştirmiştir. Adalet Divanı, ölçülülük ilkesine uygunluk denetimini, alınan önlemin getirilen hukuki düzenlemedeki amaca erişmek için orantılılık ve gereklilik sınırlarını aşp aşmadığına bakarak yapmaktadır. Bu denetimde özellikle ulaşılmak istenen amaca erişmek için başvuru aracının uygun olup olmadığı ve aracın amaca erişmek için gerekli olup olmadığı araştırılmaktadır. Adalet Divanının yerleşik içtihadına göre, alınan tedbirler getirilen düzenlemenin ulaşmak istediği meşru amaca erişmek için elverişli ve gerekli olmak zorundadır. Ayrıca, alınan önlemden kaynaklanan sakıncalar ile ulaşılmak istenen netice arasında makul bir ilişki olmalıdır. Bugün Divan, esas olarak yerleşik içtihat şeklinde ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve

orantılılık kriterlerine göre denetim yapmaktadır. Bu denetim şekli daha çok Alman hukukundaki duruma uygun düşmektedir.<sup>100</sup>

AB hukukunda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların hukuka uygun sayılabilmesi için, geçmişte olduğu gibi bugün de, meşru bir amacın bulunması ve ölçülülük ilkesine uyulması gerekir. Bu iki koşul, sınırlamada gözetilmesi gereken temel koşullardır. Buna karşılık Temel Haklar Şartı'nda yer alan öze dokunma yasağı yargısal uygulamada bugüne kadar çok fazla önem kazanmamıştır. Hatta üç aşamalı ölçülülük denetimi yanında öze dokunma yasağının bağımsız olarak bir anlam ve öneminin olup olmadığı bile sorulabilir. Çünkü bir temel hak sınırlamasının orantılılığı denetlenirken hedeflenen meşru amaca erişmek üzere alınan sınırlayıcı tedbirin olumlu etkileri ile söz konusu tedbirin temel hakla korunan hukuki değerler veya hukuki pozisyonlar üzerindeki olumsuz etkileri bir tartıma tabi tutulacaktır. Eğer sınırlama çok geniş kapsamlı ise, söz konusu temel hakkın esaslı unsurlarını bütünüyle yok saymışsa, yani hakkın özüne dokunmuşsa, kural olarak orantısız bir sınırlamadır ve netice itibarıyla ölçülülük ilkesine aykırıdır.<sup>101</sup>

Ölçülülük ilkesi, AB hukukunun çeşitli alanlarında uygulanan oldukça esnek bir ilke konumundadır. İlke, AB hukukunda Birlik organlarının yetki kullanımlarını sınırlama işlevi görür. Bunun yanı sıra temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların AB hukukuna uygunluğunun denetiminde kullanılan en önemli denetim ölçütlerinden biridir. Ölçülülük denetimi öteden beri üç aşamalı bir test şeklinde yapılmaktadır. Denetlenen tedbir, ulaşılmak istenen amaca erişmek için elverişli ve gerekli ise, korunan diğer hukuki değerler veya pozisyonlar için ölçüsüz bir yükümlülük getirmiyorsa, ölçülülük ilkesine uygun demektir. Ölçülülük denetiminin nihai amacı, birbiriyle çatışan ve korunmaya değer iki veya daha fazla hukuki değer veya pozisyon arasında adil bir denge kurmaktır.<sup>102</sup>

## F. Avrupa Birliği'ne Üye ve/veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Taraf Devletler

Ölçülülük ilkesinin AB hukukunda ve AİHS hukukunda kökleşmesi, üye devletlerin hukuk düzenlerini de etkilemiştir. İsviçre ve İspanya gibi ülkelerde ölçülülük

<sup>100</sup> METİN, s. 101-102.

<sup>101</sup> TRSTENJAK/BEYSEN, s. 280.

<sup>102</sup> TRSTENJAK/BEYSEN, s. 284.

ilkesinin tanınmasında daha çok Alman hukuku etkili olurken, İtalya’da ise en önemli faktör AB hukukudur. İtalyan hukukundaki ölçülülük ilkesi altındaki araç-amaç ilişkisi ile ilgili teorik ve dogmatik anlayışın gelişmesinde Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarının önemli bir payı vardır. Avusturya hukukunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hiyerarşik olarak anayasal değerde olduğundan, bu durum bir taraftan anayasa ve idare hukukunun Avrupalılaşmasını sağlarken, diğer taraftan ölçülülük ilkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında uygulanması sonucunu doğurmuştur.

1990’lı yılların başından itibaren yeni anayasalarını yapan ya da anayasa reformuna giden birçok ülkede ölçülülük ilkesi anayasal bir ilke olarak açıkça öngörülmeğe başlanmıştır. Örneğin, 1991 tarihli Romanya Anayasası’nın 49. maddesi, hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılmasını düzenler. Maddenin 2. fıkrasına göre, “sınırlama, sınırlamaya neden olan durumla orantılı olmalı ve hakkın veya özgürlüğün varlığına dokunmamalıdır.” Benzer bir düzenleme 1994 tarihli Moldova Anayasası’nın 54. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddeye göre, “zorunlu sınırlamalar, sınırlamaya neden olan durumla orantılı olmalı ve hakkın veya özgürlüğün varlığını etkilememelidir.” 1998 tarihli Arnavutluk Anayasası’nın 17. maddesine göre, “bir sınırlama, sınırlamayı gerektiren durumla orantılı olmalıdır.” Yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere, 1999 tarihli İsviçre Anayasası, ölçülülük ilkesini, hem devlet faaliyetlerinde hem de temel hakların sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken bir ilke olarak kabul etmiştir. 1990 tarihli Hırvatistan Anayasası’nın sınırlama sistemini öngören 16. maddesine 2000 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle eklenen hükme göre, “sınırlamayı gerektiren herhangi bir durumda hak ve özgürlüklere getirilen her tür sınırlama ölçülü olmalıdır.” 1975 tarihli Yunanistan Anayasası’nın 2001 yılında değişikliğe uğrayan 25. maddesinin 1. fıkrasına göre, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar, ölçülülük ilkesine uygun olmak zorundadır.<sup>103</sup>

1961 Türk Anayasası, temel hakların sınırlandırılmasında temel sınırlama ölçütü olarak öze dokunma yasağını benimsemiştir. Anayasa metninde ölçülülük ilkesini işaret eden herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Ölçülülük ilkesi, 1961 Anayasasında yer almamakla birlikte, bu dönemde de hukuk devleti ve adalet anlayışının bir uzantısı olarak yargı kararlarında uygulama alanı bulmuştur.<sup>104</sup> Ölçülülük ilkesi, 1982 Türk Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel hüküm

<sup>103</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Turgay CİN, “Yunanistan Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt: 11, Sayı:2, 2009, s. 43-80.

<sup>104</sup> Yavuz SABUNCU, **Anayasaya Giriş**, 5. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 1997, s. 48.

niteliğindeki 13. maddesinde, Anayasanın bu maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliğe kadar açıkça yer almamaktaydı. Bununla birlikte, bu ilkenin dolaylı olarak tanındığını gösterir ipuçları bulunmaktaydı. Doktrinde bu ilkenin hukuki temelini açıklamak üzere çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Buna karşılık, 2001 değişikliğiyle yeniden düzenlenen Anayasanın 13. maddesi, ölçülülük ilkesini açıkça temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak düzenlemiş ve böylece doktrinde ortaya çıkan tartışmalara son vermiştir.

Buna karşılık bazı ülkelerin temel hak kataloglarında ölçülülük ilkesi açıkça öngörülmemekle birlikte, ölçülülük ilkesinin bazı unsurları, özellikle de temel hak sınırlamalarının gerekliliği, açıkça öngörülmüştür. Örneğin 1976 tarihli Portekiz Anayasası'nın 1982 yılında değiştiren 18. maddesinin 2. fıkrasına göre, "kanunlar sadece Anayasada açıkça ifade edilen durumlarda hakları, özgürlükleri ve teminatları kısıtlayabilir ve bu kısıtlamalar, Anayasa tarafından korunan diğer haklar ve menfaatlerin korunması için gerekli olanlarla sınırlıdır." 1992 tarihli Estonya Anayasası'nın 11. maddesine göre, "haklar ve özgürlükler sadece anayasaya uygun düşecek şekilde sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır ve sınırlandırılan hak ve özgürlüklerin özünü değiştiremez." 1993 tarihli Rusya Anayasası'nın 55. maddesinin 3. fıkrasına göre, "*İnsan ve vatandaş hak ve özgürlükleri yalnız anayasal düzenin temellerinin, ahlakın, sağlığın, diğer kişilerin hak ve yasal çıkarlarının, ülke savunmasının ve devlet güvenliğinin korunmasının gerekli kıldığı ölçüde federal kanunla sınırlandırılabilir.*"

Kuşkusuz ölçülülük ilkesinin anayasada düzenlenmesi, onun anayasa yargısı pratiğinde tutarlı ve yeknesak bir şekilde uygulanmasını garantiye almamaktadır. Ölçülülük ilkesinin bir taraftan hak ve özgürlükleri sınırlamaya imkân tanıyan diğer anayasal düzenlemelerle karşı karşıya geldiği, öte yandan Yunanistan, Türkiye ve Rusya'da olduğu gibi, anayasa mahkemelerinin denetim yetkisini kullanırken uzun süre çekingen bir tutum takındığı görülmektedir. Ölçülülük ilkesi neredeyse Avrupa'nın tamamında benimsenmiş olmasına rağmen, temel hakları sınırlama problematiğinde birçok ülke ilkeye Alman anayasa hukukunda olduğu gibi süreklilik arz eden üstün bir değer vermiş değildir.<sup>105</sup>

İngiliz hukukundaki gelişmeler diğer Avrupa ülkelerinden farklı bir seyir izlemiştir. Çünkü Avrupa ülkelerinde benimsenen ve uygulanan ölçülülük ilkesi, parlamen-

<sup>105</sup> Stylianos-Ioannis G. KOUTNATZIS, "Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee", **Verfassung und Recht in Übersee**, Heft 1, 2011, s. 40.

tonun egemenliği ilkesiyle bağdaşmayan bir hukuk anlayışını benimsemeye zorlamaktadır. Hem AB hukuku hem de AİHS, İngiliz hukukunu geleneksel yargılama ölçütü olan Wednesbury standardından (Wednesbury principle of unreasonableness) uzaklaşarak ölçülülük ilkesini benimsemeye zorlamıştır. Bu konuda 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası önemli bir rol oynamıştır. Bugün İngiliz yargı pratiğinde birbiriyle yarışan iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Kimi mahkemeler ölçülülük ilkesinin uygulama alanını AB hukuku ve AİHS'nin sağladığı güvenceler ile sınırlı tutmak isterken, kimi mahkemeler ise ölçülülük ilkesinin İngiliz hukukunun her alanında uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar. Gelecekte ölçülülük ilkesinin evrenselleşmesinin de etkisiyle ikinci yaklaşımın ağır basacağı söylenebilir.<sup>106</sup>

## G. Diğer Ülkeler

### 1. Kanada

Ölçülülük ilkesinin evrenselleşmesini ortaya koyarken diğer ülkeler başlığı altında ilk olarak Kanada'ya yer vermek ilk başta yadırganabilir. Her ne kadar Kanada hukukuna tabi olanların sayısı az olsa da, ölçülülük ilkesinin evrenselleşmesi açısından Kanada hukuk düzeninin taşıdığı önem büyüktür.<sup>107</sup>

Anayasal değere sahip olan 1982 tarihli Kanada Hak ve Özgürlükler Şartı'nın 1. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler, “ancak özgür ve demokratik bir toplumda gerekliliği açıkça gösterilerek, yasa ile makul ölçüde sınırlanabilir.” Söz konusu bu hüküm uyarınca, temel hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlamanın Anayasaya uygunluğu için, sınırlamanın yasayla yapılmış olması, özgür ve demokratik bir toplumda bu tür bir sınırlamanın gerekli olması ve sınırlamanın makul olması gerekir.<sup>108</sup>

Kanada'da ölçülülük ilkesinin yargısal denetimde ölçüt olarak kullanılmaya başlanması, Kanada Hak ve Özgürlükler Şartı'nın kabulünden sonradır. Kanada Yüksek Mahkemesi, söz konusu Şartın 1. maddesindeki norma dayanarak ölçülülük ilkesini uygulamaya başlamış ve geliştirmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi, 1980'li yılların ortasında İngilizcenin geçerli olduğu çeşitli kıtalardaki mahkemeler için örnek teş-

<sup>106</sup> SAURER, s. 12-13.

<sup>107</sup> SAURER, s. 14.

<sup>108</sup> Oktay UYGUN, “Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi”, in: Turgut Tarhanlı (Edt.), **Edip F. Çelik'e Armağan: Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet**, Engin Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 392.

kil edebilecek bir içtihat geliştirmeye başlamıştır.<sup>109</sup> Yüksek Mahkemenin ölçülülük ilkesine açıkça yer verdiği ilk karar 1985 tarihli *R.v.-Big M. Drug Mart Ltd.* kararı olmakla birlikte, ilkenin teorik çerçevesinin çizildiği ve uygulama alanının belirlendiği emsal niteliğindeki karar 1986 tarihli “*Oakes*” kararıdır.<sup>110</sup> Kanada Yüksek Mahkemesi, öncü niteliğindeki bu kararla, temel hakların sınırlanması sistemini öngören söz konusu düzenlemeden ölçülülük ilkesini türetmiş ve bu karar yerleşik içtihat haline gelmiştir.<sup>111</sup>

*Oakes* kararında tartışılan husus, Kanada narkotik ceza hukukunda yer alan tersine çevrilmiş yasal ispat yükümlülüğünün anayasaya uygunluğu meselesidir. Konuyla ilgili düzenlemede, uyuşturucu bulundurduğu sabit görülen sanığın, uyuşturucuyu satmak amacıyla bulundurduğu varsayılmaktadır. Aksini sanığın ispat etmesi gerekir. Söz konusu düzenlemenin, devlete ait ispat külfetini sanığa yüklediği için, temel haklar bölümünde güvence altına alınan masumluk karinesini ihlal ettiği ileri sürülmüştür.<sup>112</sup> Dava konusu bu olaydan hareketle aşamalı bir ölçülülük denetimi geliştirilmiş ve buna başvuran David Edwin Oakes’in isminden esinlenerek “*Oakes Testi*” denilmiştir.

Buna göre, sınırlamanın anayasaya uygun olabilmesi için, öncelikle araç-amaç ilişkisi çerçevesinde ulaşılmak istenen amacın yeterince önemli olması, yani ulaşılmak istenen sosyo-politik hedeflerin asgari bir ağırlığa sahip olması gerekir. Alman uygulamasında ölçülülük denetiminde ön sorun olarak öncelikle sınırlama amacının meşru olup olmadığına bakılmaktadır. Buna karşılık Kanada uygulamasında ön sorun olarak yalnızca sınırlama amacının meşru olup olmadığına değil, aynı zamanda sınırlama amacının yeterince önemli olup olmadığı ve ivedi bir ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı hususlarına da bakılmaktadır.<sup>113</sup> Yüksek Mahkeme temel hakka getirilen sınırlamayı daha sonraki aşamada ölçülülük ilkesinin genel kabul gören üç unsurunu dikkate alarak denetlemektedir. Mahkemeye göre, ilk olarak, alınan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında mantıksal bir bağ olmalıdır. İkinci olarak, kullanılan araç, ilgili temel hakkı mümkün olduğu kadar az sınırlandırmalıdır. Üçüncü olarak,

<sup>109</sup> SAURER, s. 14.

<sup>110</sup> UYGUN, s. 393.

<sup>111</sup> KOUTNATZIS, s. 44.

<sup>112</sup> UYGUN, s. 394.

<sup>113</sup> KOUTNATZIS, s. 45.

sınırlamadan elde edilen faydalar ile sınırlamanın yol açtığı yan etkiler arasında bir orantı bulunmalıdır.<sup>114</sup>

*Oakes* kararında ve Kanada öğretisinde açıkça vurgulanan hususlardan biri de, Hak ve Özgürlükler Şartı'nda düzenlenen hakların mutlak nitelikte olmadığı, sınırlamanın istisnai nitelikte olduğu ve sınırlamanın ancak öngörülen koşullara uygun olması halinde meşru sayılacağı hususudur. Kanada yargısı ölçülülük ilkesini oldukça sık kullanmaktadır. Ölçülülük ilkesi uygulamasında diğer alt ilkeler karşısında gereklilik ilkesinin daha fazla öne çıktığı, denetim yoğunluğunun dava konusuna göre farklılaştığı ve yasa koyucuya tanınan takdir alanının çok fazla daraltılmadığı görülmektedir. Kanada'da ölçülülük düşüncesi yasa yapım sürecinde de dikkate alınmaktadır.<sup>115</sup>

Kanada hukukundaki anlayışa göre, ölçülülük denetiminin özünü, denetimin ikinci aşamasında kendini gösteren, ilgili temel hakkı en az sınırlayan aracın seçilip seçilmediği sorunu oluşturmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, denetimin bu aşamasında çoğunlukla alınan tedbirlerin birçoğunun en az sınırlayıcı önlem olmaması nedeniyle ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ortaya çıkar. Örneğin Yüksek Mahkeme bir kararında, Fransızca konuşan Quebec eyaletinde kabul edilen bir kanunun getirdiği İngilizce reklam panosu yasağını en yumuşak aracın kullanılması gerekliliğine aykırı bulmuştur. Çünkü yasa koyucunun, kategorik olarak İngilizceyi yasaklamadan Fransızca'yı koruma ve geliştirme amacına ulaşması mümkün iken, yani kullanabileceği daha yumuşak araçlar var iken, daha sert bir araç olan yasaklama yoluna gitmiştir.<sup>116</sup>

Kanada hukuk literatüründe ölçülülük ilkesinin üçüncü alt ilkesi olan orantılılık ilkesinin önemi genellikle göz ardı edilmektedir. Buna uygun olarak Kanada Yüksek Mahkemesi de, sınırlayıcı önlemin etkisi ile sınırlama amacı arasındaki ilişkide gereklilik ilkesini öne çıkarmaktadır. Yüksek Mahkeme, somut tartım ilkesine dayanarak getirilen bir sınırlamayı anayasaya aykırı bulmaktan kaçınmaktadır. Alman anayasa hukukçuları, ölçülülük denetiminin aşamalarının doğru bir şekilde uygulanmaması halinde ölçülülük testinin rasyonel etkisi azalacağı gerekçesiyle bunu bir eksiklik olarak görmektedirler.<sup>117</sup> Gerçi Kanada yargısı ölçülülük denetiminin başında ön sorunların içeriğini geniş tutmak suretiyle bunu kısmen telafi etmektedir, ancak yine

<sup>114</sup> SAURER, s. 15; UYGUN, s. 394.

<sup>115</sup> KOUTNATZIS, s. 46.

<sup>116</sup> SAURER, s. 16.

<sup>117</sup> Dieter GRIMM, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", *University of Toronto Law Journal*, 57 (2007), s. 396 (Aktaran KOUTNATZIS, s. 47).

de bağımsız bir orantılılık denetimi için çok az bir alan bırakılmış olmaktadır. Buna rağmen Kanada uygulamasının tartımı tamamen dışladığını söylemek mümkün değildir. Aksine fiilen yapılan tartım yalnızca ölçülülük denetiminin farklı bir aşamasında yapılmış olmaktadır.<sup>118</sup>

Kanada Yüksek Mahkemesi, ölçülülük ilkesini türetirken ve uygularken uzun bir süre karşılaştırmalı hukukla bağlantı kurmamıştır. Ancak yaklaşık yirmi yıl sonra Alman ve Avrupa hukukunun Kanada'daki ölçülülük anlayışının gelişimi üzerindeki etkisi açıkça kabul edilmiştir. Ölçülülük denetiminin uygulanış şekli bakımından Kanada ve Alman uygulaması arasında benzerlik bulunsa da, ölçülülük denetiminin alt ilkeleri ve bunların uygulanma sırası bakımından farklılıklar da bulunmaktadır.<sup>119</sup>

Kanada Yüksek Mahkemesinin *Oakes* kararı, ölçülülük ilkesinin İngilizce konuşulan birçok ülkeye yayılmasında çok etkili olmuştur. Gerçekten Kanada Yüksek Mahkemesinin ölçülülük ilkesine ilişkin içtihatları Common-Law hukuk sistemine dâhil ülkelerde etkili olmuş ve örnek alınmıştır. Örneğin Namibya ve Yeni Zelanda mahkemeleri, kendi ulusal hukuklarındaki temel haklar kataloglarından sınırlamada uyulması gereken bir ölçüt olarak ölçülülük ilkesini türetmişler ve ölçülülük denetimi yaparken Kanada Yüksek Mahkemesinin ölçülülük ilkesine ilişkin içtihatlarını esas almışlardır.<sup>120</sup> Artık ölçülülük ilkesi dünya genelinde benimsenen ve uygulanan bir ölçüt haline gelmiştir. İngiltere, İrlanda, Namibya, Hong Kong, Avustralya ve Yeni Zelanda'da yargı organları temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların anayasaya uygunluğunu denetlerken ölçülülük ilkesini açıkça kullanmaktadırlar.<sup>121</sup>

## 2. Güney Afrika Cumhuriyeti

Kanada Yüksek Mahkemesinin *Oakes* içtihadının, Güney Afrika Cumhuriyeti'ndeki anayasal gelişmeler üzerindeki etkisi büyüktür. 1990'lı yılların başında Güney Afrika'daki Apartheid rejiminin sona ermesinden sonra kurulan yeni demokratik sistemde ölçülülük ilkesi benimsenirken açıkça Kanada örneği model alınmıştır. Ancak, AİHS'nin ve Alman Anayasasının da etkisi göz ardı edilmemelidir. 1993 tarihli geçici Güney Afrika Anayasası'ndaki genel sınırlama kaydına göre, temel haklara getirilen sınırlamalar, özgürlük ve eşitliğe dayalı açık ve demokratik bir toplumda

<sup>118</sup> KOUTNATZIS, s. 47.

<sup>119</sup> KOUTNATZIS, s. 45.

<sup>120</sup> KOUTNATZIS, s. 47.

<sup>121</sup> SAURER, s. 16.

makul ve haklı olmalıdır. Ayrıca söz konusu temel hakkın özüne dokunulmamalıdır. Bunların dışında insan onuru, zorla çalıştırma yasağı, din ve ifade özgürlüğüne özgü olmak üzere gereklilik şeklinde ek bir sınırlama şartı daha öngörülmüştür. Bu formülasyonda Kanada etkisi ağır basmakla birlikte, literatürdeki görüşler ve alt derece mahkemelerinin kararları ile dolaylı bir şekilde Alman ölçülülük anlayışının da etkisi bulunmaktadır. Ne var ki, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, anayasadaki sınırlama sistemine ilişkin hükmü uygularken ilk başlarda ölçülülük ilkesini açıkça kullanmaktan çekinmiştir. Bu dönemde Mahkeme bir davada, zaten Anayasa genel sınırlama kaydında önemli sınırlama kriterlerini bizzat belirlemiş durumdadır, dolayısıyla en azından bu davada Kanada'daki ölçülülük uygulamasını izlemeyi gerektiren bir sebep bulunmamaktadır şeklinde bir karar vermiştir. Ancak kısa bir süre sonra hem ölçülülük denetimine yönelik çekimser tutumundan hem de bu denetimin tıpkı Kanada uygulaması gibi yapılmasından vazgeçmiştir. Bundan sonraki dönemde Anayasa Mahkemesi, Geçici Anayasa'daki genel sınırlama kaydının ölçülülük denetimini de içerdiğini kabul etmiş ve ölçülülük denetimi yaparken Kanada Yüksek Mahkemesi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından yararlanmıştır.<sup>122</sup>

1996 tarihli Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasındaki Haklar Bildirgesinde kullanılan formülasyon ve bu hakların sınırlandırılması sistemine ilişkin düzenleme, Güney Afrika Cumhuriyeti anayasa hukukunun karşılaştırmalı anayasa hukukundan ne kadar çok etkilendiğini açıkça göstermektedir. Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nın 39. maddesi, yargı organlarının Temel Haklar Bildirgesini yorumlarken uluslararası hukuku göz önünde bulundurmak zorunda olduklarını, yabancı ülkelerin yasalarını da göz önünde bulundurabileceklerini açıkça öngörmektedir. Nitekim Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, bu hükme dayanarak, anayasa hükümlerinin anlamını diğer devletlerdeki benzer düzenlemelerin yorumlarına dayanarak belirlemektedir.<sup>123</sup>

Kanada Hak ve Özgürlükler Şartı'nda olduğu gibi, Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası da, demokrasinin gereklerine uygun evrensel bir sınırlama sistemini benimsemiştir (m. 36). Söz konusu maddede ayrıca insan onurunun, özgürlüğün ve eşitliğin de dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. Güney Afrika Cumhuriyeti

<sup>122</sup> KOUTNATZIS, s. 49-50.

<sup>123</sup> Susanne BAER, "Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 64 (2004), s. 738.

Anayasası'nın 36. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler ancak genel hukuk ilkelere çerçevesinde sınırlandırılabilir. Keza sınırlandırmanın makul ve demokratik bir toplumda haklı görülebilir olması zorunludur. Maddede ayrıca hak ve özgürlükler sınırlandırılırken; söz konusu hakkın niteliğinin, sınırlandırmanın önemi ve amacının, sınırlandırmanın niteliği ve kapsamının, sınırlandırma ile sınırlandırmanın amacı arasındaki ilişkinin ve aynı amacı gerçekleştirmeye yönelik daha az kısıtlayıcı tedbirlerin bulunup bulunmadığı hususlarının göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir.

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesindeki bu düzenleme adeta Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin, anayasanın kabulünden önce vermiş olduğu ve ölçülülük ilkesine ilişkin en önemli karar olan "*Makwanyane*" kararında dile getirilen ilkelerin pozitif hukuk normuna dönüştürülmesi şeklindedir.<sup>124</sup>

*Makwanyane* davasında Mahkeme, cinayet suçu için öngörülen ölüm cezasının anayasaya uygunluğunu incelemiştir. Mahkeme öncelikle cezalandırmanın amaçları olan caydırıcılık, özel önleme ve denkleştirici adalet ile konuyla ilgili temel haklar olan yaşama hakkı, insan onuru, keyfilik ve ayrımcılık yasağı ışığında ölüm cezası arasındaki ilişkiyi ele almış ve taşıdıkları önemi tartmıştır. Mahkeme, ölçülülük ilkesi ile zalimane ceza yasağı arasında bir ilişki kurmuş ve ölüm cezasının gereklilik ilkesine uygun olmadığı sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi açısından ölüm cezasının bu cezanın alternatifi olan ömür boyu hapis cezası karşısında daha etkili ve caydırıcı bir araç olduğu yönünde yeterli kanıt bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin daha sonra verdiği birçok karar, ölçülülük ilkesinin temel haklara dayalı bireysel yarar ile kamu yararı arasında makul bir denge kurma şeklinde geliştiğini göstermektedir.<sup>125</sup>

### 3. İsrail

Bilindiği üzere İsrail'de bir anayasada bulunması gereken konular sistematik bir şekilde düzenlenerek anayasa adı verilen bir belgede toplanmış değildir. Bir başka deyişle, İsrail'in şekli anlamda bir anayasası yoktur. İsrail'de maddi anlamda anayasayı oluşturan "temel kanun" olarak adlandırılan kanunlar bulunmaktadır.

<sup>124</sup> SAURER, s. 17.

<sup>125</sup> SAURER, s. 18.

Bu temel kanunlara 1992 yılında İnsan Onuru ve Hürriyeti Hakkında Temel Kanun adında yeni bir temel kanun eklenmiştir. Bu temel kanunda düzenlenen temel haklar, kapsayıcı bir yasa kaydına tabidirler. Temel hakların sınırlandırılmasında uyulması gereken diğer koşullar yanında sınırlamanın meşru ve uygun bir amacının bulunması ve ölçüsüzlük yasağına uyulması koşulları da bulunmaktadır. Temel kanunda yer alan ölçülülük ilkesi, 1990'lı yılların ortasından itibaren yargı kararlarıyla somutlaştırılmaya başlanmıştır. Ölçülülük ilkesiyle ilgili önemli kararlardan biri de “*Mizrahi Bank*” kararıdır. Kararda tartışma konusu olan husus, ağırlıklı olarak tarım sektöründe kooperatif olarak faaliyet gösteren bir bankanın eski borçlarıyla ilgili düzenlemenin mülkiyet hakkıyla bağdaşıp bağdaşmadığı sorunudur. Bu davada ölçülülük ilkesi kullanıldığı gibi parlamentonun çıkardığı kanunların yargısal yoldan denetlenmesi de kabul edilmiştir. Bu gelişmeler İsrail'deki anayasal gelişmeler bakımından bir dönüm noktasıdır. İsrail Yüksek Mahkemesi bu davada denetim ölçütü oluştururken karşılaştırmalı anayasa hukukundan, özellikle de Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarından yararlanmışır. Kararın gerekçesinde “yumuşak araç” ilkesi açıklanırken Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 1958 tarihli “*Apotheke*” kararına atıf yapılmıştır.<sup>126</sup>

İsrail Yüksek Mahkemesi kararlarında ölçülülük ilkesi denetiminde daha çok gereklilik ve orantılılık ilkeleri önemli rol oynamaktadır. Örneğin “*Miller*” davasında İsrail ordusunda kadınların bazı askerî eğitimlere katılmasına izin verilmemesi, gereklilik kriterine aykırı bulunmuştur. Buna karşılık “*Lior Horev*” davasında dinî bayramlarda cadde ve sokakların kullanılmasına ilişkin düzenlemenin anayasaya uygunluğu denetlenirken orantılılık ilkesi kilit rol oynamıştır.<sup>127</sup>

İsrail'de öğreti ve yargı organları, İnsan Onuru ve Hürriyeti Hakkında Temel Kanunda yer alan genel sınırlama kaydını yorumlarken hem Alman hem de Kanada hukukundan yararlanmışlardır. Kanada içtihadının aksine İsrail Yüksek Mahkemesi ölçülülük denetiminde sınırlama amacının meşruluğuna olağanüstü bir önem vermiştir. Yüksek Mahkeme ayrıca devlet faaliyetlerinin orantılılığını değerlendirmekten de geri durmamıştır. Buna örnek olarak İsrail Yüksek Mahkemesinin Filistin sınırı boyunca terörle mücadele amacıyla örülen duvarla<sup>128</sup> ilgili olan ve oldukça ilgi

<sup>126</sup> SAURER, s. 19.

<sup>127</sup> SAURER, s. 20.

<sup>128</sup> Bu duvarın isimlendirilmesi konusunda bir kavram karmaşasının bulunduğu söylenebilir. İsrail tarafı resmi terminolojisinde daha çok Türkçe karşılığı güvenlik çiti olan “security fence” kavramını kullanmaktadır. Filistinliler ise ırkçı, ayrılıkçı duvar anlamına gelen “apartheid wall” tanımlamasını tercih etmektedirler. Uluslararası Adalet Divanı ise

uyandıran 2004 tarihli “*Beit Sourik*” kararı gösterilebilir. Yüksek Mahkeme, askerî makamlar tarafından çizilen duvar hattının elverişlilik ve gereklilik ilkelerine aykırı olmadığına karar vermekle birlikte, güvenlik açısından elde edilen faydanın alternatif rota karşısında çok düşük düzeyde kaldığını, buna karşılık bölge halkının haklarına önemli zararlar verildiğini, yani katlanılamaz nitelikte olduğunu söylemiştir.<sup>129</sup> Mahkeme kararda, duvarın askerî gerekliliklerle değil, güvenlik endişeleri sebebiyle inşa edildiği tespitinde bulunduktan sonra, “terörizme karşı vatandaşların korunması sorumluluğu”nu sık sık vurgulamış ve duvarın yönünün değiştirilmesi yönünde bir karar vermiştir.<sup>130</sup> Ölçülülük ilkesinin somutlaştırılması ile ilgili İsrail’de yaşanan tartışmalarda Alman ve Kanada etkisi birbiriyle yarışmasına rağmen, bu davada esas olarak Alman ölçülülük ilkesi model örnek alınmıştır. Bu bağlamda ölçülülük denetimi üç aşamalı olarak uygulanmış, elverişlilik ve gereklilik ilkeleri karşısında orantılılık ilkesine daha fazla ağırlık verilmiştir.<sup>131</sup>

#### 4. Amerika Birleşik Devletleri

Birçok ülkede ölçülülük ilkesi Alman hukukundan ya da geniş anlamda Avrupa insan hakları hukukundan esinlenilerek ya açıkça anayasada düzenlenmiş ya da yargı organları tarafından uygulanmaya başlanmış iken ABD anayasa hukukunda tam tersi yönde bir gelişim söz konusudur. Amerika’da farklı bir bakış açısı bulunmaktadır. Amerikan Federal Yüksek Mahkeme kararlarında ölçülülük düşüncesinin benimsenmesi gerektiğine dair bir ize rastlanmamaktadır. Tam aksine çoğunlukla reddedilmektedir.<sup>132</sup>

Bu çekingen tutumun temelinde Amerikan temel hak anlayışı yatmaktadır. Çok önem atfedilen din özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve özel hayata saygı hakkı, yaygın bir metafor olarak koruyucu kalkan olarak nitelendirilmektedir. Bu haklar kişinin devlet tarafından dokunulamayacak ve aşılamayacak özel alanının sınırlarını çizen, bireyi iktidara karşı koruyan haklardır. Amerikan İnsan Hakları Bildirgeleriyle içselleştirilen bu temel anlayışa uygun olarak söz konusu hak ve özgürlükler, başlangıçta temel haklar listesi içermeyen 1787 ABD Anayasasına 1791 tarihinde eklenmiştir. Anaya-

---

“Batı Şeria Duvarı” terimini kullanmıştır. Bkz. Gamze DEĞİRMENCİ, “Batı Şeria Duvarı ve Uluslararası Hukuk”, *Bilge Strateji*, Cilt 2, Sayı 4, Bahar 2011, s. 206.

<sup>129</sup> KOUTNATZIS, s. 48.

<sup>130</sup> DEĞİRMENCİ, s. 212.

<sup>131</sup> KOUTNATZIS, s. 48.

<sup>132</sup> SAURER, s. 21.

saya eklenen temel hakların önemli bir kısmı mutlak hak şeklinde formüle edilmiştir. ABD Anayasasına temel haklar eklenirken başlangıçta hâkim olan düşünce bu hak ve özgürlüklerin birçoğunun mutlak bir nitelik taşıdığı şeklindedir. Bu hak ve özgürlüklere kamu yararı gibi sebeplerle dışarıdan müdahale edilerek sınırlandırılmayacağı, hak ve özgürlüklerin ancak kendisinden kaynaklanan sınırlarının bulunduğu kabul edilmekteydi. Örneğin, hakaret, devlet sırlarını ifşa etmek, müstehcen açıklamalar, halkı kışkırtmaya yönelik sözler, ifade özgürlüğünün koruma alanının dışında kaldığı kabul edilmiştir. Bu mantıkla ölçülülük ilkesi, özgürlüklere getirilebilecek sınırlamaların oldukça dar tutulduğu bir sistemde sınırlamaları genişletebilecektir.<sup>133</sup>

Yakın dönemde verilmiş olan ve oldukça ilgi uyandıran “*Heller*” kararı, Amerika’da ki temel anlayışı çok iyi yansıttığı gibi, ölçülülük düşüncesiyle yüzleşmeyi de sergilemektedir. “*Heller*” davasında tartışma konusu olan husus, başkent Washington’da tabanca taşınmasını yasaklayan kanunun, ABD Anayasasında yapılan ikinci değişiklikle kabul edilen ve temel hak şeklinde güvence altına alınan silah bulundurma ve taşıma hakkı ile bağdaşıp bağdaşmadığı sorunudur. Dava konusu kanun 1970 tarihli olup, özel kişilerin tabanca taşınmasını yasaklamasından dolayı ABD’nin en sert silah kanunu olarak kabul edilmektedir. Tüfek ve av tüfeklerine özel mekânlarda ancak boş ve demonte olması ya da özel kilitli güvence altına alınmış olması halinde izin verilmektedir. Federal Yüksek Mahkeme, çok az bir oy çoğunluğu ile (4’e karşı 5) ile tartışma konusu kanunun anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Çoğunluk görüşüne göre, silah bulundurma ve taşıma hakkı, mutlak ve sınırsız bir şekilde güvence altına alınmıştır. Yargıç Stephen Breyer tarafından yazılan ve diğer üç yargıcın da katıldığı karşı oy yazısında ilk defa teknik bir terim olarak “orantılılık” kavramı, kademeli rasyonel dengeleme testi için açıkça kullanılmıştır. Karşı oy yazısı, evrenselleşen ölçülülük ilkesinin Amerikan anayasa hukukunda da etkili olmaya başladığını göstermektedir.<sup>134</sup>

## 5. Brezilya

Alman anayasa hukuku öğretisinin ve 1949 tarihli Bonn Anayasası’nın yeni demokrasiler üzerinde büyük etkisinin olduğu bilinen bir gerçektir. İlk akla gelenler 1976 tarihli Portekiz ve 1978 tarihli İspanya Anayasasıdır. Alman Anayasasının ve Alman hukuk öğretisinin Latin Amerika ülkeleri üzerindeki etkisini görmek çok zor değildir.<sup>135</sup>

<sup>133</sup> SAURER, s. 22.

<sup>134</sup> SAURER, s. 23.

<sup>135</sup> Gilmar MENDES, “Die 60 Jahre des Bonner Grundgesetzes und sein Einfluss auf die brasilianische Verfassung von 1988”, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, Band 58, 2010, s. 95.

Belirtmek gerekir ki, Latin Amerika ülkelerinin anayasal düzenlerinde Alman ve Avrupa yaklaşımının benimsenmesinde İspanya ve Portekiz köprü işlevi görmüştür.<sup>136</sup>

Brezilya Anayasası, askerî rejime son vermeye dair siyasi bir uzlaşmayı, temel hakların etkili bir şekilde korunmasını, öteden beri devam eden yapısal eşitsizlik nedeniyle toplum için büyük önem arz eden sosyal hakların güvence altına alınması çabasını ifade etmektedir.

1988 tarihli Brezilya Anayasası da Alman Anayasasından güçlü bir şekilde etkilenen anayasalardan biridir. Bu etki özellikle federal sistemin kurulması ve yetki paylaşımında, temel haklar rejiminde ve anayasaya uygunluk denetiminde kendini göstermektedir. Alman Anayasasının etkisi daha çok temel haklar alanında olmuştur. Temel haklar anayasada düzenlenirken sistematik açıdan Alman Anayasası örnek alınmıştır. Keza Alman temel hak öğretisi ve temel hak içtihadı, temel hakların uygulanması ve somutlaştırılmasında yol gösterici olmuştur. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin temel hak sorunlarına ilişkin kararları, Brezilya'da doktrin ve yargı organları tarafından benimsenmiştir.<sup>137</sup>

Brezilya'da yürürlükteki anayasa hariç önceki bütün anayasalarda temel haklar ve özgürlükler sistematik olarak Anayasanın son kısmında düzenlenmiş iken, 1988 Anayasası, Alman Anayasasından esinlenerek radikal bir değişiklikle temel hakları anayasanın ilk maddelerinde yer alan temel ilkelerden (m. 1-4) sonra anayasanın ikinci kısmında (m. 5-17) düzenlemiştir. Böylelikle anayasa koyucu, temel haklara verdiği özel önemi açıkça göstermiş ve temel hakları öncelikli bir konuma yükseltmiştir. Anayasanın 5. maddesinin 1. fıkrasına göre, temel hak ve güvencelere ilişkin normlar doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Temel hakların doğrudan etkisinin kabul edilmesiyle devlet organlarının anayasada öngörülen hak ve yükümlülüklerle bağlı olduğu vurgulanmış olmaktadır. Anayasa koyucu ayrıca temel hakların anayasanın kimliğinin ve sürekliliğinin ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmiş ve bununla bağlantılı olarak bireysel hakları ve güvenceleri ortadan kaldırmaya yönelik anayasa değişikliğinin yapılamayacağını öngörmüştür (m. 60).

Brezilya'da, her ne kadar ölçülülük ilkesinin uygulanmasında büyük bir belirsizlik olsa da, öğreti son yıllarda ölçülülük ilkesini savunmaya başlamıştır. Ölçülülük ilkesi

<sup>136</sup> KOUTNATZIS, s. 42.

<sup>137</sup> MENDES, s. 101.

çoğunlukla Alman hukukunda olduğu gibi belirli bir dizgi içinde uygulanmadığı gibi, literatürde ölçülülük ve tartıma yönelik ciddi eleştiriler de yöneltilmektedir. Ayrıca doktrinde bazı yazarlar temel hakların özünün korunmasını, temel hakları aşırı ve ölçüsüz sınırlamalara karşı koruyan bir araç olarak kavrama eğilimindedirler. Örneğin Mendes'e göre, anayasada açıkça öngörülen veya Brezilya'da olduğu gibi, anayasa içkin bir ilke olarak temel hakların özünün korunması, meşru olmayan, aşırı veya ölçüsüz sınırlamalarla temel hakların içeriğinin boşaltılmasını önleme amacına hizmet edebilir.<sup>138</sup> Alman hukukunda öze dokunma yasağı karşısında daha çok ölçülülük ilkesi tercih edilirken, Latin Amerika ülkelerinde temel hakların özünün korunması yoluyla temel hak sınırlamalarının ölçülü olmasını sağlama yönünde bir anlayışın bulunduğu söylenebilir. Bir başka deyişle, temel hakların sınırlanmasının sınırı olarak daha çok öz güvencesine odaklanılmaktadır.<sup>139</sup>

## 6. Güney Kore

1987 tarihli Güney Kore Anayasası, öze dokunma yasağı yanında gereklilik ilkesini temel hakları sınırlandırmanın maddi koşulu olarak açıkça öngörmüştür. Anayasanın 37. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Özgürlükler ve vatandaşların hakları yalnızca devlet güvenliğinin, düzenin veya kamu yararının korunmasının gerekli kaldığı hallerde yasayla sınırlandırılabilir. Getirilen sınırlama hakkın ve özgürlüğün özüne dokunamaz.”

Güney Kore Anayasa Mahkemesi, bu sınırlama kaydını uygularken büyük ölçüde ölçülülük ilkesine ilişkin Alman uygulamasını izlemektedir. Bu bağlamda sınırlandırmanın meşru bir amacının bulunup bulunmadığı sorunu çoğunlukla ön sorun olarak değil, ölçülülük denetiminin ilk aşamasında ele alınmakta, daha sonra sınırlamada başvuru aracının elverişli olup olmadığına, araç elverişli ise daha az sınırlayıcı bir başka elverişli aracın bulunup bulunmadığına bakılmakta, en sonunda da değerler tartışılmaktadır. Ancak ölçülülük ilkesi uygulanırken somut olayda gereklilik ilkesine aykırılık olmakla birlikte orantılılığın sağlandığı hallerde, daha az sınırlayıcı bir önlem bir bütün olarak ölçülülük denetimini keyfi bir denetime indirgeyecekse, ölçülülük ilkesine aykırılık kararı verilmemektedir. Ayrıca Güney Kore Anayasasında düzenlenen sosyal haklar alanında ölçülülük denetimi yapılmamaktadır. Güney Kore hukukundaki ölçülülük ilkesi uygulaması büyük ölçüde Alman hukukuna paralel olmakla birlikte, gereklilik ilkesinin uygulanması konusunda farklılık bulunmaktadır.<sup>140</sup>

<sup>138</sup> MENDES, s. 105.

<sup>139</sup> KOUTNATZIS, s. 42.

<sup>140</sup> KOUTNATZIS, s. 42-43.

## 7. Japonya

Başka bir ülkedeki anayasal bir ilkenin veya kavramın iktibas edilmesi demek, onun mutlaka pozitif hukuka aynen geçirilmesi anlamına gelmez. Japonya, buna örnek gösterilebilir. Bugüne kadar değişikliğe uğramayan 1947 tarihli Japon Anayasası, Güney Kore Anayasasından farklı olarak, ölçülülük ilkesini ya da ilkenin unsurlarını açıkça öngörmüş değildir. Japon hukukunda temel hakların sınırlandırılmasının temel dayanağı kamu yararı kavramıdır. Doktrinde ve yargı çevrelerinde kamu yararı'nın temel hakların ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde sınırlandırılmasını gerektirdiği konusunda görüş birliği bulunmaktadır.<sup>141</sup> Kuşkusuz Japon yargı pratiğinde büyük ölçüde sulandırılmış bir ölçülülük denetimi uygulanmaktadır. Ölçülülük denetiminin klasik uygulama aşamalarına pek fazla riayet edilmediği gibi yoğun bir denetimden de söz etmek mümkün değildir. Japonya Yüksek Mahkemesi bazen alınan önlemlerin elverişli ve gerekli olup olmadığını ölçülülük denetiminin ilk aşaması olarak kabul etmektedir. Temel hak sınırlamalarının anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin ağırlık merkezini kural olarak sınırlama amacı ile temel hakka yönelik müdahale arasındaki ilişki, yani değerler ya da menfaatler tartışı oluşturmaktadır. Tartımda genellikle sınırlama amacı lehine bir tutum takınılmaktadır. Yüksek Mahkeme, 1947 yılından 2004 yılına kadar yalnızca altı kanun hükmünü anayasaya aykırı bulmuş, sonraki yıllarda da çekingen tutumunu sürdürmüştür. Ölçülülük ilkesinin Japonya'daki anlaşılış ve uygulanış şeklinin Alman uygulamasından farklılık arz etmesinin sebebi, Japon Anayasasının yapımında ve yorumunda önemli etkisi olan Amerikan anayasa ve temel hak anlayışı ile Alman anayasa ve temel hak anlayışının Japonya'da rekabet içinde olmasıdır.<sup>142</sup>

## III. Ölçülülük İlkesine Yönelik Eleştirel Yaklaşımlar

Federal Almanya'da hem anayasa hukuku doktrinde hem de yargısal ve idari pratikte ölçülülük ilkesi, hukuk devleti ilkesinin ve temel hakların en önemli unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Alman hukukunda devletin her türlü eylem ve işleminin ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği konusunda, bazı eleştirel yak-

<sup>141</sup> Örnek olarak bkz. Kazuhiko MATSUMOTO, "Grundrechtlicher Umweltschutz in Japan", *Verfassung und Recht in Übersee*, 41 (2008), s. 472.

<sup>142</sup> KOUTNATZIS, s. 44.

laşımlar olmakla birlikte, bir uzlaşmanın bulunduğu söylenebilir.<sup>143</sup> Ölçülülük ilkesi, hukukun her alanında geçerli olan popüler bir ilkedir.<sup>144</sup> Alman Federal İdare Mahkemesi açısından ölçülülük ilkesi genelgeçer bir değer ölçüsüdür.<sup>145</sup> Buna karşılık karşılaştırmalı hukuktaki tablo farklıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, diğer ülkelerde ve uluslararası hukukta da ölçülülük ilkesinin gittikçe geliştiği ve yaygınlaştığı görülmektedir. Ölçülülük ilkesi özellikle son yirmi yılda dünyanın çeşitli bölgelerindeki birçok hukuk düzeninde hızlı bir şekilde yayılmıştır. Artık günümüzde liberal demokrasilerde ölçülülük ilkesi temel hak denetiminde en önemli denetim ölçütüdür. Nitekim ilke, “anayasaya uygunluğun evrensel kriteri” olarak nitelendirilmekte ve “küresel bir anayasacılığın temeli” olarak görülmektedir. Günümüzde ölçülülük ilkesi, uluslararası hukukta, Avrupa Birliği hukukunda, uluslararası insan hakları hukukunda, Türkiye’nin de içinde bulunduğu Avrupa ülkelerinin anayasa hukukunda, keza Latin Amerika ülkelerinde ve Kanada, Güney Afrika Cumhuriyeti, İsrail ve Yeni Zelanda’da geçerli olan bir ilkedir. Ölçülülük denetiminin son aşamasını oluşturan tartım, hukukun her alanında uygulanan bir test haline gelmiştir. Öyle ki, temel haklar içti-hadında baskın bir yöntem olmuş ve anayasa mahkemelerini güçlü bir şekilde etkilemiştir.<sup>146</sup> Bir yazar bu gelişmeyi çarpıcı bir şekilde şöyle özetlemektedir: “*Ölçülülük ilkesi belki de 20. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşen en başarılı hukuki plantasyondur.*”<sup>147</sup>

Ancak, ölçülülük ilkesinin zaferi bu şekilde lanse edilse de, uluslararası literatürde ölçülülük ilkesine yönelik ciddi eleştiriler de dile getirilmiştir. Bu eleştirilere geçmeden önce, ölçülülük ilkesinin anavatani olan Almanya’da bile eleştiri konusu olduğunu hatırlatalım ve Alman anayasa hukukçusu Hillgruber’in ilkenin uygulanış şekline yönelik eleştirisine yer verelim. Hillgruber, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan başlayarak 60 yıl boyunca verdiği kararları eleştirel bir gözle değerlendirdiği makalesinde, Federal Anayasa Mahkemesinin anayasanın üstünlüğünün ve bununla bağlantılı olarak ülke istikrarının sağlanmasında çok önemli katkısının bulunduğunu, ancak bazı kararlarının da isabetsiz olduğunu ve bunun da yanlış uygulamalara yol açtığını söylemektedir. Yazarın eleştirdiği hususlardan biri de, ölçülülük

<sup>143</sup> Matthias KLATT/Moritz MEISTER, “Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip”, *Der Staat*, Vol. 51, No. 2, 2012, s. 159.

<sup>144</sup> Detlef MERTEN, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band III, 2009, § 68, Rn. 1 (Aktaran KLATT/MEISTER, s. 159).

<sup>145</sup> BVerwG, 15.07.2008, 1 WDS-VR 11/08, Rn. 30; Karar metni için bkz. <http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=150708B1WDS-VR11.08.0>

<sup>146</sup> KLATT/MEISTER, s. 160-161.

<sup>147</sup> Mattias KUMM, “Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice”, *International Journal of Constitutional Law*, 2 (2004), s. 595.

ilkesinin üçüncü alt ilkesi olan orantılılık ilkesinin uygulanış şeklidir. Yazar, Federal Alman Anayasası'nda açıkça öngörülmemen ölçülülük ilkesinin, tıpkı Federal Anayasa Mahkemesinin içtihadında olduğu gibi, temel hakların varlığından türetilebileceğini kabul etmektedir. Yazara göre, bir temel hakka yönelik müdahale, ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından elverişli ve gerekli ise meşru görülebilir. Temel hakların sınırlandırılmasında kullanılan aracın elverişli ve gerekli olması şartı, temel hakların temelinde yatan özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olduğu anlayışından kaynaklanır. Özgürlüklere getirilen sınırlamalar yalnızca kamu yararının gerçekleşmesine hizmet ettiği takdirde meşrudur. Şu halde sınırlamada kamu yararının bulunması ve sınırlamanın kaçınılmaz nitelikte olması, yani daha yumuşak ancak aynı etkiye sahip başka bir aracın bulunmaması gerekir. Temel hak ve özgürlükler kural olarak sınırlamanın ölçüsünü de belirler. Sınırlama, amaca erişmek için gerekli olanın ötesine geçmemelidir. Elverişlilik ve gereklilik ilkeleri ile ilgili söylenen bu hususlar orantılılık ilkesi için aynı şekilde geçerli değildir. Orantılılık ilkesinin uygulanabilmesi için Federal Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu gerekçeden daha güçlü gerekçelere ihtiyaç vardır. Orantılılık denetimi çerçevesinde ulaşılmak istenen amaçtan hareketle aracın kullanılmasının anlamlı olup olmayacağını objektif anayasa hukuku ölçütleriyle tespit etmeye yönelik değerlendirme kuşkuludur. Federal Anayasa Mahkemesi orantılılık ilkesini sürekli olarak içeriğine dair bir şey söylemeden, yani müdahaleyi gerektiren hangi koşulların ve müdahalenin doğurduğu hangi sonuçların tartımda dikkate alınacağı ve bir aracın ne zaman orantılı, ne zaman orantısız olduğuna dair yeterli açıklamada bulunmadan uygulamaktadır. Oysa her somut olayda bu hususların değerlendirilerek karar verilmesi gerekir. Ancak böyle bir girişim kaçınılmaz olarak subjektif, karar verenlerin istek ve arzularını yansıtan, eksik ve ikna edici olmaktadır ve bu nedenle de politik bir kararın ortaya çıkmasına yol açacaktır. Zaten bir özgürlüğe yapılan müdahalenin ne gibi yükümlülükler veya külfetler doğuracağı somut olaya bakılarak belirlenebilir. Bu durum müdahale ile ulaşılmak istenen amaçın orantılı olup olmadığının belirlenmesinde de geçerlidir.<sup>148</sup>

Webber, orantılılık ilkesini umut verici bir ilke olarak görmemekte ve ilkenin temel hakların korunmasını zayıflattığını düşünmektedir.<sup>149</sup> Webber, orantılılığın yani denge düşüncesinin hayatın her alanında karşımıza çıktığını, nihayet bu ilke veya düşüncenin anayasal haklar alanına da nüfuz ettiğini, günümüzde gerek insan hakları

<sup>148</sup> Christian HILLGRUBER, "Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren", *Juristen Zeitung*, 66. Jahrgang, Nr. 18, 2011, s. 862.

<sup>149</sup> KLATT/MEISTER, s. 161.

öğretisinin gerekse yargı organlarının ölçülülük ilkesinin özellikle de bu ilkenin bir alt unsuru olan orantılılık ilkesinin rüzgârına kapılmış durumda olduğunu söylemektedir. Webber’e göre, anayasa hukukunun dengeleme çağına girdiğini iddia etmek abartı sayılmaz. Yazar bu iddiasını desteklemek üzere insan hakları hukuku alanında tanınmış iki hukukçunun görüşlerine de yer vermektedir. Kanadalı hukukçu David Beatty, ölçülülüğün “asli, her anayasal metnin göz ardı edilemez bir parçası” ve “anayasaya uygunluğun evrensel bir kriteri” olduğunu; Alman hukukçu Robert Alexy ise, dengelemenin “hukukta yaygın” ve anayasal haklar bakımından kaçınılmaz olduğunu çünkü “anayasal haklara sınırlama konulabilmesi için gerekçenin söz konusu edildiği yerde, başka bir makul yolun bulunmadığını” savunmaktadır. Ancak Webber’e göre, anayasa hukuku teorisinde ve uygulamasında ölçülülük ilkesine özellikle de bu ilkenin bir alt unsuru olan orantılılık ilkesine sıkça başvurulmasına rağmen, temel haklar ile ilgili çetrefilli ve karmaşık sorunların çözümünde ölçülülük ve dengelemenin her zaman bütünüyle faydalı olduğu kesin değildir.<sup>150</sup> Görüldüğü üzere Webber, denge ve orantılılık söyleminin temel haklar biliminin her alanına sirayet etmesini ve temel hakları sarıp sarmalamasını eleştirmektedir.

Webber’e göre, denge ve orantılılık kimi zaman “özgün bir gerekçe üzerinde muhtabakat sağlayamayan bir çoğunluğun, farklılıklarını gizlemek için kullandıkları bir şemsiye olarak kullanılabilmektedir. Yasama organının temel haklara getirdiği sınırlamaların dengeli ve orantılı olduğu sonucuna varma, çoğunlukla ispattan çok iddia niteliğindedir. Webber, temel hak ve özgürlükler hukukunun temel bir ilkesi haline gelen ölçülülük ilkesinin, özellikle de bu ilkenin bir alt unsuru olan orantılılık ilkesinin sorgulanması gerektiğini, anayasal haklara yalnızca denge ve orantılılık prizması üzerinden bakılmaması gerektiğini ve anayasal haklara yönelik muhakemenin farklı yöntemlerinin de olabileceği ihtimalinin göz ardı edilmemesi gerektiğini söylemektedir.<sup>151</sup>

Schauer, ölçülülük ilkesinin Amerikan anayasa hukukunda tanınmadığını, bundan dolayı da olgunlaşmış bir hukuk sistemi olarak görüldüğünü vurgulamaktadır. Buradan hareketle yazar, ölçülülük ilkesinin henüz olgunlaşmamış bir hukuk sisteminin bir göstergesi olduğu sonucuna varmaktadır. Yazara göre ölçülülük ilkesinin yalnızca anayasa hukukunun olgunlaşması sürecinde geçici bir işlevi olabilir.<sup>152</sup>

<sup>150</sup> Grégoire C. N. WEBBER, “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Volume 23, Issue 1, January 2010, s. 179.

<sup>151</sup> WEBBER, s. 180.

<sup>152</sup> Frederick SCHAUER, “Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States. A Case Study in Comparative Constitutional Architecture”, in: Georg Nolte (Hrsg.), **European and US Constitutionalism**, Cambridge University Press, 2005, s. 68, (Zikreden KLATT/MEISTER, s. 161-162).

2009-2010 yıllarında Uluslararası Anayasa Hukuku Dergisi'nde ölçülülük ilkesinin olumlu ve olumsuz yönlerini harareti bir şekilde tartışan makaleler yayımlanmıştır. İlk yayımlanan makalede Tsakyrakis, ölçülülüğü temel haklara yönelik bir saldırı olarak açıklamaya çalışmıştır.<sup>153</sup> Tsakyrakis'in makalesine cevap niteliğindeki makalesinde Khosla, ölçülülük ilkesinin tek bir dezavantajının bile kanıtlanamadığını ileri sürmüştür.<sup>154</sup> Bunun üzerine Tsakyrakis, cevaba cevap niteliğinde bir makale daha kaleme almıştır.<sup>155</sup>

Tsakyrakis, ilk yazısında orantılılık ilkesinin ABD dışındaki ülkelerde revaçta olduğu, başta Avrupa ülkeleri olmak üzere Kanada, Hindistan, Güney Afrika gibi birçok ülkede mahkemelerin insan hakları yargılamasında en çok başvurdukları kriterin orantılılık ilkesi olduğu, AIHM'nin ise, rutin olarak temel hakları diğer temel haklarla ve kamu yararıyla dengelediği ve pek çok ülkede orantılılık ilkesinin temel bir anayasal ilke seviyesine yükseldiği tespitinde bulunmaktadır. ABD dışındaki ülkeler dengeleme çağına sadece girmekle yetinmemişler, aynı zamanda dengelemenin insan hakları meselelerinin çözümünde en uygun yol olduğunu da kabul etmişlerdir. Hatta insan hakları meselelerinin çözümünde dengelemenin izlenebilecek tek yol olduğunu iddia eden teoriler de bulunmaktadır.<sup>156</sup>

Tsakyrakis, makalesinde orantılılık ilkesi yani dengeleme ile ilgili Amerika'daki tartışmalara da yer vermekte ve Amerikan yargı organlarının dengelemenin cazibesine karşı neden direnmektedir sorusunu güçlü bir hak -ifade özgürlüğü- bağlamında denemiş olması ve problemleri bir yargı metodu olarak bulunmuş olması şeklinde cevaplamaktadır. Esasında mesele, Amerikan Anayasasında yapılan ilk değişiklikle güvence altına alınan ifade özgürlüğünün anlamı üzerine Yüksek Mahkeme yargıçları arasında yaşanan tartışmalarda gündeme gelmişti. Bu tartışmalarda Yargıç Black, pek çok hukukçu gibi, dengeleme sürecini şiddetle eleştirmiştir. Black ve onun gibi düşünenler, diğerlerinden farklı olarak, neyin ölçüldüğünün (menfaatler, ilkeler, haklar, mütalaalar), nasıl ölçüldüğünün (hangi ölçü sistemi ile) ve dengelemeyi kimin

<sup>153</sup> Stavros TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 7, Issue 3, 1 July 2009, s. 468-493.

<sup>154</sup> Madhav KHOSLA, "Proportionality: An assault on human rights?: A reply", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 8, Issue 2, 1 April 2010, s. 298-306.

<sup>155</sup> Stavros TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 8, Issue 2, 1 April 2010, s. 307-310.

<sup>156</sup> TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 468.

yaptığının -yahut yapması gerektiğinin- (hâkimler veya kanun koyucu) açık olmadığını vurguladılar.<sup>157</sup>

Tsakyrakis'e göre, anayasal hakların, korunmaları her durumda yarışan kamu menfaatleri ile yapılacak dengelemeye bağlı olan şahsi menfaatlardan ibaret olduğu görüşü, anayasayı fiilen kadük hale getirir. Eğer anayasal haklar çatışan menfaatlerin dengelenmesi yoluyla korunuyorsa, o zaman anayasanın sağladığı korumanın hiçbir zaman sabit olmayıp çeşitli durumlardaki şartlara tâbi ve dengelemenin sonucuna bağlı olacağı söylenebilir.<sup>158</sup>

Ölçülülük ilkesi, (a) bir hak ile çatışan bir önlemin amacı gerçekleştirmek için elverişli olup olmadığını, (b) alınan önlemin ulaşmak istenen amaç için gerekli olup olmadığını, (c) korumayı amaçladığı menfaatler ile karşılaştırıldığında bireye haddinden fazla yükümlülük yükleyip yüklenmediğini belirleyen üç alt ilkedен oluşur. Önlemlerin tamamen işe yaramaz veya elverişsiz olması çok nadirdir ve meşru bir amacı gerçekleştirmek üzere zorunlu olduklarını ileri sürmek her zaman mümkündür, bu nedenle bir önlemin ilk iki unsur bakımından başarısız olması az görülür. Aslında ölçülülük kistası, çoğu zaman amacın önemi ile çatışmanın nispi yoğunluğunu, bir başka deyişle, ulaşmak istenen amaç ile alınan tedbir arasında ölçsüz bir orantının bulunup bulunmadığını ölçmeye indirgenmiştir. Ölçülülük ilkesi, değerlerin çatışmasının, derece ve yoğunluk meselelerine indirgenebileceğini, daha da önemlisi derece ve yoğunluğun da ortak bir ölçü ile ölçülebileceğini ve bu sürecin çatışmanın çözümünü ortaya çıkaracağını varsaymaktadır. Böylece, her türlü ahlaki yoruma karşı objektif, nötr ve tamamen konu dışı gibi davranmaktadır. Tsakyrakis'e göre, değerlerin ölçülemezliği, insan hakları yargılamasının metodu olarak dengelemeyi neden kabul etmememiz gerektiğini ortaya koymaktadır. Değerlerin bir ahlaki argüman olmaksızın ölçüldüğü inancını taşımak mümkün değildir. Şayet ahlak bahsi yoksa değerlerin ölçülebilir olduğunu göstermenin hiçbir yolu yoktur. Ölçülülük ilkesinin bunun yapılmasına müsaade ediyormuş gibi davranmanın da hiçbir manası yoktur.<sup>159</sup>

Tsakyrakis, ölçülülük ilkesi altında dengeleme yaklaşımının insan hakları yargılamasını aydınlatmaktan ziyade başka yönlelere kaydırıldığını düşünmektedir. Dengeleme yaklaşımı ile birlikte, insan haklarına ilişkin bir davada artık neyin doğru neyin yanlış

<sup>157</sup> TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 470.

<sup>158</sup> TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 470.

<sup>159</sup> TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 473-474.

olduğu sorulmuyor, fakat bunun yerine bir şeyin ölçülü, orantılı, yeterli, yoğun veya kapsamlı olup olmadığı tetkik edilmeye çalışılıyor. Bu yaklaşım sadece AİHM içtihatları için geçerli olmayıp, dünya genelinde ölçülülük ilkesini savunanların ortak kanaati haline gelmiştir.<sup>160</sup> Yazara göre, yargılama sadece ölçülülük ilkesine dayandırılırsa, insan hakları kavramına zekice bir saldırı yapılmış gibi olacaktır ve insan hakları ile ilgili olarak doğrular ile yanlışlar yerine yoğunluk ve yeterlilik yönünden yapılan bir denetim ile insan hakları lehine bir yaklaşım sergilenmiş gibi davranılmaktadır. Neyse ki, yargıçlar, ölçülülük ve dengelemeye bağlıymış gibi yapmalarına rağmen hükümlerini çoğu zaman ahlaki değerlendirmelere dayandırmaktadırlar.<sup>161</sup>

Tsakyarakis'in "Ölçülülük: İnsan Haklarına Saldırı mıdır?" adlı makalesinden sonra Khosla, cevap niteliğinde bir makale kaleme almış ve Tsakyarakis'in görüşlerini tartışmıştır. Khosla'nın tespitine göre, Tsakyarakis, ölçülülüğü, haklar ile ilgili münakaşalara nesnellığı aşlamak maksatlı asılsız bir teşebbüs olarak görmektedir. Dahası, kamu menfaatlerinin, bireysel hakların aleyhinde olduğunu farz etmektedir. Khosla'ya göre ölçülülük ilkesi, dünya çapında, bir hak ihlalinin bulunup bulunmadığının tespitinde başvuru en temel kriterlerden biridir. Ölçülülük ilkesi; İsrail, Federal Almanya, Kanada ve Güney Afrika gibi çeşitli ülkelerin yargılama yerlerindeki hak denetimlerinin yeknesak standardı olarak hizmet eder. Son zamanlarda dikkat çekecek biçimde, Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesinden Yargıç Stephen Breyer'in fikirleri, yaklaşımın, Amerikan anayasa yargısında yaygınlık kazandığına işaret etmektedir. Ölçülülüğün önemini dikkate aldığımızda Tsakyarakis'in eleştirileri, zamanlaması manidar ve ciddi incelemelere şayandır.<sup>162</sup>

Khosla'ya göre, Tsakyarakis, dengelemenin belirli tiplerini itiraz edilebilir olarak görmekte haklı olsa da, ölçülülüğün bunlara ihtiyaç duyduğu şeklindeki çıkarsaması isabetli değildir. Yazar, değerlerin aynı birimle ölçülebilmesine ilişkin önemli politik sorunlara odaklanmaktan ziyade ölçülülüğün metodolojisine açıklık getirmekte ve Tsakyarakis'in argümanlarının altında yatan yanlış önermeleri incelemekle yetinmektedir. Tsakyarakis'in dayandığı faraziyeleri tetkik ederek ölçülülük kıstasındaki herhangi bir kusuru dile getirmede nasıl başarısız olduğunu göstermektedir. Tsakyarakis'e göre ölçülülük kıstası, bireysel haklar ile kamu menfaatlerinin dengelenmesini gerektirir. Khosla'ya göre, ölçülülük denetimi yapılırken en başta ulaşılmak istenen

<sup>160</sup> TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 484.

<sup>161</sup> TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 488.

<sup>162</sup> KHOSLA, s. 298.

amacın meşru bir amaç olup olmadığına bakılır. Eğer meşru bir amaç varsa, o zaman bu amaca ulaşmak için kullanılan aracın elverişli olup olmadığına, araç elverişli ise gerekli olup olmadığına ve son olarak araç ile amaç arasında ölçüsüz bir orantının bulunup bulunmadığına bakılır. Ne var ki Tsakyrakis ölçülülük ilkesini orantılılık ilkesine indirgemiş gibi görünmektedir. Yine de daha yakın bir inceleme, Tsakyrakis'in ölçülülük ilkesinin diğer alt ilkelerini göz ardı etmediğini, ancak bunların pratik önemlerinin çok az olduğu inancını ortaya koymaktadır. Khosla'ya göre, Tsakyrakis, argümanlarını ölçülülük ilkesinin hatalı şekilde uygulandığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin belirli kararlarını inceleyerek geliştirmiştir. Yazara göre, yetersiz veya hatalı uygulamalara dayanarak ölçülülük ilkesinin problemli olduğunu ileri sürmek doğru değildir.<sup>163</sup>

Khosla'ya göre, ölçülülük ilkesini dengelemeden yani orantılılık ilkesinden ibaretmiş gibi görmek doğru değildir. Bununla birlikte kabul etmek gerekir ki, orantılılık ilkesi diğer alt ilkelere nazaran çok daha yoğun bir şekilde uygulanmaktadır. Ayrıca orantılılık ilkesinin doğru bir şekilde uygulanması diğer alt ilkelere göre çok daha zordur. Bu nedenle yargıçların orantılılık kıstasını uygularken azami özeni göstermeleri gerekir. Kararlar bu meyanda başarısızlığa uğradığında, eleştirel bakış açısını da beraberinde getirirler. Ancak bu, ölçülülüğün normatif çerçevesini büsbütün reddetmemizi gerektirmez. Dworkin'in de belirttiği gibi, "yargıçlar sık sık isabetsiz veya adil olmayan kararlar veriyorlar diye hiçbir çaba sarf etmemeleri gerektiğini" söyleyemeyiz. Tsakyrakis'in makalesi, önemli bir hatırlatıcıdır ki, ölçülülük adil olmayan kanunlara ilişkin çok daha fazla şey yapmasına karşın, yetersiz veya hatalı yargılama hakkında nihayetinde çok az şey yapabilir.<sup>164</sup>

Tsakyrakis, yayımlanan makalesini tahlil eden ve tartışmaya açan Khosla'nın makalesi üzerine cevaba cevap niteliğinde bir makale kaleme almıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere, Khosla'nın Tsakyrakis'in argümanlarına karşı temel eleştirisi, onun ölçülülük ilkesinin ilk iki kriterini (elverişlilik ve gereklilik) hafife alması ve ölçülülük ilkesini orantılılık (dar anlamda ölçülülük) ilkesine indirgemesi ve böylece bütün analizin yanlış olması idi. Tsakyrakis, cevaba cevap yazısında Khosla'nın, orantılılık testinin ve uygulanmasının hoş karşılanması için yeni bir formülasyon önerdiğini, ancak yine de ikna olmadığını söylemektedir.<sup>165</sup>

<sup>163</sup> KHOSLA, s. 298-302.

<sup>164</sup> KHOSLA, s. 305.

<sup>165</sup> TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla", s. 307.

Tsakyrakis, ölçülülük ilkesini, dengelemeye atıfta bulunmaksızın dikkate almanın bir yolu var mıdır sorusunu ortaya atmakta ve bu konuda şu tespiti yapmaktadır:

“Bir temel hakka getirilen sınırlamanın meşruluğunu değerlendirmenin en mantıklı yolu, Alexy’nin söylediği gibi, sınırlamanın amacı ile alınan önlem arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığına bakmaktır. Ölçülülük ilkesinin özünde bu temel fikir yatar. Bu temel fikrin ölçülülük testinin uygulanmasında güçlü bir etki ortaya koyduğuna inanıyorum. Sonuç olarak, ölçülülük ilkesinin üç alt ilkedен oluştuğu hiç şüphesiz doğru olmakla birlikte, halen en hayati olan üçüncüsüdür. Gerçekten, yargıçlar, ilk iki kriterle ölçülülüğün en coşkulu taraftarları kadar sözde bağlılık gösterse de, bu iki alt teste pek de önem atfetmezler.”<sup>166</sup>

Tsakyrakis’e göre, Khosla’nın orantılılığı korumaya çalışması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Otto-Preminger/Avusturya* ve *İ.A./Türkiye* davalarında olduğu gibi, açık, anlaşılır ve ikna edici gerekçelerden uzak hüküm verilmesini destekler niteliktedir.<sup>167</sup>

## Değerlendirme ve Sonuç

Ölçülülük ilkesi, hukukun her alanında geçerli olan popüler bir ilkedir. Alman Federal İdare Mahkemesi açısından ölçülülük ilkesi genel geçer bir değer ölçüsüdür. Buna karşılık karşılaştırmalı hukuktaki tablo farklıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, diğer ülkelerde ve uluslararası hukukta da ölçülülük ilkesinin gittikçe geliştiği ve yaygınlaştığı görülmektedir. Ölçülülük ilkesi özellikle son yirmi yılda dünyanın çeşitli bölgelerindeki birçok hukuk düzeninde hızlı bir şekilde yayılmıştır. Artık günümüzde liberal demokrasilerde ölçülülük ilkesi temel hak denetiminde en önemli denetim ölçütüdür. Nitekim ilke, “anayasaya uygunluğun evrensel kriteri” olarak nitelendirilmekte ve “küresel bir anayasacılığın temeli” olarak görülmektedir. Günümüzde ölçülülük ilkesi, uluslararası hukukta, Avrupa Birliği hukukunda, uluslararası insan hakları hukukunda, Türkiye’nin de içinde bulunduğu Avrupa ülkelerinin anayasa hukukunda, keza Latin Amerika ülkelerinde ve Kanada, Güney Afrika Cumhuriyeti, İsrail ve Yeni Zelanda’da geçerli olan bir ilkedir. Ölçülülük denetiminin son aşamasını oluşturan tartım, hukukun her alanında uygulanan bir test haline gelmiştir. Öyle

<sup>166</sup> TSAKYRAKIS, “Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla”, s. 308.

<sup>167</sup> TSAKYRAKIS, “Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla”, s. 309.

ki, temel haklar içtihadında baskın bir yöntem olmuş ve anayasa mahkemelerini güçlü bir şekilde etkilemiştir. Sadece anayasa mahkemeleri değil, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu gelişmeden etkilenmiştir. Nitekim Mahkeme rutin olarak insan haklarını diğer haklarla ve kamu yararı ile dengelemektedir. Mahkeme, ölçülülüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel yorum prensibi statüsüne yükseltmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, toplumun genel yararı ile bireyin temel haklarının korunması arasında adil bir denge sağlanmalıdır.

Ölçülülük ilkesinin dünya genelinde hızla yayılması ve insan hakları yargılamasında başvurulan temel bir kıstas haline gelmesini Kumm, *“Ölçülülük ilkesi belki de 20. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşen en başarılı hukuki plantasyondur.”* şeklinde özetlemektedir. Keza insan hakları hukuku alanında tanınmış Kanadalı hukukçu David Beatty, ölçülülüğün “asli, her anayasal metnin göz ardı edilemez bir parçası” ve “anayasaya uygunluğun evrensel bir kriteri” olduğunu; Alman hukukçu Robert Alexy ise, dengelemenin “hukukta yaygın” ve anayasal haklar bakımından kaçınılmaz olduğunu çünkü “anayasal haklara sınırlama konulabilmesi için gerekçenin söz konusu edildiği yerde, başka bir makul yolun bulunmadığını” söylemektedir.

Ancak, ölçülülük ilkesinin zaferi bu şekilde lanse edilse de, uluslararası literatürde ölçülülük ilkesine yönelik ciddi eleştiriler de dile getirilmiştir. Özellikle ölçülülük ilkesinin üçüncü alt ilkesi olan orantılılık ilkesinin uygulanış şekline ciddi eleştiriler yöneltilmiştir. Orantılılık ilkesinin uygulanış şekline yönelik en temel eleştiri, yargı organlarının genellikle orantılılık ilkesinin içeriğine dair bir şey söylemeden, yani müdahaleyi gerektiren hangi koşulların ve müdahalenin doğurduğu hangi sonuçların tartımda dikkate alınacağı ve bir aracın ne zaman orantılı, ne zaman orantısız olduğuna dair yeterli açıklamada bulunmadan uygulamalarıdır. Oysa her somut olayda bu hususların değerlendirilerek karar verilmesi gerekir. Ancak böyle bir girişim kaçınılmaz olarak sübjektif, karar verenlerin istek ve arzularını yansıtan, eksik ve ikna edici olmaktan uzak ve bu nedenle de politik bir kararın ortaya çıkmasına yol açmaktadır.

Elverişlilik ve gereklilik denetimi yapılırken daha çok kullanılabilen araçların taşıdığı özelliklere odaklanılır. Bu bağlamda kullanılabilen araçlar, ne ölçüde elverişli ve yumuşak olduğuna bakılarak bir filtrelemeye tabi tutulur. Buna karşılık orantılılık denetiminde, seçilen araçla temel hakka yapılan müdahalenin ağırlığı ile ulaşılmak istenen amacın anayasal açıdan taşıdığı önem arasındaki ilişkiye odaklanılır. Kısaca ifade etmek gerekirse, orantılılık, bir tartım sorunudur. Bireysel yarar ile kamu ya-

rarı arasındaki bu tartımın nihai hedefi, pratik uyuşumun sağlanmasıdır. Bir başka deyişle, bireysel yarar ile kamu yararı arasında makul bir dengenin kurulmasıdır. Orantılılık denetiminde denetleyenin ön yargılarla hareket etmesini ve sübjektif bir karar vermesini önlemek üzere denetimin rasyonel bir şekilde yürütülmesi gerekir. Değerler tartımı, matematiksel bir süreç değildir, ancak unutmamak gerekir ki, bu süreç kişisel, politik veya ahlaki değil, hukuki bir süreçtir.

Ölçülülük ilkesi, özellikle de onun bir alt ilkesi olan orantılılık ilkesi doğru bir şekilde uygulandığında temel hakların etkisinde bir azalma söz konusu olmaz. Aksine ölçülülük ilkesi ve onun en yaygın kullanım şekli olan orantılılık yani dengeleme ve tartım ilkesi, temel haklar ile diğer ilkeler arasında ortaya çıkan karmaşık ve zorlu çatışmaların çözümünde kullanılabilecek en uygun araçtır. İnsan hakları yargısı zorunlu olarak bir tartımı gerektirir ve bu noktada ölçülülük ilkesi karar verme sürecinde kullanılabilecek en iyi kriterdir. Ölçülülük ilkesinin hatalı veya yetersiz uygulanması nedeniyle yanlış bir sonuca ulaşılması, ölçülülük ilkesini, temel hak ihlalinin bulunup bulunmadığının tespitinde kullanılmaması gereken bir kriter haline getirmez.

## Kaynakça

- ALEXY Robert, “Grundrechte und Verhältnismässigkeit“, in: **Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa, Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig**, U. Schliesky/C. Ernst/S. E. Schulz (Hrsg.), Heidelberg 2011, s. 3-15.
- ARNDT Hans-Wolfgang / RUDOLF Walter, **Öffentliches Recht**, 5. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1986.
- AYBAY Rona, “Olağanüstü Haller ve İnsan Hakları”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, 2. Kitap, Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s. 461-470.
- BAER Susanne, “Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz”, **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, 64 (2004), s. 735-758.
- BLECKMANN Albert, “Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips”, **JuS**, Heft 3, 1994, s. 177-183.
- BRAIBANT Guy, “Le principe de proportionnalité”, **Mélanges M. Waline II**, Paris 1974, s. 297-306.
- CİN Turgay, “Yunanistan Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt: 11, Sayı:2, 2009, s. 43-80.
- ÇAVUŞOĞLU Naz, “Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: “Katılım Meselesi”, **Anayasa Yargısı**, Sayı: 22, 2005, s. 1-14.
- DECHSLING Rainer, **Das Verhältnismässigkeitsgebot, Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns**, Verlag Franz Vahlen, München 1989.
- DEĞİRMENCİ Gamze, “Batı Şeria Duvarı ve Uluslararası Hukuk”, **Bilge Strateji**, Cilt 2, Sayı 4, Bahar 2011, s. 203-223.
- DETTERBECK Steffen, **Öffentliches Recht**, 8. Auflage, Verlag Vahlen, München 2011.

- EISSEN Marc-André, “The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, in: R. St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold, **The European System for the Protection of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London 1993, s. 125-146.
- ERDEM Jülide Gül, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, **AÜHFD**, Cilt: 62, Sayı: 4, Yıl: 2013, s. 971-1005.
- FLEINER Fritz, **Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts**, 1. Auflage, 1911.
- G. KOUTNATZIS Stylianos-Ioannis, “Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee”, **Verfassung und Recht in Übersee**, Heft 1, 2011, s. 32-59.
- GEMALMAZ Semih, “Olağanüstü Rejimin Ulusalüstü Ölçütleri Bağlamında De Facto-De Jura Ayırımı”, **Cahit Talas’a Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara 1990, s. 223-238.
- GENTZ Manfred, “Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 21. Jahrgang, 2. Halbband, Heft 35, 1968, s. 1600-1607.
- GLITZ Hubertus, **Gesetzmässigkeitsprinzip und Übermassverbot in ihrer Bedeutung für die Sachgemässheit verwaltungsrechtlicher Auflagen**, Bad Driburg 1975.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu”, **Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, Cilt 4, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1990.
- GRABENWARTER Christoph / PABEL Katharina, **Europäische Menschenrechtskonvention**, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012.
- GRABITZ Eberhard, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Band 98, Heft 4, 1973, s. 568-616.
- GRIMM Dieter, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, **University of Toronto Law Journal**, 57 (2007), s. 383-397.

HEINSOHN Stephanie, **Der öffentlichrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**, Hamburg 1997.

HILL Hermann, “Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt”, Josef ISENSEE/Paul KIRCHOF (edt.), **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Band VI, Freiheitsrechte, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989, s. 1305-1351.

HILLGRUBER Christian, “Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren”, **Juristen Zeitung**, 66. Jahrgang, Nr. 18, 2011, s. 861-871.

HIRSCH Günter, **Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht**, Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 80, Bonn 1997.

HIRSCHBERG Lothar, **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**, Verlag Otto Schwartz, Göttingen 1981.

HÖFLING Wolfram, “Grundrechtstatbestand-Grundrechtsschranken-Grundrechtsschrankenschranken”, **JURA**, 1994, s. 169-173.

HUBER Hans, “Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, Neue Folge, Band 96 (I), 1977, s. 1-29.

IPSEN Jörn, **Staatsrecht II**, 11. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2008.

KAPANİ Münci, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Bilgi Yayınevi, 2. Basım, Ankara 1991.

KATZ Alfred, **Staatsrecht**, 9. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989.

KHOSLA Madhav, “Proportionality: An assault on human rights?: A reply”, **International Journal of Constitutional Law**, Volume 8, Issue 2, 1 April 2010, s. 298–306.

KLATT Matthias MEISTER/Moritz, “Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip”, **Der Staat**, Vol. 51, No. 2, 2012, s. 159-188.

- KUMM Mattias, “Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice”, **International Journal of Constitutional Law**, 2 (2004), s. 574-596.
- MATSUMOTO Kazuhiko, “Grundrechtlicher Umweltschutz in Japan”, **Verfassung und Recht in Übersee**, 41 (2008), s. 467-476.
- MENDES Gilmar, “Die 60 Jahre des Bonner Grundgesetzes und sein Einfluss auf die brasilianische Verfassung von 1988”, **Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart**, Neue Folge, Band 58, 2010, s. 95-117.
- MERTEN Detlef, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, in: Merten/Papier (Hrsg.), **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Band III, 2009, s. 517-567.
- METİN Yüksel, **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- MEYER-BLASER Ulrich, **Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht**, Bern 1985.
- MICHAEL Lothar, “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, **JuS**, Heft 7, 2001, s. 654-659.
- OBERLE Max, **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingriffes**, Zürich, 1952.
- OSSENBUHL Fritz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermassverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte”, **Juristische Ausbildung**, Heft 12, Dezember 1997, s. 617-621.
- PACHE Eckhard, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften”, **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 18. Jahrgang, Heft 10, 15 Oktober 1999, s. 1033-1040.
- PIEROTH Bodo/SCHLINK Bernhard, **Grundrechte, Staatsrecht II**, 24. Auflage, C.F. Müller Verlag, 2008.
- POLLAK Christiana, **Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1991.

- RESS Georg, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht”, in: Kutscher/Ress/Ermacora/Ubertazzi (Edt.), **Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen**, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1985, s. 5-46.
- REUTER Thomas, “Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen”, **JURA**, Heft 7/2009, s. 511-518.
- Rudolf WENDT, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermassverbot”, **AöR**, Band 104, Heft 3, 1979, s. 414-474.
- SABUNCU Yavuz, **Anayasaya Giriş**, 5. Bası, İmaj Yayınları, Ankara 1997.
- SAĞLAM Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara 1982.
- SAURER Johannes, “Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes“, **Der Staat**, Band 51, Heft 1, 2012, s. 3-33.
- SCHAUER Frederick, “Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States. A Case Study in Comparative Constitutional Architecture”, in: Georg Nolte (Hrsg.), **European and US Constitutionalism**, Cambridge University Press, 2005, s. 49-69.
- SCHNAPP Friedrich, “Die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs”, **JuS**, Heft 11, 1983, s. 850-855.
- STEIN Ekkehart, **Staatsrecht**, 14. Auflage, J. C. B. Mohr Verlag, Tübingen 1993.
- STERN Klaus, “Die Grundrechte und ihre Schranken” in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**, Band 2, Tübingen 2001, s. 1-34.
- STERN Klaus, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Band 1, München 1997.
- TERHECHTE Jörg Philipp, **Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2010.
- TRETTNER Hannes, “Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – vergebene Chance oder Hoffnung?”, **DIE UNION**, 1/2001, s. 44-59.

TRSTENJAK Verica / BEYSEN Erwin, “Das Prinzip der Verhältnismässigkeit in der Unionsrechtsordnung“, **Europarecht**, Heft 3, 2012, s. 265-284.

TSAKYRAKIS Stavros, “Proportionality: An assault on human rights?”, **International Journal of Constitutional Law**, Volume 7, Issue 3, 1 July 2009, s. 468–493.

TSAKYRAKIS Stavros, “Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla”, **International Journal of Constitutional Law**, Volume 8, Issue 2, 1 April 2010, s. 307–310.

UYGUN Oktay, “Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi”, in: Turgut Tarhanlı (Edt.), **Edip F. Çelik’e Armağan: Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet**, Engin Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 391-403.

WEBBER Grégoire C. N., “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Volume 23, Issue 1, January 2010, s. 179-202.

WIENBRACKE Mike, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, **Zeitschrift für das Juristische Studium**, 02/2013, s. 148-155.

WOLFFERS Artur, “Neue Aspekte des Grundsatz der Verhältnismässigkeit”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, Band 113, Heft 7, Juli 1977, s. 297-311.

YOKUŞ Sevtap, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi**, Beta, İstanbul 1996.

ZIMMERLI Ulrich, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, Band 97, Heft 1, Halbband 2, 1978, s. 1-131.



(18. Makale – 2017)

Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU\*

*AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun  
Zor Kullanma Yetkisi\*\**

---

\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

\*\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 66, Sayı: 3, s. 627-658.



# AİHM KARARLARINDA TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HAKKI VE KOLLUĞUN ZOR KULLANMA YETKİSİ

Freedom of Assembly and Law Enforcement Powers to Use Force  
in Decisions of the ECHR



H. Gökçe ZABUNOĞLU\*

## Öz

Düşünce özgürlüğünün bir uzantısı olarak kamusal alanda kamuoyunun dikkatini çekmek için toplantılar, gösteriler ve yürüyüşler düzenlenmektedir. Demokratik ülkelerde bunlar temel haklar içerisinde kabul edilen toplantı özgürlüğü içinde güvence altına alınmaktadır. Bu hakkın kullanımı esnasında devlet müdahaleleri söz konusu olmaktadır. Devletin güvenlik bürokrasisi ile toplumsal olaylara müdahalesinde kullandığı zor kullanma yetkisi ve tekniği ulusal ve uluslararası normlar ile düzenlenmiştir. Buna rağmen müdahalenin hangi ölçüde olması gerektiğine ilişkin tam bir uygulama standardı bulunmamaktadır. Gerek uygulamada ve gerek mevzuatta ilgili hakka ilişkin pek çok sıkıntı ile karşı karşıya olunduğu bir gerçektir. Türkiye’de gerçekleşen eylemlerde sıklıkla kolluğun güç kullanma yetkisini aştığı iddia edilmektedir. Yine kanunda hakkın kullanımı için aranan bilendirim şartının izin verme biçiminde uygulanması da bu hakkın kullanımında ortaya çıkan sorunların başında gelmektedir. Bu çalışmada toplumsal olaylarda kolluk kuvvetlerinin zor kullanma yetkisinin sınırları AİHM içtihatları ışığında değerlendirilmiştir.

## Abstract

As an extension of freedom of thought, meetings, demonstrations, and walks are organized for the public attention to public attention. In democratic countries, these are guaranteed within the freedom of assembly, which is recognized in fundamental rights. State interventions during the exercise of this right is concerned. The state’s right to use force and security bureaucracy is regulated by national and international norms. Yet there is no exact standart for what extent the intervention should be. It is often claimed that the police are empowered to use force in Türkiye. The application of notification condition in the form of permission in practice is another question about this right. In this study the limits of the police force’s use of force in social events were assessed under the ECHR’s judgement.

\* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

## Giriş

Düşünce özgürlüğünün olmazsa olmaz sonucu, insanların düşündüklerini başkalarının da dikkatini çekmesi istemidir. Bu istemin doğal bir uzantısı olarak kamusal alanda diğerlerini etkilemek için dünyanın demokratik olan veya olmayan her yerinde toplantı, gösteri ve yürüyüşler düzenlenir. Demokratik olma iddiasındaki sistemlerce tanınan bu özgürlüğün içeriğine ve sınırlarına yönelik birçok tartışma devam edegelmektedir. Anılan hakkın kullanım sınırları belirlenerek bu sınırları aştığı düşünülen toplumsal olay ve etkinliklere devlet müdahalesinin gerekliliği ve yöntemi sürekli eleştiri konusu olmuştur.

Devletin güvenlik bürokrasisi ile toplumsal olaylara müdahalesinde kullandığı zor kullanma yetkisi ve tekniği ulusal ve uluslararası normlar ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere rağmen birçok ülkede bazı temel hakların kullanımını ya da dokunulmazlığını etkileyen müdahalelerin hangi oran ve ölçüde olması gerektiğine ilişkin herhangi bir uygulama standardı bulunmamaktadır. Bu durum, yapılacak müdahalelerde kolluk görevlilerinin davranışlarında çeşitli gayelerle keyfilik yaratabilecek ya da organizasyon hatalarına sebep olabilecektir. Günümüzdeki zor kullanma yetkisini tekelinde bulunduran, kurumsallaşmış devletin bulunmadığı zamanlardaki keyfi müdahaleleri, kişilerin yaşam hakkını hatta işkence ve kötü muameleyle maruz kalmama haklarını ihlal edebilecek riski bünyesinde taşımaktadır.

Bu çalışmada toplumsal olaylarda kolluk kuvvetlerinin zor kullanma yetkisinin sınırları AİHM içtihatları ışığında değerlendirilecektir. Bunun için öncelikle toplumsal olay ve etkinliklere müdahalenin gerekli olup olmadığı hususu toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma özgürlüğünün sınırları ile birlikte tespit edilmeye çalışılacaktır.

## 1. Toplanma Özgürlüğü

İnsanın duygu ve düşüncelerini dış dünyaya aktarma arzusu bireysel ifade şeklinde görünebileceği gibi ortak bir amaç doğrultusunda başka insanlarla bir araya gelerek kolektif bir hareket olarak da tezahür edebilir. *Sosyal bir varlık* önermesiyle bilinen insanın duygu ve düşüncelerini kendisi gibi düşünenlerle birlikte ifade etme isteğinin arkasında yatan temel psikolojinin düşüncenin ifade edilmesinde yalnız olmamanın verdiği güven, tatmin ve haz duygularının yanı sıra toplantı ve gösterilerin

yapılmasıyla kamuoyunun dikkatinin daha güçlü ve etkili bir şekilde çekme çabasıdır. Neredeyse tüm demokratik toplumlarda teminat altına alınmış olan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının olağan kabul sebebi de insanın doğasında bulunduğu varsayılan toplanma içgüdüsüdür.

En popüler toplanma amaç ve konusu genellikle, kişilerin yarattıkları “*hizmetkâr devlet*” mekanizmasının faaliyetleri ya da eylemsizliğine ilişkindir. Her ne kadar toplanma hakkının kamuoyunun dikkatinin çekilmesi amaçlanan konu kapsamının yalnızca siyasi sebeplerle sınırlı olmaması gerektiğini savunan “*geniş yorum taraftarı görüşü*”<sup>1</sup> tarafımızca da benimsenmekte ise de ilgili hakka yönelik müdahalelerin en çok göze batanı ve tartışılanı siyasi amaçlarla yapılan toplantı ve gösterilerdir.

Demokratik seçimler dışında siyasi iradeyle doğrudan diyalog yollarının sınırlı ve etkisiz olduğu düşünüldüğünde bu hakkın kullanımının önemi yadsınmamalıdır. Bu bağlamda demokrasinin yalnızca “*sandık*” ile sağlanamayacağı gerçeğini göz önüne aldığımızda demokratik düzenin belirleyici ölçütlerinden birisi de toplanma hakkının ne ölçüde etkin şekilde kullanılabildiği sorusuna verilen cevap olacaktır. Hakkın süjesi olan topluluklar, seslendirmeye çalıştıkları konuyla ilgili güçleri ve etkileri dolayısıyla siyasi iktidarlar için her zaman potansiyel anlamda bir tehdit olacaklardır.<sup>2</sup> İşlevselliği bakımından eleştirmek ve karşı durmak olarak bilinen muhalefet partileri yerine doğrudan halktan gelen kitlesel tepkiler, yöneten üzerinde şüphesiz daha etkili bir baskı aracı olacaktır.

Hiçbir hak ve özgürlüğün sınırsız bir şekilde kullanılması düşünülmemeyeceğinden toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı için de kötüye kullanımları önlemek ve kamu düzenini sağlamak amacıyla sınırlamalar öngörülmesi kaçınılmaz olacaktır. Bu ikisi arasında bir kesişme noktası bulmak gerekmektedir<sup>3</sup>. Aksi düşünüldüğünde sınırsız özgürlük ile ortaya çıkacak kaotik ortamda hiçbir özgürlüğün teminatı bulunmayacağından kullanımı da mümkün olamayacaktır. Bunun tam tersinden hareketle, düzenin korunması veya sağlanması uğruna hak ve özgürlüklere yapılacak ölçsüz müdahaleler durumunda birincisi, ikincisinin mezar kazıcısı olmaktan öteye gidemeyecektir.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Atalay E., **Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 65, İzmir, 1995, s. 49 vd.

<sup>2</sup> Kaboğlu İ. Ö., **Kolektif Özgürlükler**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989, s. 129.

<sup>3</sup> Anayurt Ö., **Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 134.

<sup>4</sup> Anayurt, s. 134.

Ayrıca toplantı özgürlüğünü; benzerliği itibarıyla *düşünce özgürlüğünden*, *dernek özgürlüğünden* ve *sivil itaatsizlikten* kısaca ayırt etmekte fayda vardır. Zira her hak ve özgürlük için sınırlama sebepleri farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, toplanma özgürlüğünün yapılış amacı genellikle bir düşünceyi ifade etme amacı taşır. Ancak nadi-ren de olsa her toplanma faaliyeti düşünceyi ifade etme şeklinde görülmeyebilir. Ya da dernek kurma özgürlüğünde kalıcı bir amaç doğrultusunda bir araya gelme söz konusuyken toplanma ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünde geçici bir birliktelik söz konusudur. Sivil itaatsizlik eylemleri, yasal olmayan fakat müsamaha gösterilebilir bir eylem iken toplanma ve gösteri yürüyüşü bir haktır. Ayrıca tek bir kişinin bile gerçekleştirebileceği bu eylem, yalnızca kolektif olarak kullanılabilen toplantı özgürlüğünden ayrılır. Toplantı özgürlüğü ile benzerlik gösteren hak ve özgürlüklerin iç içe geçtiği durumlarla karşılaşılabilir. Böyle bir durumda ilk akla gelecek soru, müdahale gerekip gerekmediği değerlendirmesi yapılırken hangi hakkın sınırlama sebebinin göz önünde bulundurulacağıdır. Bu konuda çeşitli görüşler bulunmakla birlikte, her fiilin hangi hak ve özgürlüğün kapsamında olduğunun tespitiyle ona uygun sınırlama sebeplerini belirlemek kanaatimizce rasyonel bir çözüm olarak benimsenebilir.<sup>5</sup>

## 1.1. Toplanma Özgürlüğünün Sınırlandırılma Amacı

İnsanların kalabalıklar oluşturarak bir araya gelmesinin toplantı özgürlüğündeki amacı ve siyasi iktidarlar üzerindeki etkisinin önemi bilinmekle birlikte kişilerin yalnızlığını, sorumluluk duygusunu ve mantığını yitirerek yönlendirilebilir tehlikeli bir yığılı oluşturmuş olmaları ihtimali mümkün görülebilmektedir. Genel olarak gözlemlendiğinde herhangi bir grup içinde iken insanın birey olarak davranmaktan çıkıp o topluluğun bir üyesi olarak davrandığı görülmektedir. Kişiler, topluluğu bir araya getiren etkenlerin etkisiyle tek başına hiçbir zaman yapmayacakları davranışları topluluk içindeyken gösterebilir. Hatta bazen bu davranışların o kişilerin kişilik özelliklerine, örneğin tahsil düzeylerine, terbiye ve ahlak geçmişlerine veya ruhsal özelliklerine taban tabana zıtlık oluşturması mümkün olabilecektir. Başka bir ifadeyle akılcı ve bilinçli bir varlık olduğu kabul edilen bireyin, kitle içinde akıl dışı ve kolayca yönlendirilebilir bir karakter kazandığı söylenebilecektir.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Benzer görüş için bkz., İşgören A., **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 62-65.

<sup>6</sup> Aytaç A. M., **Kitle ve Siyaset: Kalabalıkların Yönetimi**, Doktora Tezi, Ankara 2009, s. 121. Kalabalıklarda bilinç kaybının sebepleri ile ayrıntılı tespitler için bkz. Yarsavut D., **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti**, İstanbul, 1968, s. 43-46.

Gerçekten de gözlemlendiğinde bireylerin artık kolektif bir niteliğe bürünmüş olan duygularla hareket ettiği anlaşılabacaktır. Hatta bu güçlü etki, sosyal psikolojinin çalışma alanında kimi kalemlerce tespit edildiği gibi, “*elit*” olarak bilinen kim-seleri bile ilkelileştirecek ve onların davranışlarını bu etkilerden kurtaramadıkları görülecektir.<sup>7</sup> Böyle kaotik ortamlarda topluluk psikolojisinin bu hassasiyetini bilen kişiler, insanoğlunun bu doğal refleksini istismar etmek isteyebilirler. İşte bu gibi nedenlerle toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin kamu düzenini bozmaya en elverişli ortamlardan biri olduğu söylenebilir.<sup>8</sup> Dolayısıyla anılan hak ve özgürlük bu ön kabullerle Türkiye’de olduğu gibi diğer devletlerce de birtakım sınırlandırmalara tabi tutulmuştur.<sup>9</sup>

Oysa insanın yalnızlıktan kalabalıklar içine girmekle düşünme kabiliyetini yitirmiş bir hayvan olarak değerlendirilmesi sonucuna varan klasik sosyal psikoloji anlayışı, içgüdülerinde toplumsallığı barındıran insanı yalnızca çok dar bir sahada, bireysel yaşam alanında mantıklı hareket eden bir canlı olarak kabulü sonucunu çıkarmaktadır. Bu genelleme, kolektif olan birçok hak ve özgürlük için katı bir sınırlandırma tehlikesi barındırma potansiyelini taşımaktadır. Bireyler, demokratik bir düzende sahip oldukları temel hakların ciddi oranlarda sınırlandırılmasına gösterilen gerekçelerden biri olan bu olumsuz psikolojinin kaçınılmaz olmadığını bilmek ve söz konusu tehlikelerle ilgili algı ve farkındalıklarını arttırmak zorundadır. Böyle bir soğukkanlılıkla kullanılan toplantı ve gösteri özgürlüğü, kısırtma ya da benzer niyetler içeren davranışlardan açıkça ayrışabilecektir.

## 1.2. Toplanma Özgürlüğünün Sınırları

### 1.2.1. Ulusal Düzenlemeler ve Türkiye Uygulaması

Türkiye’de 1970’lerde yaşanan kaotik döneme sebep olarak 1961 Anayasası’nın otorite ve özgürlük ikileminde (şeklen de olsa) özgürlükçü yapısı gösterilmişti. Bu dönemin tekrarlanmaması için haklara yönelik ciddi kısıtlamalar getiren 1982 Anayasası’nın 13. maddesinde Anayasa tarafından özel sınırlama nedenleriyle birlikte güvence altına alınan tüm haklar için etkili olabilecek nitelikte olan genel sınırlama

<sup>7</sup> Anayurt, s. 135

<sup>8</sup> Kaboğlu, s.130 vd, Anayurt s.134-137.

<sup>9</sup> Belçika Anayasası: md. 26, Danimarka Kralliyet Anayasası: md. 79, Federal Almanya Anayasası: md.8/2, İtalya Anayasası: md. 17/3, Hollanda Krallığı Anayasası: md. 9, İspanya Anayasası: md.21, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylu/anayasalar/anayasalar.htm>

nedenleri de benimsenmişti.<sup>10</sup> Ulus-üstü bir etki ile değişen konjonktür sayesinde özgürlükçü anlayışa doğru yeni bir ivme yaşanmış ve bu etki hak ve özgürlüklerin kullanımlarıyla ilgili yapılacak değişiklikleri zorunlu hale getirmiştir.<sup>11</sup> Bu doğrultuda 2001 Anayasa değişikliği ile 13. maddenin ilk halinde yer alan genel sınırlama sebepleri kaldırılmış ve her hak ancak hakkın düzenlendiği maddelerde düzenlenmiş sebeplerle sınırlanabilir hale getirilmiştir.

Söz konusu değişiklikleri yapan 4709 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği, 34. maddede güvence altına alınmış olan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkında da birtakım değişiklikler yapmıştır. İdarece şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla gösteri yürüyüşünün yapılacağı yerin ve güzergâhın tespit edilebileceği, bazı durumlarda toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasaklanabileceği veya ertelenebileceği; derneklerin, vakıfların, sendikaların ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemeyeceklerine ilişkin hükümler ilga edilmiştir. Değişiklikten sonra toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ancak millî güvenlik, kamu düzeni vb sebeplerle 13. maddedeki değişikliğe uygun olarak ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlemesi getirilmiştir. Ayrıca toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şart ve usullerin de kanunda gösterileceği düzenlemesiyle 06.10.1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na atıf yapılmıştır. Ancak anılan hakla ilgili yapılan tüm bu değişikliklerin çok daha özgürlükçü bir tablo sunduğunun ileri sürülmesi kanımızca da güçtür.<sup>12</sup> Gerçekten de kaldırılan sınırlama sebeplerinin aynısının ya da benzerlerinin 2911 sayılı Kanunda zaten mevcut olduğu görülecektir. Gözler'in değindiği gibi, dernek ve vakıflar “*ihhtisat ilkesi*” gereği belirli amaçları dışında faaliyet gösteremeyeceklerinden ilgili fıkranın mülgası öncekiler gibi şekli bir değişiklikten öteye gitmeyecektir.<sup>13</sup>

Hem uluslararası düzenlemelerde hem de ulusal hukukta kabul gören bir gerçek var ki o da toplantı ve gösteri hakkının “*silahsız ve saldırısız*” bir şekilde gerçek-

<sup>10</sup> “Sınırlama Sistemleri” için bkz., Atalay, s. 70-74.

<sup>11</sup> Ayrıntı için bkz., Fendoğlu H. T., 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg19/fendoglu.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/fendoglu.pdf), Ayrıca bkz., Kaboğlu İ. Ö., 2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg19/kaboglu.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kaboglu.pdf)

<sup>12</sup> Aynı yönde bkz., Gözler K., 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg19/gozler.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/gozler.pdf)

<sup>13</sup> Gözler., s. 4-6.

leştirilmesidir. Hem 1982 Anayasası hem de 2911 sayılı Kanun hükümleri “*silahsız ve saldırsızlık*” durumunu izah etme gereği bile duymamış, söz konusu özgürlüğün korunma şartını “barışçıl” olması ön koşuluna bağlamıştır. Ayrıca Sözleşmenin 11. maddesi de “*Herkes barışçıl olarak toplanma (...) hakkına sahiptir.*” düzenlemesiyle bu hakkın kullanımını şiddet içermeyen bir faaliyet olarak tanımıştır. Ancak “barışçıl” terimini anılan hakka her şeyin yolunda olduğu, deyim yerindeyse tozpembe zamanlarda ihtiyaç duyulmadığını göz önünde bulundurarak yorumlamak gerekmektedir. Bu nedenle “*barışçıl toplantı ve gösteri*” tabiri bir kesim üzerinde öfke uyandıran veya gücendirici bir davranış, hatta geçici olarak üçüncü kişilerin faaliyetlerini engelleyebilecek nitelikte geniş yorumlanmalıdır.<sup>14</sup> Ayrıca 1982 Anayasası’nda bir ek güvence olarak toplantı ve gösterilerin izne tabi olmayacağı durumu düzenlenmiştir. Ancak maddenin üçüncü fıkrasına göre anılan hakkın kullanılma şekil, şart ve usullerinin kanunla düzenleneceği ifade edilerek ön bildirim rejiminin benimsendiği 2911 sayılı Kanun tarafından bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Her ne kadar buradaki ön bildirim usulünü önleyici sistemlerdeki izin usulünden ayırt etmek gerekirken ise de Kanun’da idareye tanınan geniş erteleme ve yasaklama yetkisi, ikisi arasındaki farkı anlamsız hale getirebilecektir.<sup>15</sup> Yapılacak bildirim 2911 sayılı Kanun’un değişiklik yapılmış 10. maddesi gereğince toplantı başlamadan en az kırk sekiz saat<sup>16</sup> önce ve çalışma saatleri içinde mülki idari amirliğe yapılmalıdır.

Ekleme gerekir ki, 1982 Anayasası’nda ve 2911 sayılı Kanun’da toplantı ve gösteri yürüyüşüyle ilgili yalnızca düzenleme hakkı tanınmış, özgürlüğün çerçevesi planlı toplantı ve gösterilerle sınırlandırılmıştır. Başka açıdan bakıldığında, spontane ya da aniden yapılan barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşleri ön bildirim şartını gerçekleştir-meyeceğinden kapsam dışında kaldığı görülmektedir. Gerçekten de demokratik bir tepki olarak bu özgürlüğün kullanımına kamu düzeni ve güvenliği yahut başkalarının hak ve özgürlüklerine hâle gelmemesi amacıyla getirilen sınırlamalar her durumda katı bir şekilde uygulanmalı mıdır? 2911 sayılı Kanun’da düzenlenen sınırlamalara rağmen Yargıtay’ın konuyla ilgili bazı kararlarında hakkın kapsamı kanunun lafzından farklı olarak geniş bir şekilde yorumlandığı görülmektedir.

<sup>14</sup> **Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly**, Second Edition, OSCE/ODIHR, Warsaw/Strasbourg 2010, s. 15, para. 1.3; s. 33, para. 26.

<sup>15</sup> Aynı yönde bkz., *Kaboğlu*, s. 127-129; *Anayurt*, s. 95 :Yazar eserinde önceden bildirim rejimini, sonuçları itibarıyla liberalizm maskesi takmış izin rejimi olarak tanımlamaktadır.; İşgören, s. 105.

<sup>16</sup> İlgili maddede 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, bildirim süresi en az yetmiş iki saat olarak belirlenmişti.

Yargıtay bir kararında,

“sanığın, yönetim kurulu üyesi bulunduğu (...) partisi (...) il başkanlığı binası önünde bazı uygulamaları protesto etmek amacıyla olay günü elli kişilik bir grup önünde eleştiri mahiyetindeki kısa bir basın açıklamasından sonra yapılan oturma eylemi sırasında güvenlik güçlerinin uyarısı üzerine, grup içerisinde bazı kişilerin sanığın herhangi bir yönlendirmesi ve talimatı olmaksızın bazı sloganlar atarak dağıldıklarının anlaşılması karşısında, sanığın kanıtlanan eyleminde atılı suç unsurlarının bulunmadığı gözetilmeyerek yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi”<sup>17</sup>

nin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Diğer bir kararda,

“11.12.2000 günü (...) İlinde Çevik Kuvvet Şube Müdürlüğü otobüsünün silahla taranması sonucunda iki çevik kuvvet polis memurunun şehit edilmeleri ve bu olayın diğer illerde de emniyet mensuplarınca protesto edilmesi üzerine, sanıkların da olayı protesto etmek amacıyla İzmir ilinde Bozyaka’da bulunan hizmet binasından Konak meydanına kadar suç teşkil etmeyen sloganlar atarak yürüyüp, Konak meydanında şehit polis memurları anısına saygı duruşunda bulunarak, İstiklal Marşı’nı okumaları ve daha sonra görevlerine dönmeleri biçimindeki güvenlik güçlerine yapılan olaylara karşı seslerini duyurmak amacıyla yaptıkları eylemlerinin içinde bulundukları üzüntü nedeniyle demokratik tepki niteliğinde olduğu ve 2911 sayılı Yasa’da belirtilen suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, sanıkların beraatları yerine yazılı biçimde mahkûmiyetlerine karar verilmesi”<sup>18</sup>

nin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

Başka bir kararda ise,

“Sağlık Emekçileri Sendikası başkan ve üyeleri olan sanıkların 8 Mart Dünya Kadınlar Gününü kutlamak amacı ile Valilikten izin verilmemesi üzerine Sendika binasından İlhan Koman Parkına kadar trafiği aksatmadan yolun kenarından yürüyerek şiir okuduktan ve bildiri dağıttıktan sonra kendiliklerinden dağılmaları şeklinde gerçekleşen eylemlerinin 2911 sayılı

<sup>17</sup> Yargıtay 8. C.D., 19.9.2006 tarih, Esas No :2005/3245, Karar No : 2006/6775

<sup>18</sup> Yargıtay 8. C.D., 7.12.2006 tarih, Esas No : 2006/2438, Karar No : 2006/9022

Yasa'nın 28. maddesinde tanımlanan suç u oluşturmayaçağı gözetilmeden, yazılı şekilde mahkûmiyet karar verilmesi"<sup>19</sup>

nin bozmayı gerektirdiğı değ erlendirmesi yapılmıştır.

Daha yeni tarihli bir kararda ise,

“Oluş ve tüm dosya içeriğ inden, (...) Yasa Tasarısını protesto etmek ve sırf demokratik tepki ortaya koymak için basın açıklaması yapmak üzere Ankara Üniversitesi Cebeci Kampüsünde toplanan yaklaşık 100 kişilik grubun, ellerinde suç oluşturmayaçağı bazı pankartlar taşıyarak marşlar ve sloganlar eşliğinde kaldırım üzerinden Kolej kavşağına kadar yürüdüğü, kavşakta ellerindeki pankart ve flamaları açıp Kızılay istikametine yürüyüş e geçtikleri sırada güvenlik güçlerinin grubu barikat içine alıp dağılmaları yönünde ihtarda bulunmasına rağmen makul süre tanıyıp dağılmalarına fırsat vermeden grubu gözaltına almaya başladığı anlaşılmakla; sanığ a yüklenen 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüş leri Kanun'un 32. maddesinde tanımlanan suçun maddi ve manevi unsurlarının oluşmadığı ve beraatine karar verilmesi gerektiğı gözetilmeden yazılı biçimde mahkûmiyet hükmü kurulması”<sup>20</sup>

nın hukuka aykırı olduğı kanaatine varılmıştır.<sup>21</sup>

Görüldüğü gibi toplantı hakkı sadece bildirim şartı yerine getirilmediğı için ya da ani yapıldığı için veya düzenleme şartı yerine getirilmediğı için sınırlandırılmaktadır. Toplantı hakkının düzenlenmesine ilişkin planlı toplantılar esas alınarak düzenlenmiş olsa da ani yapılan toplantılar toplumsal bir gerçekliktir. İnsanın doğasından kaynaklı “*ani tepki ve toplumsal refleks*”<sup>22</sup> lere dayalı toplantılarda bu hakkın yok sayılması, kendiliğinden ve aniden oluş an toplulukların anayasal korunmadan yararlanamayacağını ileri sürmek hiç de adil olmayacaktır.<sup>23</sup> Hakkın evrensel olarak tanı nın kapsamına göre, ani toplantılar barışçıl olduğı müddetçe, spontane toplantılar

<sup>19</sup> Yargıtay 8. C.D. 11.12.2006 tarih, Esas No: 2006/1660, Karar No: 2006/9142

<sup>20</sup> Yargıtay 8. C.D., 9.2.2010 tarih, Esas No: 2007/9352, Karar No: 2010/1550

<sup>21</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., Aktan H. Y., **Toplantı ve Gösteri Yürüyüş ü ve Özgürlüğü ile İlgili Değişiklikler ve AİHM ve Yargıtay Uygulaması**, Türkiye Barolar Birliği İHAUM Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara 2004, s.531 <http://tbbyayinlari.barobirtik.org.tr/TBBBooks/insan-halari-avrupa-sozlesmesi-ve-adli-yargi.pdf>

<sup>22</sup> Yargıtayca ilk kez bir kararda bu kavramlara dayanılmıştır: Yargıtay 8. C.D., 27.6.2002 tarih, Esas No: 2002/949, Karar No: 2002/7518

<sup>23</sup> Aynı yönde bkz., Aktan, s. 533, *İşgören*, s. 68-69.

ise başka bir toplantı ile aynı yer ve zamanda makul bir şekilde yer alması mümkün olmadığı müddetçe sınırlamaya maruz kalmamalıdır.<sup>24</sup> Türkiye'nin de taraf olduğu AİHS'in 11. maddesinde toplanma özgürlüğü örgütlenme özgürlüğü ile birlikte düzenlenmiştir. Çalışmamızda maddenin sadece toplantı hakkıyla ilgili yönünü bir de Strazburg kararları ışığında ele alarak inceleyeceğiz.

### 1.2.2. AİHS 11. Madde ve AİHM Uygulamaları

Sözleşmenin 11. maddesi barışçıl toplanma özgürlüğünü toplumsal ya da kişisel, hangi amaçlarla kullanılıp kullanılmadığına bakmaksızın temel bir hak olarak korumaktadır. AİHS uygulamalarına göre toplantı hakkı yürüyüş ve gösterilerle birlikte *Cissé/Fransa* kararında kilisenin uzun süreli işgalinde görüleceği gibi oturma eylemlerini de içeren toplantıları kapsamaktadır. Toplu yürüyüşlerinin, halka açık toplantıların, protesto gösterilerinin ve kortej halinde yürüyüş şeklinde gösterilerin düzenlenmesinin Avrupa devletlerinin siyasi tarihlerinde önemli bir yer tuttuğunu ve bu hakkın kullanımıyla amaçlanan bilincin oluşturulmasında ciddi bir rol oynadığını belirtmek gerekmektedir.<sup>25</sup> Belki de bu sebeple bu hakkın kullanımında objektif sınırları belirlemek gibi bir standart arayışında bize en yakın referans AİHS metni ve AİHM uygulamaları olacaktır.

AİHM, toplanma özgürlüğü ile amaçlananın genellikle bir düşünce veya talebi dile getirmek olduğundan, toplantıyı düzenleyenlerin vermeyi planladıkları mesajın içeriğinin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde benzeri bir korumadan yararlanması gerektiğini belirtmiştir.<sup>26</sup> Buna göre Mahkemenin ifade özgürlüğünde benimsediği gibi toplantı ve gösterilerin aktarmak istediği düşünceye veya talebe muhalif olan kişileri rahatsız edebilecek veya gücendirebilecek gösterilerin de korunması gerektiği belirtilmiştir.<sup>27</sup> AİHM *Öllinger/Avusturya* kararında da toplanma özgürlüğünün ifade özgürlüğü benzeri bir korumadan yararlandığını benimsemektedir. Bu iki temel hak arasındaki bu dolaylı bağdan hareketle, toplanma özgürlüğünün belirli ölçüde abartmayı, hatta tahrik etmeyi de kapsadığı kabul edilmektedir.<sup>28</sup> Gerçekten de pro-

<sup>24</sup> Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, s. 18, para. 4.2, 4.3.

<sup>25</sup> Harris D.J., O'Boyle M.; Bates E., Buckley C.M., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Avrupa Konseyi, 2013, [Türkçe birinci baskı], s. 532.

<sup>26</sup> *Öllinger/Avusturya*; para. 38, aktaran Doğru O., Nalbant A., **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, Avrupa Konseyi - T.C. Yargıtay Başkanlığı, 1. Baskı, Ankara, 2013, s. 430.

<sup>27</sup> *Ärzte für das Leben/Platformu/Avusturya*, para. 32, çeviren Doğru/Nalbant, s. 467.

<sup>28</sup> *Öllinger/Avusturya*, para. 38.

fesyonel yönetimlerin farklı ya da daha açık haliyle muhalif fikirlere karşı samimi bir hoşgörü gösterecek zihniyete sahip olabildikleri ölçüde demokrasiden o denli söz edilebilecektir.<sup>29</sup>

Bununla birlikte toplantının barışçıl olması şartı yanında herhangi bir biçimsel sınırlama bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, barışçıl niyet ve tavırla yapılan toplantı ve gösteriler kanunsuz olsa dahi Strazburg'a göre tolere edilebilmelidir. AİHM'in bu hususla ilgili en meşhur kararlarından biri olan 2002 tarihli *Cissé/Fransa* kararında bir kilise binasının *işgal edilmesi*<sup>30</sup> gerçekleşmektedir. Karara konu olayda özetle, Fransa'da kalabilmek için gerekli belgelere sahip olmayan iki yüz kadar yabancı, yasa dışı göçmenlerin sorunlarına ve göçmenlik statüsü incelemesindeki güçlüğü dikkat çekmek için Paris'teki St. Bernard adlı bir kiliseyi iki ay boyunca işgal etmektedir. Ayrıca on kişi de açlık grevine başlamıştır. Nihayet, bir ibadethanenin bu amaçla kullanılmayan bir toplantı sonucu ciddi bir şekilde bozulan sağlık koşullarına ev sahipliği yapması ve kamu düzenin önemli ölçüde bozulmaya başladığı gerekçeleriyle tahliyesine karar verilmiştir. Ertesi gün yetkili makamların emriyle kolluk güçleri tarafından zor kullanılarak toplantıya müdahalede bulunulmuş ve başvuru dâhil diğer göstericiler hakkında idari gözetim altına alma kararı ile sınırdışı etme kararı verilmiş, iki ay hapis cezası verilerek ertelenmiş ve belli bir süre Fransa topraklarına girme yasağı getirilmiştir. Mahkeme 11. madde ihlali dolayısıyla yapılan başvuru neticesinde söz konusu eyleme karşı yapılan müdahaleyle alakalı olarak ihlal kararı verilmemesine rağmen yapılan toplantının barışçıl olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

*Oya Ataman/Türkiye* kararında ise iç hukuka göre açıkça aykırı bir şekilde ön bildirimsiz olarak gerçekleştirilen bir toplantı ve gösteri yürüyüşü söz konusudur. Başvurucu İnsan Hakları Derneği'nin bir üyesi ve bir avukattır. Başvurucu bu sıfatla F tipi cezaevlerini protesto etmek için İstanbul Sultanahmet Parkı'nda yapılacak basın açıklamasıyla son bulacak bir yürüyüşe katılmıştır. Gündüz vakti, yaklaşık 40–50 kişiden oluşan ellerinde pankartlarla yürüyüşe geçen bu gruba kolluk güçlerince bildirimsiz gösteri yaptıkları ve kamu düzenini bozdukları gerekçeleriyle dağılma uyarısında bulunulmuştur. Uyarıları dinlemeyen grup, yürüyüşe devam etmiştir. Bunun üzerine güvenlik güçlerince "*biber gazı*" kullanılarak gruba müdahalede bulunulmuş ve aralarında başvuru kişinin de bulunduğu yaklaşık 39 gösterici gözaltına alınmışlardır. Baş-

<sup>29</sup> Doğru/Nalbant, s. 430.

<sup>30</sup> Kararın İngilizce metninde "*occupation*" yani "*işgal*" tabiri kullanılsa da bu tabirin şiddeti çağrıştırdığı düşüncemizi belirtmiş olalım.

vurucu gösteri yürüyüşünün ve sonrasında yapılması planlanan basın açıklamasının güvenlik görevlilerinin müdahalesiyle engellenmesinin ifade ve toplantı özgürlüğünü ihlal ettiğini öne sürmüştür. Türk Hükümeti, yapılan gösterinin kamuya açık olarak yapıldığından kamu makamlarına gösteri öncesinde gerekli tedbirleri alma imkânını veren bildirim şartının gerçekleşmediği ve bu usulün “*izin rejimi*”nden farklı olduğu şeklinde savunma yapmıştır. Strazburg daha önce benzer olaylarda olduğu gibi burada da bir gösterinin sadece mevzuata uygun olmamasının, barışçıl şekilde toplanma özgürlüğünün kullanılmasına müdahale edilmesini haklı kılmayacağı kanaatini ifade etmiştir.<sup>31</sup> Ayrıca Mahkemece gösterinin trafikte karışıklık yaratması dışında kamu düzeni için herhangi bir tehlike arz ettiğini gösterir bir delil bulunmadığı ve elliye yakın kişinin kamuoyunun dikkatini güncel bir soruna çekmek istemiş olmasının odaklanılması gereken ana unsur olduğu ifade edilmiştir.

Daha önce değindiğimiz gibi toplantı ve gösteriler doğası gereği içinde şiddet eğilimli davranışları barındırma riskini yüksek oranda taşımaktadır. Ancak Strazburg, salt bu nedenle kısmen barışçıl olma özelliğini yitirmiş bir toplanmada özgürlüğün sınırlandırılması gerektiğini kabul etmemektedir. *Ezelin/Fransa* davasına konu olayda başvuru, yargı kararlarını protesto etmek amacıyla düzenlenen bir gösteriye katılmıştır. Bu gösteride yer yer şiddet hareketleri baş göstermiş, kamu binalarının duvarlarına kararları veren hâkimlere yönelik küfürler yazılmıştır. Mesleği avukatlık olan başvuru hakkında gösterilere katıldığı gerekçesiyle savcılık tarafından baroya şikâyetle bulunularak uyarma cezası uygulanması talebinde bulunulmuştur. Baro tarafından yapılan inceleme neticesinde herhangi bir disiplin cezası uygulanmasına gerek görülmemiştir. Ancak bu karara karşı yapılan itiraz neticesinde mahkemece başvuru hakkında uyardıktan daha ağır olan kınama cezası verilmiştir. Başvurucunun anılan şiddet eylemleriyle birlikte adliye binası üzerine yazılan tehdit ve hakaret içerikli yazıları yazılması eylemine katıldığına yönelik bir delil bulunmamasına rağmen bu aşırılıkları onaylamadığını hiçbir şekilde göstermediğini veya kendisini bu cezai eylemlerden soyutlamak için yürüyüş alayını terk etmediği gerekçeleriyle bu karar verilmiştir. Başvuru, kendisine verilen disiplin cezasının, ifade özgürlüğüne ve toplanma özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu gerekçesiyle AİHM’e başvuruda bulunmuştur. Yapılan yargılama neticesinde AİHM, “(...)barışçıl bir toplantıda -mevcut olayda yasaklanmamış bir gösteride- yer alma özgürlüğü öylesine önemlidir ki, ilgili kişinin bizzat kendisi hadiseler sırasında cezalandırılabilir (*reprehensible*) bir fül işlemedikçe, bir avukatın

<sup>31</sup> Oya Ataman/Türkiye

*bile bu özgürlüğü herhangi bir şekilde kısıtlanamaz.*<sup>32</sup> diyerek 11. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Kanımızca anılan kararda toplantı ve gösterinin bildirim usulüne uygun bir şekilde yapılmamış olması varsayımında dahi sonuç değişmemelidir.

Buna göre düzenlenen bir toplantının belirli bir süreyle sınırlı olarak kargaşaya yol açması, o toplantıyı barışçıl olmayan bir hale getirmezken, düzenleme amacı kargaşa çıkarmak olan bir toplantı ise 11. madde tarafından korunmayacaktır<sup>33</sup>. Bu iki durum arasındaki farkın belirlenmesi zor da olsa hayati önemde bir zorunluluk oluşturduğu görünmektedir. Bu belirlemenin keyfi bir niyet okuyuculuğuna dönüşmemesi için ise değerlendirmeler her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı yapılmalıdır. Anlaşıldığı üzere bu ayırmda esas alınacak temel ölçüt, şiddet hareketlerinin toplantı ve gösterilerin genel olarak barışçıl karakterini ortadan kaldırıp kaldırmadığı hususudur.<sup>34</sup>

Diğer yandan, AIHM'e göre devlet yetkililerinin toplanma özgürlüğünü kullanan kişileri barışçıl olmayan karşıt göstericilerin saldırılarından da korumak gibi bir pozitif yükümlülüğü mevcuttur. Böyle bir karşıt gösteri durumu dahi bir toplantı veya gösteriyi yasaklamak için tek başına haklı bir sebep teşkil etmeyecektir. Bu yükümlülük 11. madde kapsamında yer alan toplanma özgürlüğünün etkili bir şekilde kullanılmasının güvence altına alınması için getirilmiştir.<sup>35</sup> *United Macedonian Organization Ilinden ve Ivanov/Bulgaristan* kararına konu olayda Bulgaristan'daki Makedon azınlığın haklarını korumayı amaçlayan bir dernek 12 Eylül 2002 tarihinde bir Makedon şaire ait anıta doğru yürüyüşe geçmişler fakat anıtın çevresi 30 kişilik bir grup tarafından çevrildiği için yürüyüşü tamamlayamamışlardır. Bu grup tarafından dernek üyelerine karşı önce küfür, tehdit ve hakaret içerikli sözlü saldırıda bulunulmuş, daha sonra ise ellerindeki bayrağa el konulması, posterin yırtılması ve kameranın tahrip edilmesi gibi fiziksel saldırılarda bulunulmuştur. Ayrıca dernek başkanının anıt çevresinde konuşma yapmak istemesi de engellenmiştir. İlerleyen aşamalarda iki gösterici grup arasında gerekli önlemleri alan kolluk güçleri, anılan olayların meydana gelmesini önlemek konusunda yetersiz kalmıştır. Strazburg, yetkili devlet makamlarının, dernek üyelerinin düzenlemiş olduğu toplantı ve gösteri yürüyüşünün karşıt görüşlü göstericilerden korunmasında bir ölçüde isteksiz olduğunu ve gerekli önlemleri alma

<sup>32</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz., <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=263>

<sup>33</sup> *Harris* vd., s.533.

<sup>34</sup> *Doğru/Nalbant*, s. 432.

<sup>35</sup> *Harris* vd., s.533.

konusunda erken davranmadığını belirtmiştir. Bu şartlar altında mahkeme oy birliği ile yetkili makamların hukuka uygun davranan göstericilerin barışçıl bir şekilde gösterilerine devam etmelerini sağlayacak makul ve uygun önlemler almaya yönelik pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle 11. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>36</sup>

*Öllinger/Avusturya* davasında ise bir milletvekili tarafından düzenlenen, Salzburg mezarlığında Azizler Günü'nde yapılması gereken küçük bir toplantı, İkinci Dünya Savaşı'nda öldürülen SS askerlerini anmak için başka bir grup tarafından düzenlenen bir tören ile aynı zamana rastladığı için yerel makamlarca tamamen yasaklanmıştır. Başvurucunun düzenlediği toplantının amacı, SS tarafından işlenen suçları hatırlamak ve SS üyelerince öldürülen Yahudileri anmaktır. Toplantı sessiz biçimde toplantıya gelecek kişilerin giysilerine iliştirilmiş mesajlarla ve herhangi bir slogan atılmaksızın veya pankart kullanılmaksızın gerçekleştirilecektir. Daha önce de aynı güne rastlayan törenlerde gruplar arasında öfkeli tartışmalar yaşanmıştır. Burada dikkat çeken toplanma özgürlüğü çerçevesinde karşıt anmayı düzenleyenlerin menfaatleri ile mezarlığa dini inancını açığa vurmak için gelen kişilerin din ve vicdan özgürlüğü arasında denge kurulması konusu gündeme gelmektedir. Karışıklığın önlenmesi için güvenlik önlemlerinin bulunması, bu konuda devletin sahip olduğu geniş takdir alanına rağmen yasağın menfaatler arasında adil bir denge kurmaması, ihlal kararı verilmesine neden olmuştur. Strazburg bu kararında bir hakkın diğerinden üstün tutulmasından ziyade, iki hak arasında uzlaşma sağlamak için çaba gösterilmesi gerektiğini açıkça benimsemektedir.<sup>37</sup>

Görüldüğü üzere bu tür bir durumda kolluk güçlerinin alması gereken önlemler, sorun yaratan gruba uyarıda bulunmak ve gerekiyorsa devamında şiddet uygulayan kişileri yakalamak olacaktır. Karşıt görüşlü kişilerden kaynaklanan düzensizlik tehdidi, toplantı ve gösterilere müdahale edilmesini tek başına haklı kılmaz. Bazen gerçekten de tehdidin etkisiz hale getirilmesi için tek çare yasaklama ve müdahale olabilir. Görüldüğü gibi bu pozitif yükümlülüğün gerekleri, yetkili makamlara bir hayli geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Bu nedenle AİHM, karşıt gösteri ile ilgili önleyici tedbirler almak yerine bu gösteri nedeniyle diğer gösteriye mutlak bir yasak getirilmesine ilişkin yetkili makamlarca öne sürülen gerekçelerin daha dikkatli bir incelemeye tabi

<sup>36</sup> Aktaran bkz., *Doğru/Nalbant*, s. 436.

<sup>37</sup> *Harris* vd., s.533.

tutulacağını ve son çare olarak yasaklamanın ise “*özel bir gerekçelendirme*”<sup>38</sup> gerektirdiğini ifade etmiştir.

Hem iç hukukumuzdan hem de AİHM’in genel yaklaşımından anlaşılmaktadır ki, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırıyla ilgili genel geçer ve kapsayıcı bir tanım yapılması mümkün değildir. Her somut olayın özellikleri kendi içinde değerlendirilerek hakkın kapsamı içinde veya dışında bir sonuca ulaşılmalıdır. Konuyla ilgili üzerinde tartışma bulunmayan ya da genel bir ilke olarak kabul edilen husus toplantı ve gösteri yürüyüşünün barışçıl nitelikte olması gerekliliğidir. Saldırısız ve barışçıl olarak kullanılan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü bildirim ya da izin ön koşulu sağlanmamış olsa dahi korumadan yararlanmalı, sırf bu sebeple yasa dışı hale geldiği varsayılmamalıdır. Hatta bununla birlikte toplantı ve gösteriler esnasında içerden ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelere karşı devletin barışçıl hak sahiplerini koruma ödevi bulunmaktadır. Gösterilecek hoşgörü toplanmanın kamusal tartışmaya katkısı ve önemi, verilen süre içerisinde mesajın veriliş verilişmediği, toplantının devamının başka kişilerin hak ve özgürlüklerine etkisi gibi ölçütler göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.

Ayrıca AİHM, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün kullanımına getirilecek kısıtlamaların kanuni olması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre yapılacak müdahalelerin yasayla öngörülebilir olması gerekmektedir. Aslında burada da ifade özgürlüğü davalarında uygulanan “*kanun tarafından öngörülmüş olma*” şartıyla alakalı genel prensipler uygulama alanı bulmaktadır. Özgürlüğe getirilecek kısıtlamanın kanun tarafından öngörülmüş olması yeterli değildir. Düzenleme anlaşılabilir bir şekilde kaleme alınmış olmalı ve bunu okuyanlara gelecekteki hareketlerini buna göre ayarlama imkânını sağlamalıdır.<sup>39</sup>

*Djavit An/Türkiye* davasında Kuzey Kıbrıs’ta oturan başvurucunun, hattı geçip Güney Kıbrıs’ta iki topluluğun ortak düzenlediği bir gösteri yürüyüşüne katılması- nın engellenmesi, bu engelleme hiçbir kanun tarafından öngörülmemiş olduğundan Türkiye aleyhine ihlalle sonuçlanmıştır. Kararda, kişilerin “ihtiyaç halinde uygun hukuki yardımdan faydalanarak bir olayın kendi şartları içerisinde makul bir derecede hareketinin neticelerini öngörebilmesi gerekir” denmektedir.<sup>40</sup> Görüldüğü gibi AİHM

<sup>38</sup> Öllinger/Avusturya, para. 44.

<sup>39</sup> “Hukukun öngörülebilirlik” ilkesi için bkz., *Sunday Times/Birleşik Krallık* kararı

<sup>40</sup> *Djavit An/Türkiye* para. 65, kararın Türkçe çevirisi için bkz., *İşgören*, s.224

gittikçe kanun tarafından öngörülmüş olma kriterini geniş bir şekilde uygulamakta ve kısıtlamayı öngören hukuki düzenlemenin anlaşılabilir olmasına önem vermektedir.

AİHS'in 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, “*demokratik bir toplumda gerekli olma*” kriteri gözetilmek şartıyla kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlamalara tabi tutulabilir. Özgürlüğe getirilen kısıtlamaların hangi hallerde “*demokratik toplumda gerekli olma*” kriterine uygun olacağı sözleşme metninden anlaşılmamaktadır. İşte bu kriterin ne şekilde uygulanacağını da AİHM içtihatları ortaya koymuştur.

Strazburg özgürlüğün kısıtlanmasının gerçekten “*acil sosyal bir ihtiyaca*” cevap verip vermediğini ve kısıtlamanın, kısıtlamayla ulaşılmak istenen amaca orantılı olup olmadığı sorusuna cevap bulacaktır. Bu orantılılığın kontrolünde AİHM’in görevi aslında, göstericilerin fikirlerini toplantı ve gösteri yürüyüşü yoluyla ifade etme hakları ile 11. maddenin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçlar arasında bir dengeleme kurmaktır.<sup>41</sup> Mahkemenin genel içtihadına göre kamuya açık alanlarda yapılan her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşü şu veya bu şekilde gündelik hayatı ister istemez etkileyecek, mesela şehir trafiği normal olarak işleyemeyecektir. Bunların toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılmasının birer doğal sonucu olduğu söylenebilir. Otoritelerin bu gibi durumlarda gerçek bir hoşgörü göstermeleri ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özüne dokunmamaları gerekmektedir.<sup>42</sup>

Konuyla ilgili anlatılanların ışığında ihlal kararları çıkmadan AİHM kararlarıyla benimsenen ilkelerin ulusal mevzuatın üstünde göz önünde bulundurulması gerektiği değerlendirilebilir. 1982 Anayasası’nda 2004 yılında gerçekleştirilen anayasa reformu çerçevesinde değiştirilen 90. madde “*Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla (ulusal) kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*” hükmünü ifade etmektedir. Bu durumda ana referans olarak AİHS’in bir yorumu olan AİHM içtihatlarını esas almamız gerektiği söylenebilir.<sup>43</sup> Aslında 1982 Anayasası’nın 34. maddesiyle AİHS’in 11. maddesi düzenlemeleri arasında, bir uyumsuzluk değil, aksine örtüşme olduğu

<sup>41</sup> Tanyar Z. Ç., “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı”, **AÜHFD**, Cilt: 60, Sayı: 3, 2011, s.625

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Aynı yönde bkz., Altıparmak K., **Gezi’nin Hatırlattığı Hak: Barışçıl Toplantı** <http://bianet.org/bianet/bianet/148157-gezi-nin-hatirlattigi-hak-bariscil-toplanti>

söylenebilir. Uyumsuzluk, Türkiye’de toplantı hakkının kullanımını düzenleyen 2911 sayılı Yasa nedeniyle beliriyor. Toplanma hakkının kullanılmasına “şekil, şart ve usul” bakımından pek çok sınırlama getirerek kamu otoritesine bu araçlar üzerinden çok geniş bir takdir yetkisi tanıyan bu kanun, bugün Türkiye’nin uymayı taahhüt ettiği ve kendi yasalarının üzerinde tuttuğu AİHM içtihatlarının önemli ölçüde gerisinde kalmıştır. Strazburg içtihatları ile Türkiye’de “12 Eylül” sonrası militer yönetimin bir ürünü olan 2911 sayılı Kanun, farklı paradigmaları temsil ettiğinden, hukuken açıkça çatışmaktadır. Bu ulusal ve uluslararası mevzuat arasındaki çelişki giderilirken Anayasa’nın 90. maddesinin esas alınarak AİHM içtihatlarının üstünlüğünü kabul etmek gerekmektedir. Zira her zaman “kusursuz” kararlar verebilme kabiliyetine sahip olmayan Strazburg’un konuyla ilgili olarak, Türkiye iç hukukunun aksine, insan haklarına yönelik evrensel olarak kabul görmüş olan anlayışı benimsediğini söyleyebiliriz.

## 2. Müdahalede Son Çare: Zor Kullanma

### 2.1. Ulusal Mevzuat

2911 sayılı Kanun’un 24. maddesi ve bu Kanunun uygulanmasına dair Yönetmelik’in<sup>44</sup> 16. maddesi düzenlemelerine göre kolluk güçlerinin yasa dışı olan toplumsal olaylara zor kullanarak müdahale etme yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkinin kullanımı kolluk tarafından kural olarak ihtarin yapılması ve makul sürenin tanınması gibi bazı prosedürlerden sonra gündeme gelebilecektir. Toplantı ve gösteri yürüyüşleri mevzuatında güvenlik güçlerinin hangi hallerde zor kullanabileceği belirtilmekle birlikte bunun tekniği ve yöntemiyle ilgili herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Güvenlik güçleri karşılaştıkları çeşitli durumlar karşısında zor kullanma yetkisine sahiptirler. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 16. maddesi ifadesiyle “*polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.*”

PVSK’nın 16. maddesinin ikinci fıkrasında “Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette *bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.*” hükmü düzenlenmiştir. Buna göre kolluk güçlerinin toplumsal olaylara

<sup>44</sup> Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 08.08.1985 Resmi Gazete Sayısı: 18836

müdahalesi esnasında zor kullanmanın şartları oluştuysa sayıldığı gibi aşamalı bir yol izlenmesi gerekecektir. Ayrıca maddenin devam eden fıkralarında, bu yetkinin kullanılması durumunda direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacak araç ve gereç ile “zor”un derecesinin polisçe takdir edileceği belirtilmiştir. Kanun koyucunun böylece özel bir takdir yetkisini kolluğa tanımasındaki beklentisinin önemli bir düzeyde olduğu çıkarımını yapmak mümkündür. Toplumsal olaylarda müdahale gerektiren durumlarda toplu kuvvet kullanmayı gerektirecek zamanlarda ise zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir denmiştir.

Bu maddeye dayanarak toplu kuvvet kullanmaya yönelik müdahale emri almış bir polisin, eylemin kötü muamele veya işkence gibi suçları oluşturma ihtimaline binaen, 1982 Anayasası’nın 137/2 ve buna paralel 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 24/3 hükümleri gereği konusu suç teşkil eden emri yerine getirmemesi gerekecektir. Aksi halde emri veren amirin ve zor kullanan polisin sorumluluktan kurtulamayacağı açıktır.

Toplumsal olaylara zor kullanmak suretiyle müdahale edilmesi yetkisi, birey ile devletin karşı karşıya geldiği hassas anlardan biridir.<sup>45</sup> Tam da bu noktada özgürlük ve güvenlik arasındaki dengenin çok iyi saptanması gerekmektedir. Kolluk güçleri -devletin pozitif yükümlülüğü konusunda değindiğimiz üzere- hakkı barışçıl olarak kullanan kişileri, “hasım dinleyici”<sup>46</sup> konumunda bulunan kişilerin eylemlerinden izole etmek yükümü altındadır. Ancak tüm çabalara rağmen toplantı ve gösterilere sızmış bulunan kimseler dolayısıyla kötü niyet, şiddet eğilimi, provokasyon ya da vandallık içeren eylemlere mani olunması kaçınılmaz duruma geldiyse bu noktada zor kullanarak dağıtma yetkisine başvurulmalıdır. AIHM’in *Cissé/Fransa* kararında iki ay boyunca barışçıl bir şekilde sürdürülen bu işgalin zor kullanılarak durdurulması, kilisede sağlık koşullarının risk içerecek düzeyde bozulduğu ve açlık grevinde olanların durumlarının kötüleşmeleri nedeniyle haklı görülebilir demektir.

Zor kullanma yetkisinin geniş takdir yetkisi ve inisiyatif içermesinden dolayı uygulamadan dolayı birçok sorun ortaya çıkması kaçınılmazdır. Toplumsal olaylar sırasında toplantı ve gösteri özgürlüğünün sınırları aşıldığında kolluğun zor kullanma yetkisi gündeme gelebilecek ve orantısız güç kullanımı dolayısıyla başka bir ihlal türü

<sup>45</sup> İşgören, s. 135

<sup>46</sup> Güran S., *İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri*, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1969, s. 314.

de ortaya çıkabilecektir. Güvenlik güçlerinin orantısız güç kullandığı iddiası sıklıkla, yakalama ile toplantı ve gösterilerin dağıtılması sırasında gündeme gelmektedir. Yüzeysel bir yorumla bu tür müdahalelerin insan hakları hukukunda, işkence dışındaki kötü muameleler kapsamında değerlendirildiği yorumu yapılabilir. Tam da bu esnada konuyla ilgili Strazburg içtihatlarına değinmek faydalı olacaktır.

## 2.2. AİHM'in Yaklaşımı

AİHM, kolluğun orantısız güç kullandığı iddia edilen birçok davada Sözleşmenin işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyi yasaklayan 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre, *“Özgürlüğünden mahrum edilen bir kişiye ilişkin olarak, kişinin kendi davranışı nedeniyle kesin bir zorunluluk olarak başvurulacak dışındaki her türlü fiziksel güç kullanımı insan onurunu zedeler ve kural olarak 3. maddede korunan hakkın ihlaline sebep olur.”*<sup>47</sup>

Polisin, yasa dışı gösteri yapanları dağıtmak için aşırı güç kullandığı ve başvuru-  
cunun bir parmağının kırıldığı, vücudunun çeşitli yerlerinde ekimoz ve ezilmelerin  
oluştugu *Güler/Türkiye* kararında Mahkeme, yasa dışı bir toplantıyı dağıtmanın bu  
derece yoğun ve şiddetli bir güç kullanımını mazur gösteremeyeceğini saptamıştır<sup>48</sup>.  
Barışçıl toplanmadan bahsederken değindiğimiz gibi, bir eylemin yasa dışı olması  
ona mutlaka şiddetle cevap verileceği anlamına da gelmez. *Samüt Karabulut/Türkiye*  
davasında, başvuru 2911 sayılı Kanun uyarınca önceden bildirimde bulunmadan  
yürüyüş yapan bir grup içerisinde yer almıştır. Grup polisin uyarıları sonrasında da-  
ğılmış ancak başvuru ve bir başka gösterici slogan atmaya devam etmiştir. Ancak  
başvurucunun şiddete başvurduğunu veya fiziksel direnç gösterdiğini ortaya koyan  
bir delil bulunmamaktadır. AİHM bu şartlar altında başvuru-  
cunun başında yaralan-  
maya neden olan müdahalenin orantısız olduğuna karar vermiştir.<sup>49</sup> Diğer bir deyiş-  
le, kanunsuz olsa bile barışçıl olan bir toplantıya fiziksel müdahalenin Sözleşmenin  
3. maddesini ihlal edebileceği ihtimalinden söz edilebilecektir. Gerçekten de şiddet  
içermeyen toplumsal olaylara karşı yapılacak kolluk müdahaleleri insan hakları hu-  
kukunca pek de kolay tolere edilemeyecektir.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Altıparmak K., “İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? Türkiye’de Orantısız Güç Kullanma Sorunu”, *Toplum ve Bilim*, sayı:115, Biri-  
kim Yayınları, İstanbul 2009, s. 138 vd.

<sup>48</sup> *Güler/Türkiye*, para.46.

<sup>49</sup> *Samüt Karabulut/Türkiye*, para. 43-44.

<sup>50</sup> *Pákozdy C.*, “The power of state versus freedom of assembly in the light of the case-law of the European Court of Hu-  
man Rights and the Hungarian jurisprudence”, *Miskolc Journal of International Law*, VOLUME 4. (2007) No. 2. s. 46.

Bu bağlamda, Strazburg’un toplanma özgürlüğünün sınırlandırılması eylemlerini AİHS 3. madde bakımından ihlal ettiği görüşünde olduğu bazı kararlarından bahsetmeden önce genel olarak “*ışkence ve kötü muamele*” kavramlarına değinmek yerinde olacaktır. Çalışmamızda ışkence ve kötü muameleyle ilişkin her unsurun tek tek incelenmesi yerine özellikle kolluk görevlilerinin zor kullanma yetkilerinin kullanılmasında ortaya çıkması muhtemel hak ihlalleri yönünden bize yardımcı olacak yönlerine değinmeye çalışacağız.

### 3. Yetkisiz Müdahale: ışkence ve Kötü Muamele Yasağı

#### 3.1. ışkence, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Ceza

##### 3.1.1. Uluslararası Düzenlemeler

Evrensel bir suç olarak kabul edilen ışkenceyle ilgili uluslararası ve ulusal hukuktaki tanımlamaların birbiriyle büyük bir farklılık oluşturmadığını belirtmek gerekmektedir. ışkence tanımına yer veren temel uluslar arası belgelerin başında 10 Aralık 1984 tarihli ışkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezalara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi<sup>51</sup> (İKS) gelmektedir. İKS’nin 1. maddesi ışkenceyi:

“1. Bu Sözleşmenin amaçları bakımından “ışkence” terimi, bir kimseye kendisinden ya da üçüncü bir kişiden bir bilgi ya da itiraf sağlamak, kendisinin ya da üçüncü bir kişinin işlediği ya da işlediğinden kuşku duyulan bir eylemden ötürü onu cezalandırmak, kendisine ya da üçüncü bir kişiye gözdagi vermek ya da onları zorlamak amacıyla ya da herhangi bir ayrımcılığa dayalı bir nedenle bir resmi görevli ya da resmi sıfatla davranan bir başkası tarafından ya da onun kıskırtması ya da oluru ya da izniyle bilerek maddi ya da manevi ağır acı vermek ya da eziyette bulunmaktır.

Niteliği gereği ya da salt yasal yaptırımlardan doğan acı ya da eziyet ışkence sayılmaz.

<sup>51</sup> Türkçe çevirisi için bkz., Çeçen A., **İnsan Hakları Rehberi**, Bilim Yayıncılık, Ankara, 1999, s.195-208

“2. Bu madde, daha kapsamlı bir uygulamayı içeren ya da içerebilecek olan uluslararası bir belge ya da ulusal düzenlemeyi zedelemmez.” Şeklinde tanımlamaktadır.

İKS’den daha önce, 9 Aralık 1975 tarihli Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildirge (İKB)’de yapıldığını görmekteyiz. İKB’nin 1. maddesinin ikinci fıkrasında işkencenin bu tür muamele ya da cezaların ağır ve kasıtlı işlenen bir türü olduğu belirtilmektedir.<sup>52</sup> İşkence ve kötü muameleyle ilişkin hemen hemen benzer tanımlar içeren uluslararası düzenlemelerin bulunduğu başlıca diğer belgeler ise Amerikalılararası İşkenceyi Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi, 17 Temmuz 1998 tarihli Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, İstanbul Protokolü olarak bilinen İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin Kılavuz’dur. İşkence yasağı, çalışmada esas alacağımız temel belgelerden biri olan AIHS’in 3. maddesinde “*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Adı geçen düzenlemelerin neredeyse hiçbirinde “*kötü muamele*” diye isimlendirmediğimiz “*zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza*” eylemleri ayrı ayrı tanımlanmamıştır. Bununla birlikte işkence ile diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrımın da kesin çizgilerini tespit etmek genellikle zordur. Bunun saptanabilmesi için işkence ve kötü muamele arasındaki çeşitli yapısal ilişkilerden birinin benimsenmesi gerektiği söylenebilir.<sup>53</sup> Bunlardan birincisi acı ve ızdırabın yoğunluğuna bağlı ilişkidir. Buna göre, bir davranış kademeli olarak aşağılayıcı, insanlık dışı veya işkence olabilir. Bu yaklaşımın ağırlık noktası acı ve ızdırabın yoğunluğudur. Bu yüzden burada işkencenin diğer kötü muamelelerle arasındaki ilişki dikey bir ilişkidir. İkincisi, işkencenin diğer kötü muamele türlerinden başka unsurlar nedeniyle ayrılmasıdır. Bu yaklaşım, işkenceyi diğer kötü muamele türlerinden araç olduğu mekanizmanın niteliğiyle ayırmaktadır. Buna göre, bir kişinin bir huzurevinde çektiği acı ve ızdırab ne kadar yüksek olursa olsun verilen acı ve ızdırab, hukuk metninde sayılan özel amaçlardan biri nedeniyle yapılmamışsa, bu kişinin işkence gördüğü söylenemez. Çünkü her iki davranış birbirinden ayrı kategorilerdir ve bu farklılığı belirleyen ölçüt acı ve ızdırabın ağırlığı değildir. Üçüncü ölçüt ise, diğer iki ölçütün birlikte dik-

<sup>52</sup> Türkçe çevirisi için bkz., *Gemalmaz M. S., İşkence Yasağına İlişkin Uluslararası Belgeler*, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, s. 28-30

<sup>53</sup> *Altıparmak*, “İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz?”, s. 138 vd.

kate alındığı karma durumdur. Buna göre, bir davranışın işkence olarak nitelenip nitelenemeyeceğini saptamak için önce yatay ilişki ölçütü uygulanacak, eğer amacı açısından işkence olması mümkün olmayan bir muamele söz konusu ise bunun zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olduğu saptanacaktır. Eğer diğer unsurlar açısından işkence olarak tanımlanma potansiyeli taşıyorsa bu kez dikey ölçüte göre muamelenin işkence sayılacak derecede yoğun olup olmadığına bakılacaktır. Bu üçüncü yaklaşım, işkence dışı kötü muamele türlerini işkence olarak nitelenebilir ve işkence olarak nitelenemez olarak ikiye ayırmayı gerektirecektir.

### 3.1.2. AİHM Uygulaması

AİHM'in de işkence kötü muamele arasındaki ayrımı İKB'nin 1. maddesinin ikinci fıkrasındaki anlayışı benimseyerek yaptığı kararları mevcuttur.<sup>54</sup> Bunun yanında birçok kararında bu ayrımın zor olduğunu belirterek farklı davalarda uygulanan muamelenin mahiyetine, amacına, şiddet derecesine, olayın özelliğine ve mağdurun kişiliğine göre farklı kararlar vermekte olduğu görülmektedir. Örneğin *Selmouni/Fran-sa* kararında, geçmişte işkence olarak kabul edilmeyip insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilen bazı eylemler AİHM'e göre gelecekte farklı tanımlanabilecek, işkence olarak değerlendirilebilecektir. Strazburg'a göre kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasında benimsenmesi gereken standartların oldukça yüksek olması gerekir ve demokratik toplumun temel değerlerinin çiğnenmesi karşısında oldukça sağlam bir tavır sergilenmelidir.<sup>55</sup> Yine *İrlanda/Birleşik Krallık* kararında da kötü muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi için asgari düzeyin değerlendirilmesinin olayın niteliğine göre değişeceği belirtilmiştir. Bu asgari düzeyin, olayın bütün şartlarına bağlı olduğu vurgusu yapılarak, kötü muamelenin işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele kapsamına girebilmesi için asgari bir yoğunlukta olması gerektiğini ve bu asgari düzeyin birçok şarta göre değiştiğini ifade edilmektedir.<sup>56</sup> İşkence ve kötü muamele eylemlerinin açık bir tanımının bulunmaması ve aralarındaki ayrımın kolay bir biçimde yapılamamasının devletin ihlallerin önüne geçebilmek için her iki yasak bakımından da göstermesi zorunlu olan hassasiyeti değiştirmemektedir. Aksine

<sup>54</sup> *Dikme/Türkiye* kararı, para. 93.

<sup>55</sup> Gemalmaz M. S., *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2006, s. 446.

<sup>56</sup> Benzer kararlar için bkz., *Veznedaroğlu/Türkiye, Taştan/Türkiye, Uyan/Türkiye, Price/Birleşik Krallık* kararları.

böyle bir tanım boşluğunun bulunmasının daraltıcı yorumlar yapılarak uygulamada sorunlar yaşanmasının önüne geçeceği düşüncesi de ileri sürülebilecektir.<sup>57</sup>

Her ne kadar her somut olayda işkence ve kötü muameleyi birbirinden ayırt etmek zor bile olsa yapılan tanımlardan üzerinde genel olarak uzlaşıldığı kadarıyla işkence ve kötü muamelenin unsurlarını kategorize edebiliriz. Buna göre işkencenin; (1) fiilin objektif unsuru olan fiziksel ve ruhsal ağır acı ve ızdırapların uygulanması, (2) fiilin subjektif unsuru olan kasıt ve belirli bir niyetin olması (3) failin devlet gücüne dayanması şeklinde üç temel unsuru olduğu söylenebilir. Bununla birlikte en azından işkenceye göre acı ve ızdırap oranının daha az olduğu söylenebilecek kötü muamelelerin unsurları ise; (1) kasti olarak önemli ölçüde zihinsel ve fiziki acı ya da ızdıraba maruz bırakmak, (2) bunun kamu görevlilerinin rızası veya muvafakati ile yapılması, (3) sınıflandırılmamış ya da sınıflandırılması bir çırpıda mümkün olmayan fiiller şeklinde sıralanabilir.<sup>58</sup> Strazburg'un oturmuş içtihatlarından anlaşılabileceği üzere AİHS 3. madde korumasından yararlanabilmek için davaya konu davranışın en az belli bir düzey ve ağırlıkta olması gerekmekte olduğunu ifade etmekte fayda bulunmaktadır.<sup>59</sup> Bu “*asgari eşik*” işkence ve kötü muamelenin ilk unsuru olan acı ve ızdırabın yoğunluğunda belirleyicilerden birisi olarak göz önünde bulundurulur. Hem işkence hem de kötü muamelede aranan kasıt unsuru işkence ve kötü muamelenin aynı zamanda amaç unsurudur. İşkencenin amaç unsurunu genelde ceza soruşturmasıyla ilgili konular oluşturmaktadır. Oysa işkencenin, iktidarların kendine muhalif olanları sindirmenin ve cezalandırmanın bir aracı olarak kullandığı olaylarda gerçek amacın sadece bir ceza muhakemesi aracı olmadığı da bilinmektedir.<sup>60</sup> Buradan hareketle belli bir siyasi görüşü, etnik veya dinsel grubu cezalandırmak amacıyla polisin toplumsal olaylara müdahalesinde aşırı güç kullanması, amaç unsurunun gerçekleştiği öne sürülebilir.<sup>61</sup>

Bunun yanında belirtmek gerekmektedir ki, hukuka uygun yaptırımların uygulanmasından doğan, bu yaptırımların doğasında var olan veya geçici biçimde oluşan acı ve ızdırap işkenceyi oluşturmayacaktır.<sup>62</sup> Söz gelimi, Türkiye uygulamasında barışçıl

<sup>57</sup> Doğan İ., Kaya M., **İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi**, Adalet Yayınları, Ankara 2011, s. 9.

<sup>58</sup> Doğan/Kaya s. 10.

<sup>59</sup> Önok R. M., **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 175.

<sup>60</sup> Burgers J. H., Danelius H., 'tan aktaran Altıparmak, "İşkenceyi Nasıl Bilirdiniz?", s. 138 vd.

<sup>61</sup> Altıparmak, Toplum ve Bilim, sayı:115, Birikim Yayınları, İstanbul 2009, s. 138 vd.

<sup>62</sup> Nevruz Koç/Türkiye, para. 44, Soner ve Diğerleri/Türkiye, para. 40, Güler/Türkiye, para. 41.

olma niteliğini tamamen kaybetmiş bir toplantı veya gösteriye kolluğun PVSK gereği orantılı ve ölçülü bir şekilde zor kullanması durumunda böyle bir tartışma söz konusu olamayacaktır. Ancak zor kullanma yetkisinin bulunmadığı veya hukuka aykırı yaptırımların uygulandığı durumlarda aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu şekilde yetkisiz zor kullanma durumlarında neredeyse evrensel olarak kabul görmüş olan mutlak işkence yasağı devreye girecektir.

Çalışmamızın başında toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin provoke edilmeye müsait ortamlardan biri olduğuna ve kolluğun görevlerinden birisinin de barışçıl toplanmalarda şiddet eğilimli olan kimselere yönelik tedbirler alınması gerektiği konusuna değinmiştik. Bu şekilde gösteri ortamlarına sızan kişilerden gerçek hak sahiplerini korumak da devletin yükümlülüğüdür. Bu şekilde davranan kışkırtıcı ya da şiddet eğilimli eylemcilerin tamamen kontrol altına alındıktan sonra örneğin dövülmesi şüphesiz yetki dışında kalacaktır. Dolayısıyla işlediği fiil ne olursa olsun kontrol altına alınmış bir kişi üzerinde uygulanan şiddetin orantısından bahsetmek mümkün değildir. Tam tersi bir bakış açısıyla zor kullanma yetkisinin söz konusu hallerde müdahalenin orantılı mı orantısız mı yapıldığı değerlendirilebilecektir. Yetkide sınırın aşılması halinde ise kötü muamele ortaya çıkacaktır. Oysa bu yetkinin hiç bulunmadığı anlarda yapılan müdahale diğer bazı şartların oluşması durumunda işkence oluşturabilecektir. Bu düşüncede ana dayanak noktası mutlak yasağın tanındığı bir eylem açısından orantılılık değerlendirmesinin söz konusu olamayacağı durumudur. Bu düşünceye göre tamamen barışçıl bir toplanmada yetkisiz bir müdahalede zor kullanmaya başvurulduğunda daha az acı vermeyi meşru bir sebeple açıklamak mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla profesyonel olarak eğitim almış olmakla birlikte organize güç kullanabilme araç ve gereçlerine sahip güvenlik güçlerinin karşısında, genel olarak barışçıl olma özelliğini yitirmemiş bir toplanma ve gösteri eyleminde, bireylerin tamamen kontrol altında olduğunu söylemek kanımızca hatalı görünmektedir. Böyle bir andan itibaren yapılacak yetkisiz müdahalelerde acı ve ızdırabın yoğunluğundan artık bahsedilemeyecektir. Zira böyle bir durum uygulanacak şiddetin meşruluğunu baştan kabul etmek olacaktır.<sup>63</sup>

Ayrıca, hem ulusal mevzuatın (TCK 94. madde), hem de İKS ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin işkence tanımına<sup>64</sup> göre işkence suçunun işlenmesi için bir resmi mekânda ya da özgürlüğün resmi şekilde kısıtlanmış olması şartı aranmamaktadır.

<sup>63</sup> Altıparmak, "İşkenceyi Nasıl Bilirdiniz?", s. 138 vd.

<sup>64</sup> Kurşun G., **101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara 2011, s. 27

Önemli olan, alıkoyan kişinin alıkoyan üzerinde fiziki bir hâkimiyet kurmuş olmasıdır. Bu şartın, kolluk görevlilerinin kişinin karşı koymasının polisin sayı ve gücüne bağlı olarak bir anlam ifade etmeyeceği durumlarda açıkça gerçekleşebileceği ileri sürülebilecektir.<sup>65</sup>

### 3.2. Bir Zor Kullanma Yöntemi Olarak ‘Biber Gazı’ Kullanımı AİHS 3. Madde İhlali Mi?

İç hukukta Kanun tarafından öngörülen aşamalı müdahalede maddi gücün yöntemine ilişkin PVSK’nın 16. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi düzenlemesinde şöyle denmiştir: *“Maddî güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını, ifade eder.”*

Polisin zor kullanma teknikleri her zaman tartışmalara neden olmuştur. Bunlardan “biber gazı” olarak bilinen göz yaşartıcı gazlar uygulamada yoğun olarak kullanılmaktadır. Biber gazının kullanılma yöntemine ilişkin yasal dayanaklara, içerdiği kimyasallara ya da sağlık üzerindeki etkileri ayrı bir çalışmayı gerektirdiğinden,<sup>66</sup> AİHM’in bu tekniğe, ele almaya çalıştığımız işkence ve kötü muamele yasağı bakımından, nasıl yaklaştığına kısaca değinmenin faydalı olacağı kanısındayız.

*Oya Ataman/Türkiye* kararında 22.04.2000 tarihinde F tipi hapishaneleri protesto etmek üzere toplanan başvurunun da içinde bulunduğu grup biber gazı kullanılmak suretiyle dağıtılmış ve başvuru da dâhil olmak üzere 39 gösterici göz altına alınmıştır. Başvurucu gösteri yürüyüşünün dağıtılmasında kullanılan biber gazının göz yaşarması ve nefes alıp vermede zorlanma gibi fiziksel rahatsızlıklara yol açmasından dolayı AİHS’in 3. maddesinin ihlal edilmiş olduğunu ileri sürmüştür. Strazburg öncelikle biber gazının Avrupa Konseyi üyesi bazı devletlerde gösterileri denetim altında tutmada ve denetimden çıkmaları halinde dağıtılmalarında kullanıldığını belirtmiştir. Bunun yanı sıra biber gazının Kimyasal Silahlar Sözleşmesi’nin Ek’inde sayılan zehirli kimyasallar içinde bulunmadığını kabul etmekle birlikte, kullanılmasının solunum sorunları, bulantı, kusma, göğüs ağrısı, gözlerde ve deride rahatsızlıklara yol açabileceğine işaret etmiştir. Ancak başvurunun söz konusu gaza maruz kalmasından dolayı ortaya çıkan rahatsızlıklarına ilişkin herhangi bir tıbbi rapor sunmamasından

<sup>65</sup> Altıparmak, “İşkenceyi Nasıl Bilirdiniz?”, s. 138 vd.

<sup>66</sup> “Biber Gazı”nın insan sağlığı üzerindeki etkilerine ilişkin bkz., *Osmanoğlu K.*, “Biber Gazının İnsan Sağlığı Üzerindeki Etkileri ve Hukuki Statüsü”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, Yıl: 2011, s. 65-91.

dolayı Mahkeme, 3. maddeye aykırı muamele iddiasını destekleyen delil bulunmadığını ve buna dayanarak da ihlalin bulunmadığına hükmetmiştir.

Daha önce barışçıl toplanmalar (11. madde) bakımından ihlal tespit edilen kararda bu defa gösteri yürüyüşlerinin dağıtılmasında biber gazı kullanılmasının işkence ve kötü muamele yasağının ihlali olabileceğinin ilke olarak kabul edilmiş olduğu tespiti yapmak mümkün görünmektedir.

Verilen kararda kişinin katılmış olduğu gösteri yürüyüşünün biber gazı kullanılması suretiyle dağıtılması durumunda 3. maddenin korumasından yararlanabileceği sonucu açıkça çıkarılabilecektir. Çünkü Strazburg, ihlal tespitinde bulunulmamasının gerekçesi olarak ispat konusunu işaret etmiştir.<sup>67</sup> Mahkemenin başvuruca biber gazıyla müdahalede bulunulmuş olmasının işkence ve kötü muamele yasağı çerçevesinde bir etki oluşturduğunu ispat edecek delilleri ortaya koymadığı değerlendirilmesinin zıt yorumuyla bunun ispatı halinde biber gazı tekniğinin işkence ve kötü muamele yasağını ihlal edebilecek nitelikte olabileceği sonucu çıkarılabilecektir.

*Ali Güneş/Türkiye* kararında<sup>68</sup> ise, başvuru 28.06.2004 tarihinde İstanbul'da gerçekleşen bir NATO toplantısı protestosuna katılmış ve söz konusu protesto eylemi sırasında gözaltına alınmıştır. Başvuruca iki polis memuru tarafından kollarından tutulurken bu memurlardan biri tarafından, yakın mesafeden burnuna ve ağzına sprey sıkılma anını görüntüleyen bir fotoğraf ulusal bir gazetede yayımlanmıştır. Başvurucunun iddialarına göre kendisiyle birlikte diğer göstericiler de biber gazının yanı sıra fiziksel şiddete maruz kalmışlardır. Başvuruca söz konusu olgular çerçevesinde AİHS'in 3. maddesince koruma altına alınmış olan işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun söz konusu iddiaları gazete fotoğrafının yanı sıra hekim raporlarına da yansımıştır. Gözaltı prosedürü gereği yerine getirilen tıbbi muayenelerle de tespit edilmiştir. Başvuruca maruz kaldığını ileri sürdüğü muameleye karşı Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunmuş ancak takipsizlik kararı verilmiş olduğunu öğrenmiştir. AİHM ilk olarak başvuruca kötü muamele iddialarının polis memurları tarafından gerçekleştirilen biber gazı sıkılması ve fiziksel şiddet uygulanması şeklinde iki ayrı değerlendirmeye tabi tutmuştur. Strazburg, biber gazı kullanılmasına ilişkin olarak Avrupa Konseyi bünyesinde faaliyet gösteren İşkence ve Kötü Muameleyi Önleme Komitesi (CPT) standartlarına göndermede bulunmuş ve

<sup>67</sup> Gemalmaz, İşkence Yasağı, s. 337-372.

<sup>68</sup> *Ali Güneş/Türkiye* kararı.

*“kolluk kuvvetleri tarafından kontrol altına alınmış olan bireye karşı bu tür gazların kullanılmasının hiçbir haklı nedeni olmayacağı”* ifade etmiştir.<sup>69</sup>

AIHM bu kararında özet olarak yüze karşı hukuki dayanağı olmayan gaz sıkma eyleminin, bu gazın sağlık üzerinde ortaya çıkardığı etkiler ve potansiyel sağlık risklerini dikkate alarak, başvurucuda yoğun fiziksel ve ruhsal acıya yol açtığı ve başvurucuyu küçük düşürecek ve alçaltacak korku, elem ve aşağılanma duygularına neden olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla da başvurucuya gaz sıkılmasının 3. madde anlamında insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele oluşturduğuna hükmetmiştir.<sup>70</sup> AIHM’in konuyla ilgili esas aldığı genel standart *“bir cezanın veya muameleinin “insanlık dışı” veya “aşağılayıcı” sayılabilmesi için, içerdığı acı veya aşağılanmanın her halükarda meşru bir cezanın kaçınılmaz olarak doğurduğu acı veya aşağılanmanın ötesine geçmesi gerekir”*<sup>71</sup> görüşündedir.

AIHM tarafından konuyla ilgili verilen son karar olan *Abdullah Yaşa ve Diğerleri/Türkiye* kararı,<sup>72</sup> 14 PKK üyesinin meydana gelen bir silahlı çatışma sonucu ölümü üzerine Diyarbakır’da gerçekleşen ve barışçıl nitelikte olmayan toplumsal eylemlerde biber gazı kapsülünün kollukça ateşlenerek 13 yaşındaki başvurucunun yüzünde yaralanmaya sebep olmasına ilişkindir. Karar, Türkiye’de biber gazı tekniğinin nasıl kullanıldığına ilişkin ciddi tespitler yapmış ve nasıl kullanılması gerektiğine ilişkin ise ilkeler kabul etmiştir. Mahkeme kararında ulusal mevzuatta gösteriler esnasında göz yaşartıcı bomba kullanımını düzenleyen spesifik hükümler bulunmadığı gibi kullanım sekline ilişkin herhangi bir talimatın da yer almadığını gözlemlemektedir. 28 ve 31 Mart 2006 tarihlerinde Diyarbakır’da meydana gelen olaylar esnasında iki kişinin göz yaşartıcı bomba atılması sonucu ölümü ve başvuranın da bu nedenle yaralanması olguları dikkate alındığında, polis memurlarının büyük bir özgürlükle hareket ettikleri ve düşüncesizce inisiyatif aldıkları sonucunun çıkarılabileceği düşünülmektedir. Müdahalede bulunan polis memurlarının eğitim alıp, uygun talimatlarla yönlendirilmiş olmaları durumunda, muhtemelen böyle bir olayın gerçekleşmeyeceği değerlendirilmesi yapılarak 3. madde dolayısıyla ihlal kararı verilmiştir.<sup>73</sup>

Görüldüğü gibi esas sorun polisin toplumsal olaylara müdahalesinde takındığı tavır olarak belirmektedir. Son zamanlarda uluslararası düzeyde biber gazının kim-

<sup>69</sup> Ali Güneş/Türkiye kararı, para. 41.

<sup>70</sup> Ali Güneş/Türkiye kararı, para. 43.

<sup>71</sup> Gemalmaz, İşkence Yasağı, s. 213., ayrıca bkz., Soering/Birleşik Krallık, para. 100.

<sup>72</sup> Abdullah Yaşa ve Diğerleri/Türkiye kararı.

<sup>73</sup> Abdullah Yaşa ve Diğerleri/Türkiye kararı, para. 49, 50, 51.

yasal silah olarak kabul edilip edilmemesi tartışmalarını bir tarafa bırakırsak kolluk görevlilerinin toplanma özgürlüğünün güvenli bir şekilde temin etmenin ötesinde karışıklık yaratanları ya da katılanları cezalandırıcı bir amaç güttüğü görülmektedir. Polisin zaman zaman yetkisiz veya orantısız güç kullanmasında ısrarcı tavrı işkence ve kötü muamele yasağının sistematik olma unsurunu yerine getirebileceği ihtimalini de göz ardı etmemek gerekir. Kaldı ki diğer yönden bu aşırılık toplantı ve gösterilerde polisin olayların herhangi bir tarafı olduğu sanısını arttırabilecek ve vatandaşın kendi güvenlik güçlerine güvenmediği bir ortam yaratabilecektir.

### 3.3. Usulî İhlal

Yine *Ali Güneş/Türkiye* kararında AİHM, başvuranın iddialarına ilişkin etkili bir soruşturma yürütülmemesinin de 3. maddeyi “*usuli*” olarak ihlal ettiği değerlendirmesini yapmıştır.<sup>74</sup> Devletin işkence ve kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumu Türkiye için alışlageldik bir tablodur. Bu sorunların ışığında cezasızlık, yetersiz bir mevzuat kadar, mevzuatla sık sık çelişen uygulamalar aracılığıyla da sistemin bütün unsurlarına nüfuz eden, yerleşik bir zihniyetin ürünü olarak ön plana çıkmaktadır.<sup>75</sup> Devletin yüksek ve kutsal çıkarlarının her koşulda korunması esasına dayanan bu anlayış Strazburg’un ihlal kararlarından da önce toplumda açık bir vicdani rahatsızlık yaratmaktadır. Ancak bu genel rahatsızlığa rağmen devletin soruşturma izni vermeye yetkili amirinden soruşturmayı yürütecek savcılara ve hatta kovuşturmayı yapan hâkimlere kadar bu kronik bilinçli ihmali tutum ısrarla sürdürülmektedir.

### 3.4. “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu” Peçesi

Ulusal hukukta dikkat çeken bir diğer husus işkence suçunu oluşturan davranışlarla kasten yaralama ya da zor kullanmada sınırın aşılması suçunu oluşturan davranışlar arasında kesin bir fark olmaması durumudur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 256. maddesinde düzenlenmiş olan “*Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması*” suçuna vücut verecek kimi fiiller, işkencenin önlenmesine dair sözleşmelerde geçen za-

<sup>74</sup> *Ali Güneş/Türkiye* kararı, para. 46.

<sup>75</sup> Aynı yönde bkz., *Atılğan M., Işık S., Cezasızlık Zirhını Aşmak: Türkiye’de Güvenlik Güçleri ve Hak İhtalleri*, Tesev Yayınları, İstanbul 2011, s.78.

limane ve insanlık dışı davranışlar olabilecektir. Değınmeye çalıştığımız Strazburg kararlarından ortaya çıkan ilkelerden hareket edecek olursak zor kullanmada sınırın aşılması suçunun işkence suçunu oluşturmasının mümkün olduğu söylenebilecektir. Ancak kanun koyucunun ayrı bir suç tipi öngörerek işkence ve kötü muamele oluşturabilecek kadar ağır olmayan eylemleri bu suç kapsamında görmeye yönelik bir düşünce içinde olduğu söylenebilir. Toplanma özgürlüğüne yönelik zor kullanmada yetkisizlik halinde yapılacak müdahalenin orantısından söz edilemeyeceğine değın-mıştık. Böyle bir suç tipi işkencenin istisnasızlığına aykırı bir şekilde yetkisiz olarak daha az yoğunlukta acı ve ızdırap verilerek müdahale edildiğinde devreye girecektir. Aslında uluslararası eğilimin de açıkça işkence ve kötü muamele saydığı fiiller zor kullanmada sınırın aşılması suçunun varlığıyla adeta peçelenecektir. Böyle bir suç tipi daha önce bahsettiğimiz usuli ihlal sebebi olan cezasızlık sorununun devam etmesine yönelik temel dayanaklardan biri olabilecektir.

## Sonuç

İç hukukta toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olarak tanımladığımız toplanma ve gösteri yapma özgürlüğünü bu dar anlamından kurtarmak gerekmektedir. Nitekim bu durumun aksi, insanın doğasında bulunan toplanma güdüsünün ve ifade hürriyetinin bir farklı türü olan bu insani refleksin sınırlandırılması anlamına gelebilecektir. “*Düzenleme*” tabiriyle anılan özgürlüğün sadece organize bir şekilde planlanarak kullanılacağı anlaşılmaktadır. Oysa kendiliğinden ve ani gerçekleşen toplanmaların da bu özgürlük içinde anlaşılması gerekir.

Bir toplantı veya gösterinin güvence altına alınan özgürlüğün kapsamında düşünülmesi için gerçekleştirilen eylemin en azından asli unsurları tarafından barışçıl tarzda icra edilmesi gerekmektedir. 2911 sayılı Kanun’un yapıldığı dönemin korku ve paranoyalarını taşıyan ve bu uğurda güvenlik-özgürlük ikileminden güvenlik safında yer alan bir anlayışı benimsemesi nedeniyle Strazburg’un dayandığı felsefi zemin bakımından ciddi oranda çeliştiğı açıktır. Toplanma ve gösteri yapma özgürlüğünün kimsenin ilgisini çekmeyen bir şekilde yapılması hakkın amacıyla bağdaşmayacaktır. Kötü belediye hizmetleri sebebiyle suların kesilmesi, çarpık kentleşmeye karşı -belki de bilinçli siyasi nedenlerle- yeterli derecede önlemler alınmadığından sokaklara giremeyen itfaiye araçları ve bunun sonucu olarak küçük bir kıvılcımla başlayıp tamamı yanan tarihî yapılar, yine yol, köprü, toplu taşıma gibi kamusal hizmetleri yeterli

şekilde yerine getirilmemesi dolayısıyla saatlerce akmayan trafik ve geciken ambulanslar... Bahsedilen aksaklıkların normal karşılandığı bir toplumda sorumluluğun büyük ölçüde amacı bireye hizmet olan devlete ait olduğu açıkken, bir arada yaşama sözleşmesi yapmış olan insanların doğasında bulunan bu özgürlüğün peşinen kamu düzenini bozduğu düşüncesinin kabulü mümkün olmamalıdır. Söz konusu özgürlüğün kimsenin keyfini kaçırmayacak bir şekilde yapılması yerine bir arada yaşamının komplikasyonlarından biri olarak kabulü daha akılcı olacaktır. AİHM’le uyumlu olarak ifade hürriyetiyle neredeyse aynı karaktere sahip olan bu hakkın sınırlarını geniş yorumlayarak toplanmaların asli katılımcılarının büyük ölçüde ve genel olarak barışçıl niteliği kaybetmemiş olma ölçütü esas alınmalıdır.

Şiddet çağrısı ve hareketleri içeren, genel olarak barışçıl tutum içermeyen toplumsal olaylarda dahi kolluk güçlerinin güç kullanmasına ilişkin, başta gereklilik ve orantılılık olmak üzere, ulusüstü insan hakları hukuku standartlarına uygun davranmaları gerekmektedir. Geniş çaplı toplumsal olaylarda toplanma ve gösteri özgürlüğü karşısında şaşkınlık geçiren profesyonel (!) devlet yöneticilerinin içinde bulunduğu telaş ve panikle hareket etmesi hiçbir durumda mazur görülemeyecektir. Her toplanma ve gösteride provokatif eylemcilerin olması durumunun eşyanın tabiatı gereği olduğu kabulüyle bu unsurların ayıklanması görevinin anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle de ideolojik duygularına yenik, taraf haline gelmiş geleneksel kolluk zihniyetinin değiştirilerek profesyonel<sup>76</sup> bir kolluk eğitiminin ciddiye alınması gerekmektedir. Cebir kullanma tekeli elinde bulunduran devletin kolluk görevlilerinin mesleki eğitimi vatanseverlik(!) anlayışından ziyade öfke kontrolü ve soğukkanlılığın sağlanması üzerine kurulmalıdır. Bu eğitimde psikolojik ve fiziki bir donanımın yanında zor kullanma yetkisinin uygulamasına yönelik evrensel insan hakları standartları eğitiminin verilmesi uygulamada yer alan aksaklıkların çözümü noktasında büyük fayda sağlayacaktır<sup>77</sup>.

AİHM’in Türkiye hakkında verdiği *Oya Ataman, Ali Güneş ve Abdullah Yâşa* kararlarında biber gazı kullanımının normatif ve içtihadî standartları açıkça ifade edilmiştir. İnsan haklarına yönelik daha fazla ihlal yaşanmaması için uluslararası toplumda “*kimyasal silah*” olma yönü tartışılan biber gazı uygulaması yeniden masaya yatırılmalı ve

<sup>76</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., [http://www.pa.edu.tr/APP\\_DOCUMENTS/D478B2AD-3813-4555-9629-6332F8CF8D33/cms\\_statik/\\_dergi/2004/3-4/115-130.pdf](http://www.pa.edu.tr/APP_DOCUMENTS/D478B2AD-3813-4555-9629-6332F8CF8D33/cms_statik/_dergi/2004/3-4/115-130.pdf)

<sup>77</sup> *Osmanoğlu M. K.*, “Uluslararası Belgeler Işığında Polis ve Vatandaş İlişkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt-XVII, Yılı: 2013, Sayı 1-2, s. 1582.

bu yöntemden vazgeçilemeyecekse kullanımında Strazburg içtihatları ve diğer evrensel standartlar benimsenmelidir.

1982 Anayasası'nın 90. maddesi uyarınca AİHS düzenlemeleri ve bunun açık bir yorumu niteliğinde olan AİHM kararları çağın genel beklentisine cevap vermeyen ulusal düzenlemelerden açıkça üstün kabul edilip ortaya uyumsuzluk çıkmadan anılan özgürlüğün sınırları idarelerce yeniden belirlenmelidir. Bu ön kabulde yasa dışı olduğu nitelenmesi yapılamayacak bir toplanmaya devletin güvenlik güçlerince yapılacak yetkisiz müdahaleler işkence ve kötü muamele yasağı gibi mutlak olarak korunan bir diğer temel hakkın ihlaline neden olabileceğinin kabulü gerekmektedir. 5237 sayılı Kanun'da düzenleme altına alınmış olan zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunun oluşabilmesi için zor kullanma yetkisinin varlığı ön şartı aranırken AİHM içtihatları ışığında değerlendirme yapılmalıdır. Zor kullanma yetkisinin şeklen var olduğunun kabulü kolluğun esasen işkence veya kötü muamele oluşturan eylemlerinin daha masum görünen bir suçun peçesi ardında kalmasını sağlayacaktır. Türk Ceza Kanunu'nda zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması ile işkence suçlarının soruşturulma usulleri ile yaptırımları arasındaki fark, birincisinin ikincisinin koruma kalkını olarak kullanılmasının nedenini ortaya koymaktadır.

Kolluk güçlerinin genel olarak toplumsal olaylara haksız müdahaleleri sonucunda suç şüphesi oluşturan fiillerinin yeterince soruşturulmaması cezasızlık olgusunun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yetkisiz veya orantısız ve ölçüsüz müdahalelere karışmış kolluk görevlilerinin soruşturmaları sonucunda -neredeyse kural haline gelmiş olan- takipsizlik kararları işkence ve kötü muamele yasağı bakımından usuli ihlallerin ana nedeni olarak görülmektedir. Cezasızlık olgusunun ortaya çıkmasına Türkiye'de genel olarak devlet organlarının bireyler karşısındaki üstünlüğü anlayışına dayanan, bunun uzantısı olarak da kamu görevi mensupları arasındaki korumacı ve dayanışmacı refleksin sebep olduğu kanaatimizce söylenebilir.

Temeldeki asıl sorun, son yarım asırda Türkiye'nin esas almak istediği özgürlükçü batılı insan hakları sistemi ile eski bir alışkanlık olarak totaliter devlet anlayışının kendi takdir ettiği kamu düzeninin sağlanması için kullandığı sorgulanamaz, üstün ve kutsal yetkilerin oluşturduğu paradokstur. Türkiye'de Devletin ve organlarının öncelikle güvence altına alınan hakları gerçekten birer temel hak, insan hakkı olarak değerlendirmesi ve adalet anlayışını buna göre konumlandırması gerekmektedir.

## Kaynakça

- ALTIPARMAK Kerem;** İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? Türkiye’de Orantısız Güç Kullanma Sorunu, *Toplum ve Bilim*, sayı:115, Birikim Yayınları, İstanbul 2009, s.138 vd.
- ANAYURT Ömer;** *Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998.
- ATALAY Esra;** *Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 65, İzmir, 1995.
- ATILGAN Mehmet / İŞİK Serap;** *Cezasızlık Zırhını Aşmak: Türkiye’de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri*, Tesev Yayınları, İstanbul 2011.
- AYTAÇ Ahmet Murat;** *Kitle ve Siyaset: Kalabalıkların Yönetimi*, Doktora Tezi, Ankara 2009
- ÇEÇEN Anıl;** *İnsan Hakları Rehberi*, Bilim Yayıncılık, Ankara, 1999.
- DOĞAN İlyas / KAYA Mehmet;** *İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi*, Adalet Yayınları, Ankara 2011.
- DOĞRU Osman / NALBANT Atilla;** *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2.Cilt, Avrupa Konseyi - T.C. Yargıtay Başkanlığı, 1. Baskı, Ankara, 2013.
- GEMALMAZ Mehmet Semih;** *İşkence Yasağına İlişkin Uluslararası Belgeler*, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002.
- GEMALMAZ Mehmet Semih;** *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Analizi* (Madde3/İşkence Yasağı), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2006.
- Guidelines on FREEDOM OF PEACEFUL ASSEMBLY*; Second Edition, OSCE/ODIHR, Warsaw/Strasbourg 2010.
- GÜRAN Sait;** *İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1969.
- HARRIS, D.J., O’BOYLE, M., BATES, E.P., BUCKLEY, C.M.;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, 2013.
- İŞGÖREN Ali;** *Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- KABOĞLU İbrahim Ö. ;** *Kolektif Özgürlükler*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989.
- OSMANOĞLU M. Kerem;** Biber Gazının İnsan Sağlığı Üzerindeki Etkileri ve Hukuki Statüsü, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, Yıl: 2011, s. 65-91.

**OSMANOĞLU M. Kerem;** Uluslararası Belgeler Işığında Polis ve Vatandaş İlişkisi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt-XVII, Yılı: 2013, Sayı 1-2.

**ÖNOK R. Murat;** *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

**TANYAR Ziya Çağ;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, *AÜHFD*, Cilt: 60, Sayı: 3, 2011, s. 593-634.

**YARSUVAT Duygun;** *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti*, İstanbul, 1968.

### Elektronik Kaynaklar

**AKTAN Hamdi Yaver;** Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü ve Özgürlüğü ile İlgili Değişiklikler ve AİHM ve Yargıtay Uygulaması, Türkiye Barolar Birliği İHAUM Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara 2004, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan-halari-avrupa-sozlesmesi-ve-adli-yargi.pdf>

**ALTIPARMAK Kerem;** “Gezi’nin Hatırlattığı Hak: Barışçıl Toplantı”

<http://bianet.org/bianet/bianet/148157-gezi-nin-hatirlattigi-hak-bariscil-toplanti>

**FENDOĞLU H. Tahsin;** 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg19/fendoglu.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/fendoglu.pdf)

**GÖZLER Kemal;** 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg19/kozler.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kozler.pdf)

**KABOĞLU İbrahim Ö;** 2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg19/kaboglu.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kaboglu.pdf)

**KURŞUN Günel;** 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara 2011, [http://www.iccnw.org/documents/101\\_questions\\_on\\_the\\_ICC\\_Gunal\\_Kursun\\_Sept\\_2011\\_BOOK.pdf](http://www.iccnw.org/documents/101_questions_on_the_ICC_Gunal_Kursun_Sept_2011_BOOK.pdf)

**PÂKOZDY Csaba;** The power of state versus freedom of assembly in the light of the case-law of the European Court of Human Rights and the Hungarian jurisprudence, *Miskolc Journal of International Law VOLUME 4. (2007) No. 2. pp. 46-53.* (<http://heionline.org>)

<http://www.adalet.gov.tr> <http://hudoc.echr.coe.int> <http://ihami.anadolu.edu.tr>

<http://www.pa.edu.tr>



(19. Makale – 2019)

Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI\*

*Yaşam Hakkı Üzerine Düşünceler\*\**

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı,  
Ankara Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü

\*\* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2019, Cilt:10, Sayı 2, s. 539-547.



# YAŞAM HAKKI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

## Thoughts on Right to Life



**Abdurrahman SAYGILI\***

### Öz

Makale *yaşam hakkını* farklı bir bakış açısı ile ele almayı amaçlamaktadır. Modernite hayatı, ölüm üzerinden anlamak yerine yaşam üzerinden anlamaya odaklanmıştır. Yaşam hakkı, pozitif iktidarın beden siyaseti için biçilmiş bir kaftandır. Yaşam, modernitede bütün toplumsal alanı kuşatan temel kavram haline getirilince, hukukun en temel koruma alanı olarak ön plana çıkmıştır. Beden siyasetini göz önüne almadan yaşam hakkını anlamak ise kaçınılmaz olarak eksik kalır. Akademik bir disiplin olarak insan haklarının ve tabi ki insan hakları hukukunun en temel ilgi alanı da yaşam olmuştur. Yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS), temel kurucu hak olarak yer alır. Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen hakkın, sözleşmenin yürürlüğü girişinden günümüze, içtihatlar dolayısıyla kapsamı bir hayli genişletilmiştir. İctihatların güçlü etkisiyle sözleşmenin durağan bir metin olmaktan çıkıp dinamik bir içerik kazandığı söylenebilir. Yine bu sayede sözleşmenin yeni ortaya çıkan

### Abstract

This article aims to grasp *right to life* from a different perspective. Modernity focuses to understand life through living rather than death. Right to life is perfectly suited for body politics of positive power. When life became a basic concept that encompasses the whole social space in modernity, it has also come to the fore as the most basic protection area of law. Yet, understanding right to life without considering body politics inevitably remains incomplete. As is well known, life is also considered as primary research area by human rights as a academic discipline and of course human rights law. Right to life is the fundemantal founding right of the European Convention on Human Rights (ECHR). The scope of the right regulated Article 2 of the Convention has been expanded in time by way of the relevant case law and court practices. Under the influence of case law, the Convention has obtained a very dynamic content and has adapted itself to new emergent situations. Finally it should be point

---

\* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku ABD, E-mail: kamusal@hotmail.com.

durumlara kendisini uyarladığını söylemek gerekir. Son olarak belirtmek gerekir ki sözleşme metninde yer almamakla birlikte, kürtaj, ötanazi gibi birçok konu içtihatlarda tartışılmıştır.

out that, although not included in the text of the Convention, many issues such as abortion and euthanasia have been discussed in the human rights case law.

## Giriş

Moderniteyle birlikte içinde yaşadığımız dünya, hayatı, ölüm üzerinden anlamak yerine yaşam üzerinden anlamaya odaklanmıştır. Bunun anlamı, modern öncesi dönemlerde yaşam ile ölümün karşıt olmadığı, aksine iç içe geçtiğidir. Oysa moderniteyle (tabii ki modern devlet ve hukukla) birlikte, ölüm oyunun dışına çıkarılmış, sadece yaşamaya odaklı bir dünya inşa edilmiştir. Bu inşa, salt yaşamı kendisine esas aldığından dolayı, yaşamı “güvenli kılma” iddiasını bireylerin zihnine zerk etmiştir. Güvenlik ideolojisi üzerinden korkuları bertaraf edeceğine yönelik meşrulaştırıcı ön kabul, tarihsel süreç içerisinde büyük aktör olan devleti de dizginlemenin önünü açmıştır. Devletin faaliyetlerini dizginlemenin adı; son yüzyılda, hukuksal belgelere insan hakları olarak kaydedilmiştir.

İnsan hakları (ve hukuku), pozitif metinlerle ismini daha yüksek sesle duyurunca en temel ilgi alanı kuşkusuz yaşam olmuştur. Yaşam, az önce bahsettiğim gibi modernitede bütün toplumsal alanı kuşatan kavram haline getirilince, hukukun en temel koruma alanı olarak ön plana çıkmıştır. Bütün diğer hakların kurucu kavramı yaşam olduğu vakit, özel bir ilgiye mazhar olmuş ve kutsallık halesini taşımasında da bir beis görülmemiştir. Bu yüzden, insan hakları belgelerinde yaşam hakkı en başta zikredilen (sadece zikredilmez elbet, kuruculuk vasfı da hissettirilir) hak olmuştur.

Bu makalede, yazar olarak, üzerine oldukça fazla laf sarf edilmiş bir konuyu- yaşam hakkını- farklı bir bakış açısı ile açıklamayı deneyeceğim. Biz hukukçuların salt pozitif hukuk metinlerine, mahkeme kararlarına bakarak açıklamaya alışık olduğumuz bir konunun belli noktalarını, çok derinlemesine olmasa dahi hukuk dışındaki alanlarla algılamaya ve anlatmaya çalışacağım. Yaşam hakkından bahseden bir yazı **niçin ölümden başlamasın?** sorusunu kendime sordum. Yaşamın ölümü dışladığı bir tarihsel dönemde, ölümden bahsetmenin kaçınılmaz olduğunu düşünüyorum. İnsan hakları çağında, devletin hakları ihlal eden en büyük aktör olduğunu akılda tutarak, bunun arka planını tespit etmek; başka bir deyişle, negatif iktidar yanında pozitif iktidarı da incelemeye almak gerekliliğine inanıyorum. İşte tam da bu sebeple, yaşam hakkı, pozitif iktidarın beden siyaseti için biçilmiş bir kaftandır. Beden siyasetine bakmadan yaşam hakkını anlamak oldukça nakıs kalır.

Yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS), temel kurucu hak olarak yer alır. Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen hakkın, sözleşmenin yürürlüğü girişinden günümüze, içtihatlarda kapsamı genişletilmiştir. Sözleşmenin yürürlüğe girdiği dönemde, ölüm cezasının uygulanması yasaklanmamış (***kanunun ölüm cezası öngördüğü bir suç nedeniyle bir mahkemenin verdiği ölüm cezasının infazı dışında...***) olduğu halde, şu an geldiğimiz noktada ölüm cezasının infazını kademeli olarak kaldıran Ek Protokolleri usulüne uygun olarak onaylayan devletler açısından; ölüm cezasını uygulamak artık mümkün değildir. Ölüm cezası, Sözleşme metninde hâlâ bir istisna olarak görülmekle birlikte, Sözleşmenin içeriği Ek Protokollerle değiştirilmiş ve zenginleştirilmiştir. İchtihatların da etkisiyle Sözleşme durağan bir metin olmaktan ziyade dinamik bir içeriğe sahiptir. Bundan dolayı, Sözleşmenin yeni bazı durumlara kendisini uyarladığı söylenebilir. Sözleşme metninde yer almamakla birlikte, kürtaj, çevresel bozulma, ötanazi gibi birçok konu içtihatlarda tartışılmıştır. Bu makalede, ölüm cezası, kürtaj ve ötanaziyi, bu konulara ilişkin bazı öncü kararları esas alarak tartışacağım. Bu tartışmayı yaparken, salt hukuki bir bakış açısıyla değil, ama onunla birlikte arka planıyla sorunu ortaya koymayı deneyeceğim. O yüzdendir ki bu makale, bir deneme niteliğini haizdir.

## I. Bir İhtimal Daha Var; O da Ölmek Mi Dersin?

Zygmunt Bauman, ***Ölümlülük, Ölümsüzlük ve Diğer Hayat Stratejileri***'nde, ölümün, etkin öznenin sonu olduğundan ve dolayısıyla bunun da bütün bir algının sonu anlamına geleceğinden bahseder.<sup>1</sup> İnsan, kendi ölümünden ziyade başkalarının ölümünden korkar, yani içine düşeceği hiçlik hissinden rahatsız olur ki bu, boşluk hissi- ne karşılık gelir. Ve her ne kadar bu durumu algılamak istemese de algılamak zorunda kalır. Oysa söz konusu kendi ölümümüz olduğunda rasyonel insanın bir korku duymaması gerekir. Zira Epikür'den beri hâkim olan "*ölümden korkulmaması, var olduğumuz sürece olmayacak olması ve o geldiğinde ise bizim olmayacağımız, onu deneyimleyeceğimiz*"<sup>2</sup> düşüncesi, insanı rahatlatıcıdır. Ama bu mantık çoğu kez işlemez; bilen özne bu bilgiyi -öleceği bilgisini- unutamaz, olsa olsa düşünmeyebilir ve anımsamayabilir. O halde, insan, nasıl oluyor da düşünmeyebiliyor ve anımsamamayı başarabiliyor? Sorunun cevabı basit;

<sup>1</sup> BUAMAN Zygmunt: *Ölümlülük, Ölümsüzlük ve Diğer Hayat Stratejileri*, 2. Baskı, Çev. Nurgül Demirdöven, Ayrıntı Yay., İstanbul 2012, s. 12

<sup>2</sup> Bkz. SAHAKIAN, William. S: *Felsefe Tarihi*, Çev. Aziz Yardımlı, 3. Baskı, İdea Yay., İstanbul 1997, s. 51

diğer bütün canlılardan onu ayıran bir özellik sayesinde: zira insan (modern olanı), kültürel bir varlıktır.<sup>3</sup>

Kültürel ilişkiler ağının içinde yer alan modern insan, ölüm üzerinden bir hayat kurmak yerine yaşamı esas alan bir var olma biçimi oluşturur kendisine. Modern öncesi dönemin ölümün kurtuluşa ulaştırıcı etkisi, diğer bir deyişle, bir son olmaktan öte başlangıçla algılanması, insanın içerisinde yaşadığı ilişki ve itaat halini yüzyıllar boyunca etkilemiş; yaşam, rasyonellik ötesi bir bakış üzerinden temellen(diril)miştir.

Oysa modern dünyanın yapısal koşullarında, ölümün unutulması; tek gerçeklik olarak maddi dünyanın varlığının algılanması istenir. Ölüm ilgi alanına çıkarıldığında, odak noktası yaşam haline gelir.

Peki, ya ölüm bir gün öldürmekten vazgeçerse? Hepimiz için zorunlu ve kaçınılmaz son olan ölüm, tırpanını köreltirse ne olur?

“Ertesi gün hiç kimse ölmedi. Bu olay, yaşamın temel kurallarına taban tabana zıt olduğundan, insanların ruhlarına büyük bir huzursuzluğa neden olmuş, her açıdan etkilemişti, zira dünya tarihinin kırk ciltlik külliyatında göstermelik için bile olsa böylesi bir duruma rastlanmıyordu; bütün gün geçtiğinde, gündüzüyle gecesiyle, sabahıyla akşamıyla, yirmi dört saat boyunca, ne hastalıktan, ne ölümcül bir kaza sonucunda, ne de sonuna kadar götürülmüş bir intiharın neticesinde hiç bir şekilde hiç kimsenin ölmediği görülüyor, hiç kelimesi durumu özetliyordu.”<sup>4</sup>

Bu, Jose Saramago’nun **Ölüm Bir Varmış Bir Yokmuş** romanının açılış cümleleridir. Ölümsüzlüğün hüküm sürdüğü bir dünyada otoritenin varlığının hiçbir anlamı kalmayacağını anlatmak açısından oldukça etkileyici. Aksinden düşünülürse, ölümün olmadığı bir dünyada yaşamının da bir değeri kalmayacak, daha doğrusu Hobbes’un zihinlerimize kazıdığı güvenlik sorunu tamamen ortadan kalkacaktır. Bu da, bütün bir düzenin iflasının ilanından başka bir anlama gelmez. Başka bir deyişle, modernliğin üzerine inşa edilen düzenin yerle yeksan olmasıdır bu. Devletin ve hukukun kaybı.

<sup>3</sup> Aynı zamanda dinin, modern dönemde dahi kaybolmayan öteki dünya tasavvurunun sağladığı rahatlatıcı etkiyi de unutmamak lüzum eder.

<sup>4</sup> SARAMAGO, Jose: *Ölüm Bir Varmış Bir Yokmuş*, Çev. Mehmet Necati Kutlu, 5. Baskı, Turkuvaz Kitap Yay., İstanbul 2012, s. 11

Oysa devletle hukukun ölümle münasebeti oldukça kadimdir. Bu açıdan modern öncesi ile modern hukuk konuya oldukça farklı yaklaşmakla birlikte uzlaştıkları nokta, ölüme duydukları ilgidir. Modern hukukta, ceza hukukundan miras hukukuna kadar birçok alan ölümle ilgili kurallara yer verir. Bu yüzden, hukuk, ölüm ile yaşam arasındaki sınırı berraklaştırmak ve düzenlemek için uğraşır.<sup>5</sup> Çünkü ölümün, dolayısıyla yaşamın, hukuki tanımı hukuk dünyasında birçok sonuç doğuracak, bu da devletin toplumsal düzeni sağlamadaki tavrını belirginleştirecektir. Bu noktada hukuk, tıptan yardım almak durumunda kalır ve tıbbın ulaştığı son veriler ışığında ölüm denilen tıbbi durumun gerçekleşmesi için kalp-solunum yetmezliği ve tam olarak beyin ölümünün<sup>6</sup> gerçekleşmiş olması gerekir. Bu iki şart, ölümü tanımlayan hukuk diline sirayet ederek, kuralların uygulanmasına etki eder. Lakin toplumsal düzenin içinde hukuk kadar etkili bir düzenek daha bulunur: din. Modern hukukta, kurallar rasyonel iradenin tezahürü olduğundan dinsel etkiden arileştirilmiştir. Ancak yine de bu kadar kesin konuşmamak gerekir, zira ötanazi söz konusu olduğunda din hukukla ciddi bir mücadeleye girmekte ve bu mücadelede eli oldukça güçlü görünmektedir. Komadaki hastalar söz konusu olduğunda durum daha bir çetrefil hal alır. Yıllarca komada kalan hastaların bir gün birden bire uyanmalarına ilişkin istisnai örnekler-vakalar, konuyu içinden çıkılmaz bir hale sokar. Ayrıca komadaki hastaların birer bitki oldukları, hatta yaşayan ölüler biçiminde değerlendirilmeleri; başka bir ifadeyle, insan olma kategorisi dışına taşınmaları tartışmayı büyütür. Hukukun tanımladığı kişi ile insan arasında farklılığa ilişkin tartışmalar, bildik bir ismin görüşlerinin tekrar hatırlanmasına vesile olması açısından ilginçtir: Rene Descartes. Kant ile Locke’u da tartışmaya dâhil etmek felsefenin açmazlarına alışık olmayan hukukçuları, derin ve tehlikeli sulara sürüklemekten öte bir yarar sağlamaz. Pozitif hukukun, bu tehlikelerden kendisini kurtarmak için kısıtlı ve hukuki olan bir alandaki teknik tartışmalara sığınması kaçınılmazdır. Hukuki metinlere ve içtihatlara bakıldığında, böyle bir tavır takındığı daha net görülür.

Basit bir araştırma yaptığımızda, yaşama, bir hak olarak açıkça hukuk metinlerinde yer verildiğini görürüz. AIHS’nin 2/1. maddesi, bu haktan net bir biçimde bahseder: ***Herkesin yaşama hakkı yasa tarafından korunur. Yasanın ölüm cezası öngördüğü bir suç nedeniyle bir mahkemenin verdiği ölüm cezasının infazı dışında, hiç kimse yaşama hakkından kasten yoksun bırakılamaz.*** Buna

<sup>5</sup> WICKS, Elizabeth: "The Legal Definition of Death and the Right to Life", Interdisciplinary Perspectives on Morality and its Timings- When is Death?, Ed. Shane WcCorristine, Palgrave Macmillan Pub., London 2017, s. 119

<sup>6</sup> Bu durum, bazı ülkelerde -ABD ile Birleşik Krallık arasındaki fark-, beyin sapının ölümü olarak anlaşılmaktadır. Bu konu için bkz. WICKS, "The Legal...", s. 121.

benzer hukuki düzenlemeler, gerek ulusal hukuk metinlerinde gerek uluslararası belgelerde yer alır. Ancak hak olarak yer almakla birlikte, yaşamın ne olduğu veya ne zaman başlayıp sona erdiğini tespit etmek kolay değildir. Başka bir deyişle, konu tartışmalıdır. Lakin yaşam kavramı söz konusu olduğunda, kastedilenin insan yaşamı olduğu tartışmasızdır.<sup>7</sup> Hatta şu ifadeler, antroposantrik modern hukuk zihniyeti düşünüldüğünde, kulağa tuhaf dahi gelmez:

“2. madde herkesin yaşam hakkını güvence altına almaktadır. Buradaki yaşam ile insan hayatı kastedilmektedir. Bu kavram ne bir hayvanın yaşama hakkını ne de tüzel kişilerin var olma hakkını kapsamaktadır. Hayvanlar kişi değildirler ve böylece herkes (toute personne) kavramına dâhil değildirler ve bu nedenle Sözleşme tarafından hiç korunmamaktadır.”<sup>8</sup>

Hiç kuşkusuz, insan hakları belgelerinin yukarıda zikredilen genel mantığı açısından hayvanların korunmasını beklemek boşunadır. Dolayısıyla, hak kuramı açısından sözleşme burada bir açılım sağlamaz. Zaten insan yaşamının nerede başlayıp sona erdiği belirlemenin taraf devletlerin takdir yetkisine bırakıldığı, içtihatlar açısından konuya bir netlik kazandırılmadığı bir hak başlığında bunu beklemek safdillik olur.

Sözleşmede, yaşam kavramının doğasını ve anlamını da bulmak mümkün olmaz.<sup>9</sup> Bununla birlikte, mahkeme, içtihat hukuku sayesinde metnin içinden yer almayan açıklığı kapatmış, metni berraklaştırmaya çalışmıştır. Öyle ki, Mahkeme kararlarında zikredildiği gibi, Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumun bir gerekliliği olarak işkence yaşağıyla birlikte yaşama hakkı, sözleşmenin temel hükmü olarak kabul edilmektedir.

## II. Bir İdam Mahkûmunun Son Günü: Victor Hugo'yu Selamlamak

Victor Hugo, ***Bir İdam Mahkûmunun Son Günü*** romanına yazdığı 15 Mart 1832 tarihli ön sözde; devrimlerin kökünden sökemediği tek ağacın darağacı olduğunu söyler. Ve der ki: “Gerçekten de toplumu budamak, dallarını koparıp, kellesini uçurmak için gelen devrimlerin insan kanına doyduklarına nadir rastlanır, ölüm cezası ellerinden kolayca

<sup>7</sup> KORFF, Douwe: *Yaşam Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Çev. Özgür Heval Çınar/Abdulcelil Kaya, İnsan Hakları El Kitapları, No. 8, Avrupa Konseyi, Belçika 2006, s. 8

<sup>8</sup> KORFF, s. 8

<sup>9</sup> WICKS, Elizabeth: “The Meaning of ‘Life’: Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, Issue: 2, June 2012, s.201

*birakmadıkları bir bıçaktır.*<sup>10</sup> Maun'dan yapılan giyotinin kırmızı bıçağına bir isyanın entelektüel haykırışıdır bu! Aynı zamanda, bu haykırış; yeni bir Fransa iddiasında olan zamanın devrimcilere bir serzeniş ya da geçmişin geride bırakılması gerektiğine yönelik bir ikaz olarak da okunabilir. Zira Hugo ön sözünü bitirirken; **Tanrılar gidiyor!** dedi. Son olarak başka bir ses yükselip haykırdı: **Krallar gidiyor!** Şimdi üçüncü bir sesin yükselmesinin zamanıdır: **Cellatlar gidiyor!** demesinin anlamı başka ne olabilir ki!

Victor Hugo'nun romanı beş haftadır idam edilmeyi bekleyen bir mahkûmun son gününü anlatır bizlere. Başka bir deyişle, **ölüm koridoru olgusu**'nun (death row phenomenon) edebi bir portresidir. 1832'de kaleme alınan bu romandan çok sonraları, 1988 Temmuzunda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na bir başvuru yapılır. 14038/88 sayılı bu başvuru<sup>11</sup> komisyonca kabul edilebilir bulunur. Vaka'nın önemi, Hugo'nun portresini çizdiği durumun somut bir görünümü olmasıdır. Cinayet sanığı Jens Soering'in ABD'ye iadesi ile ilgili bu vak'a da iade sonucunda Virginia kanunları gereğince ölüm cezasına çarptırılması olasılığı bulunduğu için Komisyonun vakayı Mahkeme'ye taşımış ve Mahkeme ölüm koridoru olgusunu bu kararında dile getirmiştir. Mahkemenin hükmüne göre (105. paragraf);

“Başvurucu, Devlet Bakanlığının kendisini Birleşik Devletlere geri gönderme kararının uygulanmasının bir sonucu olarak maruz kalacağı koşullar art arda geldiğinde, iade edilmesinin Sözleşmenin 3. maddesini ihlal edecek türden ağır bir muamele oluşturacağını ileri sürmüştür. Başvurucu özellikle, bir ölüm cezası verildikten sonra yapılan üst başvuru ve denetim usullerindeki gecikmeler sırasında, giderek artan bir gerilime ve psikolojik travmaya tabi tutulacağını belirtmiştir. Kendisinin dediğine göre yargıç veya jüri cezayı belirlerken, sanığın suçun işlendiği tarihteki yaşını veya zihinsel durumunu dikkate almak zorunda değildir; yaşı, rengi ve milliyeti nedeniyle şiddete ve cinsel saldırılara uğramayı beklediği Mecklenburg Cezaevi'ndeki ‘ölüm koridoru’nda, çok ağır koşullarda tutulacaktır ve sürekli olarak kendisini, infaz töreninde infaz edilirken hayal edecektir.”

Sözleşmeye bakıldığında, ilk paragrafın ikinci cümlesinin ölüm cezasına yer verdiği açıkça görülür: **“Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı**

<sup>10</sup> HUGO, Victor: “Ön Söz”, Bir İdam Mahkûmunun Son Günü, Çev. Volkan Yalçıntoklu, İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2016, s. viii

<sup>11</sup> SOERING v. UK, 8/07/1988, No. 14038/88.

***hakkında mahkemeye hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.”***

Ancak sözleşmenin yürürlüğe girdiği esnadaki bu metinde düzenleme, daha sonra Ek Protokol 6 ile barış zamanı, Ek Protokol 13 ile her hâlükârda kaldırılmış, dolayısıyla ölüm cezası sözleşme düzeyinden çıkarılmıştır. Sözleşmenin yapısı içinde yaşam hakkını düzenleyen 2. maddenin hemen ikinci cümlesinde yaşam hakkının mutlak olmadığını vurgulayarak idam (ölüm) cezasını bir istisna olarak öngörmüştü. Bu istisna, devletin ölüm cezasını infazı, devletin bireyleri kasten öldürmesi anlamına gelmekteydi.<sup>12</sup> Mahkemenin içtihatlarında ölüm cezası (*Soering v. UK*, 14038/88, 8 Temmuz 1988, §101), Avrupa’da gelişen standartlar karşısında mutlak bir hak olarak sözleşme kaleme alındığından beri mevcut olan 3. madde bağlamında insanlık dışı bir ceza niteliğinde olduğu yönünde eleştiriye tabi tutulmuştur.<sup>13</sup> Mahkeme *Soering* davasında bu eleştiriye şöyle bir cevap vermiştir:

§102. Elbette, “Sözleşme, günün koşulları ışığında yorumlanması gereken [...] yaşayan bir belgedir” ve Mahkeme, belirli bir muamele veya cezanın, Sözleşmenin 3. maddesi bakımından insanlık dışı veya aşağılayıcı olup olmadığını değerlendirirken, “bu alanda Avrupa Konseyine üye devletlerin ceza politikalarında geliştirdikleri ve ortaklaşa kabul ettikleri standartlardan etkilenebilir” [...] Sözleşmeye taraf devletlerde barış zamanı için ölüm cezası artık fiilen kalmamıştır. Ölüm cezasını barış zamanı suçlar için halen kanunlarında saklı tutan birkaç Sözleşmecî Devlet, ceza verilmiş olsa bile, bu cezayı bugünlerde uygulamamaktadırlar. Uluslararası Af Örgütünün ifadesiyle, “Batı Avrupa hukuk sistemlerinde, mevcut şartlar için, ölüm cezasının bölgesel adalet standartlarıyla uyumlu olmadığına dair zımni konsensüs”, barış zamanında ölüm cezasının kaldırılmasını öngören Sözleşmeye 6. Protokol ile yansıtılmıştır. Sözleşmeye 6. Protokolün Nisan 1983’te imzaya açılmış olması, Avrupa Konseyi’nin uygulamasında, Konseye Üye Devletlerden herhangi birinin, buna bir itirazının olmadığını göstermektedir. Bu Protokol, Mart 1985’te yürürlüğe girmiş ve bugüne kadar Sözleşmeye taraf olan on üç devlet tarafından onaylanmıştır; ancak bunlar arasında Birleşik Krallık yer almamaktadır.

İşaret edilen bu değişikliklerin, ölüm cezasının kendiliğinden Sözleşmenin 3. maddesindeki kötü muamele yasağı kapsamına girmesi sonucunu doğurup

<sup>12</sup> DOĞRU, Osman: *Yaşama Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 5, Avrupa Konseyi, Ankara 2018, s.70

<sup>13</sup> Davada bu yönde bir eleştiri yapan Uluslararası Af Örgütünün yazılı mütalaasından bahsedilmektedir. Bkz. *Soering*, §8.

doğurmadığı, Sözleşme'nin yorumuyla ilgili prensiplere dayanılarak belirlenmelidir.

§103. Sözleşme bir bütün olarak okunmalı ve bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesi, 2. maddesinin hükümleriyle ahenkli bir şekilde yorumlanmalıdır[...]Bu temelden bakıldığında, Sözleşme'yi oluşturanların, Sözleşme'nin 3. maddesinde ölüm cezasına dair genel bir yasak koymak istemiş olmadıkları açıktır; çünkü bu, 2 (1). fıkrasının açık ifadesini hükümsüz kılacaktır.

Daha sonra ulusal ceza politikalarında ölüm cezasının genelleştirilerek yasaklanması uygulaması, Sözleşmeci Devletlerin, 2 (1). fıkarda öngörülen istisnayı kaldırmak ve 3. maddenin geliştirici yorumu için, metin kapsamındaki sınırlamayı gidermek konusunda anlaştıklarını ortaya koydukları şeklinde anlaşılabilir. Ancak daha sonra yapılmış bir anlaşma olan 6. Protokol, 1983 yılına kadar hâlâ Sözleşmeci Devletlerin niyetinin, barış zamanında ölüm cezasını kaldırmak üzere yeni bir yükümlülük getirmek için, metnin normal yoldan değiştirme yöntemini benimsediklerini ve dahası bunu her bir devlete böyle bir taahhüdü üstlenme zamanını seçme hakkı tanıyan bir seçmeli belgeyle yapmak istediklerini göstermektedir. Bu koşullarda, Sözleşmenin özel karakterine rağmen [...], 3. madde, ölüm cezasını genel olarak yasaklamış olarak yorumlanamaz.”

Şu halde, söz konusu 6 nolu Protokolün incelenmesi gerekir. 28 Nisan 1983 tarihinde imzaya açılan ve 1 Mart 1985'te yürürlüğe giren ölüm cezasının kaldırılmasına dair 6 nolu Protokol, idam cezasını sadece savaş ve yakın savaş tehdidi durumlarında öngörülen bir durum olarak kabul edilmesini sağlamış; 1. maddesi barış zamanında ölüm cezasının kaldırılacağı yönünde bir düzenleme getirmiştir. Çekince konulması mümkün olmayan (Ek 6 nolu Protokol, m. 4) Protokolün, bu bağlamda sözleşmenin kabul edildiği dönemde düşünülmeyen uluslararası bir standardı ortaya koyduğu ifade edilebilir.<sup>14</sup> Yine Sözleşmenin 15. maddesinden düzenlenen olağanüstü hal durumunda hakların sınırlandırılması hali, idam cezasını barış zamanında kaldıran bu protokol çerçevesinden mümkün değildir. Doktrinde Protokolün yargısal infazları yasakladığı özel olarak vurgulanır.<sup>15</sup> Zaten Avrupa Konseyi'ne üye birçok ülkede de jure ve de facto uygulanmayan ölüm cezası bir protokolle tamamen, başka bir ifadeyle **de jure** olarak ortadan kaldırılmış oldu. Rusya hariç üye tüm devletlerin onayladıkları Protokol, önemli ancak eksik bir insan hakları gelişimi sergiler. Çünkü barış zamanı

<sup>14</sup> Guide on Article 2 of the Convention – Right to life, s. 17.

<sup>15</sup> KORFF, s. 89

ölüm cezasını kaldırmakla birlikte, savaş ya da yakın savaş tehdidi zamanlarını dışarda bırakmıştır. Savaş ve yakın savaş tehdidi durumunda uygulanması mümkün olan idam cezasını tamamen ortadan kaldıracak düzenleme için 13 nolu Ek Protokolü beklemek gerekmiştir. Sözleşmeye taraf kırk yedi üye devletin sadece üçü- Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya- protokolü onaylamamıştır.<sup>16</sup>

6 nolu Ek Protokol'e daha yakından bakıldığında; savaş ve yakın savaş tehlikesinin içeriğinin açıklanmadığı görülür. Bu sebeple, Korff tarafından bu kavramın silahlı çatışma biçiminde anlaşılması gerektiği dile getirilmiştir<sup>17</sup> Buradan hareketle, iç savaş durumunda da ölüm cezası uygulanamayacaktır. O halde, terörizm durumunu da tartışmaya açmak lüzum eder. Bir devlet terörizmle mücadele bağlamında, söz konusu mücadeleyi savaş ya da yakın savaş olarak değerlendirebilir mi sorusu gündeme gelir. Eğer terörizmle mücadele bir savaş hali olarak kabul edilirse birkaç sorun ortaya çıkacaktır. İlk sorun, teröristlerle mücadelenin savaş durumu olarak kabul edilmesi halinde teröristlerin özne olarak nitelendirilmesi ve kuralların bu çerçevede uygulanmasını gerekir. İkinci olarak, bu halde ölüm cezası uygulama alanı bulacaktır. Başka bir ifadeyle, terör faaliyetlerin faileri idam cezasıyla cezalandırılabilir.

13 nolu Protokole gelinirse; bu protokolle hiçbir şart altında ölüm cezasının uygulanmayacağı kesin bir dille ve tartışmaya kapalı olarak ifade edilir. Dolayısıyla, bir yorumlama sorunu da söz konusu olamaz. Ölüm cezasının tamamen ortadan kaldırılması onun bir daha taraf devletlerce uygulamaya sokulamayacağı anlamına gelir. Eğer taraf bir devlet, 13 nolu Protokole rağmen ölüm cezasını tekrar ihdas ederse, bunun tek bir yolu vardır, o da sözleşme düzeninden çekilmektir.<sup>18</sup>

Ölüm cezasıyla ilgili başka bir nokta da suçluların iadesi konusunda ortaya çıkar. *Soering* kararına konu olduğu üzere bir kişinin ölüm cezasıyla karşı karşıya kaldığı bir devlete iade edilmesi<sup>19</sup> Ek Protokollerin kabulünden sonra sözleşmenin 2. maddesine aykırı hale gelmiştir. Ayrıca iade, bunun yanında 3. maddeye de aykırılık teşkil edebilecektir. İade edilecek kişi için iade talep eden devlette ölüm cezasının infazı gerçek bir risk oluşturuyorsa iade işlemi gerçekleştirilmemelidir. İade talep eden devletin iadeyi istediği devlete muğlak olmayan açık bir güvence vermesi koşulu gerçekleşirse, bu halde sözleşmeye uygun olarak iade işlemi gerçekleştirilebilir. Aksi halde, sözleşme ihlal edilmiş

<sup>16</sup> Ermenistan söz konusu protokolü imzalamış olmakla birlikte onaylama usulünü tamamlamamıştır.

<sup>17</sup> KORFF, s. 90

<sup>18</sup> Bu yorum için bkz. KORFF, s. 92.

<sup>19</sup> *Soering* kararında sözleşme metni esas alındığında ölüm cezasının ipso facto 2. maddeye aykırı olmadığı ifade edilmişti. Bkz. Korff, s. 92.

olur. İade işlemleri (kişinin iadeye itirazı gibi) belli usuller çerçevesinde yürütüldüğü için sözleşmenin muhtemel ihlalini önleyecek ve bireylere bir güvence olacak bir mekanizma olarak geçici tedbir usulü İç Tüzük madde 39’da öngörülmüştür.

### III. Doğmamış Çocuğa Mektup

“Senden korkuyorum. Seni hiç yokluktan zorla çekip alan, gövdeme ekleyen rastlantıdan. Seni çok beklediysem de karşılamaya asla hazır olmadım. Ama kendi kendime hep o kötü soruyu sordum: Ya doğmak hoşuna gitmezse? Ya günün birinde haykırp suçlarsan beni: ‘Sana kim dedi beni dünyaya getir diye? Neden dünyaya getirdin beni, neden?’”

Oriane Fallaci’nin ünlü romanı Doğmamış Çocuğa Mektup, etkileyici bir roman olmasının yanında hukukun çetrefil bir sorunu gündeme taşıması açısından önemlidir: Doğmamış olanın hakları olabilir mi? Bu, elbette, sadece hukukun değil felsefe, din ve etiğin de problem alanına girer. Ama ceninin tam ve sağ doğmadığı bir halde hukukun bir değer atfetmediği varlığın, yaşama ilk adımına karar verip vermeme noktası; felsefe, din ve etiğin problem alanındaki tartışmaların çok ötesindeki bir duruma tekabül eder: Gerçek yaşama etki eden bir karara...

Çocuğun yaşamasına izin, tıbbi açıdan ifade edilirse fetüsün, onu taşıyan annenin tek başına alması gereken bir karar olduğunu ileri sürmek sorunu çözmez. Zaten kabul de edilemez. Zira fetüsün varlığında potansiyel bir hak sahibi daha vardır ki o da babadan bir başkası değildir. Hiç kuşku yok ki, bahsi geçen durum sadece fetüsü meydana getiren bu iki özne üzerinde de düşünülmemelidir. Hiç doğmama tehlikesi olan lakin doğduğunda birçok açıdan ilgiye mazhar olacak çocuk da bu kararın taraflarından birisidir. Fallaci’nin romanında belirttiği, günün birinde dünyaya getirilmesine dair bir suçlama yöneltmesi muhtemel olsa da cenine bu imkânın tanınmaması -bir yaşam karşısında suçlanmanın ne kadar değeri ve önemi varsa artık- nasıl meşrulaştırılacak? Kadının bedeninin tek “maliki” olduğu mu? Bunun bir özgürlük ve tercih sorunu olduğu mu? Yoksa feminist kuramın kurguladığı özgür kadın profili mi?

Bunların cevabı, gerçek hayatta hukukun sorunsal olduğu tartışmasızdır tartışmasız olmasına da, bu hukukun kolayca yapabileceği ve belki de yapması gereken şey midir?

Sözleşmenin 2. maddesinde yer alan herkes sözcüğü doğmamış olanları da kapsar mı? Hukukun kişi olarak yasalılık tanıdığı tam ve sağ doğmuş olanın dışında henüz doğmamış olan, herkes kavramına dâhil edilebilir mi?

Mahkemenin bu konuda net bir bakış açısının olduğunu söylemek mümkün değildir. Mahkeme bu konuda çekingen davranmakta ve karar verememektedir. Bu yüzden, her başvuruyu kendine özgü şartlar çerçevesinde değerlendirmekte ebeveynler ile doğmamış çocukların hakları, özgürlükleri ve menfaatlerini dengelemeye çalışmaktadır. Ancak kürtaj konusu rızaya dayalı kürtaj için geçerlidir; yani annenin yaşam hakkına dayalı bir durum varsa, dolayısıyla buna izin veren bir yasa mevcutsa bu yaşam hakkına aykırı değildir.<sup>20</sup>

Doktrinde, kürtajla ilgili başvuruların sadece 2. madde bağlamında tartışılmayacağı, özellikle 8. madde ve 6 ila 10. maddelerle birlikte düşünülmesi gerektiği ileri sürülür.<sup>21</sup> Kürtaj da tıpkı ötanazi gibi, ırksal hijyen üzerinden tartışmalara konu olmaktadır. Kürtajın yasaklanmasını savunanlar kadar kürtajın bir hak olduğu yönünde görüşlerin de var olduğunu söylemek gerekir.<sup>22</sup>

## IV. Karl Binding/Alfred Hoche veya İçimdeki Deniz

Biyopolitika, politikanın bir değişimine işaret eder ve bu değişimde; tür olarak insanın yaşamının iktidarın düzleminde bilgi vasıtasıyla egemenlik altına alır. Aslında politikanın temel uğraşı da hayat olmakla birlikte biyopolitika hayatı tekil bireyler üzerinden değil, onları nüfus kategorisine dâhil ederek ölçülebilen ve gruplandırılan biyolojik özellikler açısından değerlendirir.<sup>23</sup> Biyopolitika yirminci yüzyıldan beri entelektüel çevrede bilinmesine bilinir lakin sadece bu çevreye hapsolmuş bir kavram olarak kalmaz. Aksine devleti canlı bir organizma olarak gören nasyonal sosyalist ideolojinin politik eyleminin altyapısını oluşturur. Biyopolitik anlayışındaki tutarsızlıklar bir yana, nasyonal sosyalist ideoloji ırksal hijyen (saf ırk yaratımı) konusunda oldukça belirgin bir yaklaşıma sahiptir. Saflık ideolojisi, toplumun homojenleşmesini gerektirdiğinden ırklar arasında hiyerarşik bir ilişki kurulmasını önerir. Bu anlamda, hayatı değerli ya da

<sup>20</sup> *BOSO v. ITALY*, 5/09/2002, No. 50490/99.

<sup>21</sup> KORFF, s. 9

<sup>22</sup> KOÇAKGÖL, Muhammet: "AİHM'nin Kürtajla İlgili Kararlarındaki Etkinlik İradesi ve Toplumsal Cinsiyet İlişkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2018/3, s. 23235

<sup>23</sup> LEMKE, Thomas: *Biyopolitika*, Çev. Utku Özmkas, İletişim Yay., İstanbul 2013.

değersiz şekilde kategorilere ayırarak hiyerarşik ilişkiyi belirler. Bu kategori, yaşaması gerekenler ile ölmesi gerekenler biçiminde bir formülasyonla da ifade edilebilir. Ölmesi gerekenlerin varlığı bir kez kabul edildiğinde, yaşaması gerekenlerin hayatları yüksek bir değer niteliği kazanacak ve böylece kötü bir ırkın temizlenmesi sağlıklı olanların oluşturduğu bir toplumu var edecektir. Nazi biyopolitik anlayışının köklerini, birisi hukuk, ötekisi tıp profesörü iki bilim insanının düşüncelerinde bulmak mümkündür. Karl Binding ile Alfred Hoche, henüz 1922’de, ***Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens***’i yazarlar. O dönem için cesur bir girişim olarak görülecek -en azından yazarların iddiası- bu kısa kitapta Karl Binding şöyle der: “Yaşamımın sonunda birçoğunun sormaktan ürktüğü bir soruyu sormaya cesaret ediyorum.”<sup>24</sup> Zira zor bir çözüm olan narin bir sorudur sorduğu. Binding’e göre, toplumsal ve ahlaki algımızın bükülmez bir noktasına temas ettiğinden dolayı, bu soru yanlış anlaşılma da müsaittir. Ve ağızındaki baklayı çıkarır: Bugünün yasalarına uygun olarak (çaresiz bir durumda teşvik edilen) hayatın meşru bir şekilde yok edilmesi, intiharla mı sınırlı kalmalı, yoksa başkalarının öldürülmesini de içerecek şekilde hangi şartlar altında yasal olarak genişletilmelidir? Yani ötanazi düşünülmeli mi?

Ünlü İspanyol yönetmen Alejandro Amenábar’ın 2004 yapımı ***İçimdeki Deniz*** filmi, Avrupa’da hâlâ bir tabu olan ötanazi konusunu çarpıcı biçimde anlatırken, Nazi dönemindeki ve onun hemen öncesinde hayatları hiyerarşiye tabi kılan değersizlik politikasını akla getirir. Bu anlamda ötanazi, değersiz hayatları -sağlıklı bir toplum yaratmak adına- yok etmenin kurnaz bir tıbbi-hukuki yolu olarak ortaya çıkar. Yaşam hakkı ile birlikte düşünüldüğünde, ötanazinin biyopolitik yönü dışında, hukukten sorunlu bir yapısı olduğunu belirtmek gerekir.

“Ötanazi, ölümcül ve iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığı olan ve acı çeken hastanın kendi talebi üzerine hekimin bir eylemi veya hareketsiz kalması ile hastanın ölmesine yardım edilmesi biçiminde”<sup>25</sup> tanımlanmaktadır. *Pretty v. UK* vakasında,<sup>26</sup> başvurucunun tedavisi olmayan ve kasları etkileyen dejeneratif bir hastalık olan motor-nöron hastası olduğu için kocasının yardımıyla ölme isteğini yetkili makamlara bildirmesi durumu tartışılmıştır. İngiliz hukukunda intihara yardım suçuna vücut veren bu talebin olumsuz karşılanması üzerine başvuru konuyu AIHM’nin önüne getirmiştir. Başvurucunun talebinin özünde, kendisine ölme hakkının tanınması iste-

<sup>24</sup> BINDING, Karl / HOCHÉ, Alfred: *Allowing the Destruction of Life Unworthy of Life- Its Measure and Form*, Trans. Cristana Modak, Suzeteo Enterprises, December 17, 2012, s.1

<sup>25</sup> İNCEOĞLU, Sibel: “İnsan Hakları Bakımından Ötanazi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 292

<sup>26</sup> *PRETTY v. THE UNITED KINGDOM*, 20/04/2002, No. 2346/02.

ği bulunmaktadır. Yaşam hakkının kişinin yaşama devam edip etmemesini de içerdği düşüncesinin bir tezahürü olan bu başvuru, Mahkemenin yorumuna göre negatif bir şekilde yorumlanmaya müsait değildir. Bu anlamda, yaşam hakkının yazılışından hareketle ölme hakkı gibi bir hakka ulaşamaz. Görüldüğü üzere, Mahkeme, hayatı ölüm üzerinden anlamama eğilimindedir. Oysa *Lambert v. Fransa* kararında,<sup>27</sup> Mahkeme, ötanazi konusunda kişinin hayatına son verilmesi kararını yaşam hakkının ihlali olarak görememektedir.

## Sonuç

Yaşamı ölüm üzerinden anlatmaya çalışmak hukuk tekniği açısından açıklaması kolay olmayan bir yaklaşımdır. Ancak modern hukukun ortaya çıktığı modernite, modern öncesinin bütün algısını değiştirerek yaşama odaklanmış bir yaklaşımı ortaya koyduğu için ölümü dikkate almamanın ideolojik bir yaklaşım olduğunu söylemek gerekir. Devlet bu noktada bir soyutlama olmasının ötesinden canlı bir organizma olarak hayatı egemenliği altında tutar.

Ayrıca, yaşamı hedef alan ve tekil bireylerden ziyade nüfusu bir nevi yaşatmaya and içmiş olan biyoiktidar; ötanazi, kürtaj gibi bireysel özerkliğin hâkim olması gereken durumlarda da söz söyleme lüksünü kendisinde görmektedir. Bu iktidar; sağlıklı toplumlar yaratma itkiyle -bu toplumlarda hasta olanlar, saf olmayanlar, tehlikeli olanların tasfiyesi elzemdir- her türlü yöntemi icat etmekte mahirdir.

AIHM, yaşam hakkı bağlamında biyoiktidarın hâkimiyetini kurduğu konularda tartışmaya girmekten imtina eder. Kadın bedeninin özerkliği, doğmamış çocuğun haklarının olup olmadığı, intihar ve ötanazi gibi bireye mahsus konularda açık bir içtihat ya da bir içtihat birliği görmek mümkün olmaz. Hiç kuşku yok ki, böylesi konular kutsallık halesine de girdiğinden Mahkeme konuyu iç hukuka atf yaparak çözmeye çalışır. Ölüm cezasının birkaç istisna üye devlet dışında Avrupa Konseyine üye olan devletler tarafından kaldırılması ancak yine de kimi zaman tartışmaya açılması negatif iktidarın sadece pozitif iktidar üzerinden hayatlara müdahale etmediğinin de kanıtıdır. Dolayısıyla, negatif ve pozitif iktidar pratikleri, devletlerin birlikte kullanmakta vazgeçemeyeceği bir ortaklığın tescilidir. Yaşam hakkının kutsallığı söylemi, gerek laik gerek dinî temelli olsun, yaşamı gerçek hayattan kopartarak kurgu haline getirmekten başka bir işlev görmez.

<sup>27</sup> LAMBERT AND OTHERS v. FRANCE, 5/06/2015, No. 46943/14.

## Kaynakça

- BAUMAN, Zygmunt: *Ölümlülük, Ölümsüzlük ve diğer Hayat Stratejileri*, 2. Baskı, Çev. Nurgül Demirdöven, Ayrıntı Yay., İstanbul 2012.
- BINDING, Karl/ALFRED Hoche: *Allowing the Destruction of Life Unworthy of Life- Its Measure and Form*, Trans. Cristana Modak, Suzeteo Enterprises, December 17, 2012.
- DOĞRU, Osman: *Yaşama Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 5, Avrupa Konseyi, Ankara 2018.
- Guide on Article 2 of the Convention – Right to life, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2019.
- HUGO, Victor: “Ön Söz”, *Bir İdam Mahkûmunun Son Günü*, Çev. Volkan Yalçıntoklu, İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2016.
- İNCEOĞLU, Sibel: “İnsan Hakları Bakımından Ötanazi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006.
- KOÇAKGÖL, Muhammet: “AIHM’nin Kürtajla İlgili Kararlarındaki Etkinlik İradesi ve Toplumsal Cinsiyet İlişkisi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2018/3.
- KORFF, Douwe, *Yaşam Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Çev. Özgür Heval Çınar/Abdulcelil Kaya, İnsan Hakları El Kitapları, No. 8, Avrupa Konseyi, Belçika 2006.
- LEMKE, Thomas: *Biyopolitika*, Çev. Utku Özmakas, İletişim Yay., İstanbul 2013.
- SAHAKIAN, William S.: *Felsefe Tarihi*, Çev. Aziz Yardımlı, 3. Baskı, İdea Yay., İstanbul 1997.
- SARAMAGO, Jose: *Ölüm Bir Varmış Bir Yokmuş*, Çev. Mehmet Necati Kutlu, 5. Baskı, Turkuvaaz Kitap Yay., İstanbul 2012.
- WICKS, Elizabeth: “*The Legal Definition of Death and the Right to Life*”, *Interdisciplinary Perspectives on Morality and its Timings- When is Death?*, Ed. Shane WcCorristine, Palgrave Macmillan Pub., London 2017.
- WICKS, Elizabeth: “The Meaning of ‘Life’: Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, Issue: 2, June 2012.



(20. Makale – 2020)

Prof. Dr. İbrahim KAYA  
Doç. Dr. Galip Engin ŞİMŞEK

*Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası Sağlık Tüzüğü: COVID-19  
Örneğinde Uluslararası Hukukta Salgın Hastalıklarla Mücadele\**



# DÜNYA SAĞLIK ÖRGÜTÜ VE ULUSLARARASI SAĞLIK TÜZÜĞÜ: COVID-19 ÖRNEĞİNDE ULUSLARARASI HUKUKTA SALGIN HASTALIKLARLA MÜCADELE

World Health Organization and International Health Regulations: The  
COVID-19 Case and Combating Epidemics under International Law



İbrahim KAYA\* - Galip Engin ŞİMŞEK\*\*

## Öz

Bu makalede hâlihazırda yaşanmakta olan COVID-19 salgın hastalığı ile uluslararası mücadelede başrolü oynayan Dünya Sağlık Örgütü ve onun salgınları tespit ve kontrol altına almada en önemli normatif düzenleme aracı olan Uluslararası Sağlık Tüzüğü incelenmektedir. Bu çerçevede ilk olarak Örgüt'ün kurulmasına giden tarihsel süreç kısaca açıklanmakta ve kurucu antlaşmasında düzenlenmiş olan organları ve bunların yetkileri ele alınmaktadır. İkinci kısımda söz konusu Sağlık Tüzüğü çerçevesinde salgın hastalıklarla ilgili Örgüt'ün yetki ve sorumlulukları ile üye devletlerin yükümlülükleri analiz edilmektedir. Son kısımda ise Örgüt'ün hâlihazırda salgın

## Abstract

This article examines the World Health Organization (WHO), which plays the biggest role in combating the current COVID-19 pandemic. The WHO likewise provides for International Health Regulations as its most important normative regulatory measure for confirming and controlling pandemics. In the first section, the historical background leading to the establishment of the WHO and its organs and their powers that are established by the constitution is explained. In the second section of this article, the WHO's powers and responsibilities and the member states' obligations for pandemics are analyzed in the context of International Health Regulations. The last section considers some

\* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.  
E-posta: kayai@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-1087-9149

\*\* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.  
E-posta: gsimssek@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-7480-7075

sürecini yönetirken kendisine yöneltilen birtakım eleştiriler dikkate alınarak bunların uluslararası hukuk bakımından ne tür sonuçlar doğurabileceği tartışılmaktadır.

criticism leveled against the WHO for handling the current pandemic. It shall also discuss possible international legal consequences that may arise from the same.

## Extended Summary

The current COVID-19 pandemic has created a lot of economic and legal problems globally. For many centuries, pandemics have always been a global phenomenon known to humanity. Therefore, there were different mechanisms for the preparation and management of such problems at different points in history. However, after the momentum of globalization in the 19th century, international efforts against pandemics focused more on creating international institutions for such purpose. In these new institutions, one of the main issues was striking the balance between controlling the spread of the disease and keeping the international supply chain open. After the World War II, international institutional cooperation peaked. Such is brought about by the establishment of the United Nations and the World Health Organization (WHO), its specialized agency in the area of global health, in 1948.

WHO is endowed with typical international organs, such as the assembly as a decision making body, the executive board, the Director General, technical committees, and regional offices. Its mandate includes monitoring public health risks by promoting policies for eradicating communicable diseases and reducing non-communicable ones, coordinating responses to emergencies and similar pandemics, and providing technical assistance to member states. It also provides a forum to adopt normative measures, such as treaties and regulations. The WHO plays a unique role in health emergencies. It is the organization that decides whether to declare a public health emergency of international concern (PHEIC). However, this role is closely related with the member states' duty to timely notify the organization of such risks and to provide all the detailed information they have. As one may infer, this relationship requires a lot of good-will and very tightly-scheduled cooperative work between the WHO and its member states. As such, the International Health Regulations (IHR) systematizes the procedure to follow by the Director General for declaring a PHEIC and the duties of the member states in this regard.

The IHR is an international legal instrument that binds all the member states for the prevention and response to public health risks that have the potential to cross borders. The initial versions of the IHR were adopted by the Assembly in 1951 and 1969. Such was later revised in 1973 and 2005. The IHR defines the rights and obligations of countries to report public health events. It likewise establishes a number of procedures that the WHO must follow in its work of upholding global health security. As pointed out before, a PHEIC is declared after taking into account the relevant factors regarding the gravity of the risk involved and the advice of the IHR Emergency Committee, an internationally committee of experts. After declaring a PHEIC, the Director General responds to the health emergency and begins to recommend to countries temporary measures for managing the risks. States would normally act upon such advice. However, these states may occasionally adopt stricter measures, if justified according to their special circumstances. Again, one of the main purposes of IHR procedures is to not only manage the risks involved, but also reduce the need for unnecessary controlling measures that negatively affect the global economy. Nevertheless, there were numerous inadequacies for facing future outbreaks. Such data arises from reports showing the results of IHR's implementation on the ground.

The current COVID-19 pandemic was declared a PHEIC on January 30, 2020, after the Chinese had notified the world of such a new disease on December 31, 2019. However, despite reframing the situation as a pandemic on March 11, 2020, the WHO never recommended any measures for the limitation of international trade or travel. The organization only provided measures for containment, including active surveillance, early detection, isolation, and contact tracing. It also pointed out that travel measures that significantly interfered with international traffic needed to be short and proportionate to the public health risks. With the rapid spread of the disease globally and its increasing death toll, countries began to criticize China's honesty in fulfilling its duties under the IHR. Countries likewise are now questioning the WHO's ability to respond to the pandemic by pointing out the organization's inadequacies in recommending proper measures. Some countries even accused the WHO for being biased toward China's interests. All these criticisms and accusations generate many international law problems with respect to the responsibilities of states or international organizations and their possible avenues of redress. In terms of state responsibility, the main problems include the normative character of the IHR and the states' obligations under it. Another possibility is the consideration of the

states' international obligations to prevent harmful activities against neighbors and to cooperate when such harm occurs naturally. As far as the WHO's responsibility is concerned, it is possible to find some mechanisms within its internal laws for addressing the problems regarding the manner by which it functions. It may also be possible to fall back upon the draft articles on the responsibility of international organizations under the general international law.

## Giriş

Aralık ayında Çin'in Wuhan şehrinde tespit edilen ve bazı risk gruplarında atipik zatürre aşamasına kadar ilerleyen bir hastalığa yol açan COVID-19 adı verilen bir koronavirüs çeşidi çok hızlı bir bulaşma oranı ile üç ay gibi çok kısa bir sürede bütün dünyaya yayılarak bir pandemi haline gelmiştir.<sup>1</sup> Bugüne kadar yüzbinlerce insanın ölümüne yol açan bu hastalıkla mücadele etmek amacıyla çok sayıda devlet acil durum veya olağanüstü hal ilân ederek bir yandan enfekte olanları tespitte yönelik fiyasyon ve tedavi çalışmaları, zorunlu karantina, bazı kamusal alanlara girişlerin sınırlandırılması, bazı iş yerlerinin kapatılması veya çalışma düzenlerinde değişiklikler yapılması ve uluslararası ve ulusal seyahat yasakları gibi tedbirler almakta diğer yandan bu gibi tedbirlerin getirdiği ekonomik kayıplar ve mal tedarik zincirlerinde yaşanan aksamaları azaltmak ve ekonomik açıdan zor durumda kalan sosyal grupları desteklemek üzere kamu maliyesi açısından oldukça külfetli ekonomik paketler açıklamaktadırlar.

Devletlerin mücbir sebep gerekçesiyle almak zorunda kaldıkları bu tür tedbirler yalnızca her devletin kendi egemenlik alanı ile sınırlı kalmamakta; devletler arasındaki ilişkilerde de çok sayıda ekonomik, sosyal ve hukuki meselenin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.<sup>2</sup> Bu açıdan devletler arasındaki ilişkileri düzene koymayı amaçlayan uluslararası hukukun ve bu alanda faaliyet gösteren uluslararası kurumların bu

<sup>1</sup> Hastalık Dünya Sağlık Örgütü Genel Direktörü tarafından önce 30 Ocak 2020 tarihinde "uluslararası etkili kamu sağlığı acil durumu" ve daha sonra 11 Mart 2020 tarihi itibarıyla "küresel pandemi" olarak ilân edilmiştir. Bu hususta Genel Direktörün ilk değerlendirmesi için, World Health Organization, <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-the-advice-of-the-ihf-emergency-committee-on-novel-coronavirus>> Erişim tarihi 16 June 2020.

<sup>2</sup> BM Genel Kurulu'nun Koronavirüs hastalığı ile mücadelede küresel dayanışma kararı, A/RES/74/270; COVID-19'a karşı ilaç, aşı ve tıbbi malzemeye küresel erişimi sağlamak için uluslararası işbirliği kararı, A/RES/74/274; Dünya Sağlık Örgütü Sağlık Asamblesi 73. Toplantısı, COVID-19 Müdahale Kararı, A73/CONF/1 Rev. 1. Ayrıca, UN Secretary General's Shared Responsibility, Global Solidarity Report (Mart 2020) ve UN Framework for the Immediate Socio-Economic Response to COVID-19 (Nisan 2020).

pandemi yüzünden ortaya çıkan küresel meseleler hakkında devletlere ne gibi yetki ve sorumluluklar yüklediğinin ve hangi alanlarda işbirliği imkânları sunduğunun incelenmesi önem taşımaktadır. Ancak söz konusu küresel meseleler konu ve boyutları itibariyle uluslararası hukukun barış ve güvenlikten ekonomiye, sağlıktan insan haklarına kadar çok geniş alanlarına yayılım gösterdiklerinden<sup>3</sup> bunların hepsinin tek bir makalede tüketici biçimde ele alınmaları mümkün değildir.

Bu itibarla çalışmada bu meseleler arasında öne çıkan iki önemli husus olan sağlık alanında küresel işbirliği imkânları ve bu alanda geliştirilmiş hukuki düzenlemeler inceleneyecektir. Bu çerçevede makalenin ilk bölümünde küresel sağlıkla ilgili problemler hakkında devletler arasında işbirliğini kurumsal hale getirmek üzere oluşturulmuş bulunan Dünya Sağlık Örgütü'nün (DSÖ) yetki ve sorumlulukları ele alınacak, ikinci bölümünde bu kurumun küresel salgınlarla mücadelede devletlere yol göstermek üzere kabul ettiği Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün hukuki boyutları ve yaşanmakta olan pandemi ile mücadelede söz konusu Tüzüğün rolü analiz edilecektir. Son bölümde ise COVID-19 örneğinde daha da belirgin hale gelen DSÖ ve Tüzük'teki eksiklikler, bunlara getirilen eleştiriler ve çözüm önerileri tartışılacaktır.

## I. Dünya Sağlık Örgütü

### A. Dünya Sağlık Örgütü'nün Kuruluşu

Kamu sağlığı alanında küresel işbirliğinin ortaya çıkışının geçmişi 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar uzanmaktadır.<sup>4</sup> Bu dönemde ilk olarak Akdeniz bölgesinde salgın hastalıklarla ilgili karantina süreçlerini yönetmek üzere 1839-1867 yılları arasında İstanbul-İskenderiye-Tanca-Tahran şehirlerinde bazı Avrupalı devletlerin temsilcilerinden oluşan dört adet sağlık konseyi kurulmuştur. Yine bu dönemde 1851 yılında Paris'te ilk Uluslararası Sağlık Konferansı toplanmış ve burada bir sözleşme hazırlanmış ancak buna yeterli devlet taraf olmadığı için yürürlüğe girememiştir.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Statement of the Global Health Law Committee of the International Law Association regarding the COVID-19 Pandemic (5 April 2020); Armin von Bogdandy ve Pedro A Villarreal, *International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis*, MPIL Research Paper Series No 2020-07, 2.

<sup>4</sup> Bu dönemdeki işbirliğinin başlangıçtaki amaçları devletler arasında yayılma potansiyeline sahip hastalıklar hakkında bildirim yükümlülüğü getirmek ve özellikle karantina tedbirlerinin uygulanması sırasında uluslararası ticarete getirilecek sınırlandırmaları düzene koymakla ilgili olmuştur, Uğur Samancı, 'Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi', (2016) 18(1) *DEÜ SBE Dergisi* 57; Bogdandy ve Villarreal (n 3), 3.

<sup>5</sup> Yves Beigbeder, 'World Health Organization', *Max Plack Encyclopedia of International Law*, [OUP 2013] 2. Bu girişimlerin başarısız olmasının ana nedeni bazı devletlerin salgınlarla ilgili ulusal yetkilerini sınırlandırmak istememesi olmuş-

Daha sonra 1938 yılına kadar on dört kez düzenlenen konferansların 1903 yılında toplanmış olanında bu konuda en kapsamlı düzenlemeler getiren Uluslararası Sağlık Konvansiyonu kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.<sup>6</sup> Bu Konvansiyon kolera ve veba hakkında alınacak tedbirleri düzenlemekte olup, sonradan yapılan değişikliklerle bunların arasına çiçek ve tifüs eklenmiştir. Kamu sağlığı alanında bölgesel seviyede kurulan ilk örgüt 1902 yılında Washington DC merkezli kurulan Pan Amerikan Sağlık Bürosu olup, amacı Amerika kıtasında epidemiyolojik bilgi alış verişini kolaylaştırmak ve salgınlarla mücadelede üyelerine yardım sağlamak şeklinde ifade edilmiştir.<sup>7</sup>

Bu konuda küresel seviyede işlev görecektir ilk örgüt ise 1907 yılında Paris'te kurulan ve faaliyette bulunduğu 40 yıl içinde 59 devletin üye olduğu Uluslararası Kamu Sağlığı Ofisi'dir.<sup>8</sup> Kamu sağlığı ve bulaşıcı hastalıklar ve bunlarla mücadele tedbirleri hakkında bilgi toplamak ve yaymak amacıyla kurulan bu örgütün ilgilendiği hastalıklar arasında kolera, veba, sarı humma, tifüs, verem, işçi hastalıkları ve zührevi hastalıklar yer almıştır. İkinci Dünya Savaşı sonu öncesi dönemde kamu sağlığı ve bulaşıcı hastalıklarla ilgilenmek üzere kurulan diğer iki örgüt ise 1923 yılında kurulan Milletler Cemiyeti Sağlık Örgütü<sup>9</sup> ile 1943 yılında müttefik devletler tarafından kurulan Birleşmiş Milletler Destek ve Rehabilitasyon İdaresi'dir. Bunlardan ilki kırsal alanda sağlık, okula giden çocukların sağlığı, beslenme ve biyolojik standartlar oluşturma gibi konularla ilgilenmiş ve sıtma, verem, kuduz, frengi, cüzzam ve kanser gibi hastalıklara dair komiteler oluşturmuştur. BM Destek ve Rehabilitasyon İdaresi ise Uluslararası Sağlık Konvansiyonu'nun uygulanması, epidemiyolojik bilgi yönetimi ve savaş mağdurlarının temel ihtiyaçlarının sağlanmasıyla görevlendirilmiştir.

1945 yılında San Francisco Konferansı'nda hazırlanmakta olan BM Şartı'na sağlıkla ilgili maddeler (13, 55, 57 ve 62) eklenmiş ve bu alanla ilgili bir örgütün kurulması çağrısı yapılmıştır. Bu amaçla BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi farklı

---

tur, Bogdandy ve Villarreal, (n 3), 3.

<sup>6</sup> Bu Konvansiyon'dan önce 1892-1897 arasındaki dönemde kolera ve vebayı konu alan kapsamı sınırlı dört sözleşme kabul edilmiştir, Samancı (n 4), 58

<sup>7</sup> Bu örgüt daha sonra DSÖ ile yapılan 24 Mayıs 1949 tarihli bir antlaşma ile DSÖ'nün altı bölge ofisinden biri haline gelmiştir, Beigbeder (n 5), 3.

<sup>8</sup> Dünya Sağlık Örgütü'nün kuruluşunun ardından bu Ofis varlığını sürdürse de, Örgütün altı bölge ofislerinden biri haline getirilmiştir, Bogdandy ve Villarreal (n 3) 4.

<sup>9</sup> Bu örgüt kurulmadan önce Uluslararası Kamu Sağlığı Ofisi'nin Cemiyet sistemine dahil edilmesi düşünülmüş ancak Ofis'e üye olan ABD'nin Cemiyete üye olmaması nedeniyle bundan vazgeçilerek merkezi Cenevre'de bulunan MC Sağlık Örgütü adında ayrı bir örgüt kurulmasına karar verilmiştir, Samancı (n 4) 61.

ülkelerden gelen sağlık uzmanlarının içinde yer aldığı bir teknik hazırlık komitesi oluşturmuştur. Bu komite tarafından hazırlanan taslak önerilerinden yola çıkılarak Temmuz 1946'da toplanan Uluslararası Sağlık Konferansı'nda Dünya Sağlık Örgütü Kurucu Antlaşması'na ilişkin metin kabul edilmiş ve bu metin 61 devlet tarafından imzalanarak nihai hale getirilmiştir.<sup>10</sup> Kuruluş Antlaşması 7 Nisan 1948 tarihinde gereken onay sayısına ulaşarak yürürlüğe girmiştir.<sup>11</sup> 24 Haziran 1948'de toplanan ilk Dünya Sağlık Asamblesi tarafından ilk genel direktör seçilmiş, örgütün program ve bütçesi onaylanmış ve BM, ILO, FAO ve UNESCO ile resmi ilişkiler kurulmasına yönelik antlaşmalar kabul edilmiştir.<sup>12</sup>

DSÖ kendine ait bir uluslararası hukuk kişiliğini ve bu çerçevede diğer uluslararası örgütlerle benzer muafiyetleri haizdir.<sup>13</sup> Örgüt'e üyelik bütün devletlere açıktır. Bunun için BM üyesi devletlerin kurucu antlaşmayı imzalaması veya kabulü yeterli iken; BM üyesi olmayan devletlerin üyeliği Asamble'nin basit çoğunlukla alacağı bir kabul şartına bağlıdır. Örgüt'e üyelikten çekilme konusunda herhangi bir hüküm bulunmasa da,<sup>14</sup> bir üyenin Örgüt'e olan mali yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya diğer istisnai hallerde Asamble'nin oy hakkını ve bazı hizmetleri askıya alabileceği öngörülmüştür.

<sup>10</sup> Kurucu Antlaşma yürürlüğe girene kadar 1946 yılındaki Konferans sırasında imzacı 18 devletin tayin ettiği üyelere oluşan bir geçici bir komisyon kurulmuş ve Milletler Cemiyeti Sağlık Örgütü ile Uluslararası Kamu Sağlığı Ofisi'nin görev ve malvarlıkları bu komisyona devredilmiştir. Aynı şekilde BM Destek ve Rehabilitasyon İdaresi de lağvedilerek, görev ve malvarlıkları bu komisyona ve UNICEF'e devredilmiştir. Komisyon'un varlığı 31 Ağustos 1948'de sona ermiştir. Beigbeder, (n 5), 3.

<sup>11</sup> UNTS 1948a, 186. Türkçe metni için, New York'ta toplanan Milletlerarası Sağlık Konferansında kabul ve imza edilen belgelerin onanmasına dair Kanun, Kanun Numarası: 5062, Kabul Tarihi: 9/6/1947, RG 17.06.1947/6634. Kurucu Antlaşma'nın 24, 25, 34 ve 55. maddelerine farklı tarihlerde değişiklik yapılmıştır. Güncel metin için, WHO 2014, 1-19.

<sup>12</sup> DSÖ ile BM arasındaki resmi ilişkiyi kuran ve Örgüt'ü, Şart'ın 57 ve 63. maddeleri uyarınca BM'nin uzmanlık kuruluşlarından biri haline getiren bu antlaşma için, UNTS, 1948b, 194. DSÖ bir uzmanlık kuruluşu olarak BM Genel Kurulu'nun yetkilendirmesi ile BM Adalet Divanı'ndan kendi yetkisi içine giren konularda danışma görüşü isteyebilmektedir. Nitekim Örgütün talebi doğrultusunda Adalet Divanı 1980 yılında DSÖ ve Mısır arasındaki 25 Mart 1951 tarihli Antlaşmanın yorumlanmasına dair bir danışma görüşü vermiş, 1980 ICJ Rep 73, ancak Örgütün istediği Nükleer Silahların Silahlı Çatışmada bir Devlet Tarafından Kullanılmasının Meşruluğuna dair talebi bu konuyu Örgütün yetkisi içinde görmediğinden reddetmiştir, 1996 ICJ Rep 226.

<sup>13</sup> DSÖ Kurucu Antlaşması, Bölüm XV.

<sup>14</sup> Ancak Kurucu Antlaşmayı hazırlayan konferans görüşmeleri sırasında bu hususta bir üye devletin hak ve yükümlerinin kendisinin tarafı olmadığı bir kurucu antlaşma değişikliği ile önemli şekilde değişmesi halinde Örgüt içinde kalmak zorunda olmadığı ifade edilmiştir, Official Records WHO, No 2, 26 ve 74. Bu açıklamayı yeterli bulmayan ABD kuruluş antlaşmasını onaylarken bir deklarasyon ile bir yıl önceden haber vermek şartıyla bu hakkı saklı tuttuğunu açıklamış ve bu husus Örgüt Asamblesinin ilk toplantısında kabul edilmiştir. Ancak Örgüt 1949 ve 1950 yıllarında Doğu Avrupa Devletleri ve Çin'in çekilme kararlarını tanımamış ve kurucu antlaşmada böyle bir hakkının yer almadığı görüşünde olduğunu açıklamıştır, Henry G. Schermers ve Niels M. Blokker, *International Institutional Law*, 5. baskı, (Martinus Nijhof, 2011), 123-25.

## B. Dünya Sağlık Örgütü'nün Yapısı ve İşleyişi

Örgüt'ün amacı Kurucu Antlaşma'nın 1. maddesinde “bütün milletleri mümkün olan en yüksek sağlık seviyesine ulaştırmak” şeklinde ifade edilmiştir. Bu amaç doğrultusunda 2. maddede şu işlevlerin yerine getirileceği ifade edilmektedir: uluslararası alanda sağlıkla ilgili çalışmalarda düzenleyici rol üstlenmek, BM dahil uluslararası örgütler, hükümetler ve meslek kuruluşlarıyla işbirliği yapmak, hükümetlere sağlık hizmetlerinin güçlendirilmesi ve teknik konularda destek vermek, epidemiyoloji ve istatistik servisleri kurmak, epidemik ve diğer hastalıkların ortadan kaldırılmasına ilişkin çalışmaları teşvik etmek, kazaların önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasını teşvik etmek, beslenme, barınma, çalışma şartları ve çevresel hijyenin diğer boyutlarının iyileştirilmesini sağlamak, sağlıkla ilgili meslek grupları arasında işbirliğine destek vermek, uluslararası kamu sağlığı hakkında sözleşmeler, anlaşmalar ve tüzükler önermek ve tavsiyelerde bulunmak, çocuk ve anne sağlığını iyileştirmek ve çevre ile uyum içinde yaşama kapasitesini geliştirmek, akıl sağlığı alanındaki çalışmaları teşvik etmek, sağlıkla ilgili araştırmaları ve sağlık eğitimi alanındaki standartların iyileştirilmesini desteklemek, kamu sağlığı ve tıbbi bakımı etkileyen idari ve sosyal teknikleri önleyici ve sağaltıcı açıdan araştırmak ve raporlamak, sağlık alanında her türlü bilgiyi vermek ve tavsiyelerde bulunmak, sağlık konusunda uluslararası kamuoyunu aydınlatmak, hastalıklar, ölüm sebepleri ve kamu sağlığı uygulamalarına ilişkin uluslararası sınıflandırma listesini oluşturmak, teşhis usullerini standart hale getirmek, gıda, ilaç ve benzer ürünler hakkında uluslararası standartlar geliştirmek, Örgüt'ün amaçlarına ulaşması için gereken her türlü tedbiri almak.

Örgüt'ün ana organları Dünya Sağlık Asamblesi, İcra Konseyi ve Sekreteryadır. Bu organların yanı sıra Örgüt'e bağlı bölgesel komite ve ofisler bulunmaktadır.<sup>15</sup> Örgütün politikalarını belirleme, örgütün yetkisi içindeki konulara dair sözleşme ve anlaşmaları kabul etme, üye devletlere tavsiyelerde bulunma, icra organının rapor ve faaliyetlerini gözden geçirme ve onaylama, genel direktörü atama, sağlıkla ilgili sorunlara dikkat çekmeleri için icra organına veya genel direktöre talimat verme, soruşturma yapılması istenen konular hakkında icra organına talimat verme, örgütün

<sup>15</sup> Altı coğrafi gruba ayrılan bölgesel örgütlenme içinde yer alan ilgili devletlerin temsilcilerinden oluşan bölgesel komiteler sorumlu oldukları bölgeyle ilgili politikalar üretmekte ve Örgüt'ün kendilerine devrettiği işleri yerine getirmektedir. Bölgesel komitenin idari organı olarak görev yapan bölgesel ofisler ise Genel Direktör'ün yetkisine tabi olup, Örgüt ve bölge komite kararlarının yürütülmesinden sorumludur. Söz konusu bölgesel yapılanma bir yandan Örgüt'e merkezi politikaları yerelde uygulama kapasitesi sunmakta, diğer yanda da sağlık alanında çıkan çeşitli sorunları yerinde tespit ve bunlara etkin müdahale imkânı tanımaktadır, Samancı (n 4), 65.

çalışması için gerekli uzman komitelerini kurma, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi'ne rapor sunma, sağlık alanındaki araştırmaları teşvik etme, bütçeyi onaylama ve personel hakkında tüzük yapma gibi yetkilere sahip olan Asamble bütün üye devletlerin temsil edildiği ana organdır.<sup>16</sup> Asamble'de her devletin bir oy hakkı vardır. Ana karar organı olan Asamble'de kararlar alınırken, mesele önemli ise (kurucu antlaşmada değişiklik, sağlıkla ilgili sözleşme ve anlaşmalar ile diğer örgütlerle yapılacak antlaşmaların kabulü, bütçeyi onaylama gibi) mevcut bulunan ve oylamaya katılan üyelerin üçte ikisinin olumlu oyu gerekli iken, diğer meseleler için mevcut bulunan ve oylamaya katılan üyelerin çoğunluğu yeterlidir.<sup>17</sup>

Asamble'nin en önemli normatif yetkilerinden biri olan sağlıkla ilgili uluslararası kurallar oluşturan sözleşme ve anlaşmalar yapılmasıdır. Bunların metinleri bu organ tarafından kabul edildikten sonra, üye devletlerce kendi anayasal usullerine uygun olarak hukuken bağlayıcı hale getirilerek yürürlüğe girmektedir.<sup>18</sup> Asamble'nin bir diğer normatif işlevi ise belli alanlarda tüzük yapma yetkisidir.<sup>19</sup> Asamble'nin oy çokluğuyla kabul ettiği tüzükler belli bir süre içinde bunu reddeden veya çekince koyan devletler hariç bütün üye devletler için kendiliğinden bağlayıcı hale gelmektedir. Asamble'nin kabul ettiği ilk tüzük 1948 yılında kabul edilen DSÖ Hastalıklar ve Ölüm Nedenleri ile İlgili Terminoloji (Nomenklatur) Tüzüğü'dür.<sup>20</sup> Asamble'nin bu güne kadar kabul ettiği tüzüklerden en önemli olanı ise ilk olarak 1951 yılında kabul edilen ve 1969 ile 2005'de değiştirilen Uluslararası Sağlık Tüzükleri'dir.<sup>21</sup> Bu Tüzük-

<sup>16</sup> Olağan olarak yılda bir kez (veya üye çoğunluğu ya da İcra Konseyi'nin talebi üzerine olağan üstü) toplanan Asamble'ye genellikle üye devletlerin sağlık bakanları katılmaktadır. Bu toplantılara üye olmayan devletlerin temsilcileri ile diğer örgüt ve sivil kuruluşların temsilcileri de gözlemci olarak katılabilmektedir. Asamble İç Tüzüğü için, WHO, 2014, 139.

<sup>17</sup> Uygulamada gerek antlaşma ve sözleşmeler, gerekse tüzükler için konsensüs usulü benimsenmiştir, Samancı (n 4) 66.

<sup>18</sup> Kurucu Antlaşma, madde 19 ve 20. Üye devletlere on sekiz aylık bir süre içinde bağlayıcı hale getirme veya süreye uyulmamaşsa bunun nedenleri hakkında Örgüt'e açıklama yapma yükümlülüğü getiren bu maddelerin 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 5. maddesi uyarınca bir örgüt bünyesinde kabul edilen antlaşmalara ilişkin bir lex specialis düzenleme oluşturduğuna dair görüş için, Samancı (n 4), 74. Bu maddeler uyarınca kabul edilen ilk ve tek antlaşma, metni 2003 yılında Asamble tarafından oy birliği ile kabul edilen ve gereken onay belgelerinin tamamlanmasıyla 2005 yılında yürürlüğe giren Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'dir, WHO Res WHA56.1. Türkiye'nin de taraf olduğu bu Sözleşmenin Türkçe metni için, Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'nin Onaylanması Hakkında Karar, Karar Sayısı: 2004/8235, RG 25.12.2004/25681.

<sup>19</sup> Kurucu Andlaşma'nın 21. maddesine göre tüzükler şu konulara ilişkin olabilecektir: sağlık ve karantina şartları ile hastalıkların uluslararası yayılmasını önlemek; hastalıklara, ölüm nedenlerine ve halk sağlığı uygulamalarına dair terminoloji; tanı yöntemleri hakkında uluslararası standartlar; uluslararası ticarete konu biyolojik, farmasötik ve benzeri ürünlerle ilgili standartlar ve bu ürünlerin reklamı ve etiketlenmesi.

<sup>20</sup> WHO, 1948: 349-52. Buna 1967'de yapılan bir değişiklik ile üyelere, yine Asamble tarafından kabul edilmiş Uluslararası Hastalık Sınıflandırma Dizini uyarınca, ölümlerle ilgili istatistik tutma yükümlülüğü getirilmiştir, WHO Res WHA20.18.

<sup>21</sup> Tüzüğün ilk hali için, WHO Res WHA4.75. Halen yürürlükte olan 2005 tarihli değişiklik için, WHO Res WHA58.3.

ler'in amacı ticaret ve turizme minimum kısıtlama getirerek, halk sağlığı açısından ortaya çıkacak risk ile orantılı olarak, hastalıkların uluslararası alanda yayılmasını önleyecek, kontrol altına alacak ve insanları bunlara karşı koruyacak önlemlerin alınması ve teknik standartların belirlenmesidir.<sup>22</sup> 2006 yılında Asamble bu Tüzükler'in pandemiye karşı hazırlığı güçlendirmek üzere kullanılmasına ilişkin bir karar almıştır.<sup>23</sup> Son olarak Asamble normatif işlevini her konuda alabileceği tavsiyeler yoluyla da kullanabilmektedir.<sup>24</sup> Diğer normatif işlemlere göre daha sık kullanılan tavsiye yöntemi hukuken bağlayıcı olmasa da, uzmanlarca teknik ve bilimsel veriler ışığında hazırlanmış bu işlemlere devletler genellikle uymaktadır.<sup>25</sup>

Örgütün ikinci ana organı olan İcra Konseyi üye devletlerin atadığı sağlık uzmanı 34 kişiden oluşmakta ve yılda en az iki kez toplanmaktadır.<sup>26</sup> Bu organ Asamble'nin karar ve politikalarının uygulanmasından sorumludur ve onun tarafından kendisine verilen yetkileri icra eder. Bunlar dışında Asamble'nin gündemini hazırlar ve önerilerde bulunur, Genel Direktör tarafından hazırlanan bütçe tasarısını görüşerek Asamble'ye sunar, örgüt içinde veya diğer örgütlerle ortak komiteler kurar, konferanslar düzenler ve acil (salgın hastalıklar, felaket mağdurlarına sağlık yardımı gibi) durumlarda gereken önlemleri alır veya bu hususta Genel Direktörü yetkilendirir. Konsey'de kararlar, önemli meseleler (şu hususlarla ilgili tavsiyeler; sağlıkla ilgili sözleşme ve anlaşmaların kabulü, diğer örgüt ve kurumlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, kurucu andlaşmada yapılacak değişiklikler, bütçe, üyelerin oy hakkının askıya alınması ve iç tüzük değişiklikleri veya askıya alınmasına dair kararlar) bakımından üçte iki; diğer meseleler için oy çokluğu ile alınmaktadır.

Sekretarya, başında Genel Direktör'ün bulunduğu teknik ve idari personelden oluşmaktadır.<sup>27</sup> Örgütün programını uygulama ve günlük işleyişinden sorumlu bu

<sup>22</sup> Tüzük, madde 2.

<sup>23</sup> WHO Res WHA59.2. Ayrıca Asamble 1975 yılında düzenli olarak güncellenen esaslı önemde ilaçlar hakkında bir Model Liste hazırlanmasına karar vermiş ve Direktör'den üye devletlerin bu ilaçları uygun maliyetlerle elde etmelerine yardımcı olmasını istemiştir, WHO Res WHA28.66.

<sup>24</sup> Tavsiye kararlarını Asamble'nin yanı sıra İcra Konseyi, Sekretarya ve teknik uzman komiteleri de alabilmektedir, Samancı [n 4] 82.

<sup>25</sup> ibid 81.

<sup>26</sup> Konsey'e atanan kişilerin kendi hükümetlerinden bağımsız hareket etmesi beklenmekte ise de, atama yapan devletler arasında BM Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinin bulunması prensibi kabul edilmiştir ve uygulamada atanan kişilerin kendi hükümetlerinin talimatları doğrultusunda hareket ettikleri gözlenmektedir, ibid 67-8.

<sup>27</sup> Sekretarya merkezi Cenevre'de olup, 6 bölgesel büro ile 147 ülke irtibat bürosundan oluşmaktadır. Sekretarya çalışmalarının arasında toplantılar organize etmek, resmi belgeleri hazırlamak, çeviri hizmeti sunmak ve lojistik gibi faaliyetler yer almaktadır, ibid 69

organın üye devletlerden bağımsız olarak örgütün uluslararası kimliğine uygun şekilde çalışması ve üye devletlerin de burada çalışanları etkileyecek yönlendirmelerden kaçınması gerekmektedir.<sup>28</sup> Genel Direktör, Konsey tarafından aday gösterilir ve Asamble tarafından beş yıllığına atanır. Genel Direktör kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere üye devletler ve benzer alanda faaliyet gösteren uluslararası örgütler ve sivil toplum kuruluşlarıyla doğrudan ilişki kurma yetkisini haizdir.<sup>29</sup> Bunlar dışında Genel Direktör bütçeyi hazırlar, personeli atar, diğer organların toplantılarına katılır ve Örgüt'ü uluslararası alanda temsil eder.

## C. Salgınlarla Mücadelede Hukuki Çerçeve ve Dünya Sağlık Örgütü

Salgınlarla mücadele için uluslararası önlemlerin alınması DSÖ'nün kuruluşundan çok öncelere gitmektedir. Asya'dan Güneybatı Avrupa'ya kolera ulaştığında Avrupa devletleri bu hastalığa karşı hazırlıklı değillerdi ve devletlerin uyguladığı farklı karantina rejimleri hastalığın uluslararası yayılmasına yol açmaktaydı. Ortak standartların belirlenmesi amacıyla 1834 yılında bir Fransız sağlık idarecisi uluslararası bir toplantı organize edilmesi fikrini ortaya attı. 1851'de ilk Uluslararası Sağlık Konferansı toplanmışsa da ilk sonuçlar ancak 1892 yılında alınabildi ve gemilerin karantinaya alınması düzenlendi. Akabinde başka antlaşmalar imzalandı ve 1907 yılında Paris'te Uluslararası Kamu Sağlığı Ofisi açıldı. 1918 grip salgınının etkisiyle devletler kolera, tifüs gibi bazı salgın hastalıkların görülmesi hususunda hem diğer devletlere hem de Ofis'e ivedi bildirimde bulunma yükümlülüğü getirdiler. Bununla birlikte "salgın" tabirinin bir tanımını yapılmadı ve ilginç bir şekilde karantina uygulanmasının mümkün olamayacağı ileri sürülerek bildirim yükümlülüğü kapsamına grip alınmadı.<sup>30</sup>

1926 yılında kabul edilen Uluslararası Sağlık Konvansiyonu 1944 yılında değiştirilerek salgın hastalıklara ilişkin daha iyi bilgi verilmesi yükümlülüğü getirilmiştir.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> DSÖ Kurucu Andlaşması, madde 37.

<sup>29</sup> Yine bu çerçevede Örgüt sağlık alanındaki özel sektörle de ilişkiye geçerek programlarına ve kamu sağlığı politikalarına teknik ve finansal destek sağlamaktadır. Ancak özel sektörün Örgüt'ün politikalarına etkisine yönelik eleştiriler üzerine 2001 yılında "Sağlıkta Netice Almaya yönelik Ticari Girişimlerle İlişkiye dair Kılavuz" kabul edilmiştir, Beigbeder [n 5] 9-10.

<sup>30</sup> Anastasia Telesetsky, 'International Governance of Global Health Pandemics' [2020] 24(3) *Asil Insights* 2 <<https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/3/international-governance-global-health-pandemics> > Erişim Tarihi 20 June 2020.

<sup>31</sup> Türkiye'nin de taraf olduğu bu Konvansiyon için, Beynelmilel Sıhhi Mukavelenin Tasdiki Hakkında Kanun, Kanun No: 3542 RG 7/12/1938/4078.

Buna göre taraf devletler, kendilerinin ya da BM Destek ve Rehabilitasyon İdare-si'nin yayımları veya yayılma potansiyelleri ile başka ülkelere tehlike oluşturacağını değerlendirdikleri salgın hastalıkların görülmesini İdare'ye haber verme ve İdare'yi hastalık süreci ve hastalığın yayılmasının engellenmesi için alınan tedbirler hususun-da düzenli olarak bilgilendirme yükümlülüğü altına girmişlerdir.<sup>32</sup> DSÖ kurulduktan sonra, önceki örgütler ya onun çatısı altına girmişler yahut varlıklarına son verilmiş-tir.<sup>33</sup> Böylelikle bu alanda yetkiye sahip tek bir uluslararası örgüt oluşmuş bulunmak-tadır.

DSÖ uluslararası sağlık tüzükleri çıkararak salgınlar ile mücadelede önemli roller oynamıştır.

Örgüt'ün yeni salgın hastalıklarla mücadele kapasitesini arttırmak amacıyla Asamble'nin 58. toplantısında uzman tavsiyeleri ve sahadan edinilen tecrübeler doğ-rultusunda geliştirilen en iyi uygulama örnekleri dikkate alınarak 2005 Uluslararası Sağlık Tüzüğü kabul edilmiştir. Bu Tüzük ile Örgüt'ün yetkileri arttırılmış ve üye devletlere “uluslararası önemde kamu sağlığı acil durumu oluşturabilecek her ola-ry” 24 saat içinde Örgüt'e bildirme yükümlülüğü yüklenmiştir.<sup>34</sup> Tüzükte Genel Di-rektör'ün de yetkisi arttırılarak üye devletlerden gelen böyle bir bildirimin ardından “uluslararası önemde kamu sağlığı acil durumu” ilân etme yetkisi tanınmıştır.<sup>35</sup> Yine Tüzüğe göre Genel Direktör bu ilânı yaptıktan sonra devletlere acil duruma uygun düşen hastalıkla ilgili geçici tavsiyelerde bulunabilmektedir.<sup>36</sup> Genel Direktör ayrıca söz konusu acil durumu belli sayıda devleti etkileyen bir salgın olarak nitelendirebi-leceği gibi, hastalığın yayılımının bütün dünyayı etkilemesi halinde DSÖ 2017 Pan-

<sup>32</sup> 21 Haziran 1926 tarihli Uluslararası Sağlık Konvansiyonu'nu Tadil Eden Konvansiyon, madde 4.

<sup>33</sup> Yukarıdaki dipnot 7-8.

<sup>34</sup> Ayrıca Tüzüğün 9 ve 10. maddelerinde Örgüt'ün devletlerin bildiriminin yanında diğer kaynaklardan da durumla ilgili bilgi alabileceği, topladığı bilgiler doğrultusunda ilgili devletten bu bilgileri doğrulamasını isteyebileceği ve şayet ilgili devlet işbirliği yapmaz ise elindeki bilgiyi diğer devletlerle paylaşabileceği ifade edilmektedir.

<sup>35</sup> Tüzüğün 11. maddesine göre Genel Direktör acil durum ilânı kararı verene kadar elindeki bilgiyi diğer devletlerle paylaşabileceği gibi bunu söz konusu karara kadar erteleyebilecektir. Ayrıca Tüzüğün 48. maddesine göre Genel Di-rektör bir acil durum ilânı yapmadan önce içinde olayın meydana geldiği devletten gelen bir uzmanın da olduğu bir Acil Durum Komitesi toplamak zorundadır. Her ne kadar Genel Direktör bu Komite'nin durumu ilgili değerlendirmesi ile bağlı değilse de, uygulamada ilân kararını komitenin tavsiyesine göre verdiği görülmüştür. Bogdandy ve Villarreal bu yetkinin uluslararası örgütler açısından tek bir örgüt görevlisine bu güne kadar verilmiş en geniş ölçekli etkiye sahip yetkilerden biri olduğunu ve bir uluslararası kamu otoritesi enstrümanı örneği oluşturduğunu ifade etmektedir, Bogdandy ve Villarreal (n 3) 11-12.

<sup>36</sup> Ayrıca 13. maddeye göre acil duruma karar verildikten sonra Örgüt ilgili devletin talebi üzerine teknik yardım, riske ve kontrol tedbirlerinin yeterliliğine ilişkin değerlendirme ve sahada uzman desteği verebilecektir.

demo Kılavuzu uyarınca durumu pandemi olarak ilân edebilmektedir.<sup>37</sup> Bu yetkiler çerçevesinde bu güne kadar altı defa söz konusu acil durum ilânı gerçekleştirilmiştir.<sup>38</sup>

DSÖ başka önemli başarıları da imza atmıştır. Örgüt, kendisine verilen görevler çerçevesinde 1974 yılında gelişmekte olan devletlere temel aşları tedarik etmek üzere Aşılama Genişletilmiş Programı'nı oluşturmuş ve 1977 yılında Asamble "2000 yılına kadar Herkes için Sağlık" stratejisini kabul ederek birincil sağlık hizmetlerini temel öncelik haline getirmiştir.<sup>39</sup> Hastalıklarla mücadele konusunda Örgüt 1955 yılında sıtmanın ortadan kaldırılması kampanyasını başlatmış ve 1980 yılında çiçek hastalığının ortadan kaldırılmasına yönelik kampanyanın başarıldığını açıklamıştır.<sup>40</sup> Sürmekte olan diğer bazı kampanyalar ise çocuk felcinin, AIDS'in, veremin ve bazı Afrika ülkelerinde görülen nehir körlüğünün ortadan kaldırılmasını veya kontrol altına alınmasını amaçlamaktadır.<sup>41</sup> Salgınla mücadelede en önce hastalığın tespiti ve izlenmesi (surveyans) gerekmektedir. Bu açıdan 1952 yılında Küresel Grip İzleme Ağı tesis edilmiş, 2011 yılında Küresel Grip İzleme ve Müdahale Sistemi oluşturulmuştur. Örgüt nispeten yakın zamanda ortaya çıkan Ebola, SARS, Kuş Gribi gibi yeni salgın hastalıklarla mücadelede etkilenen devletlere uygun teknik yardımın acilen ulaşmasını sağlamak amacıyla 2000 yılında Küresel Salgın Alarm ve Müdahale Ağı'nı kurmuştur. Bu yapının içinde üye devletlerin bilimsel kurumlarından sağlanan teknik ve operasyonel kaynaklar, filyasyon çalışmaları, bölgesel teknik organizasyonlar, laboratuvarlar, ilgili BM örgütleri, Kızıl Haç ve uluslararası sivil toplum kuruluşları yer almaktadır.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> World Health Organization. (2017). Pandemic Influenza Risk Management. A WHO Guide to inform & harmonize national & international pandemic preparedness and response, 25-26. 2016 yılında Örgüt ülkelerin kamu sağlığı risklerine hazırlık kapasitelerini değerlendirecek bir Ortak Dışardan Değerlendirme (JEE) süreci başlatmış ve devletlerin salgınları erkenden bildirmelerini teşvik etmek üzere Dünya Bankası Pandemi Acil Durumu Finansman Kredisi oluşturulmuştur.

<sup>38</sup> İlân edilen acil durumlar sırasıyla şunlardır: 2009 H1N1 Gribi Pandemisi, 2014 Yeni Çocuk Felci, 2014 Ebola salgını, 2016 Zika salgını, 2019 Ebola salgını, 2020 COVID-19 pandemisi.

<sup>39</sup> WHO Res WHA30.43. Bu hedef 1998 yılında kabul edilen "yirmi birinci yüzyılda herkes için sağlık politikası" ile tasdik edilmiştir, WHO Res WHA51.7. Aynı çerçevede Asamble 2005 yılında "Milenyum Deklarasyonunda yer alan sağlıkla ilgili amaçların gerçekleştirilmesinin hızlandırılması" kararını kabul etmiştir.

<sup>40</sup> Örgüt bulaşıcı hastalıkların yanı sıra kalp hastalıkları ve kanser gibi bulaşıcı olmayan hastalıklar ve sağlıklı diyet, beslenme, gıda güvenliği, iş sağlığı ve uyuturucuyla mücadele gibi konuları da gündemde tutmaktadır.

<sup>41</sup> Örgütün sıtma, AIDS ve veremle mücadelesine destek vermek için 2002 yılında özel sektör ve kamunun ortak olduğu bağımsız bir Küresel Fon kurulmuştur. Bu hastalıklarla mücadelede Örgüt gelişmekte olan devletlerin ilaçlara uygun fiyatlarla erişimine destek vermektedir. Bu hususta Asamble 2001 yılında Genel Direktör'e uluslararası ticaret anlaşmalarıyla korunan fikri mülkiyet hakları bağlamında ilaçlar üzerindeki patentlerin kamu sağlığına etkilerini kontrol etme görevi vermiştir, Beigbeder (n 5) 8-9.

<sup>42</sup> ibid 8-9.

## II. Uluslararası Sağlık Tüzüğü

### A. Mahiyeti ve Salgınlarla Mücadeledeki Rolü

Kuruluş amacı “bütün milletleri mümkün olan en yüksek sağlık seviyesine ulaştırmak”<sup>43</sup> olan DSÖ’ye sağlık alanında uluslararası nitelikteki çalışmalarda yönetici ve koordine edici<sup>44</sup> bir kurum olarak, salgın hastalıkların ortadan kaldırılmasına yönelik çalışmaları teşvik etmek ve ilerletmek<sup>45</sup> görevleri de verilmiştir.

Yukarıda da açıklandığı üzere karar organı olan Asamble, bütün Örgüt üyeleri devletlerin temsilcilerinin katılımıyla, DSÖ’nün yetki alanındaki konularda sözleşme ve anlaşmalar yapma yetkisine sahiptir.<sup>46</sup> Bunlar devletlerin iç hukukları (anayasaları) uyarınca öngörülen kabul süreci tamamlandıktan sonra ilgili devlet bakımından yürürlüğe girecektir.<sup>47</sup> Devletler bunların kabulü için gereken iç hukuk süreçlerini işletme yönünde bir yükümlülük altına da girmişlerdir.<sup>48</sup>

Yine yukarıda değinildiği üzere uluslararası anlaşmalardan başka Sağlık Asamblesi hastalıkların uluslararası yayılmasını engellemeye yönelik sağlık ve karantina tedbirlerine yada başka usullere ilişkin tüzükler çıkarabilir.<sup>49</sup> DSÖ’nün en önemli düzenleme fonksiyonu Uluslararası Sağlık Tüzüklerine dayanmaktadır.<sup>50</sup> Günümüzde yürürlükte bulunan Tüzük 23 Mayıs 2005 tarihinde kabul edilmiş ve 15 Haziran 2007’de yürürlüğe girmiştir.<sup>51</sup>

Sağlık tüzüklerinin kökenlerini 1851 yılında toplanan Uluslararası Sağlık Konferansı’na kadar geriye götürmek mümkündür. Bu Konferansta kolera ile mücadele etmek için Avrupalı devletler bir araya gelmiş ve ilk Sağlık Tüzüğü kaleme alınmıştır. Kuruluş döneminde DSÖ, önceden yapılmış tüzükleri kullanmış ise de 1951 yılında

<sup>43</sup> Kurucu Andlaşma, madde 1.

<sup>44</sup> Kurucu Andlaşma, madde 2 (a).

<sup>45</sup> Kurucu Andlaşma, madde 2 (g).

<sup>46</sup> Kurucu Andlaşma, madde 19.

<sup>47</sup> ibid

<sup>48</sup> Tüzük, madde 20.

<sup>49</sup> Kurucu Andlaşma, madde 21. Madde metninde “regulations” ibaresi geçmekte olup bu ibare “kurallar” yahut “düzenlemeler” olarak çevrilebilecekse de gerek Kurucu Andlaşma’nın Resmi Gazete’de yayınlanan çevirisinde gerekse bu alandaki Türkçe literatürde “tüzük” tabiri tercih edilmiştir.

<sup>50</sup> Morten Broberg, ‘A Critical Appraisal of the World Health Organization’s International Health Regulations (2005) in Times of Pandemic: It is Time for Revision’ (2020) 11(2) *European Journal of Risk Regulation* 204.

<sup>51</sup> Dünya Sağlık Örgütü, *Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005)*, 2. basım, (Dünya Sağlık Örgütü, 2008) Ön Söz.

kendi Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nü kabul etmiştir.<sup>52</sup> 1969'da bunları güncelleyerek yeni bir Uluslararası Sağlık Tüzüğü yapmıştır.<sup>53</sup> 1969 Tüzüğü 1973 ve 1981 yıllarında revize edilmiş ve kapsanan salgın hastalık sayısı altıdan üçe düşürülmüştür.<sup>54</sup>

Sovyet bloğunun da dağılmasıyla 1990'lı yılların başından itibaren dünyada yeniden bir küreselleşme eğilimi artmış seyahat ve ticaret imkânları gelişmiştir. Bir taraftan bunu dikkate alan ancak diğer taraftan da uluslararası salgın hastalıkların aciliyetini göz önünde bulunduran bir yaklaşımla önceki tüzüklerin ciddi bir revizyonuna ihtiyaç duyulmuştur. 1995 yılında Sağlık Asamblesi bu konuda Genel Sekreter'in gerekli adımları atmasını talep etmiştir. 21. yüzyılın ilk küresel halk sağlığı acil durumu olan şiddetli akut solunum sendromunun (SARS) ortaya çıkardığı acil durumun da ivmelemesi neticesinde 2003 yılında Asamble tarafından bir çalışma grubu oluşturulmuştur.<sup>55</sup> Hükümetlerarası mahiyette olan bu çalışma grubu üye devletler, uluslararası örgütler ve diğer ilgili paydaşlarla yakın işbirliği içerisinde çalışmış ve hazırlanan taslak metin 2005 yılında 58. Dünya Sağlık Asamblesi'nde kabul edilmiştir.<sup>56</sup> Tüzüğün 58. maddesine göre 2005 tüzüğü, başka birtakım tüzük ve antlaşmaların yanında, 1951 ve 1969 tüzüklerinin ve 1926 Uluslararası Sağlık Konvansiyonu'nun yerini almıştır.

1969 Tüzüğü ile karşılaştırıldığında 2005 Tüzüğü'nün salgın hastalıklarla mücadelede çok önemli yenilikler getirdiği görülebilir. 1969 Tüzüğü'ne göre birçok hastalık DSÖ'ye bildirim yükümlülüğü dışında bırakılmış, hastalıkların ortaya çıktığının tespit edilebilmesi için DSÖ tamamıyla devletlere bağımlı kılınmış ve hastalıklarla mücadele ve bunların yayılmasının uluslararası koordinasyonunun sağlanması için

<sup>52</sup> Türkiye 6368 sayılı Milletlerarası Sağlık Nizamnamesinin Tasdiki Hakkında Kanun ile bu Tüzüğün onaylanmasını uygun bulmuştur, Kanun Numarası: 6368, Kabul Tarihi: 10/3/1954, RG 19 Mart 1954/8662.

<sup>53</sup> 1969 yılındaki değişikliği Türkiye, 244 sayılı Kanun çerçevesinde 27 Aralık 1972 tarihli 7/5578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe koymuştur, RG 25/4/1973/1701.

<sup>54</sup> Sarı humma, veba ve kolera.

<sup>55</sup> WHA 22, 46 ve EK 1.

<sup>56</sup> Dünya Sağlık Örgütü (n 51) Ön Söz. Tüzüğün son hali hakkında Türk hukukunda tesis edilen bir işleme rastlanılmamıştır. Bununla birlikte Dünya Sağlık Örgütü tarafından 2008 yılında yayınlanan Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) (İkinci Baskı) başlıklı kitap Tüzüğün 15 Haziran 2007 tarihinde kendileri bakımından yürürlüğe girdiği devletler arasında Türkiye'yi de saymaktadır. Türkiye'nin bir beyanda da bulunduğu belirtilmiştir. 14 Aralık 2006 tarihli bu beyan şu şekildedir: "Türkiye, Uluslararası Sağlık Tüzüğü hükümlerini, 20 Temmuz 1936 tarihinde Montrö'de imzalanan Türk Boğazlarının rejimi ile ilgili olan Sözleşmeye uygun bir şekilde ve bunun yanı sıra Türk Boğazları için 1998 Türk Boğazları Deniz Trafik Düzeni Tüzüğü ve bunun gelecekteki revizyonlarını göz önünde bulundurarak uygulayacaktır", No: 520/20/BMCO DT/12201. Dünya Sağlık Örgütü (n 51), 60-69.

gereken imkân ve araçlar öngörülmemiştir.<sup>57</sup> 2005 Tüzüğü’nün içerdiği yenilikler arasında şunlar gösterilebilir:

- (a) belirli bir hastalık ya da bulaşma şekli ile sınırlı olmayan ancak insanlara ciddi zarar veren ya da verebilecek olan hastalık ya da tıbbi durumu menşei ya da kaynağını dikkate alınmaksızın kapsayan bir amaç;
- (b) Belirli minimum çekirdek halk sağlığı kapasitelerinin geliştirilmesi için Taraf Devletlere getirilen yükümlülükler
- (c) belirlenen kriterlere göre bir halk sağlığı acil durumu ya da uluslararası endişe yaratabilecek olaylardan DSÖ’yü haberdar etme konusunda taraf devletlerin yükümlülükleri;
- (d) DSÖ’yü halk sağlığı olaylarının resmi olmayan raporlarını dikkate alma ve bu tür olaylarla ilgili olarak Taraf Devletlerden onay elde etme yetkisi veren hükümler;
- (e) “uluslararası endişe yaratan bir halk sağlığı acil durumunun” Genel Direktör tarafından belirlenmesi ve bir Acil Durum Komitesinin görüşlerinin dikkate alınmasından sonra ilgili geçici tavsiyelerin düzenlenmesine yönelik prosedürler;
- (f) kişilerin ve yolcuların insan haklarının korunması; ve
- (g) Taraf Devletler ile DSÖ arasında ivedi haberleşmeler için Ulusal Uluslararası Sağlık Tüzüğü Odak Noktalarının ve DSÖ Uluslararası Sağlık Tüzüğü İletişim Noktalarının oluşturulması.<sup>58</sup>

Bu doğrultuda Uluslararası Sağlık Tüzüğü’nün amaç ve kapsamı “uluslararası trafik ve ticarete gereksiz müdahaleden kaçınarak ve halk sağlığı açısından ortaya çıkacak risk ile orantılı ve sınırlı olarak, hastalıkların uluslararası yayılmasını önlemek, bu hastalıklara karşı korunmak, yayılmalarını kontrol etmek ve halk sağlığı açısından gerekli yanıtı vermektir” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>59</sup> Burada belirli hastalıklar sayılma-

<sup>57</sup> Broberg (n 50) 204.

<sup>58</sup> Dünya Sağlık Örgütü (n 51) Ön Söz.

<sup>59</sup> Tüzük, madde 2.

mış, uluslararası yayılma durumu söz konusu olan tüm salgınlar kapsam dahilinde kabul edilmiştir.

1969 Tüzüğü gibi bu Tüzük de esasen devletlerin bildirimlerine bağımlı olsa da,<sup>60</sup> DSÖ devletler dışında “diğer kaynaklardan gelen bildirimleri dikkate alabilir.”<sup>61</sup> Bunlara örnek olarak medya, STK’lar ve araştırmacılar gösterilebilir.<sup>62</sup> Bu şekilde bir olaydan haberdar olan DSÖ, ilgili devletten doğrulama talep edebilecektir.<sup>63</sup> Devletler 24 saat içerisinde cevap verme yükümlülüğü altındadır.<sup>64</sup> Gerekli durumlarda Örgüt, uluslararası örgütlerle de işbirliğinde bulunabilecektir.<sup>65</sup>

DSÖ Genel Direktörü ülkesinde bir olayın gerçekleşmekte olduğu devletten aldığı bilgiler temelinde uluslararası önemde bir halk sağlığı acil durumu oluşup oluşmadığı konusunda karar vermek durumundadır.<sup>66</sup> Eğer bu nitelikte bir halk sağlığı acil durumu ortaya çıktığı görüşüne varır ise ilgili devletle danışmalarda bulunacak<sup>67</sup> ve Acil Durum Komitesi’ni toplantıya çağıracaktır.<sup>68</sup> Komite, görüşlerini nihai kararı vermek üzere Genel Direktör’e iletecektir.<sup>69</sup> Komite’nin görüşleriyle birlikte Genel Direktör uluslararası önemde bir “halk sağlığı acil durumunun tespiti ve sona erdirilmesi, herhangi bir geçici tavsiye kararı ve bu tavsiye kararlarının değiştirilmesi, uzatılması ve sona erdirilmesi ve ilgili Taraf Devlet tarafından alınan herhangi bir sağlık önlemi hususlarını Taraf Devletlere iletecektir.”<sup>70</sup>

Uluslararası önemde halk sağlığı acil durumunun gerçekleşmekte olduğunun saptanması durumunda Genel Direktör geçici tavsiyeler yayımlayabilir.<sup>71</sup> Tavsiyeler bu

<sup>60</sup> Şu dört kriterden herhangi ikisinin bir olayda mevcut olduğu hususunda “evet” cevabı vermiş taraf devletler, Uluslararası Sağlık Tüzüğü’nün 6. maddesi uyarınca DSÖ’ye bildirimde bulunacaklardır: 1) Olayın halk sağlığına etkisi ciddi boyutta mı? 2) Olay alışılmadık veya beklenmedik mi? 3) Uluslararası yayılma açısından kayda değer bir risk var mı? 4) Uluslararası yolculuk veya ticaretin sınırlandırılması açısından kayda değer bir risk söz konusu mu? Tüzük EK 2. Dünya Sağlık Örgütü (n 51), 43-44.

<sup>61</sup> Tüzük, madde 9.

<sup>62</sup> Broberg (n 50) 205.

<sup>63</sup> Tüzük, madde 9.

<sup>64</sup> Tüzük, madde 10.

<sup>65</sup> Tüzük, madde 14.

<sup>66</sup> Tüzük, madde 12 (1).

<sup>67</sup> Tüzük, madde 12 (2) ve (3).

<sup>68</sup> Tüzük, madde 49 (1).

<sup>69</sup> Tüzük, madde 49 (5).

<sup>70</sup> Tüzük, madde 49 (6).

<sup>71</sup> Tüzük, madde 15 (1).

tür bir acil durumun yaşandığı devlet ve diğer taraf devletler tarafından “kişiler, yolcu eşyası, yük, konteynerler, taşıtlar, mallar ve/veya posta paketlerine uygulanması gereken sağlık önlemlerini içerebilir”.<sup>72</sup> Tavsiye kararlarının amacı, salgının uluslararası yayılmasını önlemek veya azaltmaktır. Tavsiyelerin uluslararası dolaşıma gereksiz müdahalede bulunmaması da gerekir.<sup>73</sup> Geçici tavsiye kararları herhangi bir anda sona erdirilebilir. Eğer sona erdirilmemişlerse yayınlandıklarından üç ay sonra kendiliğinden sona erer. Tavsiyeleri değiştirmek yahut üç aylık dönemlerle uzatmak da mümkündür.<sup>74</sup> Her ne kadar “tavsiye” olarak adlandırılrsa da Tüzük uyarınca alınan sağlık önlemlerinin “gecikmeksizin başlatılacağı ve tamamlanacağı ve şeffaf bir şekilde ve ayırım gözetilmeksizin uygulanacağı” öngörülmüştür.<sup>75</sup>

## B. COVID-19 ile Mücadelede Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün Uygulanması

Çin, COVID-19'u 31 Aralık 2019 tarihinde DSÖ'ye bildirmiş, 7 Ocak 2020'de virüsü izole etmiş ve 12 Ocak'ta genetik dizilimini DSÖ ile paylaşmıştır.<sup>76</sup> 30 Ocak 2020 tarihinde ikinci defa toplanan Acil Durum Komitesi ilk toplantıdan farklı olarak, artık olayın uluslararası önemde halk sağlığı acil durumu ilân edilebilmek için gereken şartları taşıdığına ve geçici önlem tavsiye kararları alınması gerektiğine karar vermiştir.<sup>77</sup> Komite, Çin hükümetinin en üst makamları tarafından virüsle mücadelede sergilenen liderlik, çaba ve şeffaflığı memnuniyetle karşıladığını belirterek bunun sadece Çin için değil dünyanın geri kalanı için de çok iyi bir şey olduğunu ifade etmiştir.<sup>78</sup> Bunun üzerine Genel Direktör, COVID-19 salgınını uluslararası önemde halk sağlığı acil durumu olarak ilân etmiş ve geçici tavsiye kararları alınmıştır.<sup>79</sup> Komite, düzenli bilgi ve araştırma sonuçlarının paylaşımını gerçekleştirmeyi mümkün kılmak üzere virüsün kaynağının, insandan insana bulaşma potansiyelinin, vakaların

<sup>72</sup> Tüzük, madde 15 (2).

<sup>73</sup> Tüzük, madde 15 (2).

<sup>74</sup> Tüzük, madde 15 (3).

<sup>75</sup> Tüzük, madde 42.

<sup>76</sup> World Health Organization, <<https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/en/>> Erişim Tarihi 20 June 2020.

<sup>77</sup> World Health Organization, <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))> Erişim Tarihi 20 June 2020.

<sup>78</sup> World Health Organization (n 77).

<sup>79</sup> World Health Organization, <[https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200131-sit-rep-11-ncov.pdf?sfvrsn=de7c0f7\\_4](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200131-sit-rep-11-ncov.pdf?sfvrsn=de7c0f7_4)> Erişim Tarihi 15 June 2020.

bir ülkeden diğerine geçişinin, gereken tedavinin geliştirilmesinin saptanması konularında Tüzüğü'nün 44. maddesi uyarınca uluslararası camianın işbirliğinde bulunmasını talep etmiştir.<sup>80</sup>

Komite'nin kararları, Çin'e yapılan veri paylaşma ve DSÖ ile işbirliğinde bulunma, diğer devletlere yapılan salgının yayılmasının beklendiğinden vakaları takip etme ve DSÖ'ye bildirme çağrılarını da içermektedir.<sup>81</sup> Bununla birlikte Acil Durum Komitesi mevcut veriler ışığında herhangi bir seyahat ve ticaret sınırlaması tavsiyesinde bulunmadığını belirtmiştir. Daha da ileri giderek alınabilecek seyahat sınırlaması kararlarının Tüzük tarafından öngörüldüğü biçimde devletler tarafından Örgüt'e bildirilme yükümlülüğünü hatırlatmış ve önlemlerin Tüzüğü'nün 3. maddesindeki ilkeler ile uyumlu olması ve bu önlemlerin ayrımcılık ve damgalamaya yol açmaması gerektiği hususunda devletleri uyarmıştır.<sup>82</sup>

Ancak uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün 43. maddesine göre taraf devletlere ilave tedbirler alma hakkı da tanınmıştır.<sup>83</sup> Diğer bir deyişle DSÖ'nün geçici tavsiye kararları alması, devletlerin ilave tedbirler alma haklarına hanel getirmez. Bununla birlikte Komite, COVID-19 salgını bağlamında devletlerce alınan ilave tedbirlerden uluslararası trafiğe ciddi oranda müdahalede bulunanların (uluslararası yolcuların, bagajların, kargoların, konteynerlerin, malların ve benzerlerinin ülkeye giriş ya da çıkışına mani olunması veya 24 saatten fazla geciktirilmesi) halk sağlığı bakımından gerekçelerinin, uygulanmalarından itibaren 48 saat içinde Örgüt'e bildirilmeleri gerektiği yükümlülüğünü hatırlatmıştır. DSÖ, bu önlemlere ilişkin gerekçeleri değerlendirecek ve bu önlemlerin tekrar değerlendirilmesi maksadıyla ilgili devletten talepte bulunabilecektir.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> World Health Organization (n 79).

<sup>81</sup> ANNEX 1: Temporary Recommendations under the International Health Regulations associated with the declaration of the outbreak of 2019-nCoV as a Public Health Emergency of International Concern, World Health Organization (n 79).

<sup>82</sup> World Health Organization (n 79). Tüzük, madde 3 (1) şöyle demektedir: "Bu Tüzük, kişilerin onuruna, insan haklarına ve temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilerek uygulanacaktır."

<sup>83</sup> Tüzük, madde 44 (1) şöyle demektedir: "Bu Tüzük, Taraf Devletlerin kendi ilgili ulusal hukuku ve uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülükleri uyarınca belirli halk sağlığı risklerine veya uluslararası önemi haiz halk sağlığı acil durumlarına karşılık olarak... DSÖ'nün tavsiye kararlarıyla eşdeğerde veya daha büyük seviyede bir sağlık koruma seviyesini sağlayan veya... (Tüzük) kapsamında yasaklanmış olmayan, sağlık önlemlerini bu Tüzük ile uyumlu olmak şartıyla uygulamaktan alıkoymayacaktır. Bu önlemler, uygun sağlık koruma seviyesini sağlayan makul mevcut alternatiflere kıyasla, uluslararası seyrüseferi daha fazla kısıtlayıcı ve kişiler için daha fazla müdahaleci ve daha fazla rahatsız edici olmayacaktır."

<sup>84</sup> Tüzük, madde 43 (4).

Acil Durum Komitesi nihayet 30 Nisan 2020 tarihli üçüncü toplantısında seyahat ve ticarete ilişkin alınabilecek uygun tedbirlerle ilişkin tavsiyelerini güncelleme kararı almıştır. Buna göre Örgüt, yine bu tedbirlerden beklenen yararlar ile arzu edilmeyen sonuçlar arasında bir denge kurulmasından bahsetmiştir. Bu tedbirler içerisine, ülkeye girişte ve çıkışta yapılacak gözlemler ve inceleme, sorumlu bir seyahat davranışı sergileme konusunda yolcuları eğitme, temasların takibi, izolasyon ve karantina da dahildir.<sup>85</sup> Pandemi ile mücadele, insani yardım, ülkeye dönüş ve yük taşımacılığı konularındaki zorunlu seyahati mümkün kılmak amacıyla DSÖ'nün devletlerle birlikte çalışmaya devam edeceği de vurgulanmıştır.<sup>86</sup>

### III.COVID-19 Günlerinde DSÖ ve Uluslararası Sağlık Tüzüğü: Eleştiriler ve Öneriler

#### A. Örgüt'ün Yapısal Sorunları ve “Sağlık v. Ekonomi” Açmazı

Sağlık alanında küresel düzeyde neredeyse tüm devletlerin üyesi bulunduğu en önemli örgüt olan DSÖ, devletleri en yüksek sağlık düzeyine ulaştırmak amacına erişebilmek için, yukarıda da açıklandığı üzere klasik uluslararası örgütlerin ötesine geçen yetkilerle donatılmıştır. Ne var ki, Örgüt yeterli mali imkânlar, uygulama ve takip kabiliyetleri ile donatılmış değildir. Netice itibarıyla DSÖ, salgınlarla mücadele alanı da dahil olmak üzere amaçlarına ulaşmak için üye devletlere bağımlı kalmaktadır. Üye devletler arasındaki salgınlarla mücadele kapasiteleri ve siyasi ve ekonomik tercih farklılıklarının yansımaları DSÖ'yü de etkilemektedir. Dolayısıyla yapısal sorunlar su yüzüne çıkabilmektedir.

Salgınlarla mücadele açısından bakıldığında 2005 Tüzüğü'nün ardında yatan varsayım bu tür hastalıkların doğudan batıya (ya da diğer bir deyişle fakir küresel güneyden zengin kuzeye) yayılacağı şeklindedir.<sup>87</sup> COVID-19 pandemisinin her ne

<sup>85</sup> World Health Organization, <[https://www.who.int/news-room/detail/01-05-2020-statement-on-the-third-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-coronavirus-disease-\(covid-19\)](https://www.who.int/news-room/detail/01-05-2020-statement-on-the-third-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-coronavirus-disease-(covid-19))> Erişim Tarihi 20 June 2020.

<sup>86</sup> World Health Organization (n 85).

<sup>87</sup> Broberg (n 50) 206-8. Veba gibi 19. yüzyılda karşılaşılan salgın riskleri de benzer bir varsayım üzerine değerlendirilmişti.

kadar ortaya çıkışı itibarıyla Çin kaynaklı olduğu ifade edilebilirse de, birçok devlete bu salgın virüsü Avrupa ve ABD üzerinden gelmiştir. Bu tür salgın hastalıklar bir kez kontrolden çıktı mı, COVID-19 örneğinde açıkça görüldüğü üzere, artık yönetilmesi çok zor hale gelmektedir.<sup>88</sup>

Devletlerin salgınla mücadele hususundaki altyapıları birbirinden çok farklıdır ve çoğu zaman yeterli kaynaklara sahip değildirler. Her ne kadar Tüzük, devletlere yürürlüğe girdikten en geç beş yıl içinde “olayları tespit etme, değerlendirme, bildirme ve rapor etme kapasitelerini geliştirme, güçlendirme ve sürdürme” yükümlülüğü yüklemişse de mevcut pandemi birçok devletin bu alanda tam başarılı olamadığını ortaya koymaktadır.<sup>89</sup> Devletlerin talebi halinde Örgüt’ün burada öngörülen “kapasitelerini geliştirmeleri, güçlendirmeleri ve sürdürmeleri amacıyla yardım etme” yükümlülüğü de mevcuttur.<sup>90</sup> Ancak tamamıyla devletler tarafından sağlanan mali ve teknik imkânlarla bağımlı olan DSÖ’nün bu tür bir yükümlülüğü yerine getirmesi mümkün gözükmemektedir.<sup>91</sup> Kapasite yetersizliği nedeniyle devletlerin birçoğu DSÖ kararlarını yerine getirememektedirler ve bundan çıkış yolu olarak Örgüt’ün devletler tarafından gereken mali ve insan kapasitesi ile donatılması önerilebilmektedir.<sup>92</sup> Oysa mevcut pandemi ortamında en büyük katkıyı sağlayan devletler bile DSÖ’yü eleştirmekte ve mali katkılarını geri çekebileceklerini ifade edebilmektedirler.<sup>93</sup>

Örgüt’ün aldığı kararları izleme ve uygulatma mekanizması da bulunmamaktadır.<sup>94</sup> Basit bir şekilde ifade etmek gerekirse, devletler bu konuda Örgüt’ü yetkilendir-

<sup>88</sup> ibid 208.

<sup>89</sup> Tüzük, madde 5 (1).

<sup>90</sup> Tüzük, madde 5 (3).

<sup>91</sup> Allyn L. Taylor ve Roojin Habibi, ‘The Collapse of Global Cooperation under the WHO International Health Regulations at the Outset of COVID-19: Sculpting the Future of Global Health Governance’ 2020 24 (15) *Asil Insights* 3 <<https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/15/collapse-global-cooperation-under-who-international-health-regulations>> Erişim Tarihi 20 June 2020.

<sup>92</sup> Broberg (n 50) 207-208.

<sup>93</sup> Örneğin ABD Başkanı Trump 18 Mayıs 2020 tarihinde Twitter hesabında yayınladığı bir mektupla Örgüt’e “ültime-tom” vererek 30 gün içerisinde ciddi ilerlemeler kaydedilmesini talep etmiş, 28 Mayıs’ta da ABD’nin DSÖ üyeliğinden çekilebileceğini ve mali katkılarını sona erdirebileceğini belirtmiştir. <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52718309>> ve <<https://www.washingtonpost.com/business/2020/05/29/trump-china-hong-kong-who/>> Erişim Tarihi 15 June 2020. Her iki açıklama da Çin ile alakalı siyasi bir atmosfer bağlamında yapılmıştır.

<sup>94</sup> Taylor ve Habibi (n 91) 4.

memişlerdir. Bunun bir sebebi devletlerin bu gibi hayatı bir konuyu kendi egemenlik alanlarında görmeleri ve buraya müdahale edilmesine sıcak bakmamaları olabilir.

Yapısal sorunların yanında, DSÖ'nün önlem alırken göz önünde bulundurması gereken Sağlık Tüzüğü'nün 2. maddesinde açıkça belirtilen “uluslararası trafik ve ticarete gereksiz müdahale” kısıtı da Örgüt'ü fayda-maliyet analizi yapmaya zorlayarak “sağlık-ekonomi açmazı” ile karşı karşıya bırakabilmektedir.<sup>95</sup> Dolayısıyla COVID-19 pandemisi ilân ve önlem sürecinde de bu açmaz gün yüzüne çıkmıştır.<sup>96</sup>

Benzer bir açmazla devletler de yüzleşmektedir. Bu durum devletlerin salgınları bildirmelerinde kimi zaman çekingen davranmalarına yol açabilmektedir. Hastalığın görüldüğü devletler seyahat ve ticaret kısıtlamalarının ekonomiye getirebileceği olumsuz etkilerden dolayı bu yükümlülüklerine aykırı davranabilmektedirler.<sup>97</sup> Nitekim bu isteksizlik ve kimi zaman da yetersizlik göz önüne alınmış olmalı ki, Tüzük'te başka kaynaklardan elde edilen verilerin de değerlendirmeye alınabileceği hususu belirtilmiştir.<sup>98</sup>

Yüzyılın başında da Örgüt'e yönelik bir başka eleştiri konusu yeni ortaya çıkan virüslerden kaynaklanan küresel salgınlar bakımından gereken tedbirleri alamamış olmasıdır.<sup>99</sup> Bu açıdan AIDS hastalığına ilişkin etkin bir politika geliştirememesi, 2002'de ortaya çıkan SARS hastalığına karşı aldığı seyahat uyarılarının yetki aşımı sayılması gibi örnekler Örgüt'ün yeni yüzyılda yaşanabilecek krizlere hazır olmadığı izlenimini güçlendirmiştir.

<sup>95</sup> ibid 2.

<sup>96</sup> COVID-19 sürecinde Acil Durum Komitesi içindeki fikir ayrılıkları için; Mark Eccleston-Turner, 'Declaration of a Public Health Emergency of International Concern in International Law' <<http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-the-declaration-of-a-public-health-emergency-of-international-concern-in-international-law/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.

<sup>97</sup> Broberg [n 50] 206-207.

<sup>98</sup> Tüzük, madde 9.

<sup>99</sup> Dünya Sağlık Örgütü uluslararası kamu sağlığı açısından üstlenmiş olduğu vazifelerinin önemi ve bu açıdan kendisine tanınmış olan yetkilerin genişliğine rağmen faaliyet alanının küresel ekonomik ve siyasi ilişkiler tarafından belirleyici bir alan olması yüzünden sıkça farklı eleştirilerle karşılaşmaktadır. Bu eleştirilerden en sık dile getirileni Örgüt'ün politize edilmesi nedeniyle yanlış politikalar izlediği yönündedir. Bu açıdan örnek olarak Örgüt'ün soğuk savaş sırasında sosyal sağlık sistemi lehine taraf tutmuş iken 90'lardan itibaren özel sektöre yakın bir sağlık stratejisini benimsemesi, Filistin'in sağlık sistemine müdahale etmesi, 1997 Esaslı Öne Sahip İlaçlar Listesi'nin içeriği konusunda ilaç şirketleri ile sorunlar yaşaması ve 2005 Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'nin bu pazara etkileri gösterilmektedir. Boghandy ve Villareal [n 3], 4-5.

Yeni uluslararası sağlık krizlerine karşı daha etkin olabilmesi amacıyla 2005 yılında yapılan Uluslararası Sağlık Tüzüğü'ne rağmen, Örgüt'ün COVID-19 pandemisi ile mücadelede izlediği politika birtakım eleştirilere yol açmıştır. Bu açıdan Örgüt Genel Direktör'ü yukarıda da belirtildiği üzere ancak 30 Ocak 2020'de koronavi-rüs salgınına uluslararası önemde kamu sağlığı acil durumu ilân etmiş,<sup>100</sup> 11 Mart 2020'de salgının bir pandemi halini aldığını açıklamıştır.<sup>101</sup>

Örgütün söz konusu kararlarına yönelik eleştirilerden ilki Çin devletinin salgının başlangıcında hastalıkla ilgili bildirimini Örgüt'e zamanında yapmadığı ve dolayısıyla acil durumun geç ilân edilmesine sebep olduğudur. Diğer bir eleştiri konusu ise Örgüt'ün söz konusu durumla ilgili bilgileri zamanında paylaşmadığı ve hatta Çin'i ekonomik olarak zor duruma sokmamak için seyahat ve ticaret kısıtlamalarını geciktirdiğine yöneliktir.<sup>102</sup>

Bu eleştirilerin ilki açısından dikkate alınması gereken en önemli husus Örgüt'ün kendi adına üye devletlerden bilgi toplama kapasitesi bulunmadığından, üye devletlerin Sekretarya ile bilgi paylaşımının acil durum sisteminin işleyişi için vazgeçilmez nitelikte oluşudur. Nitekim Tüzüğün 6. maddesi uyarınca üye devletlerin acil durumları 24 saat içinde duyurma yükümlülüğü bu amaçla oluşturulmuştur. Ayrıca Tüzüğün 15 ve 42. maddelerinde devletlere Örgüt'ün belirlediği sağlık tedbirlerine yönelik tavsiyeleri gecikmeksizin uygulama yükümlülüğü ile 44. maddede acil durumların tespiti ve tedbirlerin uygulanması konularında işbirliği yapma yükümlülüğü getirilmiştir.<sup>103</sup> Bu hususlarda devletlerin Tüzük'ten kaynaklanan yükümlülüklerini ciddi biçimde ihlâl ettikleri iddia edilmiştir.<sup>104</sup>

<sup>100</sup> Bu tarihten daha önce Örgüt'ün duruma müdahalesi ilk olarak Çin'in nedeni bilinmeyen zatürre vakalarını bildir-mesinden hemen sonra, 1 Ocak 2020 tarihi itibarıyla bir Olay Yönetimi Destek Takımı kurmasıyla başlamış, 5 Ocak itibarıyla bütün devletleri salgın konusunda haberdar etmiş ve 14 Ocak'ta insandan insana bulaşıcılık uyarısı yapmıştır.

<sup>101</sup> World Health Organization, <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020>> Erişim Tarihi 15 June 2020.

<sup>102</sup> World Health Organization, <<https://www.hhs.gov/about/leadership/secretary/speeches/2020-speeches/sec-retary-azar-plenary-remarks-at-world-health-assembly.html>> Erişim Tarihi 15 June 2020. Örgüt uzun zaman seyahat ve ticaret kısıtlamalarına gerek olmadığı tavsiyesinde bulunmuştur, <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))> Erişim Tarihi 15 June 2020. Örgüt'ün kısıtlamalara gerek olmadığı tavsiyesine bilimsel destek vermeyi amaçlayan bir açıklama için, "Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak", [29 February 2020] [www.thelancet.com](http://www.thelancet.com), Vol 395, 664-66.

<sup>103</sup> Ancak 43. maddede bu tedbirlerden daha fazla koruma amaçlayan tedbirleri benimseyen devletlerden bunların gerekçelerini açıklaması istenmektedir.

<sup>104</sup> Lauren Tonti, 'International Health Regulations: The Past and the Present, But What Future' 2020 *Harvard International Law Journal* <<https://harvardilj.org/2020/04/the-international-health-regulations-the-past-and-the-present-but-w>

Dolayısıyla her ne kadar tartışmalı olsa da Tüzüğün bir uluslararası andlaşma olma niteliği kabul edilirse,<sup>105</sup> bu yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmeyen devletin uluslararası hukukta sorumluluğuna gidilebileceği söylenebilecektir.<sup>106</sup> Bunun yanı sıra özellikle uluslararası çevre hukukunda uygulama alanı bulan devletlere kendi yetki veya kontrolleri altında bulunan yerlerdeki faaliyetlerden kaynaklanabilecek diğer devletlere yönelik ciddi zararı önlemek için gereken uygun tedbirleri alma ve olası riski azaltmak üzere diğer devletlerle işbirliği yapma gibi yükümlülükler de bu olayda ilgili devletlerin sorumluluğu açısından uygulanabilecektir.<sup>107</sup>

Bireysel olarak devletlerin sorumluluğu konusu bu çalışmanın kapsamı dışında olduğundan, uluslararası bir örgüt olarak DSÖ'nün sorumluluğuna odaklanmak yerinde görülmektedir.

## B. Örgütün Sorumluluğu ve Uyuşmazlık Çözümü

Tüzüğün 56. maddesi uyuşmazlıkların çözümü hakkındadır. Buna göre uluslararası hukuktaki uyuşmazlıkların barışçı çözümü ilkesi benimsenmiştir:

“Bu Tüzüğün yorumu ve uygulanması ile ilgili olarak iki ya da daha fazla Taraf Devlet arasında bir uyuşmazlık olması halinde, ilgili Taraf Devletler ilk etapta müzakereler aracılığıyla veya dostane girişim, arabuluculuk veya uzlaştırma yöntemleri dahil olmak üzere kendi belirleyecekleri diğer barışçı yollarla uyuşmazlığın çözülmesine çalışacaklardır.”<sup>108</sup>

---

hat- future/> Erişim Tarihi 15 June 2020.

<sup>105</sup> Bu konudaki farklı görüşlerin anlatıldığı ve bunların uluslararası andlaşma olduğunu gösteren hukuki tespitlerin yapıldığı ayrıntılı bir analiz için, Uğur Samancı, 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ve Hukuki Niteliği', (2014) 16(2) *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 113-169. Tüzükleri bağlayıcı andlaşma sayan görüş için, Mark Eccleston-Turner, (n 96). Tüzükleri hukuken bağlayıcı bir tek taraflı türev işlev sayan ancak 15. maddedeki tavsiyelerin bağlayıcı olduğunu kabul etmeyen farklı bir görüş için, Bleda Kurtarcan ve Özgür Mumcu, 'COVID-19'un Düşündürdükleri: Uluslararası Hukukun Pandemiyle Mücadele Rejimine Genel Bir Bakış', (2020) 19(1) *Galatasaray Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi* 5 ve 9; Lucas Bergkamp, 'State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law' (2020) 11(2) *European Journal of Risk Regulation* 2-3. Tüzüklerin Türk hukukunda andlaşmaların yapılmasına ilişkin hukuka uygun şekilde onaylanmış hali için bkz. dipnotlar 52 ve 53.

<sup>106</sup> Ancak ABD'nin Tüzükleri kabul ederken koyduğu çekincelerde Tüzük maddelerinin yargısal olarak uygulanabilir kişisel haklar yaratmadığını ve ayrıca kendi ülkesi dışında bulunan askerî üsleri bakımından acil durum bildiriminde bulunma yükümünü uygulamayacağını ifade etmesi dikkat çekicidir.

<sup>107</sup> Bergkamp (n 105) 2-3; Antonio Coco ve Talita de Souza Dias, 'Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak' (*EJIL Talk!* 24 March 2020) <<https://www.ejiltalk.org/part-i-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.

<sup>108</sup> Tüzük, madde 56 (1).

Bu şekilde çözülemeyen uyuşmazlıklar Genel Direktör'e havale edilebilecektir.<sup>109</sup>

56. maddede üye devletler arasında Tüzüğün yorumu veya uygulanması konusunda bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde bunun tarafların rızası ile tahkime götürülebileceği de öngörülmüştür.<sup>110</sup>

Örgüt'ün acil durum ilânı ile ilgili süreci yönetimi sırasında birtakım ihmallerin veya suiistimallerin yaşandığına ilişkin getirilebilecek eleştiri bakımından ise yine Tüzüğün 50 (1) (c) maddesinde Genel Direktör'e uygulamada karşılaşılan sorunlar hakkında değerlendirme yapmak üzere bir Gözden Geçirme Komitesi toplama yetkisi verilmesinin bu tür iddiaların araştırılması için bir imkân oluşturduğunu söylemek mümkündür.<sup>111</sup> Ancak bu Komite'nin hazırladığı raporlar yalnızca tavsiye niteliğinde olduğundan, Komite'nin salgınla mücadele sürecinin hatalı yönetildiği veya bir görevi kötüye kullanma durumu olduğu gibi sonuçlara varması halinde bunun ne tür hukuki sonuçları olabileceği konusunda bir belirsizlik bulunmaktadır.<sup>112</sup>

Tüzükte yer alan mekanizmanın yanı sıra Örgüt'e yönelik eleştiriler açısından uluslararası örgütlerin sorumluluğuna dair hukuk kuralları uyarınca da Örgüt'ün sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.<sup>113</sup> Bu bağlamda incelenmesi gereken hususlar Örgüt'ün kurucu andlaşmasında veya Tüzükte kendisine verilen vazifeleri yerine getirmek üzere tanınmış olan yetkileri kullanıp kullanmama kararı hususunda bir ihmalinin bulunup bulunmadığı veya bu yetkileri kullanırken seçtiği araçların istenen

<sup>109</sup> Tüzük, madde 56 (2).

<sup>110</sup> Tüzük, madde 56 (3). Bogdandy ve Villarreal her iki tarafın da rızasını gerektiren böyle bir yargılamanın başlatılma ihtimalini düşük görmektedir (n 3) 10. Bu meselenin bir danışma görüşü çerçevesinde BM Adalet Divanı'na götürülebileceğine dair bir görüş için, Sandrine De Herdt, 'A Reference to the ICJ for an Advisory Opinion over COVID-19 Pandemic', *[EJIL Talk! 20 May 2020]* <<https://www.ejiltalk.org/a-reference-to-the-icj-for-an-advisory-opinion-over-covid-19-pandemic/>> Erişim Tarihi 15 June 2020. Kurt darcan ve Mumcu Çin'in bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek bir uluslararası haksız fiil işlemesinden ötürü diğer devletlerin ekonomik ve diplomatik karşı tedbirlere başvurabileceği kanaatindedir, (n 105), 16-7.

<sup>111</sup> Pedro A. Villarreal, 'Pandemic Intrigue in Geneva: COVID-19 and the 73rd World Health Assembly', *[EJIL Talk! 22 May 2020]* <<https://www.ejiltalk.org/pandemic-intrigue-in-geneva-covid-19-and-the-73rd-world-health-assembly/>> Erişim Tarihi 15 June 2020. Ayrıca Tüzüğün 51. maddesine göre bu Komite'nin toplantılarına Genel Direktör üye devletler, BM, diğer örgütler veya sivil toplum kuruluşlarının temsilcilerini kendi görüşlerini açıklamaları için davet edebilecektir.

<sup>112</sup> Bogdandy ve Villarreal (n 3) 16.

<sup>113</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Örgütlerin Sorumluluğuna Dair Taslak Maddeleri için, Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, (2011) Yearbook of the International Law Commission, vol II, Part Two.

sonuçlara uygun olup olmadığıdır.<sup>114</sup> Bu açıdan COVID-19 örneğinde öncelikle dikkate alınması gereken kurallar Tüzüğün 12. maddesinde Genel Direktör'e tanınmış olan uluslararası acil durum ilân etme yetkisi ile 15 ve 16. maddelerinde düzenlenen acil durumla ilgili tavsiyelerde bulunma yetkisidir. Ancak bu maddelerin ifade edilmiş şekillerinden Genel Direktör'e ve dolayısıyla Örgüt'e risklerin değerlendirilmesi ve alınması istenecek tedbirler bakımından farklı menfaatlerin dengelenmesi gibi hususlarda geniş bir takdir yetkisi tanınmış olduğu dikkate alındığında bu maddelere dayalı bir sorumluluğun ortaya koyulmasında sorunlar yaşanabileceğini öngörmek zor değildir.<sup>115</sup> Ayrıca, Örgüt üyesi devletlerle DSÖ arasındaki uyumsuzluklarda kararı verme yetkisinin Sağlık Asamblesi'ne ait olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>116</sup>

## Sonuç

DSÖ nevi şahsına münhasır bir uluslararası örgüttür. Örgüt tarafından devletler için bağlayıcı uluslararası antlaşmalar oluşturma, bağlayıcı kabul edilebilecek tüzükler kabul etme (hatta bunlarla mevcut uluslararası anlaşmaları sona erdirebilme), adı tavsiye de olsa gecikmeksizin uygulanması gereken kararlar alabilme gibi yetkilerin DSÖ'ye verilmesi onu klasik uluslararası örgüt kategorisinin ötesine geçirecek adeta ulus-üstü bir niteliğe büründürmektedir. Bununla birlikte Örgüt'ün imkân ve kabiliyetlerinin bu nitelik ile uyumlu olmadığı da açıktır.

Salgın hastalıklarla mücadelede DSÖ tamamıyla üye devletler tarafından sağlanacak bilgi ve kapasiteye bağımlıdır. Devletler, birçok başka alanda olduğu gibi, halk sağlığı gibi hayati önemi haiz bir alanda da uluslararası bir kuruma kısmi de olsa egemenlik devri hususunda haklı olarak çekingen davranmaktadırlar.

Acil durum ilânında, sağlığın korunması ile seyahat ve ticaret kısıtlamaları sonucu ortaya çıkabilecek ekonomik kayıplar arasında bir denge kurma zorunda kalan Örgüt, ciddi eleştirilere maruz kalabilmektedir. Tavsiye kararlarının zamanında açıklanmaması, kararlarda kullanılan dilin kimi zaman muğlak olması gibi hususlarda

<sup>114</sup> Bu hususlarda Taslağın ilgili maddeleri için, madde 1, madde 3, madde 10, madde 13, madde 17.

<sup>115</sup> Lorenzo Gasbarri, 'The Failure to Pursue the Mandates of International Organizations in the Midst of the COVID-19 Pandemic', *[EJIL Talk! 27 May 2020]* <<https://www.ejiltalk.org/the-failure-to-pursue-the-mandates-of-international-organizations-in-the-midst-of-the-covid-19-pandemic/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.

<sup>116</sup> Tüzük, madde 56 (5).

haklılık payı olsa da, egemen devletler üzerine inşa edilmiş bir uluslararası sistemde DSÖ de, BM gibi, bazı devletlerce günah keçisi ilân edilebilmektedir.

COVID-19 pandemisi DSÖ ve Uluslararası Sağlık Tüzüğü'ndeki zayıflık ve eksikliklerin gündeme gelmesine yardımcı olmuştur. Devletler, pandemilerle mücadelede bunları gidererek uluslararası işbirliğinin seviyesini arttırmak veya bazı Avrupa Birliği üye devletlerinin bile yaptığı gibi, tek yanlı bireysel kararlarla önlem alma seçenekleri ile karşı karşıyadırlar.

## Kaynakça

- Beigbeder, Yves ‘World Health Organization’, Max Planck Encyclopedias of International Law, (OUP 2013)
- Bergkamp, Lucas ‘State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law’ (2020) 11(2) European Journal of Risk Regulation 343-49.
- Broberg, Morten ‘A Critical Appraisal of the World Health Organization’s International Health Regulations (2005) in Times of Pandemic: It is Time for Revision’ (2020) 11(2) European Journal of Risk Regulation 201-209.
- Bogdandy, Armin von ve Villarreal, Pedro A ‘International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis’, MPIL Research Paper Series No 2020-07
- Coco, Antonio ve de Souza Talita ‘Due Diligence and COVID-19: States’ Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak’ (EJIL Talk! 24 March 2020) <<https://www.ejiltalk.org/part-i-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.
- De Herdt, Sandrine ‘A Reference to the ICJ for an Advisory Opinion over COVID-19 Pandemic’, (EJIL Talk! 20 May 2020) <<https://www.ejiltalk.org/a-reference-to-the-icj-for-an-advisory-opinion-over-covid-19-pandemic/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.
- Dünya Sağlık Örgütü, Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005), (2. basım, Dünya Sağlık Örgütü, 2008).
- Eccleston-Turner, Mark ‘Declaration of a Public Health Emergency of International Concern in International Law’, <<http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-the-declaration-of-a-public-health-emergency-of-international-concern-in-international-law/>> Erişim Tarihi 10 June 2020.
- Gasbarri, Lorenzo ‘The Failure to Pursue the Mandates of International Organizations in the Midst of the COVID-19 Pandemic’, (EJIL Talk! 27 May 2020) <<https://www.ejiltalk.org/the-failure-to-pursue-the-mandates-of-international-organizations-in-the-midst-of-the-covid-19-pandemic/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.
- Habibi et al, “Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak”, (29 February 2020) 395 <[www.thelancet.com](http://www.thelancet.com)> 664-66.

- Kurtdarcan, Bleda ve Mumcu, Özgür ‘COVID-19’un Düşündürdükleri: Uluslararası Hukukun Pandemiyle Mücadele Rejimine Genel Bir Bakış’, (2020) 19(1) Galatasaray Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi 165-86.
- Samancı, Uğur ‘Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ve Hukuki Niteliği’, (2014) 16(2) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 113-169
- Samancı, Uğur ‘Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi’, (2016) 18(1) DEÜ SBE Dergisi, 55-89 Schermers, Henry G ve Blokker, Niels M International Institutional Law, (5. baskı, Martinus Nijhof 2011).
- Taylor, Allyn L. ve Habibi, Roojin ‘The Collapse of Global Cooperation under the WHO International Health Regulations at the Outset of COVID-19: Sculpting the Future of Global Health Governance’ 2020 24 (15) Asil Insights 3 <<https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/15/collapse-global-cooperation-under-who-international-health-regulations>> Erişim Tarihi 20 June 2020.
- Telesetsky, Anastasia ‘International Governance of Global Health Pandemics’ (2020) 24(3) Asil Insights 2 <<https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/3/international-governance-global-health-pandemics>> Erişim Tarihi 20 June 2020.
- Tonti, Lauren ‘International Health Regulations: The Past and the Present, But What Future’ 2020 Harvard International Law Journal <<https://harvardilj.org/2020/04/the-international-health-regulations-the-past-and-the-present-but-what-future/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.
- Villarreal, Pedro A ‘Pandemic Intrigue in Geneva: COVID-19 and the 73rd World Health Assembly’, (EJIL Talk! 22 May 2020) <<https://www.ejiltalk.org/pandemic-intrigue-in-geneva-covid-19-and-the-73rd-world-health-assembly/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.



(21. Makale – 2020)

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

*Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış\**

---

\* Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2020, Sayı: 5/1, s. 1-32.



# HUKUK DEVLETİ İDEALİNE FELSEFİ BİR BAKIŞ

A Philosophical Look at the Ideal of the Rule of Law



Sururi AKTAŞ\*

## Öz

Bu makalede hukuk devletinin kavramsal çözümlemesi yapılarak söz konusu kavramın içeriğini oluşturan bileşenlerin neler olduğu, çeşitli hukuk devleti idealleri açısından ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ayrıca hukuk devletini besleyen ilke ve kuralların niteliği tartışılarak Hart'ın birincil kurallar-ikincil kurallar ayrımı açısından analiz edilmiştir. Hukuk devleti kavramının genel görünüşleri olan biçimsel (prosedürel) hukuk devleti ve maddi hukuk devleti ayrımı yapılarak bu ayrımların hangi temel hukuk teorilerine denk düştüğü irdelenmiştir. Diğer yandan, ne tür bir hukuk devleti kavramının, bu idealden beklenen amacı gerçekleştireceği de tartışılmıştır. Hukuk devletinin biçimsel (prosedürel) ve kurumsal gereklerinin tek başına yetersizliği vurgulanarak bunlara hukuk devletinin maddi gereklerinin de eklenmesi zorunluluğu anlatılmaya çalışılmıştır. Hukuk devletinin kurumsal gerekleri genel olarak "biçimsel hukuk devleti" kategorisi içerisinde görülsün

## Abstract

In this article, after having made the conceptual analysis of the rule of law, the components of the concept of rule of law are tried to be explained in terms of the ideals of different understandings of the rule of law. It is also discussed the nature of principles and rules of the concept of rule of law and analyzed in terms of Hart's primary rules-secondary rules distinction. The formal (procedural) and substantive conceptions of rule of law, as the general aspects of the rule of law, are examined. Besides, it is tried to examine the formal (procedural) and substantive concepts of rule of law in terms of main legal theories. On the other hand it is discussed what kind of the concept of rule of law will serve to the objective which is expected from this ideal. The deficiency and weakness of the formal (procedural) and institutional concepts of the rule of law are emphasized and tried to exhibit that some substantive requirements of rule of law should be added to the formal and institutional conceptions. The institutional requirements, which are generally deemed in the

\* Prof. Dr., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, saktas@erzincan.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6513-0525

de, çalışmanın sonuç bölümünde kurumsal gerekler ayrı bir kategoride değerlendirilerek, biçimsel, kurumsal ve maddi unsurları taşıyan bir hukuk devleti kavramı önerisinde bulunulmuştur.

category of formal concept of rule of law, are considered as separate category in the conclusion of this paper. Accordingly in the conclusion of the article it is tried to propose a suggestion about the concept of the rule of law which contains formal, institutional and substantive elements.

## I. Kavram Olarak Hukuk Devleti İdealinin Görünümü

Hukuk devleti (Rule of law, Rechtsstaat) kavramı, gerek hukuk biliminde ve gerekse mahkeme kararlarında sıkça kendisine başvurulmuş bir ölçüttür. Başvurulan kavram sözel olarak aynı olsa da, bundan farklı şeyler kastedilmiş olabilmektedir. Hukuk devleti kavramını, kararlarında ve çalışmalarında esas alanlar, benimsedikleri hukuk devleti idealine göre değerlendirmelerini yaparlar. Nasıl bir hukuk devletini benimsediğimiz, genel olarak hukuktan ne anladığımıza bağlıdır.<sup>1</sup> Kabul ettiğimiz hukuk teorisi genel olarak hukuk devleti anlayışımızı da belirler. Hukuk devletinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin çabalar, hukuk teorilerine ilişkin öğretilerle yakından alakalıdır.<sup>2</sup> Anayasalar ve yasalar hukuk devletine göndermede bulunmalarına karşın, belirleyici ve tanımlayıcı bir içerik sunmazlar. Hukuk devletine içerik kazandırmaya dönük çabalar, öğreti tarafından yerine getirilir.

Öğretilerde hukuk devleti genelde ikili bir ayrıma tabi tutulur. Bu ayrım, “biçimsel anlamda hukuk devleti-maddi anlamda hukuk devleti”<sup>3</sup> şeklinde olabildiği gibi, “prosedürel hukuk devleti”<sup>4</sup>-maddi hukuk devleti”;<sup>5</sup> “araçsal (instrumental) hukuk devleti-maddi hukuk devleti”<sup>6</sup> şeklinde de olabilmektedir. Biçimsel (prosedürel) hu-

<sup>1</sup> **Craig, Paul** (1997) “Formal and Substantive Conceptions of The Rule of Law: An Analytical Framework”, *Public Law*, s. 487; **Marmor, Andrei** (2010) “The Ideal of the Rule of Law”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Patterson, Dennis, (Editor), Second Edition, Wiley-Blackwell, s. 667.

<sup>2</sup> **Gül, Cengiz** (2010) İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Birinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 208 vd.

<sup>3</sup> **Nowacki, Josef** (1969) “The Material and Formal Conceptions of the Rule of Law”, *Polish Round* 3, s. 81-87. **Tamanaha, Brain Z.** (2004) *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, s. 91; **Craig**, s. 467; **Hatemi, Hüseyin** (1989) Hukuk Devleti Öğretisi, 1. Baskı, İstanbul, İşaret Yayınları, s. 19; **Ökçesiz, Hayrettin** (1998a) “Hukuk Devleti”, *Hukuk Devleti*, Ökçesiz, Hayrettin (Editör), Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi 4, İstanbul, AFA Yayıncılık s. 21-25; **Uygur, Gülriz** (2013) Hukuk Devletinde Hukukun Önünde Olmanın Anlamı, Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan Cilt. II, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 1156; Gül, s. 200.

<sup>4</sup> **Özcan, Mehmet Tefik** (2008) *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayını, s. 200; **Rose, Jonathon** (2004) “The Rule of Law in the Western World: An Overview”, *Journal Of Social Philosophy*, Vol. 35, No. 4, s. 459.

<sup>5</sup> **Özcan**, s. 22; **Rose**, s. 461.

<sup>6</sup> **Radin, Margaret Jane** (1989) “Reconsidering the Rule of Law”, 69, *Boston University Law Review*, Vol 69, No:4, s. 783.

kuk devleti ve maddi hukuk devleti ayrımı en yaygın ve kabul gören ayrım olduğu için mahkemelerin bağımsızlığı gibi hukuk devletinin kurumsal gerekleri de genel olarak biçimsel (prosedürel) anlamda hukuk devleti içerisinde değerlendirilir. Biz de çalışmada yaygın kabule uygun olarak konuyu, biçimsel (prosedürel) hukuk devleti ve maddi hukuk devleti olarak ele alarak irdeledik. Ancak çalışmanın sonuç bölümünde bir öneri olarak hukuk devletinin kurumsal gereklerini zenginleştirerek önemlerinden dolayı ayrı bir kategoriye dâhil etmeyi tercih ettik.

Waldron hukuk teorisyenlerinin hukuk devleti idealiyle ilgili analizlerini, “biçimsel, prosedürel ve maddi” olmak üzere üç grupta toplar.<sup>7</sup> Waldron, biçimsel anlamda hukuk devletinin, yasaların geriye yürümezliği ve genelliği gibi birtakım biçimsel niteliklerle ilgili olduğunu belirtmekte;<sup>8</sup> prosedürel hukuk devletini ise, tarafsız ve bağımsız bir yargıç tarafından davaların görülmesi gibi yargılama usulüne ilişkin birtakım kurallara sahip devlet olarak görmektedir.<sup>9</sup> Maddi anlamda hukuk devleti, adalet ve insan haklarının korunması gibi yasaların içeriğine dönük bazı şartları içerir.<sup>10</sup> Cass, hukuk devleti çeşitlerini ortaya koyarken, Pozitivist hukuk devleti kavramı, ahlaki nitelikli hukuk devleti (moral rule of law) ve bu iki aşırı ucun arasında bulunan çeşitli hukuk devleti teorilerinden söz eder.<sup>11</sup> Cass, hukuk devleti bakımından uç bir görüş olarak gördüğü pozitivist hukuk devleti kavramını, yasa yapımı ve uygulamalarının birtakım şekli şartlara uyması zorunluluğunu gerektiren biçimsel anlamda hukuk devleti kavramıyla aynı anlamda kullanır.<sup>12</sup> Cass, diğer bir uçta ise, hukuk devleti anlayışını adaletle özdeş gören ahlaki hukuk devletini (moral rule of law) görür.<sup>13</sup> Cass, bu iki aşırı ucun arasında, “*istikrar, özgürlük, etkililik, fayda, (...)*” gibi amaçlara hizmet eden hukuk devleti türlerini görür.<sup>14</sup>

<sup>7</sup> **Waldron, Jeremy** [2006] “The Rule of Law”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Zalta, Edward N. (ed.), <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>, s.e.t. 18. 11. 2018; bkz. Uygur, s. 1156.

<sup>8</sup> Bkz **Raz, Joseph** (1979) *The Authority of Law*, Oxford University Press, s. 214 vd.

<sup>9</sup> **Waldron, Jeremy** [2006] “The Rule of Law”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Zalta, Edward N. (ed.), <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>, s.e.t. 18. 11. 2018.

<sup>10</sup> **Zanghellini, Aleardo** (2017) “The Foundations of Rule of Law”, *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 28, Issue 2, s. 214 vd; Bkz. **Tamanaha**, s. 92; **Craig**, s. 477; **Radin**, s. 787; Uygur, s. 1156.

<sup>11</sup> **Cass, Ronald A.** (2003) *The Rule of Law in America*, The Johns Hopkins Paperbacks Edition, s. 1- 2.

<sup>12</sup> **Cass**, s. 1.

<sup>13</sup> **Cass**, s. 2.

<sup>14</sup> **Cass**, s. 2.

Genel olarak pozitivist hukuk teorisi, biçimsel anlamda hukuk devleti anlayışına daha yakındır.<sup>15</sup> Örneğin hukuki pozitivistlerden Marmor’a göre, “hukuk devleti ideali” ile “iyi hukuk devleti idealini (rule of good law) birbirine karıştırmamak gerekir.<sup>16</sup> Yazara göre “hukuk devleti”, yasacılıkla (legalism) ilgili birtakım şeylere sahip olmayı gerektirirken; “iyi hukuk devleti”, *kişisel özgürlük, insan onuru, insan hakları* gibi değerlere saygılı devlet anlamına gelir.<sup>17</sup> Marmor’ın benimsediği hukuk devleti, *yasaların ilan edilmesi ve genel olması gereği* gibi belirli biçimsel özelliklere sahip yasacılık (legalism)’tır.<sup>18</sup> Kelsen ise, devleti bir sosyal gerçeklik olarak hukuktan ayrı görmediği için hukukla yönetilen devlet” tanımlamasını saçma görmektedir.<sup>19</sup> Çünkü Kelsen’e göre “*hukukla yönetilmeyen devlet*” hayal edilemez.<sup>20</sup> Ona göre her devlet bir hukuk düzeni olduğuna göre, hukukla yönetilmesi ve dolayısıyla hukuk devleti (Rechtsstaat) olması kaçınılmazdır.<sup>21</sup> Buradan anlamamız gereken, Kelsen’de hukuk devletinin yasacılıktan (legalism) başka bir şey olmadığıdır. Ancak Kelsen’de basit bir yasacılık (legalism), söz konusu değildir. Çünkü onun teorisinde hukuk düzeni hiyerarşik ve mantıksal tutarlılığı olan bir yapıdır.<sup>22</sup> Pozitivist teorilerin biçimsel anlamda hukuk devleti anlayışına daha yakın durmaları, hukuku, içerik bakımından değil, biçimsel özellikleriyle tanımlamaya çalışmalarından kaynaklanır.<sup>23</sup> Hukuki pozitivistizmin soy ağacı tezine göre, bir kuralın toplumdaki hukukun kaynağı ile bağlantısı kurulabiliyorsa, o kural geçerlidir.<sup>24</sup> Kuralın adil olup olmaması kuralın varlığı ve geçerliliği için önemli değildir.<sup>25</sup> Genelde doğal hukuk teorileri ise (Lon L. Fuller hariç) hukuku içerik bakımından tanımladıkları için, hukuk devleti bakımından da içeriği esas alan maddi (substantive) hukuk devleti teorilerini esas alırlar.<sup>26</sup> Ancak bütün doğal hukuk-

<sup>15</sup> **Ökçesiz, Hayrettin** (1998b) “Hukuk Devleti Olgusu”, *Hukuk Devleti*, Ökçesiz, Hayrettin (Editör), Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi 4, (HFSA), İstanbul, AFA Yayıncılık, s. 46.

<sup>16</sup> **Marmor**, s. 666.

<sup>17</sup> **Marmor**, s. 666.

<sup>18</sup> **Marmor**, s. 666.

<sup>19</sup> **Kelsen, Hans** (2005) *Pure Theory of Law*, [Translated from Second Revised and Enlarged German Edition. Translator: Knight, Max], Fift Printing, New Jersey, The Law Book Exchange, s. 312.

<sup>20</sup> **Kelsen**, (2005), s. 312.

<sup>21</sup> **Kelsen**, (2005), s. 313.

<sup>22</sup> Bkz. **Kelsen**, (2005), s. 205 ve 221.

<sup>23</sup> **Curzon, L. B.** (1995) *Jurisprudence*, Second Edition, Cavendish Publishing, s. 109.

<sup>24</sup> **Himma, Kenneth Einar** (1999) “The Epistemic Sense of Pedigree Thesis”, *Pacific Philosophic Quarterly*, Vol. 80, s. 46 vd.

<sup>25</sup> **Kelsen, Hans** (1949) *General Theory of Law and State*, (Translator: Wedberg, Andres), Third Printing, Harvard University Press, s. 5 vd.; **Austin, John** (1995) *The Province of Jurisprudence Determined*, Rumble, Wilfrid E. (Editor), Cambridge University Press, s. 157; bkz. **Parker, Reginald** (1956) “Legal Positivism”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 32, issue 1, s. 34-35.

<sup>26</sup> Bkz. **Zanghellini**, s. 14. Vd; **Marmor**, s. 667.

çu teorisyenlerin maddi anlamda hukuk devletini kabul ettiğini söyleyemeyiz. Aşağıda görüleceği gibi Fuller doğal hukukçu olmasına rağmen hukuk devleti tanımı için biçimsel ölçütler üzerinde durmuştur. Yine aynı şekilde pozitivist hukuk teorilerinin karşısında olan herkesin maddi anlamda hukuk devletinden yana olacağını da iddia edemeyiz. Örneğin, Hayek pozitivist teorilere uzak dursa da genelde biçimsel/prosedürel hukuk devleti kampında görülür.<sup>27</sup> Ancak Hayek'in kabul ettiği hukuk teorisi göz önüne alınırsa konu tartışmaya açık hale gelir. Aşağıda bu konuyu tartışacağız.

Hukuk devleti kavramı, bazıları için asgari birtakım biçimsel koşulları ifade etse de, bazıları için hak ve adalet gibi zenginleştirilmiş içeriğe sahip bir program anlamına gelir. Hangi tanım ve içerikten yana olursak olalım, hukuk devleti ulaşılması gereken bir ideali gösterir. Hayek, hukuk devletini, “hukuk ötesi bir öğreti veya politik bir ideal” olarak görmektedir.<sup>28</sup> Raz da aynı şekilde hukuk devletini bir hukuk sisteminin az veya çok sahip olabileceği politik bir ideal olarak değerlendirir.<sup>29</sup> Marmor, hukuk devletini, “hukukla yönetilmenin iyi bir şey olduğu” biçiminde ahlaki-politik bir ideal olduğunu söyler.<sup>30</sup> Lyons, hukuk devletini, hukuki süreçlerdeki değerler olarak ele alırken,<sup>31</sup> süreçlerdeki bu değerleri bir taraftan<sup>32</sup> ideal bir yasa koyucuyu betimlemeleri anlamında “arzu edilen bir ideal”, diğer yandan da hukukun uygulanmasıyla ilgili süreçsel (prosedürel) değerlerle ilgili bir ideal olarak kavrar.<sup>33</sup> Dolayısıyla hukuk devleti idealinin uygulamaya mükemmel bir şekilde yansımaları arzu edilse bile bu çoğu zaman mümkün olmaz.<sup>34</sup> Ancak hangi hukuk devleti kavramını idealleştireceğimiz önem arz eder. Minimalist bir anlayış, hukuk devleti için asgari bazı şartları yeterli görerek kavramın mütevazı sınırlar içinde tutulmasından yana tavır alır. Daha iddialı (maximalist) bir yaklaşım, hukuk devletinin hak ve adalet gibi birtakım değerlerin gerçekleştirilmesine hizmet eden bir ideal olarak görür. Diğer bir yaklaşım, hukuk devletini biçimsel bir yapıdan içeriğe doğru zenginleşen bir ideal olarak görülmesi biçimindedir. Bu üç yaklaşımın yöntem ve iddiaları birbirinden farklıdır. Hukuk devleti kavramının teorik düzeyde farklılaşmasının nedeni, bu kavramın içe-

<sup>27</sup> Bkz. **Tamanaha**, s. 93; **Rose**, s. 459.

<sup>28</sup> **Hayek, F. A.** (1990) *The Constitution of Liberty*, London, Routledge, s. 206.

<sup>29</sup> Raz, s. 211.

<sup>30</sup> **Marmor**, s. 666 vd.

<sup>31</sup> **Lyons**, David (1984) *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, s. 94.

<sup>32</sup> **Lyons**, s. 200.

<sup>33</sup> **Lyons**, s. 200 vd.

<sup>34</sup> **Raz**, s. 222.

riğinin nasıl doldurulduğuyla alakalıdır.<sup>35</sup> Genel olarak hukuki pozitivistler, hukuku biçimsel özellikleriyle tanımladıkları için hukuk devleti anlayışları da buna yakındır. Bunun istisnaları olabilir. Örneğin Fuller, doğal hukuk teorisini benimsemesine karşın, biçimsel anlamda bir hukuk devleti anlayışını benimser. Ancak daha yakından bakıldığında, bunun yine Fuller'ın hukuk kavramıyla alakalı olduğu görülür. Çünkü Fuller, prosedürel (biçimsel) nitelikli bir doğal hukuk anlayışına sahiptir; hukuku içeriği ile tanımlamaz.<sup>36</sup> Fuller'ın pozitivistlerle arasındaki fark, ayrılabilirlik tezini reddederek hukuk devletinin nitelikleriyle hukuk kavramı arasında zorunlu ilişki kurmuş olmasıdır.<sup>37</sup>

## II. Hukuk Devleti İdealini Besleyen İlkelerin Niteliği

İster biçimsel anlamda olsun, ister maddi anlamda olsun hukuk devletini besleyen ilkeler/kurallar, “ilk düzen ilkeleri” değil, “ikinci düzen ilkeleri”dir.<sup>38</sup> Hart bu tür ilkeleri, “ikincil kurallar” (secondary rules) sınıflandırmasına dâhil eder.<sup>39</sup> Bunun anlamı, ikincil düzene ait bu ilkelerin/kuralların, davranışlarımızı doğrudan düzenleyen ilk düzen ilkeleriyle/kurallarıyla ilgili olmalarıdır.<sup>40</sup> Yani ikincil kurallar davranışlarımızı doğrudan düzenlemez; bu kurallar, özel kişilere de yetki verse de çoğunlukla yasama organı ve yargı gibi iktidarı kullanan resmi yetkililere hitap eder.<sup>41</sup> İkinci düzen kuralları/ilkeleri, çoğunlukla resmi yetkililerin, ilk düzen kurallarını (primary rules) hangi içerikte yapacakları, onları nasıl değiştirecekleri ve bu ilk düzen kurallarının ihlali halinde yargılamanın nasıl yapılması gerektiğini düzenleyen kurallardır.<sup>42</sup> Hart bu

<sup>35</sup> Marmor, “hukuk devleti hakkındaki bir teörinin hukukun niteliği hakkındaki bir teoriyle metodolojik ilişki içerisinde olduğunu” (Marmor, s. 667) tespit ettikten sonra, buna karşı gelenler olduğunu ve bu karşı gelmelerin de bir dereceye kadar doğru olduğunu söyler. (Marmor, s. 667). Marmor’a göre hukuk devletini anlayabilmek için ihtiyacımız olan şey, herhangi bir yönetim biçiminin hukuk devleti (legal) olabilmesi için zorunlu birtakım özellikleri taşımasının gerekli olduğu düşüncesidir. (Marmor, s. 668.)

<sup>36</sup> Bkz. Fuller, Lon L. [1969] The Morality of Law, Revised Edition, Yale University Press s. 96 vd; Aktaş, Sururi (2011) Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı, 1. Baskı, Ankara, XII Levha Yayını, s. 10- 11

<sup>37</sup> Bkz. Raz, s. 224, Aktaş [2011], s. 73 vd.

<sup>38</sup> Summers, Robert S. (1999) “Principles of the Rule of Law,” Notre Dame L. Rev. Vol. 74, Issue 5, s. 1692 vd.

<sup>39</sup> Hart, H.L.A. (1994) The Concept of Law, Second Edition, with a postscript by Bulloch, Penelope A. / Raz, Joseph (Editors), Oxford, Clarendon Press s. 98; Bayles, Michael D. (1992) Hart’s Legal Philosophy, Netherlands, Kluwer Academic Publishers, s. 58.

<sup>40</sup> Hart, s. 94.

<sup>41</sup> Hart, s. 41-42.

<sup>42</sup> Bkz. Summers (1999), s. 1692 vd; Işıktaç, Yasemin (2006) Hukuk Felsefesi, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 352.

ikinci düzen ilkelerini, ikincil kurallar olarak üç gruba ayırır. Birinci grubu, tanıma kuralları (rules of recognition) oluşturur. Tanıma kuralı, birincil kuralların hangi ölçütlerle göre yapılması gerektiğine ilişkin geçerlilik şartlarını belirler.<sup>43</sup> Maddi anlamda hukuk devleti bakımından tanıma kuralı, ilk düzen niteliğindeki (birincil kurallar niteliğindeki) hukuk kurallarının hangi içerikte yapılması gerektiğini belirler. Örneğin cinsiyet ayırımına ilişkin yasa yapılmaz niteliğindeki bir anayasa hükmü ilk düzen ilkesi/kuralı (ikincil kural) olarak yasa koyucuya hitap eder. İkinci grubu, değiştirme kuralları (rules of change) oluşturur. Yasaların kim tarafından nasıl değiştirileceğine ilişkin düzenlemeler getiren değiştirme kuralları<sup>44</sup> da iktidarı kullanan siyasi iradeye veya yine yasa koyucuya hitap eder. Üçüncü grubu oluşturan muhakeme/yargılama kuralları da (rules of adjudication), yargılamanın hangi mahkeme tarafından ve nasıl yapılacağına ilişkin düzenlemeler getirir.<sup>45</sup> Bu kurallar da yine hukuku uygulayan resmi yetkililere/mahkemelere hitap eder.

Görüldüğü gibi hukuk devleti idealini besleyen kurallar, “sözleşmedeki borcunu yerine getirmelisin”, “yalan yere şahitlik yapmamalısn”, gibi ilk düzen kurallarıyla (birincil kurallarla) alakalı değildir. İlk düzen kuralları doğrudan davranışlarımızın nasıl olması gerektiğiyle ilgili kurallar oldukları halde, hukuk devletini besleyen ikinci düzen ilkeleri/ikincil kurallar çoğunlukla iktidarı kullanan resmi yetkililere yöneliktir. Hart’ın tespitine göre birincil kurallar ilkel toplumlar dâhil her toplumda bulunmalarına karşın, bu ikincil kurallar daha sonra ortaya çıkmıştır.<sup>46</sup> İlkel toplumlarda ikincil kurallar ya çok zayıftır, ya da yoktur. Bundan dolayı ilkel toplumlarda hukuki belirlilik ve hukuk güvenliği yoktur veya çok azdır. Hart açısından, tekerleğin icadı medeniyetimiz için ne kadar önemliyse, ikincil kurallar da o kadar önemlidir.<sup>47</sup>

Hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik hukuk devleti için kaçınılmaz niteliktedir.<sup>48</sup> Hukuki belirliliği sağlayan kurallar ikincil kurallar arasındadır. Yasaların içeriğinin nasıl olması gerektiğine ilişkin tanıma kuralı da yine resmi yetkililere/yasa koyucuya hitap ettiği için maddi anlamda hukuk devletini sağlamaya dönüktür. Dolayısıyla gerek biçimsel anlamda hukuk devleti olsun gerekse maddi anlamda hukuk devleti

<sup>43</sup> Bkz. **Hart**, s. 100 vd.; **Şahin Ceylan, Şule** (2014) H.L.A Hart’ın Hukuk Kavramı, 1. Baskı İstanbul, XII Levha Yayını, s. 117.

<sup>44</sup> **Hart**, s. 95 vd.

<sup>45</sup> **Hart**, s. 96-97.

<sup>46</sup> Bkz. **Şahin Ceylan**, s. 111.

<sup>47</sup> **Hart**, s. 42.

<sup>48</sup> **Köküsarı, İsmail** (2005) Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Birinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 21 vd.

olsun, hukuk devleti idealini besleyen kurallar Hart'ın ikincil kural dediği türdendir. Bu kurallar yasa yapımı ve keyfiliği ortadan kaldıracığı veya en azından azaltacağı için elzemdir. İkinci düzey kuralları (ikincil kuralları) zayıf olan hukuk sistemleri hukuk devleti ideali için güven vermeyen sistemlerdir.

İkincil kuralların olmadığı bir siyasi toplumda, birincil kurallar aralarında tutarlı ve mantıksal bir bütünlük oluşturamaz. İkincil kurallar yoksa birincil kurallar birbiriyle tutarsız bir kurallar yığını niteliğini alabilir. Aynı tanıma kuralına göre yapılan birincil kurallar arasında bir ahenk bulunur. Dolayısıyla ikincil kurallar yoluyla, birincil kurallar kendi aralarında tutarlı bir sistem oluşturur.<sup>49</sup> Kuralların bir sistem halinde yan yana bulunması hukuk güvenliği ve dolayısıyla hukuk devleti kavramı için gerekli bir koşuldur.

### III. Biçimsel/Prosedürel Anlamda Hukuk Devleti

Biçimsel ya da prosedürel anlamda hukuk devleti teorisi, hukuk devletinin varlığı için hukuk kurallarının içeriklerine dönük ahlaki bir sorgulamaya girmeksizin, ya kuralların taşıması gereken bazı nitelikleri ya da yasama, yürütme ve yargı erklerinin (mahkemelerin) izlemesi gereken bazı prosedürleri koşul olarak ileri sürer. Örneğin yargılamaların önceden belirlenen usul kurallarına göre yapılması gereği bir prosedürken, kanunların genel olması gereği biçimsel bir niteliktir. İhtilafların önceden belirlenen mahkemelerde görülmesi ya da mahkemelerin önceden belirlenen prosedürleri (usulleri) takip etmesi gereği, hukuk devleti anlayışının yargıya dönük prosedürel ilkelerindendir. Yürütme organının düzenleyici işlem yaparken “genellik” ilkesine uyması ya da kazanılmış haklara saygı göstermesi<sup>50</sup> de yürütme organına dönük hukuk devleti ilkelerindendir. Görüldüğü gibi biçimsel/prosedürel anlamda hukuk devleti anlayışı, egemenliği kullanan üç erke (kuvvete) dönük biçimsel ya da prosedürel ilkeler öngörerek iktidarı sınırlamayı amaçlar.

Hukuk devleti kavramı yerine kullanabileceğimiz Amerikan hukukundaki *due process* kavramı da Prosedürel anlamda *due process* ve maddi anlamda *due process* olmak

<sup>49</sup> Şahin Ceylan, s. 114.

<sup>50</sup> Bkz. Oğurlu, Yücel (2003) Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Birinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayını, s. 35 vd ve 39 vd.

üzere ikiye ayrılmaktadır.<sup>51</sup> Prosedürel *due process* izlenmesi gereken bazı usul kurallarına işaret ederken,<sup>52</sup> maddi anlamda *due process* ise kararların içeriği ile ilgili bir ilkedir.<sup>53</sup> Biçimsel anlamda *due process*, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması sırasında gerekli prosedür ve usullerin izlenip izlenmediğini sorgularken, maddi anlamda *due process*, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması veya ortadan kaldırılmasında yeterli bir nedenin olup olmadığını sorgular.<sup>54</sup> Dolayısıyla maddi anlamda *due process*'in gereği olarak yasama organı dahi kanun yaparken, yeterli bir haklaştıırma nedeni olmadan hakları ortadan kaldıramaz.<sup>55</sup>

Tamanaha, biçimsel yaklaşımları, “kurallarla yönetilmek” (rule by law), “biçimsel yasallık” (formal legality) ve “demokrasi ve yasallık” olmak üzere üç bölüme ayırmaktadır.<sup>56</sup>

Biçimsel anlamda hukuk devletinin birinci basamağında kurallarla yönetilmek gelmektedir. Kuralların taşıması gereken nitelikleri gözetmeksizin, sadece kurallarla yönetilmek biçimsel anlamda hukuk devletinin en basit ve en zayıf türüdür.<sup>57</sup> Belki bu özellik, Fuller tarafından hukuk devleti için önerilen ilkelerden sadece “kuralların genel olması”<sup>58</sup> tanımlamasına denk düşmektedir. Çünkü Fuller, “kuralların genel olması”yla, kuralların çok sayıda kişiyi kapsamaları şeklindeki genelliği kastetmiyordu. Fuller’ın genellikten kastı, kişisel kararlarla (decisions) değil, basitçe kurallarla yönetilmektir.<sup>59</sup> Aşağıda göreceğimiz gibi Fuller, hukuk devleti için başka nitelikler de öngörmektedir.

Hukuk devletinin bu türü, kişilerin kararlarına ve gelip geçici heveslerine göre değil, kurallarla idare edilmeyi buyurmaktadır. Kişilerin yönetimi değil, kuralların yö-

<sup>51</sup> Altıparmak, Kerem (1996) “Due Process Of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 45, sayı 1, s. 219-220; Scanlon, T.M. (1977) “Due Process”, *Due Process Nomos XVIII*, Pennock, J. Ronald and Chapman, John W (Editors), New York University Press, s. 104 vd.

<sup>52</sup> McGarry, James W. (1992) “Due Process”, *Rutgers Law Journal*, Vol. 23, s. 846 vd; Grossi, Simona (2017) “Procedural Due Process”, *Seton Hall Circuit Review*, Vol. 13, Issue 2, s. 155-202; Altıparmak, s. 219.

<sup>53</sup> McGarry, s. 839; Altıparmak, s. 219.

<sup>54</sup> Chemerinsky, Erwin (1999) “Substantive Due Porcess”, *Touro Law Review*, Vol 15, Issue 4, s. 1501.

<sup>55</sup> Riggs, Robert E. (1990) “Substantive Due Process in 1991”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 1990, Issue 4, s. 942; Örneğin Florida Yüksek Mahkemesi, *Lite v. State* davasında denetim altında olan maddeleri satan veya nakleden bir kişinin sürücü ehliyetinin geri alınmasına ilişkin bir yasayı Florida Anayasası’nın *due process* ilkesine aykırı bulmamıştır. [Bkz. Carolla, Amelia (1994) “Due Process”, *Rutgers Law Review*, Vol. 25, s. 1093.

<sup>56</sup> Tamanaha, s. 91.

<sup>57</sup> Tamanaha, s. 92.

<sup>58</sup> Fuller (1969), s. 46.

<sup>59</sup> Fuller (1969), s. 47; bkz. Aktaş (2011), s. 18.

netimi<sup>60</sup> dediğimiz ilke buna denk düşmektedir. Sellers de basit bir yasacılık (legalism) olan hukuk devletinin bu türünü, kendi iradesini pozitif hukuk yoluyla diğerlerine dayatan bir sistem olarak gördüğü *Rechtsstaat*'la ilişkilendirmektedir.<sup>61</sup> Tamanaha da hukuk devletinin bu zayıf türünü, kısmen *Rechtsstaat*'a benzetmektedir.<sup>62</sup> Yazarın analizine göre “XIX. yüzyılın ortalarından XX. yüzyılın yarısına kadar *Rechtsstaat* daha çok kurallarla yönetilmek” şeklinde anlaşıldığından hukuk yoluyla birçok vahşet ortaya çıkmıştır.<sup>63</sup> Chevallier'ın analizine göre, XIX. yüzyılın ilk yarısında doğal haklarla sınırlı devleti ifade eden *Rechtsstaat*,<sup>64</sup> Friedrich Julius Stahl'ın (1802-1861) *Die Philisophie* (1856) adlı eserinden sonra biçimsel hukuk devletini ifade etmek için kullanıldı ve Friedrich Geber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918) ve Georg Jellinek'ten (1851-1911) sonra bu kavramın biçimci karakteri giderek yerleşmiş oldu.<sup>65</sup> Pfordten'e göre ise *Rechtsstaat*, günümüzde *rule of law* gibi daha güçlü (thick) olarak tanımlanmaktadır.<sup>66</sup>

Biçimsel de olsa kurallar için herhangi bir nitelik aramayan ve yalnızca “kurallarla yönetilmek” anlayışına dayanan hukuk devleti, kişisel amaçlar için veya kötü amaçlar için kolayca kullanılabilir. Bundan dolayı Radbruch makalesine başlık olarak, “yasal haksızlık ve yasa üstü hukuk” tanımlamasını uygun görmüştür.<sup>67</sup> Radbruch'a göre, “yasa, yasadır” formülü, hukukçuları (Almanya'da) yasalar ve keyfî güç karşısında çaresiz bırakmıştı.<sup>68</sup>

<sup>60</sup> Kuralların önemi bakımından bkz. Gözler, Kemal (2018) Hukuka Giriş, 15 Baskı, Bursa, Ekin Yayını, s. 21 vd.

<sup>61</sup> Sellers, Mortimar N.S. (2014) “What is the Rule of Law and Why is It So Important?”, *The Legal Doctrines of the Rule of Law and The legal State (Rechtsstaat)*, Vol. 38, Silkenat, James R./ Hickey, James H./ . Barenboim, Peter D, (Editors), Springer International Publishing, s. 4; Sellers'a göre Latince *imperium Legum*'dan gelen *rule of law*, hukuk sisteminin işleyişinde kişisel kararların etkisini azaltan bir düşünceyi içermektedir. (Sellers, s. 4); Özcan ise, haklar bakımından meseleye bakarak, *rule of law*'un hakların kaynağı bakımından yasa koyucuyu ikincilleştirdiğini, *Rechtsstaat*'ın ise hakların kaynağı olarak yasa koyucuyu üstün gördüğünü söylemektedir. (Özcan, s. 233). Rosenfeld'e göre ise, Kant'ın felsefesinden kaynaklanan *Rechtsstaat* anlayışı XIX. Yüzyılda pozitivist bir hale bürünmüştür. (Rosenfeld, Michel (2001) “The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy”, *Southern California Law Review*, Vol. 74, Issue 5, s. 1319)

<sup>62</sup> Tamanaha, s. 92.

<sup>63</sup> Tamanaha, s. 108.

<sup>64</sup> Chevallier, Jacques (2010) Hukuk Devleti, (Çev. Gürçan, Ertuğrul Cenk), Ankara, İmaj Yayınevi, s.9.

<sup>65</sup> Chevallier, s. 10; Ayrıca bkz. Ökçesiz (1998a), s. 21 vd.

<sup>66</sup> Von Der Pfordten, Dietmar (2014) “On the Foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat”, *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Vol. 38, Silkenat, James R./ Hickey, James H./ . Barenboim, Peter D, (Editors), Springer International Publishings, s. 24.

<sup>67</sup> Radbruch, Gustav, (2006) “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, (Translator: Paulson, Bonnie L. and Paulson, Stanley L.), *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, s. 1-11.

<sup>68</sup> Radbruch (2006), s. 6.

Biçimsel anlamda hukuk devletinin ikinci basamağında, belirli biçimsel birtakım niteliklere sahip kurallarla yönetilen devlet<sup>69</sup> veya yönetim ve yargılamaya ilişkin belirli prosedürleri izleyen devlet anlayışı gelir. Yasaların belirli biçimsel özelliklere sahip olması, “iyi yasa yapıcılığı”nın bir gereği olarak da tanımlanmaktadır.<sup>70</sup> Bu anlayışta olanlar, hukuk devleti kavramı için, hukuk kurallarının sahip olması gereken birtakım biçimsel şartlar öne sürerek, hukuk kurallarının içeriğini sorunsallaştırmaz. Lon L. Fuller,<sup>71</sup> A.V. Dicey<sup>72</sup> ve Joseph Raz<sup>73</sup> bu grupta yer alan en önemli yazarlardan sayılırlar. F. A. Hayek de hukuk devleti için birtakım biçimsel koşulları yeterli görse de,<sup>74</sup> kurallarının gelişimi bakımından adil davranış kurallarını yüceltmesi ve liberal değerleri adil hukuk için öncelmesi dikkate alınrsa, onun için farklı değerlendirme yapılabilir. Ancak biçimsel hukuk devleti kategorisi de kendi içerisinde çeşitli/farklı yaklaşımları barındırmaktadır.

Hukuk devleti ideali bakımından daha çok prosedürler üzerinde yoğunlaşan A.V. Dicey, anayasa hukukunun temel ilkelerinden biri olan hukuk devletinin üç anlamının olduğunu söyler.<sup>75</sup>

Birincisi, *“yönetimin keyfiliğini, ayrıcalıklara sahip olmasını ve geniş takdir yetkisini engelleyen genel/olağan (regular) hukukun mutlak hâkimiyeti (üstünlüğü)”*,<sup>76</sup> şeklindedir.

İkincisi, *“yetkililerin ve diğer kimselerin hukuka itaat etmelerine ve olağan mahkemelerde yargılanmalarına muafiyet getirmeyi engelleyecek olan yasa önünde eşitlik veya olağan mahkemeler tarafından uygulanan, ülkenin olağan hukukuna tüm sınıfların eşit olarak tabi olması”*,<sup>77</sup> şeklindedir.

<sup>69</sup> Tamanaha, s. 91 vd.

<sup>70</sup> Köküsarı, s. 202 ve dipnot. 702.

<sup>71</sup> Hukuk devletinin ilkeleri olarak niteleyebileceğimiz ilkeler için bkz. Fuller (1969), s. 46-70; Aktaş (2011), s.72. vd.

<sup>72</sup> Dicey, A. V. (1979) Introduction to the Study of Law of the Constitution, Reprinted of (original) Tenth Edition, London, The Macmillan Press, s. 202-203.

<sup>73</sup> Bkz. Raz, s. 210 vd.

<sup>74</sup> Bkz. Hayek, F. A. (2006) The Road to Serfdom, London and New York, Routledge Classics, Published by Routledge. s. 75 vd; Bkz. Tamanaha, s. 93.vd; Aktaş, Sururi (2018) Hayek'in Hukuk Adalet Teorisi, 2. Baskı, Ankara, Liberte Yayını s. 166.

<sup>75</sup> Dicey, s. 202-203; bkz. Principe, Michael L. (2000) “Albert Venn Dicey and the Principles of the Rule of Law: Is Justice Blind? A Comparative Analysis of the United States and Great Britain”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 22:357, s. 359 vd; Craig, s. 470-474; Tamanaha, s. 63.

<sup>76</sup> Dicey, s. 202; Craig, s.470; Rose, s. 458; Tamanaha, s. 63; Principe, s. 359.

<sup>77</sup> Dicey, s. 202-203; bkz. Cairg, s. 472; Rose, 458; Tamanaha, s. 64; Principe, s. 359.

Üçüncüsü, “(...) *yabancı ülkelerde bir anayasa kodu’nu oluşturan anayasa hukuku(kuralları), bizde (common law sisteminde) mahkemeler tarafından tanınlanıp uygulanan hakların kaynağı değil, hakların bir sonucu olduğu*”<sup>78</sup> ilkesidir.

Dicey, ikinci ilke ile idarenin ve idari görevlilerinin, vatandaşların tabi olduğu hukuktan başka bir hukuka ve başka bir yargı düzenine tabi olmalarının önüne geçmek istemektedir. Dicey, Fransa’da olduğu gibi vatandaşların tabi olduğu genel hukuktan ayrı olarak ayrı bir idare hukuku ve idari yargı düzeninin varlığını hukuk devletine aykırı bulduğu gibi, böyle bir düzeni İngiliz hukuk geleneği ile de bağdaştırmaz.<sup>79</sup> Ancak Dicey’in bu yaklaşımı mutlak anlamda doğru görünmüyor. Çünkü herkesin tabi olduğu genel hukukun yanında ayrı bir idare hukukunun bulunması ve idari yargının ayrı bir yargı kolu olarak düzenlenmesi bir gelenek meselesidir.<sup>80</sup> İdari yargıyı ayrı bir yargı kolu olarak düzenleyen Kıta Avrupası ülkelerinin bu özelliklerinden dolayı hukuk devleti olamayacaklarını baştan söylemek doğru görünmüyor. Ancak, idarenin işleyişi ve sorumluluğunun temel adalet ilkeleriyle veya evrensel hukukla çelişecek şekilde düzenlenmesi hukuk devletiyle bağdaşmaz. Burada yapılması gereken idarenin etkililiği ile temel adalet ilkeleri arasında bir denge kurmaktır. Daha etkili bir idari işleyiş için temel adalet ilkelerini zedelemek hukuk devletiyle bağdaşmaz.

Dicey’in hukuk devleti için öngördüğü ilkelerden ilk ikisinin biçimsel nitelikte olduğu görünmekle birlikte, üçüncü ilkenin biçimsel mi, yoksa maddi mi olduğu konusu tartışmaya açıktır. Bu ilkelerden üçüncü ilke, Dicey’in İngiltere için yaptığı bir tespittir. Dicey, bu ilkeyle, bireysel hakların kendi geleneklerinde, mahkeme kararlarıyla ortaya çıktığını belirtmektedir. Craig’ın da haklı olarak sorguladığı gibi, acaba bu ilkeden, hakların devlet iradesinden değil de, içtihatlarla ortaya çıktığı ve dolayısıyla bir sistemin hukuk devleti olabilmesi için bu haklara sahip olması gerektiğini savunmamıza yol açacak maddi anlamda hukuk devleti anlayışını çıkarabilir miyiz?

<sup>81</sup> Craig, böyle bir sonuç yerine, hakların *common law* sisteminde daha iyi korunabildiği sonucunu çıkararak, bu ilkenin de maddi değil, yine biçimsel bir ilke olduğunu savunmaktadır.<sup>82</sup> Palombella ise, *common law* sisteminde, *emsal kararlar, örf-adet hukuku, gelenekler ve hakların* hukuk devleti için önemli olduğuna işaret olarak Dicey’in bu üçün-

<sup>78</sup> Dicey, s. 203; Cairg, s. 473, Rose, s. 458. Tamanaha, s. 64; Principe, s. 359.

<sup>79</sup> Dicey, s. 202-203.

<sup>80</sup> Bkz. Çağlayan, Ramazan, [2018], İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayını, s. 39 vd.

<sup>81</sup> Craig, s. 473.

<sup>82</sup> Craig, s. 473.

cü ilkesini göstermektedir.<sup>83</sup> Bundan dolayı *common law* sisteminde hukuk devletini kurumsal bir ideal olarak gören yazar,<sup>84</sup> bu sistemde hukuk devleti olarak ifade edilen *rule of law*'u, boş bir yasallık olarak nitelendirdiği *Rechtsstaat*'tan ayrı görmektedir.<sup>85</sup> Ancak anlaşıldığı kadarıyla yazarın sözünü ettiği *Rechtsstaat*, II. Dünya Savaşı öncesi-ne denk düşen *Rechtsstaat*'tır.<sup>86</sup> Dicey'in üçüncü ilkesi daha çok içeriksel ya da maddi bir ilke gibi durmaktadır. Çünkü hakların kaynağı mahkeme içtihatları gösterilirken, bunlara, egemenin iradesi karşısında korunmuş bir alan sağlanmaktadır.

Biçimsel anlamda hukuk devleti ilkelerinin tipik bir görünümü Fuller'ın hukuk teorisinde görülür. Prosedürel nitelikte bir doğal hukuk teorisi geliştiren Fuller, hukukun içsel ahlakı (inner morality of law) diye nitelendirdiği yasallığın (legality) sekiz ilkesi olarak hukuk kurallarının sahip olması gereken ilkeleri; “(1) *genel nitelikte olma*, (2) *ilan edilme (yayımlanma)*, (3) *geriye yürümezlik (ileriye doğru yürürlük kazanma)*, (4) *açıklık (belirlilik)*, (5) *çelişmezlik*, (6) *inkânsız olan yükümlülük getirmeme*, (7) *süreklilik (istikrar)* ve (8) *kurallarla, bu kuralların uygulanmalarının örtüşmesi*” biçiminde saymıştır.<sup>87</sup>

Fuller bir hukuk devleti ideali oluşturma yerine, yukarıdaki ilkeleri prosedürel doğal hukukun ilkeleri olarak saymış ve hukukun içsel ahlakı olarak bu ilkeleri hukuk kavramıyla zorunlu olarak ilişkilendirmiştir.<sup>88</sup> Fuller açısından bu ilkelerin bir tanesi konusunda tam bir başarısızlık, ilgili hukuk sisteminin geçersizliğini gündeme getirecektir.<sup>89</sup> Raz, Fuller'in, ahlak (sekiz ilkenin oluşturduğu içsel ahlak) ile hukuk arasında zorunlu bir ilişki kurmasını eleştirmiştir.<sup>90</sup> Raz açısından bu ilkelerin yerine getirilmemesi, hukuk devletinin olmadığı anlamına gelse bile, ilgili hukuk kuralının geçersizliği sonucunu doğurmaz.<sup>91</sup> Bu da doğal hukukçu olan Fuller'la pozitivist olan Raz arasındaki en büyük farkı oluşturmaktadır.

<sup>83</sup> **Palombella, Gianluigi**, [2010] “The Rule of Law as a Institutional Ideal”, *Rule of Law and Democracy: Inquiries into Internal and external Issues*, Morlino, Leonardo and Palombella, Gianluigi (Editors), Sciuilli, David (Series Editor) Volume 115, Leiden-Boston, Brill, s. 15.

<sup>84</sup> **Palombella**, s. 3.

<sup>85</sup> **Palombella**, s. 16.

<sup>86</sup> Bkz. **Palombella**, s. 16.

<sup>87</sup> Bkz. **Fuller** (1969), s. 46-91; **Aktaş** (2011), s. 16; **Kramer, Matthew H.** (2007) *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, s. 104 vd.

<sup>88</sup> **Sevel, Michael** (2009), “Legal Positivism and Rule of Law”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 34, s. 54; **Aktaş** (2011), s. 57 vd; Raz, s. 224.

<sup>89</sup> **Fuller** (1969), s. 39; Sevel, s. 55.

<sup>90</sup> **Raz**, s. 224; Sevel, s. 55.

<sup>91</sup> Bkz. **Raz**, s. 224-225.

Fuller'ın hukukun içsel ahlakı olarak tanımladığı sekiz ilke arasında kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve yargısal denetim gibi unsurlar olmadığı için biçimsel anlamda hukuk devleti ideali bakımından eksik sayılabilir. Ancak Fuller'ın teorisinin hukuk devleti bakımından asıl eksikliği, hukuk kurallarının içeriği konusunda ahlaki bir denetim getirmekten kaçınmış olmasıdır. Daha açıkça ifade edilirse, Fuller'ın içsel ahlakı, maddi anlamda hukuk devletinin gereklerini doğrudan kapsamamaktadır. Ancak Fuller'ın da belirttiği gibi bu sekiz ilkeye uyulmuş olması halinde dahi, hukuk kurallarının içeriğine dönük haksızlık ve adaletsizlik ihtimali azalacaktır.<sup>92</sup> Başka bir ifadeyle Fuller'ın sekiz biçimsel ilkesi hukukun içeriğine dönük doğrudan olmasa da dolaylı olarak bir denetleyici işlev görecektir.

Biçimsel anlamda bir hukuk devleti idealini ortaya koymaya çalışan Raz, tüketici olmayacak bir şekilde bazı ilkeleri şöyle sıralar:<sup>93</sup>

“(1) Bütün yasalar ileriye doğru yürürlü, açık ve belirli olmalıdır. (2) Yasalar görece olarak istikrarlı olmalıdır. (3) Özgül yasaların (özümlü hukuksal emirlerin) yapılması usulü, açık, istikrarlı, belirli ve genel kurallara bağlanmalıdır. (4) Yargının bağımsızlığı garanti edilmelidir. (5) Doğal adalet ilkeleri takip edilmelidir. (6) Mahkemelerin, hukuk devleti ilkelerinin yerine getirilmesi konusu üzerinde denetleyici yetkilere sahip olmaları gerekir. (7) Mahkemelere (adalet) ulaşım kolay olmalıdır. (8) Suçları önleyici birimlerin takdir yetkisi, hukuku bozacak şekilde düzenlenmemelidir.”<sup>94</sup>

Summers da görece (relatively) biçimsel bir hukuk devleti ideali geliştirmeye çalışmaktadır. Yazarın geliştirdiği görece biçimsel hukuk devleti ideali, *kavramsal, kurumsal ve aksiyolojik* öğelerden oluşur. Ancak yazar, kavramsal öğeyi diğerleri içerisinde eriteyerek, görece biçimsel hukuk devletinin bileşenleri olarak kurumsal ve aksiyolojik öğeler üzerinde durur.<sup>95</sup> Summers açısından hukuk devletinin kurumsal (kavramsal) bileşeni, bireylerarası ve bireylerle devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen ilan edilmiş kuralların varlığı, bu kuralların bazı özelliklere sahip olması ve diğer bazı kurumsal gerekleri kapsar.<sup>96</sup> Bu kuralların hangi özelliklere sahip olması gerektiğini açıklarken Fuller'a atf

<sup>92</sup> Fuller, Lon L. (1958) "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, s. 636; Kramer, Matthew H. (1999) In Defence of Legal Positivism: Law Without Trimmings, Oxford University Press, s. 41 vd.; Aktaş (2011), s. 52-53.

<sup>93</sup> Raz, s. 214-218.

<sup>94</sup> Raz, s. 214-218.

<sup>95</sup> Summers, Robert S. (1993) "Formal Theory of the Rule of Law", *Ratio Juris*, Vol. 6, No. 2, s. 129 vd.

<sup>96</sup> Summers (1993), s. 129-130.

yapar. Yani Fuller’ın kurallarda aradığı özellikleri Summers da arar.<sup>97</sup> Summers, diğer bazı kurumsal şartlar olarak, *kuralların görevliler ve diğerleri tarafından ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar ve yasal çarelerin öngörülmesi, kuralların geçerliliği, yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili ihtilafların çıkması halinde, bu ihtilafların çözümünde gerekli usullerin (prosedürlerin) öngörülmesi*,<sup>98</sup> yargıçların göreve kabul edilmesiyle ilgili prosedürlerin belirlenmesi ve vatandaşları mahkemeler önünde savunacak bağımsız bir hukuk mesleğinin hukuken tanımlanması gereğinden söz eder.<sup>99</sup>

Summers, görece biçimsel hukuk devletinin aksiyolojik içeriği olarak, yukarıda saydığımız kurumsal öğelerin hizmet etmesi gereken bireysel otonomi, insan onuru ve eşit hukuki muamele gibi on bir madde halinde örnekseyici bir biçimde saydığı değerlerden (ilkelerden) söz etmektedir.<sup>100</sup> Bu değerleri de örnekseyici olarak saydığını da dikkate alırsak, Summers’ın hukuk devleti, “görece biçimsel hukuk devleti” kavramını fazlasıyla hak eden ve maddi anlamda hukuk devleti idealine doğru kayan bir nitelik taşıdığını söyleyebiliriz.

Waldron, maddi anlamda hukuk devleti kavramına karşı olmamakla birlikte,<sup>101</sup> hukuk devletinin biçimsel ve prosedür ilkeleriyle yetinir.<sup>102</sup> Çünkü Waldron açısından biçimsel ve prosedürel hukuk devleti ilkeleri, maddi anlamda hukuk devletiyle örtüşmektedir.<sup>103</sup> Yani Waldron, hukuk devletinin biçimsel ve prosedürel ilkelerinin yerine getirilmesi halinde, aslında maddi ilkelerin de gerçekleşeceğine inanır. Ancak Waldron, hukuk devleti için yasaların sadece bazı özelliklere sahip olması gerektiğini savunarak prosedürel ilkeleri ihmal ettiklerini söylediği Hayek ve Fuller gibi yazarların görüşlerini hukuk devleti için yeterli görmez.<sup>104</sup> Waldron hukuk devletinin biçimsel ilkeleri olarak Fuller’in sekiz ilkesini sayarken, adil yargılanma kuralları olarak niteleyebileceğimiz on adet de prosedürel ilke üzerinde durur. Bunları;

*“(1) Delillere dayanan tarafsız bir mahkemede yargılanma, (2) hukuk eğitimi almış bağımsızlığı olan yargıçların oluşturduğu mahkemelerde yargılanma, (3) avukat tarafından temsil edilme ve*

<sup>97</sup> Summers (1993), s. 129.

<sup>98</sup> Summers (1993), s. 130.

<sup>99</sup> Summers (1993), s. 130.

<sup>100</sup> Summers (1993), s. 131.

<sup>101</sup> Waldron, Jeremy (2011) “The Rule of Law and Importance of Procedure”, *NOMOS* Vol. 50, *Getting to the Rule of Law*, Published by American Society for Political and Legal Philosophy, s. 4.

<sup>102</sup> Waldron (2011), s. 5-6.

<sup>103</sup> Waldron (2011), s. 4-5.

<sup>104</sup> Waldron (2011), s. 7 vd.

*davaya hazırlanma zaman ve fırsatına sahip olma hakkı, (4) yargılamanın önemli aşamalarında duruşmada hazır bulunma hakkı, (5) tanıklarla yüzleşme hakkı, (6) uygun denetimlerden geçerek elde edilmiş (hukuka uygun) delillere dayanılarak yargılanmanın garanti edilmesini isteme hakkı, (7) kişinin kendi lehine delil sunma hakkı, (8) delillerin ve davaya ilişkin hukuk normlarının etkililiğine karşı hukuki gerekçe sunma hakkı, (9) mahkemelerin verdiği kararın gerekçesini öğrenme hakkı, (10) üst mahkemeye başvurma hakkı” şeklinde özetleyebiliriz.<sup>105</sup>*

Fuller’in sekiz ilkesiyle birlikte Waldron’un bu prosedürel ilkeleri biçimsel anlamda görece daha güçlü bir hukuk devleti kavramını ortaya çıkaracak nitelikte görünmektedir. Waldron’un prosedürel ilkeler üzerinde ısrar etmesi çok yerinde bir yaklaşım olmuştur. Çünkü hukuk devleti için yasaların sahip olması gereken özellikler yanında, onların uygulanması da önemli bir gerekliliktir. Yargının tarafsızlığı, bağımsızlığı ve diğer adil yargılanma prosedürleri, hukuk devleti kavramının oluşturulmasında ihmal edilemez. Sadece ceza yargılanmasıyla ilgili değil, diğer yargılama alanlarında da, üzerinde ittifak bulunan yargılama ilke ve prosedürleri hukuk devletinin vazgeçilmez içeriğini oluşturur. Üzerlerinde ittifak bulunan kabul edilmiş yargılama prosedürleri tatbik edilmiyorsa, hukuk kurallarının biçimsel ve maddi özellikleri ne olursa olsun hukuk devletini sağlamada yetersiz kalır.

Liberal değerlerin gerçekleşmesine olanak tanıyan Hayek’in hukuk devleti anlayışı da genelde biçimsel nitelikli hukuk devleti anlayışları içerisinde görülür.<sup>106</sup> Hayek’in *The Road to Serfdom* (ilk baskısı, 1944) adlı eserinde *Planlama ve Hukuk Devleti* adlı bölümde biçimsel nitelikli hukuk devleti kavramı için klasik sayılabilecek ifadeler yer alır. Hayek’e göre özgür bir ülkeyi keyfi bir yönetimden ayıran en önemli özellik, özgür bir ülkede hukuk devletini oluşturan ilkelere riayet edilmesidir.<sup>107</sup> Burada yer alan ifadeler açısından Hayek’in hukuk devleti tanımı ise, “yönetimin (devletin) bütün eylemlerinde önceden ilan edilen sabit kurallarla bağlı olmasıdır.”<sup>108</sup> Düşünür açısından “bu kurallar, otoritenin zorlayıcı gücünü belirli bir durumda nasıl kullanacağını önceden açık bir kesinlikte tahmin edebilmeyi ve bireylerin bu bilgiye dayanarak kendi işlerini planlayabilmelerini olanaklı kılar.”<sup>109</sup>

<sup>105</sup> Waldron (2011), s. 6.

<sup>106</sup> Bkz. Raz, s. 210; Tamanaha, s. 93-94; Aktaş (2018), s. 166.

<sup>107</sup> Hayek (2006), s. 75.

<sup>108</sup> Hayek (2006), s. 75; Raz, s. 210; Erdoğan, Mustafa (2017) Anayasal Demokrasi, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, s. 97.

<sup>109</sup> Hayek (2006), s. 75-76; Raz, s. 210.

Hayek, *The Constitution of Liberty* (ilk baskısı 1960) adlı eserinde hukuk devleti idealini biraz daha ayrıntılandırarak söz konusu idealin gerekleri olarak; “(a) yasaların genel olması, ileriye doğru yürürlük kazanması ve belirli (certainty) olması,<sup>110</sup> (b) yasa önünde eşitliğe uygun olarak uygulanması,<sup>111</sup> (c) yargıç bağımsızlığını sağlayacak kuvvetler ayrılığının bulunması,<sup>112</sup> (e) kişiler ve mülkiyet üzerinde zor kullanmayı gerektirecek idari takdir hakkının yargısal denetiminin bulunması”<sup>113</sup> şartları üzerinde durur.

Hayek’in hukuk devleti telakkisinde, liberalizmin, “yasalar, özgül bir amaç taşımayıp, çeşitli amaçların izlenmesinde koordinasyon işlevi görür” biçiminde ifade edilen nötr bir hukuk kavramı yatar.<sup>114</sup> Böyle bir hukuk kavramı, bireylerin kendi hayat planlarını ve geleceklerini tasarlama özgürlüğünü sağlar. Başka bir anlatımla, bu hukuk anlayışı, insanın bireysel otonomisinin korunmasını gerektirir.<sup>115</sup>

Dyzenhaus, biçimsel/formalist hukuk devleti kavramını, nötr bir kültürden (culture of neutrality) hareket eden biçimsel hukuk devleti ve amaç empoze eden (culture of reflection) bir kültürden hareket eden biçimsel hukuk devleti diye ikiye ayırarak Hayek’i, nötr bir kültürden (culture of neutrality) hareket eden biçimsel hukuk devleti başlığı altına yerleştirir.<sup>116</sup> Dyzenhaus’un bu tespiti, Hayek’in liberal kimliğine uygun düşmektedir. Hukuk kurallarının sahip olması gereken özellikler açısından, Hayek’in, *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük/Law, Legislation and Liberty* (ilk baskısı 1973) adlı eserinde üzerinde durduğu adil davranış kuralları, onun hukuk devleti anlayışı için vazgeçilmezdir. Hayek’te, önceden ilan edilmiş genel kuralların (adil davranış kurallarının) kişilere empoze edilecek özgül amaçları (istisnai durumlar hariç) söz

<sup>110</sup> Hayek (1990), s. 208; Ayrıca bu eserin Türkçe çevirisi için bkz. Hayek, F. A. (2013) Özgürlüğün Anayasası, [Çev. Çelikkaya, Yusuf Ziya], 1. Baskı, Ankara, Bingbang Yayınları, s. 315 vd; Erdoğan, s. 135.

<sup>111</sup> Hayek (1990), s. 209; Erdoğan, s. 135.

<sup>112</sup> Hayek (1990), s. 210.

<sup>113</sup> Hayek (1990), s. 211; Erdoğan, s. 95.

<sup>114</sup> Dyzenhaus, David (1999) “Recrafting the Rule of Law”, *Recrafting the Rule of Law: The Limit of Legal Order*, Dyzenhaus, David (Editor), Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 1999, s. 8.

<sup>115</sup> Tamanaha, s. 94

<sup>116</sup> Dyzenhaus, s. 8; Dyzenhaus, bu ayrıma koşut olarak formalist hukuk devleti kavramını, Hayek’in temsil ettiği sağ-kanat formalizmi ve W. E. Scheuermann’in temsil ettiği sol-kanat formalizmi olarak ikiye ayırmaktadır. Dyzenhaus’a göre Hayekçi formalist hukuk devleti, belirli amaçları empoze etmeyip belirlilik üzerinde yoğunlaşırken, Scheuermann’in sol-kanat formalizmi belirli amaçları gerçekleştirmeyi hedeflerken, yine de formalist kalmaktadır. (Dyzenhaus, s. 8). Oysa Hayek açısından özgül sosyal amaçları gerçekleştirmeye çalışan sosyal devlet anlayışının pozitif yasa kavramı hukuk devletiyle bağdaşmaz. Belirli sosyal politikaları gerçekleştirmek, temel haklara, örneğin mülkiyet hakkına dokunursa, bu Hayek açısından hukuk devletiyle uyumsuz. [Bkz. Hayek (2006), s. 76-78]; Ayrıca bkz. Yayla, Atilla (1993) Özgürlük Yolu, Hayek’in Sosyal Teorisi, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 32 vd ve s. 47.

konusu değildir.<sup>117</sup> Başka bir anlatımla Hayek'te adil davranış kuralları negatiftir.<sup>118</sup> Adil davranış kurallarının bu özelliği, bireylere seçim (tercih) imkânı sunarak insan onurunun korunmasına katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla Hayek, her ne kadar biçimsel hukuk devleti anlayışına taraf olmuşsa da, bireylere yükümlülük getirecek, onlara özgül amaçlar dayatacak (gerekli asgari vergi gibi yükümlülükler istisna olmak üzere) bir hukuk anlayışından yana değildir. Dolayısıyla Hayek'te kurallar içerik bakımından belirli bir tarzda ise, *inter alia* negatif/nötr ve bireysel özgürlüğü kabul edilebilecek sınırlar dışında kısıtlamıyorsa, böyle kuralların önceden ilan edilip uygulanması hukuk devleti için sorun oluşturmaz.

Hayek'e göre hukuk devleti bakımından yasallık (legality) zorunludur; ancak yeterli değildir; Yönetime (devlete) her istediğini yapacak sınırsız yetki veren bir sistem, yasal olabilir; ancak böyle bir sistem hukuk devleti idealiyle bağdaşmaz; dolayısıyla düşünür açısından yasaların belirli ilkelere uyması hukuk devleti ideali için bir zorunluluktur.<sup>119</sup> Hayek, *The Constitution of Liberty* (1960) adlı eserinde genellik ve eşitlik dışında biçimsel adalet kriterlerine sahip olmadığımız için, hukuk kuralları bireyin tamamen ilgi alanına giren hususlara müdahalede bulunmayıp, iki kişi arasındaki ilişkileri düzenlediği müddetçe hukuk devleti için bir sorun olmayacağını; yasalar gayri adil ve kötü olsa bile, genellik ve eşitlik, adaletsizliği ve kötülüğü asgariye indireceğini ifade eder.<sup>120</sup> Hayek, hukuk devleti ideali için yasaları içerik bakımından bir teste tabi kılmak istemese de, yine de bu inancı için, yasaların, bireyin tamamen özel nitelikteki alanına müdahalede bulunmamasını şart koşar. Bu da içeriğe dönük bir sınırlama anlamına gelir. Kaldı ki *The Constitution of Liberty* adlı eserinden sonra 1973'de kaleme aldığı *Law, Legislation and Liberty* (*Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*) adlı eserinde, yasaların genel olarak negatif kalması gerektiğini savunarak, yükümlülük getirmeyi (pozitif olmayı) istisna olmaktan çıkarıp genel kural haline getirmeyi eleştirmektedir. Hayek'i her ne kadar biçimsel hukuk devleti başlığı altında değerlendiresek bile, eserlerini bir arada bir kül halinde değerlendirdiğimiz zaman, onun, mutlak anlamda biçimci bir hukuk devletinin kalıplarına sığmayacak bir hukuk teorisi geliştirdiğini söyleyebiliriz.

<sup>117</sup> Hayek, F. A. (1995) Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük, C.II, Sosyal Adalet Serabı, (Çev. Erdoğan, Mustafa) 1. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları s. 23 vd; Hayek, F. A. (1994) Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük, C. I, Kurallar ve Düzen, (Çev. Yayla, Atilla), 1. Baskı, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 168-170; Aktaş (2018), s. 136-139.

<sup>118</sup> Hayek, (1995) s. 23-24.

<sup>119</sup> Hayek, (1990), s. 205.

<sup>120</sup> Hayek, (1990), s. 210.

İrdelenmesi gereken hususlardan birisi de hukuk devleti ve demokrasi ilişkisidir. Müzakereci demokrasiyle ahlak ve hukuku temellendirmeye çalışan Habermas, hukuk devleti ile demokrasi arasındaki ilişkinin rastlantısal değil, zorunlu olduğunu söyler.<sup>121</sup> Bu yaklaşım açısından, demokrasi olmadan, hukuk devletinin gerçekleşmesi imkân dâhilinde değildir. Ancak demokrasi, hukuk devletinin çok önemli bir teminatı olmasına karşın, demokrasi ile hukuk devleti ideali arasında kavramsal ve tanımsal zorunlu bir bağ görünmüyor. Kavramsal olarak demokrasi ile hukuk devleti ideali farklıdır. Daha açık bir ifade ile hukuk devleti demokrasiden hareketle tanımlanamayacağı gibi, demokrasi de hukuk devleti kavramından hareketle tanımlanamaz. Demokrasi, hukuk devletinin garantisidir. Demokrasiye dayanmayan hukuk devleti düzenlerinin çok kolayca bozulacağı kuşkusuzdur. Ancak yine de demokrasi ile hukuk devleti arasında tanımsal ve kavramsal açılardan bir ilişki kurulamaz. Demokratik olmayan hukuk devleti örneği zayıf da olsa ihtimal dâhilindedir. Biçimsel anlamda bir hukuk devletini benimseyen Raz, demokratik olmayan hukuk sistemlerinin hukuk devletinin gerekleriyle bağdaşabileceğini söyler.<sup>122</sup> Dolayısıyla “demokratik” nitelmesi, hukuk devletine eklenen başka bir özelliktir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde, “demokratik” sözcüğü, “hukuk devleti” ibaresinin sıfatlarından birisidir. Federal Alman Cumhuriyeti Anayasasının 23/(1). maddesinde “demokratik” sözcüğü, hukuk devletinin sıfatı değil, hukuk devleti gibi ayrı bir ilke olarak yer almaktadır.<sup>123</sup> Demokrasi, hukuk devletini güçlendiren en önemli mekanizmadır. Ancak hukuk devleti ile demokrasi zorunlu olarak örtüşmez. Demokrasiyle hukuk devletini kavramsal olarak ayrı tutmak, demokratik olup da hukuk devleti olmayan hukuk sistemlerini fark etmemizi kolaylaştıracaktır. Demokrasi kavramı, kendisine çok sık göndermede bulunulan bir kavramdır. Bu kavramın yaygın bir referans noktası haline gelmesi, adalet kavramını ve hukuk devleti idealini gölgeleyen bir durumu ortaya çıkarmaktadır. Demokrasi varsa, hukuk devleti de zorunlu olarak vardır anlayışı, her zaman doğru değildir. Demokrasi ilkesine dayanan yasa koyucular, hukuk devletinin biçimsel koşullarını dahi sağlamayacak kurallar koyabilir. Sürekli bir biçimde geriye doğru yürüyen yasalar koymak, biçimsel hukuk devletiyle çok kolayca çelişebildiği halde demokrasiyle çelişmez. Tamamen halk iradesine dayanan bir yasa

<sup>121</sup> **Habermas, Jürgen** (1996) *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (Translator: Rehg, William), Second Printing, The MIT Press, s. 449.

<sup>122</sup> **Raz**, s. 211.

<sup>123</sup> Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı web sayfasındaki Alman Anayasasının çevirisinde “demokratik” sözcüğü hukuk devletinin sıfatı olarak tercüme edilmişse de, bu orijinal metinle tam örtüşen bir çeviri değildir. Bkz. <<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/anayasalar.htm>>, s. e. t. 18.02.2019.

koyucu, herkesçe kabul edilebilen biçimsel hukuk devletinin niteliklerini ihmal edebilir. Demokrasi biçimsel hukuk devletinin niteliklerinin güvencelerini sağlayabilir; ancak zorunlu olarak onu garanti edemez. Demokratik ilkelerle belirlenmiş bir yasa koyucunun, geriye doğru yürürlüğü olan yasaları çıkarması zordur; ancak imkânsız değildir. Ancak anayasalarda, hukuk devleti idealinin demokrasi ile teminat altına alınması faydalı olabilir. Çünkü demokrasi olmadan hukuk devleti, rüzgârda fanusu olmayan alev gibidir; çabucak sönebilir.

## IV. Maddi Anlamda Hukuk Devleti Kavramı

Maddi anlamda hukuk devleti anlayışı, hukuk kurallarının veya bir hukuk sisteminin sadece birtakım biçimsel, prosedürel ve kurumsal ilkelere sahip olmasıyla yetinmeyip, bunlara ek olarak hukuk kurallarının içeriksel olarak bazı özelliklere de sahip olması gerektiğini savunur.<sup>124</sup> Başka bir açıdan maddi anlamda hukuk devleti, hukukun tanımı bakımından hukuki pozitivizmin terk edilerek, belirli değerlere dayanan bir hukuk kavramının benimsenmesidir.<sup>125</sup> Kimi yazarlar, maddi hukuk devletinin koşulu olarak insan haklarının korunmasını şart koşarken,<sup>126</sup> kimisi, insan onuru,<sup>127</sup> bazıları toplumun ortak iyisini/kamu yararını (comon good/res publica) esas alır,<sup>128</sup> kimisi ise “sosyal olmayı” temel alır.<sup>129</sup>

Tamanaha’nın tespit niteliğindeki analizinde maddi anlamda hukuk devletinin bileşenleri zayıftan güçlüye doğru, “bireysel haklar, insan onuru ve/veya adalet ve sosyal refah” olarak sıralanır.<sup>130</sup> Tamanaha’nın bu analizinde ikinci ve üçüncü sırada gelenler bir öncekileri de içermektedir; sıralama ileriye doğru gittikçe hukuk devletinin içeriği de zenginleşmektedir.<sup>131</sup>

<sup>124</sup> Bkz. **Tamanaha**, s. 102.

<sup>125</sup> **Ökçesiz** (1998), s. 25.

<sup>126</sup> **Bingham, Tom** (2011) *The Rule of Law*, Penguin Books, s. 66-67.

<sup>127</sup> **Corey, Brettschneider** (2011) “A Substantive Conception of the Rule of Law: Nonarbitrary Treatment and Limits of Procedure”, *NOMOS* Vol. 50, *Getting to the Rule of Law*, Published by American Society for Political and Legal Philosophy 2011, s. 52 vd.

<sup>128</sup> **Sellers**, s. 4 vd.

<sup>129</sup> **Ökçesiz** (1998b), s. 45.

<sup>130</sup> **Tamanaha**, s. 91.

<sup>131</sup> **Tamanaha**, s. 91.

Bingham, saydığı hukuk devleti ilkeleri arasında, “*hukuk temel insan haklarına yeterli bir koruma sağlamalıdır*” ilkesini de sayar.<sup>132</sup> Biçimsel hukuk devleti anlayışını reddederek daha güçlü (thick) bir hukuk devletinden yana tavır alan Bingham insan haklarını çiğneyen bir devleti, biçimsel hukuk devleti şartlarını taşısa bile, hukuk devleti olarak görmez.<sup>133</sup> Yazar, Uluslararası Barolar Birliği tarafından 06/07/2007 tarihinde Moskova’da yapılan toplantıdaki Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi başkanının yaptığı konuşmaya göndermede bulunarak, yasanın, devlet iradesiyle eş tutulması anlayışına dayanan hukukun, hukuk devleti için yeterli olamayacağını vurgular.<sup>134</sup> Bu toplantıda, zamanın Rusya Anayasa Mahkemesi Başkanı V.D. Zorkin, XX. yüzyılda hukukun, devlet iradesiyle ve dolayısıyla mevzuatla eş anlamlı olarak kavrandığı Alman Nazizmi ile Sovyet Komünizmi gibi rejimlerde milyonlarca insanın öldüğü iki trajedinin yaşandığını söyler.<sup>135</sup> Hukukun özünün (içeriğinin) de önemli olduğunu söyleyen Zorkin, hukuk devleti için insan haklarının korunması üzerinde durur.<sup>136</sup>

Zanghellini, hukuk devleti için hukukun adil olması ve temel hakları koruması gerektiğini şart koşar.<sup>137</sup> Yazar bu şartların gerçekleştirilmesi açısından, hukuk devleti idealini, doğal hukuk kavramıyla irtibatlandırır.<sup>138</sup>

Radbruch, devletin kendisinin koyduğu hukukla bağlı olması gerektiği şeklindeki pozitivist anlayışı reddederek, devlete tekaddüm eden insan hakları ve doğal hukuk ilkelerine bağlı bir devleti, hukuk devleti olarak telakki etmektedir.<sup>139</sup> Radbruch açısından hukuk devleti, semantik hukuk anlayışıyla değil belirli bir hukuk idesiyle ilgilidir.<sup>140</sup> Yazar açısından hukuki pozitivizmin, hukuku, sadece güçle ilişkilendirmesi yetersizdir; “*güç, hukukun cebir düzeni bakımından (must of compulsion) bir temeli sayılabilir; yükümlülük veya hukukun geçerliliği bakımından bir temeli sayılamaz.*”<sup>141</sup>

<sup>132</sup> Bingham, s. 66.

<sup>133</sup> Bingham, s. 67.

<sup>134</sup> Bingham, s. 67.

<sup>135</sup> Zorkin, Valery (2007) “Rule of Law and Legal Awareness”, *The World Rule of Law Movement and Russian Legal Reform*, Neate, Francis and Nielsen, Holly (Editors), The Moscow City Chamber of Advocates, s. 47; Bingham, s. 67.

<sup>136</sup> Zorkin, s. 47 vd; Bingham, s. 67.

<sup>137</sup> Zanghellini, s. 214.

<sup>138</sup> Zanghellini, s. 214.

<sup>139</sup> Radbruch, Gustav, (1998) “Hukuk Devleti”, *Hukuk Devleti*, Ökçesiz, Hayrettin (Çev. ve Editör), Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi 4, İstanbul, AFA Yayıncılık, s. 16.

<sup>140</sup> Radbruch (1998), s. 16.

<sup>141</sup> Radbruch (2006), s. 6.

Aristoteles, doğru yönetim (hukuk devleti) biçimleri olarak, devletin, kim veya kimler tarafından yönetildiğine bakmaksızın, “ortak yarar” (kamu yararı) amacına bağlı olup olmadıklarını sorgular. Filozof açısından ortak yarara bağlı yönetimler, doğru (iyi) yönetim biçimleridir.<sup>142</sup> Ortak yarar kavramı, yasaların içeriğine ilişkin bir değerlendirmeyi gerektirdiği için maddi anlamda hukuk devletiyle alakalıdır. Aristoteles’in ortak yarar kavramı, Ortaçağda Skolastik düşüncenin öncüsü Thomas Aquinas<sup>143</sup> tarafından ve daha sonra John Finnis gibi neo-Thomistler tarafından da kullanılmıştır.<sup>144</sup> Ancak ortak yarar kavramının, maddi anlamda hukuk devleti kavramının bir ölçütü olarak kabul edilebilmesi için, “ortak yarar”ı araçsal bir şekilde, yasaların “belirli bir zümrenin yararını öncelememesi”, “herkesin yararına olacak şekilde formüle edilmesi” gereğini anlamalıyız. Yoksa bireylerin, olağanüstü durumlar hariç, kendi yararlarının çok kolayca tümüyle bir tarafa atılıp, politik olarak oluşturulmuş amaçlar kümesi içerisinde eritilmesi anlamında bir “ortak çıkar” kavramı, hukuk devleti idealiyle bağdaşmaz. Elbette doğal felaket gibi bazı olağanüstü durumlarda bireyler, kendi yararlarını bir tarafa bırakıp ortak yarar için seferber edilebilirler. Ancak olağan durumlarda, bireyin otonomisinin, toplumun amacı içerisinde yok edilmemesi gerekir. Kamu yararı (ortak çıkar) kavramı ile maddi anlamda hukuk devletinin diğer bir gereği olan “bireysel otonomi” arasında gerilim vardır. Ortak yarar kavramı büyütüldüğü zaman, bireyin otonomisi küçülür. Toplum halinde yaşamın asgari gereklerinin oluşturduğu kamu yararı dışında, bireyin doğal hukukun gereklerine bağlı olarak kendi yaşam planına sahip olması gerekir.

Maddi anlamda hukuk devletini savunanların bir kısmı, sosyal adalet idealini, hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olarak görürler.<sup>145</sup> Bu düşünce açısından sosyal haklar olmaksızın klasik haklar realitede çok şey ifade etmezler. Hukuk devleti asıl anlamını, sosyal haklarla pekiştirilmiş hukuk düzeninde bulur. Bu yaklaşım, maddi anlamda hukuk devletinin zengin bir içerikle (klasik ve sosyal haklarla) kavramsallaştırılması anlamına gelir.

<sup>142</sup> **Aristoteles**, (1990) *Politika* (Çev. Tunçay, Mete), 3. Baskı, İstanbul, Remzi Kitabevi, s.81; bkz. Zanghellini, s. 222.

<sup>143</sup> Bkz. **Aquinas, Thomas** (1947) *Summa Theologica*, Treatise on Law, Of the Essence of Law, First Part of Second Part, Question 90, Art. 2, (Trans. Fathers of the English Dominican Province), Benzinger Bros. Edition. <https://dhspriority.org/thomas/summa/FS/FS090.html#FSQ90OUTP1> s.e.t. 10.07.2019.

<sup>144</sup> **Finnis, John** (1980) *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, s. 125, 272, 273 ve 353; ayrıca bkz. Osina, Petr (2006) “John finnis on the Law and Justice”, *Studia Juridica*, ročník 4, číslo 1, s. 124 vd; **Westerman, Pauline C.** (1998) *The Disintegration of Natural Law Theory: Aquinas to Finnis*, Brill, s. 263.

<sup>145</sup> **Bulut, Nihat** (2009) *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha, s. 59 vd, **Ökçesiz** (1998), s. 45 ve 55.

Hayek ve Nozick gibi liberaller, sosyal adalet kavramının, gönüllülüğe aykırı olarak sosyal dayanışmayı zor (hukuk) yoluyla sağlamaya çalıştığı için mülkiyet hakkına ve dolayısıyla hukuk devletine aykırı bulurlar.<sup>146</sup>

Huber, hukuk devleti ile sosyal devleti birbiriyle karşılaştırırken, hukuk devletini, *“toplumun devlete karşı korunması, sosyal devleti ise toplumun devlet aracılığıyla korunması”*<sup>147</sup> olarak tanımlar. Yazar açısından hukuk devleti ile sosyal devlet birbirinden farklı oldukları gibi aynı zamanda belli bir ölçüde de birbirinin zıddını oluştururlar.<sup>148</sup> Ancak buna rağmen Huber bu iki idenin birleştirilmesi gerektiğini savunarak hukuk devleti idealini sosyal devlet idealiyle teyit etmeye çalışır.<sup>149</sup>

Sosyal ve ekonomik dayanışma ahlaken karşı konulamaz bir ilkedir. Dolayısıyla sosyal adalet, amacı açısından ahlaken inkâr edilemez; fakat metodolojik olarak tartışmaya açıktır. Yaşlılık, engelli olma, kıtlık, açlık sınırının altına düşme gibi insan yaşamını tehlikeye sokacak ve aşırı zorlaştıracak insani durumlar hariç ekonomik dayanışmanın gönüllülük esasına dayanması hukuk devletinin gereği olarak yorumlanması gerekir. Doğal olarak hukuk devleti de dâhil hiçbir ilke, insan yaşamının üstünde değildir. Hukuk devleti de nihai olarak insan için vardır. İnsan yaşamı ve onurunun tehlikeye gireceği durumlarda kuşkusuz sosyal amaçlar lehine tercihte bulunulabilir. Ancak bu gibi insani durumları aşan sosyal amaçlı müdahalelerde sınır tanımamak hukuk devletine zarara verir. Sosyal devletin amacı olan sosyal dayanışma gönüllük esasına değil, hukukun cebrine dayandığından, ekonomik eşitliği sağlama niteliğindeki doğrudan müdahalelerin kapsam ve yoğunluk arttıkça, hukuk devleti o oranda zayıflamaya eğilimlidir.

Kanaatimize göre maddi anlamda hukuk devletinin en önemli özelliklerinden biri, kural olarak hukuk normlarının negatif karakterli olmasıdır.<sup>150</sup> Yani hukuk devletinde, istisnalar hariç hukuk normları yasakları belirtip, diğer alanları özgür iradenin tercihinine bırakmalıdır. Bu düşüncenin bir gereği olarak, bireylere yükümlülük getirmek, kural değil, istisnai bir durumdur. Yükümlülük getirmede sınır tanımayan

<sup>146</sup> Hayek (1995), s. 100 ve 122-123; Nozick, Robert (2006), , Anarşi, Devlet ve Ütopya, (Çev. Oktay, Alişan), 2. Baskı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 223 vd.

<sup>147</sup> Huber, Ernst Rudolf (1998) “Moden Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet” (Çev. Ansay, Tuğrul), Hukuk Devleti, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Ökçesiz, Hayrettin (Editör), İstanbul, AFA Yayını 4, s. 66.

<sup>148</sup> Huber, s. 77.

<sup>149</sup> Huber, s. 77-78.

<sup>150</sup> Hayek, (1995), s. 61 ve s. 211-212’deki 9. dipnot; Smith, Adam (2002) *The Theory of Moral Sentiment*, Haakonssen, Knud (Editor), Cambridge University Press, s. 95-96.

bir yasama politikasının savunulması düşünülemez. O halde, bu sınırı koyacak ilke, hukuk devleti ideali olmalıdır. Hukuk normlarının tamamen negatif olması savunulamaz. Vergi ve nafaka yükümlülüğü gibi toplumsal hayatın zorunlu gereksinimleri için hukuk kurallarının pozitif karakterli olması reddedilemez. Ancak bu tür kurallar, negatif kurallara göre bir hukuk sisteminde daha az yer tutmalıdır.

## Sonuç: Hukuk Devleti Kavramı İçin Bir Öneri

Görüldüğü üzere hukuk devleti ilkesi, çeşitli amaçlar çerçevesinde farklı şekillerde kavramsallaştırılan bir idealdir. Hukuk kavramına farklı bakışları yansıtan hukuk teorileri, birbirinden farklı hukuk devleti idealine sahip olabilmektedir. Başka bir anlatımla, hukukun tanımına ilişkin düşünceler, aslında bir ölçüde kendi hukuk devleti ideallerini de tanımlamaktadırlar. Pozitivist hukuk kuramcıları (teorisyenleri) daha biçimsel hukuk devleti ideallerinden yana tavır alırken; doğal hukuk anlayışından hareket eden teorisyenler, biçimselliğe ek olarak maddi (içeriksel) birtakım koşulların varlığını hukuk devleti için gerekli görürler. Bu anlamda, zayıf ve güçlü hukuk devleti kavramlarından söz edebiliriz. Zayıf hukuk devleti kavramı, hukuk kurallarının, geriye yürümezlik (makale şamil olmama) gibi birtakım biçimsel özelliklere sahip olmasını hukuk devleti ideali için yeterli görürken, güçlü hukuk devleti anlayışı, insan hakları ve onuru gibi kuralların içeriğine dönük bazı haklılaştırmaları gerekli görür.

Biz, hukuk devleti kavramına, biçimsel (prosedürel) ve kurumsal gereklerin yanı sıra maddi alanda hukuk devletinin gereklerini de dâhil ederek görece olarak daha güçlü bir hukuk devleti anlayışından yana tavır alıyoruz.

Ancak çalışmanın içerisinden de anlaşıldığı gibi hukuk devleti kavramının içeriğini hangi biçimsel ilke ve değerlerin oluşturacağı üzerinde tam bir mutabakat yoktur. Bunun, tabii bir durum olarak karşılanması gerekir. Çünkü hukuk devleti gibi idealler, benimsenen hukuki ve siyasi teorilere göre farklılık arz eder.

Hukuk devleti kavramı enflasyonuna yol açsa da yine de kendi yaklaşımımız açısından bir hukuk devleti kavramının gereklerine makalenin bu sonuç kısmında bir öneri olarak yer vermek istiyoruz. Hukuk devletinin kurumsal gerekleri genel olarak “biçimsel hukuk devleti” kategorisinde değerlendirilse de, biz, önemlerine binaen daha çarpıcı olmaları ve dikkat çekmeleri açısından hukuk devletinin kurumsal gereklerini biçimsel gereklerinden ayrı tutarak bir öneride bulunmak istiyoruz. Dolay-

sıyla bizim anlayışımız açısından hukuk devleti kavramı, biçimsel, kurumsal ve maddi ilkelerden meydana gelmelidir.

**Bir öneri niteliğindeki hukuk devletinin biçimsel ilkeleri olarak;**

*(a) kurallarla yönetilmek, (b) istisnalar hariç kuralların genel nitelikte olması, (c) kuralların ilan edilmesi, (d) hukuki belirliliğin (hukuk güvenliğinin) sağlanması, (e) kuralların herkese eşit uygulanması, (f) İstisnai durumlar hariç kuralların geriye yürürlü olmaması, (g) Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin olması;*

**kurumsal ilkeleri olarak;**

*(a) kuvvetler ayrılığının olması, (b) mahkemelerin bağımsız olması, (c) yasama organını Anayasa'ya göre hukuken denetleyecek bir yargı mekanizmasının olması, (d) yerindelik hariç, idareyi hukuken denetleyecek bir yargı mekanizmasının olması, (e) yargılamaların, tabii hâkim ilkesine uygun olarak önceden ilan edilmiş usul kurallarına göre yapılması, (f) yaygın kabul görmüş standartlara göre hak arama yollarının asgari koşullarının garanti edilmesi gerekir;*

**maddi ilkeleri olarak;**

*(a) pozitif hukukun, çok yaygın olarak kabul gören billurlarmış adalet ilkelerine açıkça aykırı olmaması, (b) kural olarak hukuk normlarının negatif olması, toplumsal yaşamın zorunlu kılması halinde pozitif yükümlülük getiren normlara başvurulması, (c) yaygın olarak kabul görmüş standartlara göre klasik insan haklarının tanınması.*

Yukarıdan da anlaşıldığı üzere hukuk devleti kavramını, sadece biçimsel ve prosedürel ilkelerden ibaret görmüyoruz. Biçimsel ve prosedürel ilkeler, hukuk devletinin onusuz olmaz (sine qua non) şartlarını oluşturmaya karşın yeterli değildir. Asgari düzeyde de olsa, pozitif hukukun haklılık ve adilliğine ilişkin bir sorgulamanın yapılması hukuk devletinin gereklerinden olmalıdır. Maddi anlamda hukuk devletinin ilkelerini asgari düzeyde tutarak, bunlar üzerindeki belirsizlik iddialarını en aza indirilmesini hedefledik. Yukarıdaki önerimizden de görüleceği üzere bu maddi ilkelerden birincisi, pozitif hukukun, yaygın kabul görmüş adalet standartlarıyla çelişmemesidir. Yaygın kabul görmüş adalet ilkeleri, pozitivistlerin bile karşı gelemeyeceği şekilde billurlaşmıştır. Örneğin cezaların şahsiliği ilkesi, ceza adaletinin bir görünümü olarak karşı konulamaz bir sabitedir. Yaygın kabul görmüş insan hakları standartları için de aynı şey geçerlidir. Dolayısıyla yaygın olarak kabul görmüş adalet ve insan hakları standartlarının, hukuk devleti kavramının unsurları haline getirilmesi iddia edildiği

gibi hukuk devleti kavramını belirsizleştirmez. Bugün temel adalet ilkeleri ve bazı temel insan haklarının standartları üzerinde yaygın bir uzlaşma vardır. Hukuk devleti kavramı açısından bunlar göz ardı edilemez.

Hukuk devleti kavramına ilişkin önerdiğimiz söz konusu ilkeler, doğal olarak mutlak değil, azaltılıp ya da çoğaltılabilir niteliktedir. Çalışmada da belirttiğimiz gibi hukuk devleti ulaşılması gereken bir idealdir. Bu ilkeleri gerçekleştirme oranında hukuk devleti idealine o nispette yaklaşılr.

## Kaynakça

- Aquinas, Thomas** (1947) *Summa Theologica, Treatise on Law, Of the Essence of Law*, First Part of Second Part, Question 90, Art. 2, (Trans. Fathers of the English Dominican Province), Benzinger Bros. edition. <https://dhspriory.org/thomas/summa/FS/FS090.html#FSQ90OUTP1> s.e.t. 10.07.2019.
- Aktaş, Sururi** (2018) *Hayek'in Hukuk Adalet Teorisi*, 2. Baskı, Ankara, Liberte Yayını.
- Aktaş, Sururi** (2011) *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'ın Hukuk Kavramı*, 1. Baskı, Ankara, XII Levha Yayını.
- Altıparmak, Kerem** (1996) "Due Process Of Law" Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 45, sayı 1, ss. 219-250.
- Aristoteles** (1990) *Politika* (Çev. Tunçay, Mete), 3. Bası, İstanbul, Remzi Kitabevi.
- Austin, John** (1995) *The Province of Jurisprudence Determined*, Rumble, Wilfrid E. (Editor), Cambridge University Press.
- Bayles, Michael D.** (1992) *Hart's Legal Philosophy*, Netherlands, Kluwer Academic Publishers.
- Bingham, Tom** (2011) *The Rule of Law*, Penguin Books.
- Bulut, Nihat** (2009) *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha.
- Carolla, Amelia** (1994) "Due Process", *Rutgers Law Review*, Vol. 25, pp. 1092-1106.
- Cass, Ronald A.** (2003) *The Rule of Law in America*, The Johns Hopkins Paperbacks Edition.
- Chemerinsky, Erwin** (1999) "Substantive Due Porcess", *Touro Law Review*, Vol 15, Issue 4, pp.1501-1534.
- Chevallier, Jacques** (2010) *Hukuk Devleti*, (Çev. Gürcan, Ertuğrul Cenk), Ankara, İmaj Yayınevi.
- Corey, Brettschneider** (2011) "A Substantive Conception of the Rule of Law: Nonarbitrary Treatment and Limits of Procedure", *NOMOS* Vol. 50, *Getting to the Rule of Law*, Published by American Society for Political and Legal Philosophy 2011, pp. 52-63.
- Craig, Paul** (1997) "Formal and Substantive Conceptions of The Rule of Law: An Analytical Framework", *Public Law*, pp. 467-487.

- Curzon, L. B.** (1995) Jurisprudence, Second Edition, Cavendish Publishing.
- Çağlayan, Ramazan.** (2018), İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayını.
- Dicey, A. V.** (1979) Introduction to the Study of Law of the Constitution, Reprinted of (original) Tenth Edition, London, The Macmillan Press.
- Dyzenhaus, David** (1999) “Recrafting the Rule of Law”, *Recrafting the Rule of Law: The Limit of Legal Order*, Dyzenhaus, David (Editor), Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, pp. 1-12.
- Erdoğan, Mustafa** (2017) Anayasal Demokrasi, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi.
- Finnis, John** (1980) Natural Law and Natural Rights, Oxford, Clarendon Press.
- Fuller, Lon L.** (1958) “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, pp. 630-672.
- Fuller, Lon L.** (1969) The Morality of Law, Revised Edition, Yale University Press.
- Gözler, Kemal** (2018) Hukuka Giriş, 15. Baskı, Bursa, Ekin Yayını.
- Grossi, Simona** (2017) “Procedural Due Process”, *Seton Hall Circuit Review*, Vol. 13, Issue 2, pp. 155-202.
- Gül, Cengiz** (2010) İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Birinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Habermas, Jürgen** (1996) Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, (Translator: Rehg, William), Second Printing, The MIT Press.
- Hart, H.L.A.** (1994) The Concept of Law, Second Edition, with a postscript by Bulloch, Penelope A./Raz, Joseph (Editors), Oxford, Clarendon Press.
- Hatemi, Hüseyin** (1989) Hukuk Devleti Öğretisi, 1. Baskı, İstanbul, İşaret Yayınları.
- Hayek, F. A.** (2006) The Road to Serfdom, London and New York, Routledge Classics, Published by Routledge.
- Hayek, F. A.** (1995) Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük, C.II, Sosyal Adalet Serabı, (Çev. Erdoğan, Mustafa 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Hayek, F. A.** (1994) Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük, C. I, Kurallar ve Düzen, (Çev. Yayla, Atilla), 1. Baskı, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Hayek, F. A.** (2013) Özgürlüğün Anayasası, (Çev. Çelikkaya, Yusuf Ziya), 1. Baskı, Ankara, Bingbang Yayınları.

- Hayek, F. A.** (1990) *The Constitution of Liberty*, London, Routledge.
- Himma, Kenneth Einar** (1999) “The Epistemic Sense of Pedigree Thesis”, *Pacific Philosophic Quarterly*, Vol. 80, pp. 46-63.
- Huber, Ernst Rudolf** (1998) “Moden Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet” (Çev. Ansay, Tuğrul), *Hukuk Devleti, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Ökçesiz, Hayrettin (Editör), İstanbul, AFA Yayını 4, ss. 57-81.
- Işıқтаç Yasemin** (2006) *Hukuk Felsefesi*, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Kelsen, Hans** (1949) *General Theory of Law and State*, (Translator: Wedberg, Andres), Third Printing, Harvard University Press.
- Kelsen, Hans** (2005) *Pure Theory of Law*, (Translated from Second Revised and Enlarged German Edition. Translator: Knight, Max), Fift Printing, New Jersey, The Law Book Exchange.
- Köküsarı, İsmail** (2005) *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Birinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Kramer, Matthew H.** (1999) *In Defence of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford University Press.
- Kramer, Matthew H.** (2007) *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press.
- Lyons, David** (1984) *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press.
- Marmor, Andrei** (2010) “The Ideal of the Rule of Law”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Patterson, Dennis, (Editor), Second Edition, Wiley-Blacwell.
- McGarry, James W.** (1992) “Due Process”, *Rutgers Law Journal*, Vol. 23, pp. 839-855.
- Nowacki, Josef** (1969) “The Material and Formal Conceptions of the Rule of Law”, *Polish Round* 3, pp. 81-87.
- Tamanaha, Brain Z.** (2004) *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press.
- Nozick, Robert** (2006), , *Anarşi, Devlet ve Ütopya*, (Çev. Oktay, Alişan), 2. Baskı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Oğurlu, Yücel** (2003) *Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayını.
- Osina, Petr** (2006) “John finnis on the Law and Justice”, *Studia Juridica*, ročník 4, číslo 1, pp. 122-136.

- Ökçesiz, Hayrettin** (1998) “Hukuk Devleti Olgusu”, Hukuk Devleti, Ökçesiz, Hayrettin (Editör), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 4, (HFSA), İstanbul, AFA Yayıncılık, ss. 44-56.
- Ökçesiz, Hayrettin** (1998) “Hukuk Devleti”, Hukuk Devleti, Ökçesiz, Hayrettin (Editör), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 4, (HFSA), İstanbul, AFA Yayıncılık ss. 17-34.
- Özcan, Mehmet Tevfik** (2008) Modern Toplum ve Hukuk Devleti, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayını.
- Palombella, Gianluigi**, (2010) “The Rule of Law as a Institutional Ideal”, *Rule of Law and Democracy: Inquiries into Internal and external Issues*, Morlino, Leonardo and Palombella, Gianluigi (Editors), Sciulli, David (Series Editor) Vol. 115, Leiden-Boston, Brill, pp. 3-37.
- Parker, Reginald** (1956) “legal Positivism”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 32, Issue 1, pp. 31-42.
- Principe, Michael L.** (2000) “Albert Venn Dicey and the Principles of the Rule of Law: Is Justice Blind? A Comparative Analysis of the United States and Great Britain”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 22:357, pp. 357-373.
- Radbruch, Gustav**, (1998) “Hukuk Devleti”, Hukuk Devleti, Ökçesiz, Hayrettin (Çev. ve Editör), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 4, (HFSA), İstanbul, AFA Yayıncılık, ss. 11-16.
- Radbruch, Gustav**, (2006) “Statutory Lawlessness and Supra- Statutory Law”, (Translator: Paulson, Bonnie L. and Paulson, Stanley L.), *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, pp. 1-11.
- Radin, Margaret Jane** (1989) “Reconsidering the Rule of Law”, 69, *Boston University Law Review*, Vol. 69, No:4, pp.781-819.
- Raz, Joseph** (1979) The Authority of Law, Oxford University Press.
- Riggs, Robert E.** (1990) “Substantive Due Process in 1791”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 1990, Issue 4, pp. 941-1005.
- Rose, Jonathan** (2004) “The Rule of Law in the Western World: An Overview”, *Journal Of Social Philosophy*, Vol. 35, No. 4, pp. 457-470.
- Rosenfeld, Michel** (2001) “The Rule Of Law And the Legitimacy Of Constitutional Democracy”, *Southern California Law Review*, Vol. 74, Issue 5, pp. 1307-1351.
- Scanlon, T.M.** (1977) “Due Process”, *Due Process Nomos XVIII*, Pennock, J. Ronald and Chapman, John W (Editors), New York University Press, pp. 93-125.
- Sellers, Mortimar N.S.** (2014) “What is the Rule of Law and Why is It So Important?”, *The Legal Doctrines of the Rule of Law and The legal State (Rechtsstaat)*, Vol. 38, Silkenat, James R./ Hickey, James H./ Barenboim, Peter D, (Editors), Springer International Publishing, pp. 3-13.

- Sevel, Michael** (2009), "Legal Positivism and Rule of Law", *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 34, pp. 53-68.
- Smith, Adam** (2002) *The Theory of Moral Sentiment*, Haakonssen, Knud (Editor), Cambridge University Press.
- Summers, Robert S.** (1993) "Formal Theory of the Rule of Law", *Ratio Juris*, Vol. 6, No. 2, pp.127-142.
- Summers, Robert S.** (1999) "Principles of the Rule of Law," *Notre Dame L. Rev.* Vol. 74, Issue 5, pp. 1691-1712.
- Şahin Ceylan, Şule** (2014) H.L.A Hart'ın Hukuk Kavramı, 1. Baskı İstanbul, XII Levha Yayını.
- Tamanaha, Brain Z.** (2004) *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press.
- Uygur, Gülriz** (2013) Hukuk Devletinde Hukukun Önünde Olmanın Anlamı, Prof. Dr. Erdal ONAR'a Armağan, Cilt. II, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları.
- Von Der Pfordten, Dietmar** (2014) "On the Foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat", *The Legal Doctrines of the Rule of Law and The legal State (Rechtsstaat)*, Vol. 38, Silkenat, James R./ Hickey, James H./ Barenboim, Peter D, (Editors), Springer International Publishing, pp.15-28.
- Waldron, Jeremy** (2006) "The Rule of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Zalta, Edward N. (ed.) URL: <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>, s.e.t. 18. 11. 2018.
- Waldron, Jeremy** (2011) "The Rule of Law and Importance of Procedure", *NOMOS* Vol. 50, *Getting to the Rule of Law*, Published by American Society for Political and Legal Philosophy, pp. 3-31.
- Westerman, Pauline C.** (1998) *The Disintegration of Natural Law Theory: Aquinas to Finnis*, Brill.
- Yayla, Atilla** (1993) *Özgürlük Yolu, Hayek'in Sosyal Teorisi*, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Zanghellini, Aleardo** (2017) "The Foundations of Rule of Law", *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 28, Issue 2, pp. 213-240.
- Zorkin, Valery** (2007) "Rule Of Law And Legal Awareness", *The World Rule Of Law Movement And Russian Legal Reform*, Neate, Francis And Nielsen, Holly (Editors), The Moscow City Chamber Of Advocates, pp. 46-61. Beigbeder, Yves 'World Health Organization', Max Planck Encyclopedias of International Law, (OUP 2013)



(22. Makale – 2020)

**Prof. Dr. Cüneyt YÜKSEL**

*İklim Değişikliğiyle Mücadelede Bir Araç Olarak Uluslararası İnsan  
Hakları Hukuku\**

---

\* Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Yıl: 2020, Cilt: 10, Sayı 2, s. 339-366.



# İKLİM DEĞİŞİKLİĞİYLE MÜCADELEDE BİR ARAÇ OLARAK ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU

## International Human Rights Law as a Mechanism for Coping with Climate Change



Cüneyt YÜKSEL\*

### Öz

İklim değişikliğinin olumsuz etkileri her geçen gün kendini daha fazla hissettirmektedir. Üstelik mevcut durumun devam etmesi halinde bu olumsuz etkilerin daha da artacağından endişe edilmektedir. Küresel bir sorun olan iklim değişikliğinin barındırdığı bu risklerin insan hakları açısından önemli sonuçları olacağı aşikardır. Bu çerçevede, özellikle son yıllarda, iklim değişikliği ve bu tehditle mücadelede alınan yahut alınması gereken önlemlerin insan hakları odaklı bir yaklaşımla değerlendirildiği görülmektedir. Gerçekten de uluslararası hukukun insan haklarının korunması bağlamında oluşturduğu mekanizmaların etkin kullanımı iklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarının en aza indirgenmesinde önemli rol oynaması beklenebilir. Lakin iklim değişikliği ve insan hakları arasındaki etkileşimin kendine özgü niteliği çözümlenmesi gereken bazı tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada milletlerarası hukukun karşılaştığı bu

### Abstract

The negative impacts of climate change emerge more intensely with each day. Moreover, the fear is that these negative effects will further increase if the current situation continues as is. The risks brought about by global climate change will obviously have important consequences on human rights. In this context, climate change and the measures that are or will be taken for coping with this threat are seen to have been evaluated within a human rights-oriented approach, especially in recent years. Indeed, the effective use of mechanisms established by international law for the purpose of protecting human rights can be anticipated to play an important role in minimizing the negative impacts of climate change. However, the unique nature of the relationship between climate change and human rights brings with it some debates that need to be resolved. This article concerns itself with the approach adopted in this new challenge encountered by international law through an analysis of the

\* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye, ORCID: C.Y. 0000-0001-8580-6967

yeni mücadele sırasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Birleşmiş Milletler nezdinde yürütülen politika yapım süreçleri ışığında incelenecektir.

developments observed through the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the policy-making processes of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, the Committee of Ministers of the Council of Europe, and the United Nations.

## Extended Abstract

Climate change emerges as a global problem directly affecting daily life, and its negative consequences will inevitably result in a deterioration of human rights. This reality has led to many attempts that rely on the current human rights mechanisms for coping with the climate crisis, and the relationship between climate change and human rights is becoming more intense with each passing day. Indeed, such mechanisms require states not only to refrain from violating human rights but also to protect these rights by fulfilling their positive obligations. This tripartite research aims to analyze how the relevant international institutions observe the link between climate change and human rights.

The first part of this article draws a general outline of climate change from a human rights-oriented perspective. Climate change is actually expected to worsen the enjoyment of various human rights such as the rights to life, to property, to health, and to food. Human rights lawyers argue that states have certain positive obligations such as taking the necessary measures to adapt to the consequences of climate change in addition to refraining from actions that may increase the effects of climate change. Even though confirming this idea is possible at first glance, this progressive approach still has much to enlighten. Balancing competing rights is also a matter that needs to be resolved, because taking preventive measures against climate change in order to protect human rights on its own may also imply limitations on certain human rights. Moreover, due to climate change being a problem without boundaries, the question of how to allocate responsibility for these measures in order to promote human rights also requires attention.

The second part of this article focuses on the responses the European Council has shown toward climate change's actual and potential negative consequences regarding human rights. In this context, the article examines the respective approaches of the European Court of Human Rights (ECHR), the Parliamentary Assembly of the

Council of Europe, and the Committee of Ministers of the Council of Europe toward this matter. While the ECHR has made no decisions about the issue yet in terms of applications, it does have jurisprudence that might also be relevant in terms of climate change as well. Although the European Convention on Human Rights has no specific article able to be directly linked to climate change, the Court can still act on the matter in cases involving a significant provable disadvantage regarding rights protected by the Convention, such as the right to life or the right to respect for private and family life, home, and correspondence. In addition, policy-making proposals are seen at the parliamentary level, with such initiatives becoming more likely to succeed when considering the fact that public awareness about climate change-related threats is rising.

The third part of this article questions the role of the United Nations (UN) in regard to minimizing the negative effects human-induced global warming has on human rights. The UN has already introduced certain international legal instruments that directly focus on climate change. The UN Framework Convention on Climate Change is a general guide that states the principles for preventing and minimizing the negative consequences of climate change. Additionally, the Twin Covenants (i.e., the UN International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) impose obligations on states to improve the rights and well-being of the individuals in their jurisdiction. In light of such international norms, this section summarizes the means and methods for protecting human rights against climate-related risk and how these are implemented by treaty monitoring organs such as the Human Rights Committee and the UN Human Rights Council.

## Giriş

İklim değişikliği, günümüzde küresel anlamda etki doğuran ve günlük hayatı doğrudan etkileyen bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki insan kaynaklı iklim değişikliğinin ileride yaratması olası olumsuz sonuçların ciddiyeti ve bu sorunların en aza indirgenmesi amacıyla atılması gereken adımlarda karşılaşılan güçlük sebebiyle meselenin “iklim krizi”<sup>1</sup> olarak adlandırıldığına da tanık olunmaktadır. Şüphesiz bu durum insan hakları açısından da pek çok riski barındırmaktadır.

<sup>1</sup> Cambridge Dictionary, <<https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce/climate-crisis>> Erişim Tarihi: 26 Nisan 2022.

Birleşmiş Milletler (“BM”) İnsan Hakları Yüksek Komiseri, iklim değişikliğini “insan hakları için gelmiş geçmiş en büyük tehdit” olarak tanımlamıştır.<sup>2</sup> Gerçekten de iklim değişikliği ile insan haklarının yakın ilişkisi son yıllarda varlığını daha da çok hissettirmeye başlamıştır.<sup>3</sup> Nitekim iklim değişikliğinin sonuçlarının bireylerin insan hakları açısından çeşitli tehditler oluşturması öngörülmektedir.<sup>4</sup> Bu kapsamda örneğin iklim değişikliğinin, dünyanın belirli kısımlarını yaşanamaz hale getirerek olağan yaşam biçimlerinin bozulmasına yol açması ve böylelikle yaşam, özel hayata ve aile hayatına saygı ve mülkiyet hakları gibi pek çok temel hak üzerinde ciddi olumsuz sonuçlara yol açması beklenmektedir.<sup>5</sup>

İlk bakışta, devletlerin insan haklarının korunması yükümlülüğü çerçevesinde, iklim değişikliğinin bu yöndeki etkilerinin artmasına yol açabilecek eylemlerden kaçınmasının yanı sıra iklim değişikliğinin sonuçlarına uyum sağlamaya yönelik gerekli önlemleri alma gibi pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğu söylenebilir.<sup>6</sup> İklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarıyla mücadele kapsamındaki son girişimlerin uluslararası hukuka kazandırdığı Paris Anlaşması’nın başlangıç hükümlerinde antlaşmaya taraf olan devletler açısından öngörülen “iklim değişikliğinin ele alınması için eyleme geçerken insan hakları, sağlık hakkı, yerli halklar, yerel topluluklar, göçmenler, çocuklar, engelli bireyler ve hassas durumdaki kişilerin hakları ve kalkınma hakkının yanı sıra toplumsal cinsiyet eşitliği, kadınların güçlendirilmesi ve kuşaklar arası adalet konularına yönelik sorumluluklarına saygı göstermeleri, bunları teşvik etmeleri ve dikkate almaları”<sup>7</sup> beklentileri de bu yaklaşımı doğrular niteliktedir. İklim değişikliğiyle mücadelenin insan hakları açısından gündeme getirebileceği bir diğer tartışma konusu ise alınan önlemlerin insan hakları üzerinde yaratabileceği olası sınırlamalar açısından çatışan haklar arasında dengenin nasıl korunacağıdır.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> ‘Climate crisis is greatest ever threat to human rights, UN warns’ (UN News, 10 Eylül 2019) <https://news.un.org/en/story/2021/10/1104352> Erişim Tarihi: 26 Nisan 2022.

<sup>3</sup> Jacqueline Peel ve Hari M. Osofsky ‘A Rights Turn in Climate Change Litigation’ (2018) 7(1) *Transnational Environmental Law* 37, 42-43.

<sup>4</sup> Simon Caney ‘Climate Change, Human Rights, and Moral Thresholds’ in Stephen M. Gardiner, Simon Caney, Dale Jamieson and Henry Shue (eds) *Climate Ethics: Essential Readings* (Cambridge University Press, 2010) 166.

<sup>5</sup> The Office of the High Commissioner for Human Rights ‘Understanding Human Rights and Climate Change’ (Submission to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change) 13 Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

<sup>6</sup> Benoit Mayer, *The International Law on Climate Change* (Cambridge University Press, 2018) 77.

<sup>7</sup> Paris Agreement (adopted 12 December 2015, entered into force 4 November 2016), preamble recital 12.

<sup>8</sup> Mayer (n 6) 77.

İklim değişikliğinin insan hakları için bir tehdit oluşturduğu yaygın olarak kabul edilse dahi, insan hakları hukuku, iklim değişikliğinin olumsuz etkilerini hafifletmek için ancak son zamanlarda belirgin bir rol oynamaya başlamıştır. Bu çalışmada iklim değişikliğinin ele alınması için insan hakları hukukunun uluslararası ve uluslararası düzeyde bir araç olarak nasıl kullanıldığına dair genel bir değerlendirme sağlanmasında amaçlanmaktadır. Bu çerçevede öncelikle ilk bölümde, iklim değişikliği ve insan hakları hukuku arasındaki ilişki detaylı bir şekilde irdelenecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM” veya “Mahkeme”) içtihatlarına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (“AİHS” veya “Sözleşme”) iklim değişikliğini ele alma kabiliyetini artırmak için Avrupa Konseyi’nin diğer kurumları tarafından yapılan çalışmalara yer verilecektir. Zira iklim değişikliği kapsamında karşılaşılan insan haklarına ilişkin hususların AİHM’nin mevcut içtihatları ışığında yorumlanması geleceğe yönelik daha belirli çıkarımlarda bulunmayı sağlayabilecektir. Ne de olsa AİHS, insan haklarının korunmasında en kapsamlı güvenceleri sağlayan hukuk kurumlarından biridir. Şüphesiz AİHM hak ve özgürlüklerin korunması açısından içtihatlarıyla geliştirdiği tekniklerle, bu hak ve özgürlüklerin uygulamasında sadece bölgesel değil, aynı zamanda uluslararası anlamda etki doğurabilme potansiyeline sahip bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmanın son bölümünde, BM sistemi içerisinde iklim değişikliğinin ele alınması konusunda insan hakları hukukunun rolünü güçlendiren son gelişmeler değerlendirilecektir. Zira hemen hemen dünyadaki bütün devletlerin taraf olduğu BM, uluslararası hukuk anlamında büyük etki doğurabilecek pek çok yetkiyle donatılmıştır. BM daha önce bu yetkilerin bir kısmını, BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi’nin (“Çerçeve Sözleşme”) hazırlanması ve takip eden süreçte kullanmıştır. Dolayısıyla iklim değişikliğinin insan hakları açısından yarattığı risklerin ele alınmasında da BM organları önemli bir alternatif teşkil etmektedir. Çalışmada bu kapsamda özellikle BM denetim organları ve İnsan Hakları Konseyi bünyesinde yaşanan gelişmeler incelenmektedir.

## I. İklim Değişikliği ve İnsan Hakları Hukuku Arasındaki İlişki

İklim değişikliğinin doğrudan etkileri esasen doğal çevre üzerinde görülüyor olsa da iklim değişikliğinin insanlar üzerinde de ciddi etkileri bulunduğu aşikardır. Deniz

seviyesinin yükselmesi, yüksek sıcaklıklar ve beklenmeyen hava olayları insanların geçim kaynaklarını ve gelirlerini etkilemekte, sağlık problemlerine yol açmakta, hatta bazı coğrafi bölgeleri yaşanamaz hale getirme riski taşımaktadır.<sup>9</sup> Bu risklerin bir kısmının gelecekte yaşanması beklenmekle birlikte, bu tehditlerin kaçınılmazlığını vurgulayan aktivistlerin hem ulusal hem de uluslararası mahkemeler önünde ileri sürdükleri talepler ile iklim değişikliğinin olumsuz etkileri ele alınırken insan hakları odaklı bir yaklaşımın benimsenmesinin son yıllarda yaygınlaştığı görülmektedir.<sup>10</sup>

Gerçekten de insan hakları hukuku, bireylerin ve grupların mahkemeler nezdinde devletlere karşı başvuruda bulunmasını sağlayarak ve ihlal durumlarında etkili çözümler sunarak iklim değişikliğine karşı olan mücadelede etkili bir araç olabilir.<sup>11</sup> Zira Paris Anlaşması gibi uluslararası çevre hukukuna dair antlaşmalar, bir bireyin veya grubun mahkeme nezdinde başvuruda bulunabileceği bir mekanizma sağlamamaktadır. İnsan hakları hukuku çerçevesinde iklim değişikliğini değerlendirmenin başlıca stratejik faydalarından bir tanesi de böyle bir denetim aracının eksikliğinin giderilmesidir. Böylelikle bireylere ve gruplara, Paris Anlaşması gibi uluslararası çevre antlaşmaları kapsamında sahip olamayacakları, seslerini duyurabilecekleri bir forum sağlanabilecektir.<sup>12</sup> Bununla birlikte, insan hakları hukuku paradigması kapsamında iklim değişikliğinin değerlendirilmesi ile ilgili çeşitli zorluklar da bulunmaktadır.

Karşılaşılan ilk engel, insan hakları sözleşmelerinin bireylere ve gruplara uluslararası mahkemelerde dava açmalarına izin vermesine rağmen, başvuru hakkına sahip olduklarını ispatlamalarının genellikle zor olmasıdır. Bunun nedeni başvuru hakkına sahip olduklarını ispatlamalarının genellikle zor olmasıdır. Bunun nedeni başvuru hakkına sahip olduklarını ispatlamalarının genellikle zor olmasıdır. Bunun nedeni başvuru hakkına sahip olduklarını ispatlamalarının genellikle zor olmasıdır. Bunun nedeni başvuru hakkına sahip olduklarını ispatlamalarının genellikle zor olmasıdır.

<sup>9</sup> Stephen Humphreys, 'Introduction: Human Rights and Climate Change' in Stephen Humphreys, (ed), *Human Rights and Climate Change* (Cambridge University Press, 2009) 1, 1; Timo Koivurova, Sebastien Duyck, Leena Heinamäki, 'Climate Change and Human Rights in Erkki J. Hollo, Kati Kulovesi, Michael Mehling (eds) *Climate Change and the Law* (Springer, 2013) 287, 288-89.

<sup>10</sup> Christian Roschmann, 'Climate Change and Human Rights' in Oliver C. Ruppel, Christian Roschmann, Katharina Ruppel-Schlichting (eds), *Climate Change: International Law and Global Governance: Volume I: Legal Responses and Global Responsibility* (Nomos Verlagsgesellschaft mbH 2013) 203, 219-220; Benoit Mayer, 'Climate Change Mitigation as an Obligations under Human Rights Treaties?' (2021) 115(3) *American Journal of International Law* 409, 410; Peel and Osofsky (n 3) 37

<sup>11</sup> Louis J. Kotze, 'Human rights and the environment in the Anthropocene' (2014) 1 (3) *The Anthropocene Review* 252, 261-62; Smita Narula, 'Human Rights and Climate Change' in Karl S. Coplan, Shelby D. Green et al (eds), *Climate Change Law: An Introduction* (Edward Elgar Publishing 2021) 135, 165-66.

<sup>12</sup> Mayer (n 10) 421.

<sup>13</sup> Cordella v. Italy [[GC], no. 54414/13, 24 January 2019] paras. 100-109.

ve ciddi bir şekilde etkilendiklerini gösteren somut deliller sunamaması durumunda, başvuru kabul edilemez bulunabilecektir. AIHM henüz iklim değişikliği bağlamında Sözleşmenin ihlal edildiğini iddia eden herhangi bir başvuruyu karara bağlamamış ve dolayısıyla kabul edilebilirlik meselesini henüz ele almamıştır. Bununla birlikte, konunun ele alınması beklenen başvurular mevcuttur.

Bir diğer zorluk ise sorumluluğun tespitidir. Uluslararası ve bölgesel insan hakları metinlerinde belirtildiği üzere, bir devlet ancak üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu bir bireyin haklarının ihlalden sorumlu tutulabilir. İklim değişikliği bağlamında, zararlar ilgili bir devletin sorumluluğunun doğmasına ilişkin çok sayıda yetki sorunu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, her bir devletin iklim değişikliğine farklı düzeylerde sebep olmasına rağmen, iklim değişikliğinin etkilerinin görülmesine neden olan sera gazı salımına devletlerin etkisinin kümülatif olmasıdır. Bu durum iklim değişikliğinin etkilerinin görülmesine birçok devletin sebep olması nedeniyle belirli bir devletle zarar arasında ilişki kurmanın zor olacağı anlamına gelmektedir.<sup>14</sup> Başvuru konusu davranışın birkaç devlete atfedilebilir olduğu durumlarda, bir devletin iklim değişikliğinin doğurduğu zararlardan sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesi bu açıdan çözümlenmesi gereken ilk tartışmalardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ayrıca, insan hakları hukuku kapsamında sınır ötesi yargı yetkisi de çözümlenmesi gereken bir diğer husustur. İklim değişikliklerinin etkileri ülke sınırlarını aştığı için başvuru, bir devletin sera gazı salımının o devletin sınırları dışında etkilere sebep olması durumunda, bu devleti sera gazı salımından sorumlu tutmak isteyebilirler. Bununla birlikte, uluslararası hukuk ve özellikle de insan hakları hukuku kapsamında yargı yetkisi kural olarak ülkesel yargı yetkisi ile sınırlı olduğundan sınır ötesi zararı kapsamamaktadır.<sup>15</sup> Devletlerin kendi sınır ötesinde gerçekleşse dahi yetki alanları içerisinde gerçekleşen insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir.<sup>16</sup> Lakin bu durumda dahi devlet açısından sorumluluk ilişkisinin kurulması

<sup>14</sup> Vincent Bellinkx et al, 'Addressing Climate Change through International Human Rights Law: From (Extra) Territoriality to Common Concern of Humankind' (2021) 10 *Transnational Environmental Law* 1, 8; Jenny Sandvig, Peter Dawson and Marit Tjelmeland, 'Can the ECHR Encompass the Transnational and Intertemporal Dimensions of Climate Harm?' *EJIL:Talk!* (23 June 2021) <<https://www.ejiltalk.org/can-the-echr-encompass-the-transnational-and-intertemporal-dimensions-of-climate-harm/>> Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

<sup>15</sup> Ottavio Quirico, Jürgen Bröhmer and Marcel Szabo, 'States, Climate Change and Tripartite Human Rights: The Missing Link' in Ottavio Quirico and Mouloud Boumghar (eds) *Climate Change and Human Rights: An International and Comparative Law Perspective* (Routledge, 2016) 7, 23-24; Humphreys, 'In 9) 5-6.

<sup>16</sup> *Al Skeini and Others v. United Kingdom* (no. 55721/07, 7 July 2011). *Loizidou v. Turkey* (no. 15318/89, 23 March 1995) para. 62

genellikle o devletin başka bir devlet dahilindeki kişiler veya topraklar üzerinde “etkili kontrol” uyguladığını göstermeyi gerektirmektedir.<sup>17</sup> Bu yaklaşım teoride bir devletin sera gazı salımının sınır ötesi etkilerinden insan hakları çerçevesinde sorumlu tutulmasını zorlaştırabilecektir.

Bununla birlikte, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen “Çevre ve İnsan Hakları Tavsiye Görüşü”ne bakıldığında, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin sınır aşan çevresel zarar bağlamında “etkili kontrol” testine ilişkin daha farklı bir yaklaşım benimsediği görülmüştür.<sup>18</sup> Mahkeme şu tespitlerde bulunmuştur:

“Sınır aşan zararlarla ilgili olarak, kendi topraklarında meydana gelen olay ile toprakları dışındaki kişilerin insan haklarının etkilenmesi arasında bir nedensellik bağı bulunuyorsa, bu kişiler menşee devletin yargı yetkisi altındadır. Zarara ve bunun sonucunda insan haklarının ihlaline neden olan faaliyetler üzerinde menşee devletin etkili bir kontrole sahip olduğu durumlarda, menşee devletin yargı yetkisi doğmaktadır.”<sup>19</sup>

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yapılan bu tespitte önemli olan, zarardan etkilenen kişiler veya topraklar yerine, devletin zarara neden olan faaliyet üzerinde etkili kontrole sahip olduğu durumlarda sorumlu olabileceğidir. Bu ise, AIHM’nin mevcut içtihadından nispeten farklıdır.<sup>20</sup> Yine de iklim değişikliği çerçevesinde AIHM tarafından da benzer bir yaklaşım benimsenip benimsenmeyeceği mevcut başvuruların karara bağlanması yahut konuya ilişkin bir tavsiye görüşü verilmesi halinde netleşecektir.

Sınır ötesi yargı yetkisi ile ilgili bir diğer zorluk ise çok geniş kapsamlı bir sorumluluk alanına yol açma ihtimalidir. Bir devletin dünyadaki sera gazı salımını artırmasının çok sayıda devleti etkileyebileceği göz önüne alındığında, dünyanın herhangi bir

<sup>17</sup> Ibid paras. 130–42.

<sup>18</sup> IACtHR, “Environment and Human Rights [State Obligations in Relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Rights to Life and to Personal Integrity – Interpretation and Scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights]” (Advisory Opinion, no. OC-23/18, ser. A no. 23, 15 November 2017) <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)> Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

<sup>19</sup> Ibid para. 104(h).

<sup>20</sup> Faria-Tinta Monica, ‘Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and Other Key Underlying Notions’ (2021) 1(3) *Europe des Droits et Libertés* Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

yerinde yerleşik olan bireylerin bu konuda başvuru yapmalarına imkân doğacaktır.<sup>21</sup> Bu durum bir yandan bireylerin taleplerini farklı makamlar önünde ileri sürmelerine olanak sağlayabilecekse de diğer yandan başvurunun değerlendirilmesinde yetkili organın tespitini güçleştirebilecektir.

## II. Avrupa Konseyindeki Gelişmeler

### A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AIHS çevrenin korunması amacıyla tesis edilmiş bir uluslararası metin olmadığından şu anda doğrudan iklim değişikliğiyle ilişkilendirilebilecek bir hak da Sözleşme çerçevesinde güvence altına alınmış değildir. Öte yandan açıkça böyle bir hakkın düzenlenmemiş olması nedeniyle AIHS'nin iklim değişikliğinin insan hakları üzerinde yaratabileceği olumsuz sonuçlara herhangi bir şekilde uygulanamayacağını söylemek isabetli olmayacaktır. Ne de olsa AIHM tarafından *Tyrer Birleşik Krallık'a Karşı* kararında açıklandığı üzere Sözleşme “yaşayan bir metin”dir.<sup>22</sup> Bu doktrine göre, “Sözleşmenin yaşayan bir metin olarak günün koşulları dikkate alınarak” ve Avrupa Konseyi üye devletlerinin maruz kaldığı gelişmeler ve üye devletlerce ortak kabul edilen standartlar göz önünde bulundurularak uygulanması gerekecektir.<sup>23</sup> Bu yaklaşım iklim değişikliğiyle mücadelede AIHS'nin uygulanabilmesi açısından umut vaat etmekteyse de üye devletlerce ortak kabul edilen standartların nasıl netleştirilebileceği aşılması gereken önemli bir sorundur. Yaşanan bilimsel gelişmeler sayesinde iklim değişikliği geleceğe dair bir endişe olmaktan çıkmış ve yaratabileceği riskler aşama aşama öngörülebilir bir tehlike halini almıştır. Avrupa Konseyi üyesi devletler genel olarak iklim değişikliği kaynaklı tehditlere daha duyarlı gözükmemektedirler. Yine de insan hakları çerçevesinde olsa dahi, ortaya konacak yükümlülüklerin kuvvetler ayrılığına saygılı, ikincillik ilkesiyle uyumlu ve yargısal aktivizmden uzak bir şekilde tesis edilmesi önem arz etmektedir.

AIHM'nin bunu yaparken diğer uluslararası antlaşmalardan faydalanması beklenebilir. Ne de olsa AIHM yerleşik içtihadıyla, Sözleşmenin uluslararası antlaşma niteliği sebebiyle uluslararası kamu hukukunun ilgili norm ve ilkeleri doğrultusunda

<sup>21</sup> Sandvig, Dawson and Tjelmeland (n 14).

<sup>22</sup> *Tyrer v. United Kingdom*, [Application no. 5856/72], 1978, para. 31.

<sup>23</sup> Ibid.

uygulanacağını ifade etmiştir.<sup>24</sup> Bu doğrultuda konuya ilişkin diğer uluslararası metinlerden Çerçeve Sözleşme, Paris Anlaşması, Aarhus Sözleşmesi gibi uluslararası antlaşmaların hükümlerinin de somut olaya uygulanabilir oldukları ölçüde dikkate alınması olasıdır. Nitekim sayılanlardan Paris Anlaşması'nın başlangıç hükümlerinde açıkça, iklim değişikliğinin insanlığın ortak bir endişesi olmasına atıfla, devletlerin bu çerçevede eyleme geçilirken insan haklarına saygı göstermeleri, bunları teşvik etmeleri ve dikkate almaları gerektiği hükme bağlanmıştır.

Keza yargıçların hukuken bağlayıcılık taşımayan uluslararası metinler aracılığıyla dahi bir hakka ilişkin korumanın sağlanmasına yönelik politikaların benimsenmesi kararlılığının mevcudiyetine yönelik çıkarımında bulunabildikleri görülmektedir. Bu kapsamda örneğin, *Hatton Birleşik Krallık'a Karşı* başvurusunda başvurunun gece uçuşlarının kendisinin Sözleşmenin 8. maddesinde güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkı ihlali teşkil ettiği iddiası Mahkeme tarafından kabul görmemiştir. Ayrıca dönemin AİHM yargıçlarından Jean-Paul Costa, Georg Ress, Rıza Türmen, Bostjan Zupancic ve Elisabeth Steiner ortak muhalif görüşlerinde, 1972 BM İnsan Çevresi Bildirisi ve AB Temel Haklar Şartı da göz önüne alınarak daha kapsayıcı bir yaklaşım benimsenmesi gerektiğini savunmuşlardır.<sup>25</sup>

Kaldı ki AİHM henüz iklim değişikliğine ilişkin bir karar açıklamamış olsa da çevre ve Sözleşme kapsamındaki haklar arasındaki ilişkiye dair bir içtihat oluşturmuştur. Gerçekten de AİHS kapsamında sağlıklı bir çevre hakkının açıkça yer almaması, AİHM'yi çevre bağlamında Sözleşmenin ihlal edildiğini tespit etmekten alıkoymamıştır. Örneğin, AİHM, tehlikeli endüstriyel faaliyetler olması durumunda Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.<sup>26</sup> Benzer bir şekilde 8. madde ile ilgili olarak, başvurunun evinin kimyasal ya da atık arıtma tesisi yakınında olduğu, bu tesisin başvurunun sağlığı üzerinde kötü etkilerinin olduğu ve başvurunun endüstriyel kirlilikten etkilendiği durum için 8. maddenin ihlal edildiği tespit edilmiştir.<sup>27</sup>

Mahkemenin çevresel kaygıları hakkındaki içtihatlarıyla ilgili dikkate değer olan, AİHS tarafından korunan hakları güvence altına almak için devletlerin pozitif yük-

<sup>24</sup> *Cyprus v Turkey*, [Application no. 25781/94] 2014 para. 23; *Demir and Baykara v. Turkey* [Application no. 34503/97] 2008, para. 65–66.

<sup>25</sup> *Hatton and Others v. The United Kingdom*, [Application no. 36022/97] 2003, Joint Dissenting Opinion of Judges Costa, Ress, Türmen, Zupancic and Steiner, para. 1.

<sup>26</sup> *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, 30 November 2004), para. 94.

<sup>27</sup> *Giacomelli v. Italy* (no. 59909/00, 2 November 2006), para. 77; *Tătar v. Romania* (no. 67021/01, 27 January 2009), para. 87; *Cordella and Others v. Italy* (nos. 54414 and 54264/15, 24 January 2019), para. 157.

kümlülükleri olduğunun Mahkeme tarafından tespit edilmesidir. Hukuki başvurular, bir devletin iklim değişikliğiyle mücadele için gerekli adımları atmakta başarısız olduğunu iddia etme eğiliminde olduğu için, bu durum iklim değişikliği açısından büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte, AİHM içtihadı, çevresel sorunları ele almak için gerekli adımları atarken, “*çevrenin korunması ile ilgili sorunların karmaşıklığının Mahkemenin rolünü temel olarak ikincil hale getirmesi*” sebebiyle devletin geniş takdir yetkisine sahip olduğunu da vurgulamaktadır.<sup>28</sup>

Bu çerçevede AİHM içtihadı iklim değişikliği tarafından tehdit edilebilecek en temel haklardan sırasıyla 8. madde kapsamında korunan özel ve aile hayatına saygı hakkı ve 2. maddede yer alan yaşam hakkı özelindeki içtihatlar incelenmektedir. Bunun ardından AİHM’nin önüne gelen iklim değişikliğine ilişkin son başvurular değerlendirilecek ve mevcut içtihat ışığında yorumlanacaktır.

## 1. İklim Değişikliği ve AİHS Madde 8 İlişkisi

AİHM uygulamasına bakıldığında madde 8 kapsamında bir ihlalin varlığından söz edilmesi için “*çevre kirliliğinin olumsuz etkilerinin belirli bir asgari seviyeye*”<sup>29</sup> ulaşmasının arandığı görülmektedir. Bu değerlendirmede ihlal teşkil ettiği iddia edilen hadisenin yoğunluğu, süresi, ruhsal ve fiziksel etkileri gibi hususların göz önüne alınması gerektiği ifade edilirken, günümüz modern şehirlerinde yaşamının önlenemez sonuçlarının bu kapsamda kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>30</sup>

AİHM genel olarak 8. maddenin dayanak teşkil ettiği başvuruları incelerken kamu otoriteleri tarafından gerçekleştirilen müdahalelerin incelenmesi ile yetinmemiş; sıklıkla devletlerin, bireylerin haklarının korunması için makul önlemleri alması gerektiğinden hareketle meseleyi pozitif yükümlülükler çerçevesinde de değerlendirmiştir. Bu alandaki pozitif yükümlülükler açısından devletin, çevre ve ekonomi politikalarını ilgilendiren karmaşık meselelerde karar almadan evvel oluşabilecek tehlikeleri öngörüp değerlendirme imkânı sağlayacak uygun araştırma ve çalışmaları yürüterek çıkarılan haklar açısından adil bir denge kurması öngörülmüştür.<sup>31</sup> Keza AİHM’nin bir devletin nükleer güç kullanımını nasıl en iyi şekilde düzenleyeceğinin

<sup>28</sup> *Fadeyeva v. Russia* (no. 55723/00, 9 June 2005) para. 105.

<sup>29</sup> *Ibid.* para. 69.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Taşkın and Others v. Turkey*, [Application no. 46117/99] 2004, para. 119.

“*taraf devletin kendi demokratik süreci içerisinde alacağı bir politika kararı*” olduğu<sup>32</sup> tespiti dikkate alındığında, iklim değişikliği çerçevesinde devletlerin atması gereken adımlara dair somut yükümlülüklerin uluslararası bir mahkeme tarafından ortaya konmasının güç olduğu söylenebilmektedir. Çünkü böyle bir durumda egemen devletlerin bunu bir nevi kamu yönetiminin yargı üzerinden yürütülmesi yahut yerindelik denetimi tesis edilmesi olarak değerlendirmesi ihtimali de mevcuttur.

Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli sera gazı salımının devam etmesinin küresel ısınmayı daha da artıracığı ve şiddetli, yaygın, geri döndürülemez etkilere yol açacağı uyarılarında bulunmuştur.<sup>33</sup> Bilimsel verilere dayanan bu tip objektif kabullerin, bir ölçüde AIHM tarafından bir hakkın ihlaline dair çıkarımlarına dayanak teşkil etmesi beklenebilir. Bununla birlikte, AIHM içtihatlarında, çevreye ilişkin meselelerde 8. maddeye dayanılması yaygın olmakla birlikte, çevreye ilişkin her türlü sorunun tek başına söz konusu maddenin ihlaline yol açmayacağı ve maddede güvence altına alınan hakkın doğanın korunması olmaması sebebiyle ancak başvurusunun evinin, ailesinin yahut özel hayatının doğrudan etkilenmesi halinde ihlalden söz edilebileceği belirtilmektedir.<sup>34</sup> Dolayısıyla gelecekteki risklere dair somut verilerin AIHM tarafından “asgari seviye” eşğine erişip erişmediğine ilişkin yapılacak değerlendirmelerin ihlalin varlığına dair kararlarda büyük oranda belirleyici olacağı tahmin edilebilir.

## 2. İklim Değişikliği ve AIHS Madde 2 İlişkisi

AIHM çevre kaynaklı tehlikeleri incelerken yaşam hakkına yönelik bir tehdit bulunması halinde madde 8’e ek olarak 2. madde çerçevesinde de inceleme yapabilmektedir. Yaşam hakkının “*hiyerarşik olarak diğer haklara daha üstün*”<sup>35</sup> görüldüğü de göz önüne alındığında, devletin “*makul önlemler almak yoluyla yaşamın korunması görevinin*”<sup>36</sup> Sözleşmenin en önemli kazanımlarından olduğu söylenebilir. Madde 2 ve madde 8 çerçevesindeki pozitif yükümlülükler büyük oranda örtüşmektedir. AIHM’nin yaşam hakkının korunması için önleyici önlemler alma yükümlülüklerine dair kararlarında

<sup>32</sup> *Athanassoglou and Others v. Switzerland* (Application no. 27644/95) 2000, para. 60.

<sup>33</sup> IPCC, 2021: **Summary for Policymakers. In: Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change** [Masson-Delmotte, V., P. Zhai, A. Pirani, S.L. Connors, C. Péan, S. Berger, N. Caud, Y. Chen, L. Goldfarb, M.I. Gomis, M. Huang, K. Leitzell, E. Lonnoy, J.B.R. Matthews, T.K. Maycock, T. Waterfield, O. Yelekçi, R. Yu, and B. Zhou (eds.)]. Cambridge University Press. In Press, s. 21.

<sup>34</sup> *Fadeyeva v. Russia*, para. 68.

<sup>35</sup> *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, (Application no. 34044/96, 355532/97, 44801/98) 2001, para. 94.

<sup>36</sup> *L.C.B v. the United Kingdom*, (Application no. 14/1997/798/1001) 1998, para. 36.

başvurduğu ve öğretide “Osman Testi” olarak geçen yaklaşımında ilk olarak, “*bir bireyin hayatının başka bir bireyin yasa dışı eylemleri dolayısıyla risk altında olması*”<sup>37</sup> ve “*bu yükümlülüğün yetkililer üzerinde imkânsız bir yük oluşturmaması*”<sup>38</sup> kıstasları dikkate alınmıştır. Öneriyıldız Türkiye’ye Karşı kararıyla çevre kaynaklı zararlar yaşam hakkı ilişkisini ilk kez kuran AİHM<sup>39</sup> daha sonraki içtihatlarında ise doğal afet kaynaklı durumlara ilişkin kararlarda da benzer şekilde pozitif yükümlülüklerin gündeme gelebildiği görülmüştür.<sup>40</sup> Bu doğrultuda örneğin, özellikle iklim değişikliğinin sonucu olarak Güney Avrupa’da etkisini göstermesi beklenen aşırı sıcaklık dalgalarının da benzer iddialara dayanak teşkil etmesi beklenebilir.<sup>41</sup> Ancak iklim değişikliğinin ilk etkilerinin yaşam hakkından ziyade çevreye dair sonuçlar yaratmasının daha olası olması sebebiyle, madde 2 kapsamında bir ihlal kararı çıkmasının büyük oranda madde 8 çerçevesinde yapılacak değerlendirmelerle bağlantılı olması öngörülmektedir.

### III. AİHS Üzerinden İklim Değişikliğinin Yargıya Taşındığı Güncel Örnekler

#### a. Verein KlimaSeniorinnen Schweiz İsviçre’ye Karşı Başvurusu

Halihazırda AİHM önüne gelen başvurulardan en günceli Verein KlimaSeniorinnen Schweiz İsviçre’ye Karşı başvurusudur. Başvuru üyelerinin ortalama yaş grubu 73 olan, küresel ısınmayla mücadele için İsviçre’de kurulmuş bir dernek tarafından gerçekleştirilmiştir. Başvurucular sıcaklığın yükselmesi nedeniyle sağlık durumlarının kötüleştiği ve bu durumun yaşam koşullarını etkileyecek seviyeye ulaştığını ileri sürmüş; hükümetin Paris Antlaşması’yla üstlendiği, küresel ortalama sıcaklık artışının sanayileşme öncesi döneme göre 2 derece altında tutulması hedefine erişmek için yeterli önlemleri almadığını iddia etmiştir.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> *Osman v. the United Kingdom*, [Application no. 87/1997/871/1083] 1998, para. 115-16.

<sup>38</sup> *Ibid*, para. 117.

<sup>39</sup> *Öneriyıldız v. Turkey*, [Application no. 48939/99] 2004, para. 94.

<sup>40</sup> *Budayeva and Others v. Russia* [Application nos. 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02] 2008 para. 129-135; *Kolyadenko and Others v. Russia* [Application nos. 17243/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05] 2012, para. 157-161.

<sup>41</sup> Ole W. Pedersen, ‘The European Convention of Human Rights and Climate Change – Finally!’, 22 Eylül 2020, *EjilTalk* < <https://www.ejiltalk.org/the-european-convention-of-human-rights-and-climate-change-finally/> Erişim Tarihi 21 Nisan 2022.

<sup>42</sup> *Objet de l’affaire et questions - Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres contre la Suisse introduite le 26 Novembre 2020* communiqué le 17 mars 2021, 6 Avril 2021.

İsviçre Yüksek Mahkemesi ise durumun başvuru sahiplerinin madde 2’de ve madde 8’de güvence altına alınan haklarının ihlaline yol açacak seviyede olmadığına hükmetmiş; “potansiyel mağdur” olarak değerlendirilmeleri için de böyle bir olası ihlali ispat edemediklerini belirtmiştir. Son olarak İsviçre Yüksek Mahkemesi, gerek ulusal mevzuatın gerekse AİHS’nin *actio popularis*, yani toplumun yararı gözetilerek açılacak davalarla, hak ve özgürlüklerin korunmasını öngörmediğini belirterek başvuru sahiplerinin şikayetlerine mahkeme yerine ilgili siyasi kuruluşlar aracılığıyla çözüm aramaları gerektiğini ifade etmiştir.<sup>43</sup> Başvuru sahiplerinin konuyu AİHM’ye taşımasının ardından Mahkeme, 17 Mart 2021 tarihinde İsviçre’yi başvuru hakkında bilgilendirerek madde 2 ve 8’e ilişkin pozitif yükümlülüklerin yanı sıra adil yargılanma hakkını güvence altına alan madde 6 ve etkili başvuru hakkına dair madde 13’e ilişkin sorularını yöneltmiştir.<sup>44</sup>

## b. Duarte Agostinho ve Diğerleri Portekiz ve Diğer 32 Ülkeye Karşı Başvurusu

Bir diğer örnek ise Portekiz’de düşük gelirli ailelerle yaşayan yaşları 7 ile 21 arasında değişen 6 Portekizli başvuru sahibinin, her taraf devletin yetkili makamları önünde yargı yolunu tüketmelerinin beklenmesinin orantısız bir yük olacağı gerekçesiyle, doğrudan AİHM’e yönelttikleri *Duarte Agostinho ve Diğerleri Portekiz ve Diğer 32 Ülkeye Karşı* başvurusudur. Başvuru, söz konusu devletlerin Paris Anlaşması’nda kararlaştırılan yükümlülüklerini yerine getirmeyerek başvuru sahiplerinin 2. ve 8. maddelerde güvence altına alınan haklarının yanı sıra 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasasını ihlal ettikleri iddiasına dayanmaktadır.<sup>45</sup>

Başvuruda iklim değişikliği ve taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini ifa etmemesi arasında ilişki kurulurken, özellikle 2017 yılından itibaren Portekiz’de şiddetini artıran orman yangınları örneğinden hareket edilmiş ve söz konusu yangınların başvuru sahiplerinin sağlığı üzerinde olumsuz etkiler yarattığı ileri sürülmüştür. Ayrıca başvuru sahiplerinden ikisi Lizbon’da bulunan evlerinin denize yakın olması sebebiyle aşırı hava koşullarından kaynaklı tehlikelere maruz kaldığını iddia etmiştir. Başvuru sahipleri ayrıca, iklim değişikliğinin esaslı olumsuz etkilerinin gelecekte görülecek olması se-

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> ECHR, ‘Environment and the European Convention on Human Rights’, Factsheet, July 2021, 2.

<sup>45</sup> Objet de l’affaire - Cláudia DUARTE AGOSTINHO et autres contre le Portugal et 32 autres États introduite le 7 septembre 2020, Requête no 39371/20.

bebiyle, devletlerin pozitif yükümlülüklerini gereğince ifa etmeyerek etkileri daha şiddetli hissedecek genç kuşaklar açısından ayrımcılık yasağını da ihlal ettiklerini savunmaktadırlar. Başvurucular bu iddialarını, çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararının temel düşünce olduğu BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile de desteklemektedirler.<sup>46</sup> Başvuru tüm bunların yanı sıra, imzacı devletlerin kendi bölgelerindeki sera gazı salımını azaltmaları, fosil yakıt ihracatını yasaklamaları gibi somut beklentiler de ortaya koyması açısından önemlidir.<sup>47</sup>

Her iki başvuru da AİHM'nin şimdiye dek değinilen içtihadındaki ilkelerin iklim değişikliğine uygulanması açısından önemli birer fırsat olarak görülebilir. Elbette bu davaların önünde büyük bir kabul edilebilirlik sınavı olduğunu da söylemek gerekir. Zira AİHS'nin 34. maddesi uyarınca, sadece Sözleşme'de güvence altına alınan haklardan biri ihlal edilen kimsenin Mahkeme'ye başvurabilmesi öngörülmekte ve mağduriyetin kabulü için zararlar doğrudan ilişki kuran makul ve ikna edici deliller gerekmektedir. İkinci başvuru açısından bunun yanında bir de iç hukuk yollarını tüketme zorunluluğunun yerine getirilmediği değerlendirilmesinde bulunulması ihtimali söz konusudur. Yine de söz konusu başvuruların 16 Numaralı Protokol'ü kabul eden bir devletin yüksek mahkemesi tarafından AİHM'den konuya ilişkin danışma görüşü talep edilmedikçe mevcut sorulara yanıt sağlamaya en yakın girişimler olduğu söylenebilir.

### c. Urgenda Foundation Davası

Bu noktada son olarak AİHM kararı olmasa da AİHS hükümlerinin de etkisini gösterdiği ve son yıllarda iklim değişikliğinin insan hakları açısından yarattığı olumsuz sonuçlara ilişkin yargıya intikal eden davaların belki de en önemlisi *Urgenda Foundation* tarafından Hollanda Yüksek Mahkemesi önüne getirilen davaya da değinmek gerekmektedir. 2013 yılında açılan davada Hollanda Hükümeti'nin karbondioksit salımına ilişkin tavsiye edilen standartlara uyum göstermemesinin Hollanda vatandaşlarının insan haklarını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Mahkeme, hükümetin iklim kriziyle mücadelede öngörülen uluslararası hedeflerden kendisine düşen adil yükümlülüğü karşılamaktan uzak olduğuna dikkat çekerek sera gazı emisyonlarının 2020'ye değin 1990 seviyelerinin %25 altına çekilmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> UN Commission on Human Rights, *Convention on the Rights of the Child*, 7 March 1990, E/CN.4/ RES/1990/74.

<sup>47</sup> Objet de l'affaire - Cláudia DUARTE AGOSTINHO et autres contre le Portugal et 32 autres États introduite le 7 septembre 2020, Requête no 39371/20.

<sup>48</sup> Rajamani L. ve Werksman JD. 'Climate Change' in Lavanya Rajamani ve Jacqueline Peel (eds) *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press 2021) 492, 507.

Hollanda Yüksek Mahkemesi ilgililerin menfaatleri arasındaki benzerliği yeterli görerek AİHS'in 2. ve 8. maddelerinden kaynaklanan pozitif yükümlülükleri de dikkate almış ve böylelikle iklim değişikliğinin yarattığı gerçek ve yakın riskin Sözleşme'deki hükümler çerçevesinde nasıl uygulanabileceğine ilişkin önemli bir örnek ortaya koymuştur.<sup>49</sup> Her ne kadar aynı şekilde başarıya ulaşmasa da benzer bir girişim olan *R (Friends of the Earth Ltd) Heathrow Airport Ltd'a Karşı* davasında da davacılar tarafından Birleşik Krallık'ın Paris Anlaşması'ndan doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği iddiası ileri sürülürken, mevcut durumun AİHS'in 2. ve 8. maddeleriyle de çeliştiği savunulmuştur.<sup>50</sup>

## B. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi

Yukarıda değinildiği üzere, Avrupa Konseyi dahilinde iklim değişikliği ile ilgili insan haklarının uygulanmasının ele alınmasının önündeki en önemli engellerden bir tanesi, AİHS'nin açıkça, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı başta olmak üzere, çevre haklarına ilişkin bir güvence sunmamasıdır. Avrupa Konseyi'ne üye 47 devletin ulusal parlamentolarından gelen 324 parlamenterden oluşan Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi ("AKPM"), iklim değişikliği ile ilgili olarak AİHS'deki boşlukları doldurmak amacıyla etkin bir rol üstlenmektedir. AKPM, Sözleşme kapsamında sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının tanınması için Sözleşmenin değiştirilmesini ya da ek bir protokol kabul edilmesini tavsiye eden birçok karar almıştır.<sup>51</sup> Son olarak, AKPM, "Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkının Tespiti: Avrupa Konseyi Tarafından Güçlendirilmiş Eylem İhtiyacı" adlı ve 2396 sayılı Kararı, 2021 yılının Eylül ayında kabul etmiştir.<sup>52</sup> 2396 sayılı Karar, sağlıklı çevrede yaşama hakkı ile ilgili AİHS'de açık hüküm bulunmamasının, iklim değişikliğinden kaynaklanan günümüzdeki ve gelecekte yaşanacak çevre krizlerinin insan hakları boyutlarının AİHM tarafından kapsamlı bir şekilde ele alınmasını engellendiği anlamına geldiğini ileri sürmektedir.<sup>53</sup> Dolayısıyla, AİHS'ye eklenecek bir protokol ile sağlıklı bir

<sup>49</sup> Supreme Court of the Netherlands, Civil Division, ECLI:NL:HR:2019:2007 sub. 5, <<https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>> Erişim Tarihi: 28 Nisan 2022.

<sup>50</sup> UK Supreme Court, *R (on the application of Friends of the Earth Ltd and others) (Respondents) v Heathrow Airport Ltd (Appellant)*, Judgment, 16/12/2020, para. 113

<sup>51</sup> Recommendation 1613 (adopted 2003) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10403&lang=EN>; Recommendation 1885 (adopted 30 September 2009) Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.

<sup>52</sup> Resolution 2396 (adopted 29 September 2021) <<https://pace.coe.int/pdf/658d3f594762736ba3c0f378798b2c9529cf-4be34aa45a8c38616ecd18fa80c0/resolution%202396.pdf>> Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.

<sup>53</sup> Ibid paras. 12-13.

çevrede yaşama hakkının “açık bir şekilde tanınması” tavsiye edilmiştir.<sup>54</sup> AKPM, “sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı”nın, 32 Avrupa Konseyi üye devleti dahil olmak üzere, dünyadaki ülkelerin yarısı tarafından anayasalarında tanındığını ifade etmiştir.<sup>55</sup> AKPM, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını tanıyan bir ek protokolün kabulü ile ilgili benzer tavsiyeleri 1614 sayılı Karar (2003) ve 1885 sayılı Karar (2009) kapsamında da yapmıştır.<sup>56</sup> Bununla birlikte, Bakanlar Komitesi, kendi görüşünde, bu tavsiyeleri, “*Sözleşme sistemi, halihazırda Sözleşme kapsamında tanınan haklar ve bunların AIHM içtihadı kapsamında gelişim gösteren yorumları ile çevrenin korunmasına zaten dolaylı olarak katkıda bulunmaktadır.*” gerekçesi ile reddetmiş ve böylece ek protokolün kabulüne yeterince ihtiyaç duyulmadığını ifade etmiştir.<sup>57</sup>

AIHS’de sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının açıkça tanınmasının teşvik edilmesine ek olarak AKPM, ayrıca iklim değişikliği ve göç ile ilgili insan hakları sorunlarının artış gösterdiğini kabul etmiştir. 3 Ekim 2019’da alınan 2307 sayılı Karar’da AKPM, iklim değişikliği kaynaklı olarak yaşam alanlarının yaşanamaz hale gelmesi sebebiyle meydana gelecek insan göçleri sonucunda, iklim değişikliğinin “iklim göçü” sorununa sebep olacağını ifade etmiştir. AKPM, Avrupa Konseyi’nin sanayileşmiş ülkelerinin, “*Güney Yarımküre’de bulunan devletler başta olmak üzere, insan kaynaklı iklim değişikliğinden etkilenen devletlere karşı özel bir sorumluluğu olduğunu ve dolayısıyla bu devletlerin iklim göçmenleri için uygun iltica hakkını sağlaması gerektiğini*” kabul etmiştir.<sup>58</sup>

### C. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (“Bakanlar Komitesi”), sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını tanıyan ek bir protokolün kabul edilmesinin gerekli olmadığı görüşüne sahip olmasına rağmen, iklim değişikliğinin insan hakları üzerindeki etkilerini ele alırken Avrupa Konseyi’nin rolünü artıracak adımlar atmaktadır. Örneğin, 2020 yılında Bakanlar Komitesi Gürcistan Dönem Başkanlığı tarafından, ulusal politikalar

<sup>54</sup> Ibid para. 9.

<sup>55</sup> Ibid para. 3.

<sup>56</sup> Recommendation 1613 [adopted 2003] <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10403&lang=EN>; Recommendation 1885 [adopted 30 September 2009] <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17777&lang=en>> Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.

<sup>57</sup> “Reply from the Committee of Ministers adopted at the 869th meeting of the Ministers’ Deputies (21 January 2004)”, Doc no. 10041 [24 January 2004] para. 4 < <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10403&lang=EN> > Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.

<sup>58</sup> Resolution 2307 [adopted 3 October 2019] para. 5.4 < <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28239&lang=en> > Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.

için fikirler geliştirmek amacıyla, insan hakları ve çevre krizleri arasındaki ilişkiyi tartışmak ve konuyu ele almak üzere üst düzey bir Çevre Koruma ve İnsan Hakları Konferansı düzenlemiştir.<sup>59</sup> Ayrıca, 2020 yılında Bakanlar Komitesi Gürcistan ve Yunanistan Dönem Başkanlıkları tarafından, iklim değişikliği sebebiyle ortaya çıkan insan hakları tehditlerini ifade eden “İnsan Hakları ve Çevre Hakkında Ortak Beyan” kabul edilmiş ve “*Avrupa Konseyi metinlerinin bu alandaki potansiyelinin daha fazla değerlendirilmesi ve ilk adım olarak, Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmek üzere, bağlayıcı olmayan bir belge taslağı hazırlaması amacıyla İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi’ne çağrıda bulunulmasına*” karar verilmiştir.<sup>60</sup>

### III. Birleşmiş Milletlerdeki Gelişmeler

Konuyu BM bünyesinde yürütülen süreçler açısından ele almak gerekirse şüphesiz Çerçeve Sözleşme ile başlamak gerekecektir. İlk taslağı 1992 Rio Dünya Zirvesi’nde sunulan ve 1994’te yürürlüğe giren Çerçeve Sözleşmeye şu ana dek 194 devlet taraf olmuştur.<sup>61</sup> İklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarının önlenmesi veya en aza indirgenmesi için başvurulacak yöntemlere dair genel bir kılavuz niteliğinde olan Çerçeve Sözleşme ile genel ilkeler tespit edilmiş ve daha sonra oluşturulan yasal mekanizmalar için gerekli altyapı oluşturulmuştur.<sup>62</sup> Bu sayede AIHM başvurularında da referans alınan Paris Anlaşması, iklim değişikliğiyle mücadelede önemli bir araç olarak uluslararası topluma kazandırılmıştır. Türkiye’nin de yakın geçmişte taraf olduğu Paris Anlaşması, her ne kadar doğrudan insan haklarını temeline alan bir uluslararası metin olmasa da gerek sera gazı salımının azaltılması yoluyla insan kaynaklı küresel ısınmanın en aza indirgenmesi gerekse iklim değişikliğine adaptasyona yönelik hükümlere yer vermesi sebebiyle, bu alanda yaşanabilecek ihlallerinin önlenmesi aracılığıyla evrensel anlamda insan haklarının korunmasına hizmet edebilecek önemli bir uluslararası hukuk enstrümanıdır.

<sup>59</sup> “Final Declaration by the Georgian Presidency of the Committee of Ministers: Environmental Protection and Human Rights, High-Level Conference organised under the aegis of the Georgian Presidency of the Committee of Ministers”, 27 February 2020 < <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/final-declaration-by-the-presidency-of-the-committee-of-ministers> > Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.

<sup>60</sup> Joint Declaration on Human Rights and the Environment by the Outgoing and Incoming Presidencies of the Committee of Ministers (adopted 15 May 2020) <[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016809e59f9](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016809e59f9)> Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.

<sup>61</sup> UNFCCC, Parties <<https://unfccc.int/process/parties-non-party-stakeholders/parties-convention-and-observer-states>> Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

<sup>62</sup> Rajamani and Werksman (n 36) 498.

Elbette BM üzerinden iklim değişikliğiyle mücadele ve insan hakları ilişkisi kurulurken göz önünde bulundurulacak yegâne metinler bu sayılanlar değildir. Devletlerin kendi egemenlik alanlarında bireylerin haklarının ve refahının iyileştirilmesi yönünde yükümlülükleri bulunduğu kabulü İkiz Sözleşmeler olarak da bilinen BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (“MSHS”) ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeleri’nde de yansıma bulmuştur.<sup>63</sup>

BM nezdinde gözlemlenen son girişimlerden biri İrlanda ve Nijer tarafından BM Güvenlik Konseyi’ne sunulan iklim değişikliğiyle alakalı güvenlik riskleriyle mücadelede BM Güvenlik Konseyi’nden faydalanılmasını öngören tasarıdır. Bu tasarı, BM Güvenlik Konseyi üyelerinin 12 olumlu oyuna rağmen, 1 çekimser oy ve biri daimî üye olan Rusya’nın veto hakkına dayanan oyu olmak üzere 2 ret oyuyla reddedilmiştir.<sup>64</sup> Tasarıya karşı çıkan Hindistan gerekçe olarak özetle, iklim değişikliğinin güvenlikle ilişkilendirilmesi yaklaşımının hatalı olduğunu ve Çerçeve Sözleşme bünyesindeki çalışmalara devam edilmesi gerektiğini belirtirken; Rusya temsilcisi uluslararası toplumun halihazırda meselenin çözümüne ilişkin farklı yaklaşımları benimsediğini ifade etmiştir.<sup>65</sup> Tasarıyı sunan İrlanda ve Nijer temsilcileri tarafından iklim değişikliğiyle mücadelede BM Güvenlik Konseyi’nin sahip olduğu yetkilerden faydalanılması fırsatının reddedilmesi eleştirilirken COVID-19 çerçevesinde benzer bir kararın alındığı hatırlatılmıştır.<sup>66</sup> Buna rağmen tasarinın 113 BM üyesi devletin desteğini aldığı göz önünde bulundurulduğunda gelecekte de benzer girişimlerle karşılaşılmasının olası olduğu söylenebilir.<sup>67</sup>

Bütün bunlar iklim değişikliğinin insan hakları üzerinde yaratabileceği olası olumsuz sonuçların BM’de de yansıma bulduğunu gösteren önemli örneklerdir. Henüz BM Güvenlik Konseyi tarafından alınmış bağlayıcı bir karar bulunmasa dahi BM Genel Kurulu bünyesinde insanlığın iklim değişikliğinden korunmasına yönelik

<sup>63</sup> Mayer (n 6) 171.

<sup>64</sup> United Nations, ‘Security Council Fails to Adopt Resolution Integrating Climate-Related Security Risk into Conflict-Prevention Strategies’ (**United Nations Meeting Coverage**, 13 December 2021) <<https://www.un.org/press/en/2021/sc14732.doc.htm>> Erişim Tarihi: 26 Nisan 2022.

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Florian Krampe ‘Russia’s ‘nyet’ does not mean climate security is off the Security Council agenda’ **Stockholm International Peace Research Institute** <<https://www.sipri.org/commentary/expert-comment/2021/russias-nyet-does-not-mean-climate-security-security-council-agenda>> Erişim Tarihi: 26 Nisan 2022.

alınan kararlarla<sup>68</sup> küresel çözüm çabaları teşvik edilebilecektir. Keza BM Çölleşme ile Mücadele Sözleşmesi kapsamında yürütülen Büyük Yeşil Duvar<sup>69</sup> gibi projeler de iklim değişikliğinin farklı alanlardaki olumsuz etkilerini azaltmak yahut adaptasyonu sağlamak suretiyle bu alandaki insan haklarının korunmasına katkı sağlayabilecektir. Lakin çalışmanın amacı doğrultusunda burada BM insan hakları belgeleri kapsamından korunan haklar ile iklim değişikliği arasındaki ilişkinin kurulmasında BM organlarının kaydettiği son ilerlemeler incelenecek ve bu çerçevede BM sözleşme denetim organları ile İnsan Hakları Konseyi ele alınacaktır.

## A. Birleşmiş Milletler Sözleşme Denetim Organları

Çeşitli BM insan hakları sözleşmelerinin denetim organları, bugüne kadar iklim değişikliği ve insan hakları ile ilgili olarak çok sayıda bildiri sunmuş ve aynı zamanda genel yorumlar gibi diğer sözleşme araçlarıyla iklim değişikliğini ele almaya başlamıştır. Bu bölümde sırasıyla Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (“İHK”), Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi ve BM Çocuk Hakları Komitesi’nin konuya ilişkin kararları incelenecektir.

### 1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

MSHS ile uyumluluğu denetlemekten sorumlu sözleşme organı olan İHK, 2019 yılında, yaşama hakkı ile ilgili olarak 36 sayılı Genel Yorumu yayımlamıştır.<sup>70</sup> Bu genel yorumda, İHK, “çevre tahribatı, iklim değişikliği ve sürdürülemez kalkınmanın, mevcut ve gelecek nesillerin yaşam hakkına yönelik en acil ve ciddi tehditlerden olduğunu” açıkça kabul etmiştir.<sup>71</sup> Buna göre devletlerin MSHS’nin 6. maddesi kapsamında yaşamı koruma ile ilgili tedbirler almasına dair pozitif yükümlülükleri,

<sup>68</sup> UN General Assembly, *Protection of global climate for present and future generations of humankind: resolution / adopted by the General Assembly*, 18 February 2014, A/RES/68/212; UN General Assembly, *Protection of global climate for present and future generations of humankind : resolution / adopted by the General Assembly*, 12 March 2013, A/RES/67/210.

<sup>69</sup> United Nations Convention to Combat Desertification, Great Green Wall Initiative, <<https://www.unccd.int/actions/great-green-wall-initiative>> Erişim Tarihi: 26 Nisan 2022.

<sup>70</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No. 36, 3 September 2019, UN Doc CCPR/C/GC/36 <<http://docs-tore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsrdB0H1l59779VGGb%2bWPAXh-NI9e0rX3cJlmWwe%2fGBLmVrGmT010n6KBQgqmxPNljrLLdefuuQjJN19BgOr%2fS93rKPWbCbgoJ4dRgDoh%2fX-gwn>> Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

<sup>71</sup> Ibid para. 62

“temel çevre standartlarını geliştirme ve uygulama” için gerekli adımları atmayı da içermektedir.<sup>72</sup>

Keza 2019 yılında İHK, Cabo Verde İlk Raporuna İlişkin Sonuç Gözlemlerinde “iklim değişikliği” kavramına ilk defa atıfta bulunmuştur.<sup>73</sup> Raporda, Cabo Verde’nin “iklim değişikliğine karşı özellikle savunmasız” halde bulunan bir ada devleti olduğu belirtilerek,<sup>74</sup> 36 sayılı Genel Yorumu uygun olarak iklim değişikliğinin olumsuz etkilerini ele alan çalışmaların devletler tarafından artırılması ile ilgili tavsiyede bulunulmuştur.<sup>75</sup> Daha güncel bir kararında ise İHK, Avustralya’nın iklim değişikliğinin olumsuz etkileriyle mücadelede yeterli önlemleri almamasının Torres Boğazı Adaları sakinlerinin MSHS madde 17’de yer alan mahremiyet hakkı ile madde 27’de düzenlenen azınlıkların korunması yükümlülüğünün ihlaline yol açtığı tespitinde bulunmuştur.<sup>76</sup>

İHK, iklim göçü ve iklim göçmenleri meselelerini ele alma görevini de üstlenmiştir. *Teitiota/Yeni Zelanda* kararında, İHK ilk defa, bireyleri iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinden dolayı hayatlarının tehlike altında olacağı bir yere zorla geri döndürmenin MSHS’nin 6. maddesi uyarınca yaşam hakkını ihlal edebileceğini kabul etmiştir.<sup>77</sup> Kiribati vatandaşı olan başvuru, Kiribati’deki durum MSHS’nin 6. maddesini ihlal etmek için İHK tarafından belirlenen yüksek eşiği aşmadığından, bu başvurusunda sonuç elde edememesine rağmen, ilgili karar İHK’nın iklim değişikliği ile MSHS kapsamında korunan haklar arasındaki ilişki hakkındaki görüşlerinin ilerleme gösterdiğinin bir başka örneğini teşkil etmektedir. Bu kapsamda iklim değişikliği küçük ada devletlerinin varlığını tehlikeye sokmaya devam ettiği sürece, devletlerin gelecekte artacağı tahmin edilen iltica taleplerini değerlendirirken iklim değişikliğinin etkilerini gözetmesi gerektiği kabul edilmektedir.

<sup>72</sup> Ibid.

<sup>73</sup> See UN HRC, Concluding Observations on the Initial Report of Cabo Verde, 7 November 2019, UN Doc CCPR/C/CPV/CO/1/Add.1, paras. 17-18 [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/\\_CPV/CCPR\\_C\\_CPV\\_CO\\_1\\_Add-1\\_38627\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/_CPV/CCPR_C_CPV_CO_1_Add-1_38627_E.pdf). Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

<sup>74</sup> Ibid para. 17.

<sup>75</sup> Ibid para. 18.

<sup>76</sup> UN Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5 [4] of the Optional Protocol, concerning communication, 22 September 2022, UN Doc CCPR/C/135/D/3624/2019, para. 8.12-13.

<sup>77</sup> *Teitiota v. New Zealand*, 23 September 2020, UN Doc CCPR/C/127/D/2728/2016 [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f127%2fd%2f2728%2f2016&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f127%2fd%2f2728%2f2016&Lang=en). Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

## 2. Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi

İklim değişikliğinin etkileriyle ilgilenen ikinci bir sözleşme organı Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (“CEDAW”) ile uyumluluğun denetiminden sorumlu olan Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi’dir. Yakın zamanda yayımlanan “İklim Değişikliği Bağlamında Afet Riskini Azaltmanın Cinsiyetle İlgili Boyutları Hakkında 37 sayılı Genel Tavsiye”<sup>78</sup> metninde, CEDAW Komitesi iklim değişikliğinin kadınlar için erkeklere göre daha büyük risk ve yükümlülük anlamına geldiğini ileri sürmüş<sup>79</sup> ve iklim değişikliğinin kadınlar üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmak için taraf devletlere CEDAW kapsamındaki olumlu yükümlülüklerini yerine getirmek üzere çeşitli tedbirler alma tavsiyesinde bulunmuştur.<sup>80</sup>

## 3. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi

İklim değişikliğinin etkilerinin gelecekte daha şiddetli olacağı beklentisi dikkate alındığında bu alandaki risklerin özellikle gelecek kuşakların insan hakları açısından daha da ciddi bir tehdit yarattığı aşikardır. Bu çerçevede BM Çocuk Hakları Komitesi’nin meseleye yaklaşımına da değinmek gerekmektedir. BM Çocuk Hakları Komitesi 11 Ekim 2021 tarihinde, on altı çocuk başvuru tarafından Çocuk Hakları Sözleşmesinin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokolü kapsamında beş ülke (Arjantin, Brezilya, Fransa, Almanya ve Türkiye) aleyhinde yapılan başvurular hakkında kararını yayımlamıştır.<sup>81</sup> Komite’nin kararı, ilk defa bir uluslararası insan hakları organı tarafından Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye taraf bir devletin hem kendi ülkesi dahilinde hem de haricinde çocukların hakları üzerinde karbon salımının olumsuz etkilerinden sorumlu tutulabileceğini belirttiği için büyük önem arz etmektedir. Komite, en nihayetinde iç hukuk yolları tüketilmediği için bu başvuruyu kabul edilebilir bulmasa dahi, kararda “*salım yapan devletler, kendi ülkesinden kaynaklanan emisyonun çocukların hakları üzerindeki olumsuz etkilerinden, ilgili çocuklar yurt dışında yerleşik olsalar dahi sorumludurlar. İklim değişikliğinin nedenlerinin kolektif oluşu, bir devletin sorumlulu-*

<sup>78</sup> CEDAW Committee, “General Recommendation No. 37 on Gender-Related Dimensions of Disaster Risk Reduction in the Context of Climate Change”, 7 February 2018, UN Doc CEDAW/C/GC/37.

<sup>79</sup> Ibid para. 2.

<sup>80</sup> Ibid paras. 31, 36, 38, 40, 42, 46, 51, 54, 57, 60, 64, 68, 72, 78 and 81.

<sup>81</sup> Karara takip eden linkten erişilebilir: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1351&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1351&Lang=en). Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

*ğunu ortadan kaldırmamaktadır.”* tespitine yer verilmiştir.<sup>82</sup> Komite’nin kararı, devletleri karbon salımının olumsuz etkilerini ele almaması sebebiyle sorumlu tutmasının yanı sıra bu yükümlülüklerin sınır aşan şekilde uygulaması esasını da benimsemesi sebebiyle olumlu bir adım olarak değerlendirilebilir.<sup>83</sup>

## B. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi

İklim değişikliğinin insan hakları üzerindeki etkisine ilişkin BM sistemi içerisindeki gelişmeler incelenirken göz önüne alınması gereken bir diğer kurum ise şüphesiz BM İnsan Hakları Konseyi’dir. BM İnsan Hakları Konseyi 8 Ekim 2021 tarihinde 48/13 sayılı Karar ile temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevreye sahip olmak evrensel bir insan hakkı olarak tanımıştır.<sup>84</sup> Aynı tarihte İnsan Hakları Konseyi, İklim Değişikliği Bağlamında İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Özel Raportörü görevini tesis eden 48/14 sayılı Kararı da kabul etmiştir.<sup>85</sup> Komite, BM üyesi devletleri temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir çevre hakkının korunmasında iş birliği yapmaya çağırmıştır. 48/13 sayılı Karar bağlayıcı olmasa dahi çevresel krizleri ve iklim değişikliğini daha koordine bir şekilde ele alma çabalarını destekleyecek güçlü siyasi taahhütler içermesi açısından büyük önem taşımaktadır. Kararın kabul edilmesi, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının, BM Genel Kurul kararı ya da Avrupa Konseyi dahil olmak üzere bölgesel düzeyde bir karar ile, yasal olarak bağlayıcı bir şekilde tanınması amacıyla yapılan çalışmaların artırılması için önemli bir yöntem olarak görülmektedir.<sup>86</sup> Karar iklim değişikliği başta olmak üzere çevreyi tehdit eden sorunlarla mücadelede devlet ve şirketlerin gerekli ve yeterli önlemleri almalarını sağlamada da bir araç olarak kullanılabilir. Bu doğrultuda, BM İnsan Hakları ve Çevre Raportörü de sera gazı salımının azaltılması ile iklim değişikliğinin sonuçlarına uyum çerçevesinde gerçek-

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> Aoife Nolan, ‘Children’s Rights and Climate Change at the UN Committee on the Rights of the Child: Pragmatism and Principle in *Sacchi v. Argentina*’ *EJIL:Talk!* [20 October 2021] < <https://www.ejiltalk.org/childrens-rights-and-climate-change-at-the-un-committee-on-the-rights-of-the-child-pragmatism-and-principle-in-sacchi-v-argentina/> > Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

<sup>84</sup> Resolution 48/13, 18 October 2021, UN Doc. A/HRC/Res/48/13 <https://undocs.org/A/HRC/RES/48/13>. Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

<sup>85</sup> Resolution 48/13, 18 October 2021, UN Doc. A/HRC/Res/48/13 <https://undocs.org/A/HRC/RES/48/13>. Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

<sup>86</sup> Annalisa Savaresi, ‘The UN HRC Recognizes the Right to a Healthy Environment and Appoints a New Special Rapporteur on Human Rights and Climate Change. What Does It All Mean?’ *EJIL:Talk!* [12 October 2021] < <https://www.ejiltalk.org/the-un-hrc-recognizes-the-right-to-a-healthy-environment-and-appoints-a-new-special-rapporteur-on-human-rights-and-climate-change-what-does-it-all-mean/> > Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

leştirilen düzenlemeleri değerlendirip en iyi uygulamaları tespit ederek, iklim değişikliğinin insan hakları üzerindeki olumsuz etkileriyle nasıl mücadele edilmesi gerektiği yönündeki politika yapım süreçlerini etkileyebilecektir. Ayrıca, hukukun sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını açıkça tanımadığı devletlerde bile iklim değişikliği ile ilgili başvuru sayılarında ulusal düzeyde bir artış eğilimi bulunmaktadır. Başvurucular, bu devletlerdeki yerel mahkemeler nezdinde genellikle argümanlarını desteklemek için bağlayıcı niteliği olmayan uluslararası hukuk araçlarına atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla, 48/13 sayılı Karar büyük olasılıkla bu tür davalarda başvurularda yardımcı olacaktır.<sup>87</sup>

## Sonuç

İnsan haklarının her geçen gün genişleyen kapsamı ile hak ve özgürlüklerin korunmasına gösterilen hassasiyetteki artışın iklim değişikliğiyle mücadeleyi de etkilediği söylenebilir. İklim değişikliğinin etkilerinin günlük hayatta doğrudan hissedildiği şu dönemde bu ilişkinin daha yoğun bir şekilde gözlemlenmesi şaşırtıcı değildir. Şayet bu olumsuz sonuçların en aza indirgenmesine yönelik yeterli özveri gösterilmezse bugün yeterince yakın bir tehlike yaratıp yaratmadığı tartışılan meseleler, yarın insan haklarının güvence altına alınmasındaki büyük engeller olarak karşımıza çıkabilir. BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri iklim değişikliğinin insan hakları için ciddi bir tehdit oluşturduğunu iddia etmekte haklı bulunmaktadır. İklim değişikliğinin olumsuz sonuçları hem yaşamları hem de geçim kaynaklarını etkilemekte ve bu etkilerin azaltılması için hem ulusal hem de uluslararası çalışmalar gerekmektedir. Bu çalışmada belirtildiği üzere, insan hakları hukuku, iklim değişikliğinin etkilerini ele almada önemli bir role sahip olabilir. BM sistemindeki son gelişmeler ve Mahkeme nezdinde beklemede olan başvurular, insan hakları hukukunun gelecekte iklim değişikliğini ele almak için aktivistler tarafından giderek daha fazla kullanılan bir araç haline gelmeye hazır olduğunu ve kuşkusuz bu alanda başka gelişmelerin yaşanacağını da göstermektedir. Zira AİHS her ne kadar insan haklarının etkin korunmasında önemli bir yer tutsa da gerçekçi çıkarımlarda bulunabilmek için AİHM'nin her soruna çözüm yaratabilecek sihirli bir araç olmadığını unutmamak gerekir. Buna rağmen AİHM ve BM nezdinde yürütülen çalışmalar çözümün bir parçası olması açısından ümit vericidir. Önümüzdeki dönem, bu alandaki yargı kararlarının artması ve yürürlüğe

<sup>87</sup> Ibid.

konan projelerin çıktılarının gözlemlenebilir olması sebebiyle daha detaylı incelemeler yapılmasına olanak sağlayabilecek; şüphesiz bu durum sadece iklim değişikliğiyle mücadeleyle değil aynı zamanda insan hakları uygulamasına da önemli katkı sağlayacaktır.

## Kaynakça

- Benoit M. ‘Climate Change Mitigation as an Obligations under Human Rights Treaties?’ (2021) 115(3) *American Journal of International Law* 409-451.
- Benoit M. *The International. Law on Climate Change* (Cambridge University Press 2018).
- Caney S. ‘Climate Change, Human Rights, and Moral Thresholds’ in Stephen M. Gardiner, Simon Caney, Dale Jamieson ve Henry Shue (edr) *Climate Ethics: Essential Readings* (Cambridge University Press 2010) 163- 177.
- Humphreys S. ‘Introduction: Human Rights and Climate Change’ in Stephen Humphreys, (ed), *Human Rights and Climate Change* (Cambridge University Press, 2009) 1-35.
- Feria-Tinta M. ‘Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and Other Key Underlying Notions’ (2021) 1(3) *Europe des Droits et Libertés* 52-71 <<https://www.europedeslibertes.eu/article/climate-change-litigation-in-the-european-court-of-human-rights-causation-imminence-and-other-key-underlying-notions/>> Erişim Tarihi 21 Nisan 2022.
- IPCC ‘Summary for Policymakers’ iç Masson-Delmotte, V., P. Zhai, A. Pirani, S.L. Connors, C. Péan, S. Berger,
- N. Caud, Y. Chen, L. Goldfarb, M.I. Gomis, M. Huang, K. Leitzell, E. Lonnoy, J.B.R. Matthews, T.K. Maycock, T. Waterfield, O. Yelekçi, R. Yu, and B. Zhou (edr) *Climate Change 2021: The Physical Science Basis* (Working Group I Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change 2021).
- Koivurova T, Duyck S, Heinamaki L. ‘Climate Change and Human Rights in Erkki J. Hollo, Kati Kulovesi, Michael Mehling (eds) *Climate Change and the Law* (Springer, 2013) 287-328.
- Kotze LJ, ‘Human rights and the environment in the Anthropocene’ (2014) 1 (3) *The Anthropocene Review* 252-275.
- Krampe F. ‘Russia’s ‘nyet’ does not mean climate security is off the Security Council agenda’ Stockholm International Peace Research Institute <<https://www.sipri.org/commentary/expert-comment/2021/russias-nyet-does-not-mean-climate-security-security-council-agenda>> Erişim Tarihi: 17 Aralık 2021.
- Nolan A. ‘Children’s Rights and Climate Change at the UN Committee on the Rights of the Child: Pragmatism and Principle in *Sacchi v. Argentina*’ 20 Ekim 2021, *EJIL:Talk!*

- <<https://www.ejiltalk.org/childrens-rights-and-climate-change-at-the-un-committee-on-the-rights-of-the-child-pragmatism-and-principle-in-sacchi-v-argentina/>> Erişim Tarihi 21 Nisan 2022.
- Pedersen OW. ‘The European Convention of Human Rights and Climate Change – Finally!’, 22 Eylül 2020, *EJILTalk* < <https://www.ejiltalk.org/the-european-convention-of-human-rights-and-climate-change-finally/>> Erişim Tarihi 21 Nisan 2022.
- Peel J. ve Osofsky HM. ‘A Rights Turn in Climate Change Litigation?’ (2018) 7(1) *Transnational Environmental Law* 37-67.
- Rajamani L. ve Werksman JD. ‘Climate Change’ iç Lavanya Rajamani ve Jacqueline Peel (edr) *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press 2021) 492-512.
- Roschmann C, ‘Climate Change and Human Rights’ in Oliver C. Ruppel, Christian Roschmann, Katharina Ruppel-Schlichting (eds), *Climate Change: International Law and Global Governance: Volume I: Legal Responses and Global Responsibility* (Nomos Verlagsgesellschaft mbH 2013) 203-242.
- Sandvig J, Dawson P ve Tjelmeland M. ‘Can the ECHR Encompass the Transnational and Intertemporal Dimensions of Climate Harm?’ (23 Haziran 2021) *EJIL:Talk!* <<https://www.ejiltalk.org/can-the-echr-encompass-the-transnational-and-intertemporal-dimensions-of-climate-harm/>> Erişim Tarihi 21 Nisan 2022.
- Savaresi A. ‘The UN HRC Recognizes the Right to a Healthy Environment and Appoints a New Special Rapporteur on Human Rights and Climate Change. What Does it All Mean?’ 12 Ekim 2021, *EJILtalk* < <https://www.ejiltalk.org/the-un-hrc-recognizes-the-right-to-a-healthy-environment-and-appoints-a-new-special-rapporteur-on-human-rights-and-climate-change-what-does-it-all-mean/>> Erişim Tarihi 21 Nisan 2022.
- Narula S. ‘Human Rights and Climate Change’ in Karl S. Coplan, Shelby D. Green et al (eds), *Climate Change Law: An Introduction* (Edward Elgar Publishing, 2021) 135-170.
- Quirico O, Bröhmer J and Szabo M. ‘States, Climate Change and Tripartite Human Rights: The Missing Link’ in Ottavio Quirico and Mouloud Boumghar (eds) *Climate Change and Human Rights: An International and Comparative Law Perspective* (Routledge, 2016) 7-38.
- The Office of the High Commissioner for Human Rights, *Understanding Human Rights and Climate Change* (Submission to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change 2015).

Vincent Bellinkx et al, 'Addressing Climate Change through International Human Rights Law: From (Extra) Territoriality to Common Concern of Humankind' (2021) 10 *Transnational Environmental Law* 1-25.

### **Uluslararası Antlaşmalar, Karar ve Açıklamalar / Treaties, Resolutions And Statements**

'Climate crisis is greatest ever threat to human rights, UN warns', *The Guardian* (10 September 2019) <https://news.un.org/en/story/2021/10/1104352>.

CEDAW Committee, "General Recommendation No. 37 on Gender-Related Dimensions of Disaster Risk Reduction in the Context of Climate Change", 7 February 2018, UN Doc CEDAW/C/GC/37.

The decision may be accessed here: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1351&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1351&Lang=en).

Drafting and Additional Protocol to the European Convention on Human Rights Concerning the Right to a Healthy Environment, Reply to Recommendation, Doc 12298, 19 June 2010, s. 2, para. 9, <https://pace.coe.int/pdf/c5fad497c76ebe5bdd3077f831b0d-2cf42c375a5367f3fe5c98e085c077326d/doc.%2012298.pdf>, erişim tarihi: 17/12/2021.

ECHR, 'Environment and the European Convention on Human Rights', Factsheet, July 2021.

"Final Declaration by the Georgian Presidency of the Committee of Ministers: Environmental Protection and Human Rights, High-Level Conference organised under the aegis of the Georgian Presidency of the Committee of Ministers", 27 February 2020 <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/final-declaration-by-the-presidency-of-the-committee-of-ministers>.

Joint Declaration on Human Rights and the Environment by the Outgoing and Incoming Presidencies of the Committee of Ministers (adopted 15 May 2020) [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016809c59f9](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016809c59f9).

Objet de l'affaire - Cláudia DUARTE AGOSTINHO et autres contre le Portugal et 32 autres États introduite le 7 septembre 2020, Requête no 39371/20.

Objet de l'affaire et questions - Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres contre la Suisse introduite le 26 Novembre 2020 communiquée le 17 mars 2021, 6 Avril 2021

Recommendation 1613 (adopted 2003) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10403&lang=EN>

Recommendation 1885 (adopted 30 September 2009) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17777&lang=en>.

Resolution 2396 (adopted 29 September 2021) [https://pace.coe.int/pdf/ala2a7f0cde9d-4423de566e20335\\_704d29cf4be34aa45a8c38616ecd18fa80c0/resolution%202396.pdf](https://pace.coe.int/pdf/ala2a7f0cde9d-4423de566e20335_704d29cf4be34aa45a8c38616ecd18fa80c0/resolution%202396.pdf).

Recommendation 1613 (adopted 2003) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10403&lang=EN>;

Recommendation 1885 (adopted 30 September 2009) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17777&lang=en>.

“Reply from the Committee of Ministers adopted at the 869<sup>th</sup> meeting of the Ministers’ Deputies (21 January 2004)”, Doc no. 10041 (24 January 2004) para. 4 <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10403&lang=EN>.

Resolution 2307 (adopted 3 October 2019) para. 5.4 <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28239&lang=en>.

Resolution 48/13, 18 October 2021, UN Doc. A/HRC/Res/48/13 <https://undocs.org/A/HRC/RES/48/13>. Resolution 48/14, 5 October 2021, UN Doc. A/HRC/48/L.23/Rev.1 <https://undocs.org/a/hrc/48/L.23/rev.1>.

*Teitiota v. New Zealand*, 23 September 2020, UN Doc CCPR/C/127/D/2728/2016 [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f127%2fD%2f2728%2f2016&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f127%2fD%2f2728%2f2016&Lang=en).

UN Commission on Human Rights, *Convention on the Rights of the Child*, 7 March 1990, E/CN.4/RES/1990/74.

United Nations Convention to Combat Desertification, Great Green Wall Initiative, <https://www.unccd.int/actions/great-green-wall-initiative> Erişim Tarihi: 17.12.2021.

UNFCCC, <https://unfccc.int/process/parties-non-party-stakeholders/parties-convention-and-observer-states> Erişim Tarihi 17.12.2021.

UN HRC, Concluding Observations on the Initial Report of Cabo Verde, 7 November 2019, UN Doc CCPR/C/CPV/CO/1/Add.1, paras. 17-18 <https://tbinternet.ohchr>.

org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/CPV/ CCPR\_C\_CPV\_CO\_1\_Add-1\_38627\_E.pdf.

UN Human Rights Committee, General Comment No. 36, 3 September 2019, UN Doc CCPR/C/GC/36 [http:// docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsrdB0H115979OVGB%2bWPAXhNI9e0rX3cJImWwe%2fGBLmVrGmT01On6KBQ](http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsrdB0H115979OVGB%2bWPAXhNI9e0rX3cJImWwe%2fGBLmVrGmT01On6KBQ)

gqmxPNiJrLLdefuuQjN19BgOr%2fS93rKPW bCbgoJ4dRgDoh%2fXgwn.

UN Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication, 22 September 2022, UN Doc CCPR/C/135/D/3624/2019.

United Nations General Assembly, The human right to a clean, healthy and sustainable environment, A/HRC/ RES/48/13

UN General Assembly, *Protection of global climate for present and future generations of humankind : resolution/ adopted by the General Assembly*, 18 February 2014, A/RES/68/212;

UN General Assembly, *Protection of global climate for present and future generations of humankind : resolution/ adopted by the General Assembly*, 12 March 2013, A/RES/67/210.

United Nations, Security Council Fails to Adopt Resolution Integrating Climate-Related Security Risk into Conflict-Prevention Strategies, Meeting Coverage, <https://www.un.org/press/en/2021/sc14732.doc.htm> Erişim Tarihi: 17.12.2021.

## Mahkeme Kararları

*Al Skeini and Others v. United Kingdom* (no. 55721/07, 7 July 2011).

*Athanassoglou and Others v. Switzerland* App no. 27644/95 (ECtHR, 6 April 2000).

*Budayeva and Others v Russia* App nos. 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02 (ECtHR, 20 March 2008).

*Cordella v. Italy* ([GC], no. 54414/13, 24 January 2019)

*Cyprus v Turkey* App no 25781/94 (ECtHR, 10 May 2021).

*Demir and Baykara v Turkey* App no. 34503/97 (ECtHR, 12 November 2008).

*Fadeyeva v Russia* App no 55723/00 (ECtHR, 9 June 2005).

*Hatton and Others v the United Kingdom* App no 36022/97 (ECtHR, 8 July 2003).

*Kolyadenko and Others v. Russia* App nos 17243/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05 (ECtHR, 28 February 2012).

*L.C.B v. the United Kingdom* App no 14/1997/798/1001 (ECtHR, 9 June 1998).

*Loizidou v. Turkey* (no. 15318/89, 23 March 1995)

*Osman v. the United Kingdom* App no 87/1997/871/1083 (ECtHR, 28 October 1998).

*Öneryıldız v. Turkey* App no 48939/99 (ECtHR 30 November 2004).

*R (on the application of Friends of the Earth Ltd and others v Heathrow Airport Ltd* (2020) UKSC 2020/0042.

*State of the Netherlands v Urgenda Foundation* (2019) Supreme Court of the Netherlands, Civil Division ECLI:NL:HR:2019:2007 <<https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>> Erişim Tarihi: 17 Aralık 2021.

*Streletz, Kessler and Krenz v Germany* App nos 34044/96, 355532/97, 44801/98 (ECtHR 22 March 2001).

*Taşkın and Others v Turkey* App no 46117/99 (ECtHR, 10 November 2004).

*Tyrrer v United Kingdom* App no 5856/72 (ECtHR, 25 April 1978).



(23. Makale – 2021)

**Prof. Dr. Berdal ARAL**

*Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Açısından  
Keşmir'in Hindistan'dan 'Ayrılma Hakkı'\**

---

\* Medeniyet Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2021, Cilt: 6, Sayı: 2, s. 52-72.



# ULUSLARARASI HUKUK VE İNSAN HAKLARI AÇISINDAN KEŞMİR'İN HİNDİSTAN'DAN “AYRILMA HAKKI”

Kashmir's 'Right of Secession' from India through the Lens of  
International Law and Human Rights



**Berdal ARAL\***

## Öz

Bu çalışmada, öncelikle, İngiliz sömürge yönetiminin çekilmesi sürecinde Keşmir'in Hindistan'a bağlanmasına giden sürecin, hukuken 'sorunlu' olduğu ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, nüfusun büyük çoğunluğunu Müslümanların oluşturduğu Keşmir halkının, farklı bağlamlarda farklı anlamlara gelen self-determinasyon hakkının, ayrılma hakkına cevaz veren üç bağlamı içinde de Hindistan'dan ayrılma hakkına sahip olduğu iddia edilmektedir. Birincisi, Keşmir, Hindistan tarafından 1947'de işgal altına alınmadan önce, çok uzun bir süre İngiliz sömürge yönetimi altında bulunmuştur. İkincisi, askerî işgal altındaki halklar self-determinasyon hakkı çerçevesinde ayrılma hakkına sahiptirler. Son olarak, Soğuk Savaş sonrasında zuhur eden 'son çare olarak ayrılma hakkı' çerçevesinde, bir 'halk' olma niteliğini haiz azınlıkların da mütemadiyen sınırları içinde yaşadığı devletin aşagılmasına maruz bırakılmaları, sistematik bir ayrımcılığın mağduru olmaları ve kendilerine yönelik olarak insanlığı

## Abstract

This study begins with the assertion that the incorporation of Kashmir into India in the course of the termination of Britain's colonial rule of India in 1947 is legally problematic. It argues that, among a host of different meanings and repercussions, the three contexts of the right of self-determination allowing separation are applicable to the, mostly Muslim, people of Kashmir. First, the people of Kashmir had long been subjected to British colonial rule prior to Indian occupation in 1947. Decolonization of a people from colonial domination was the first meaning of the right of self-determination during the Cold War. Second, people under military occupation similarly enjoy the right of separation based on self-determination. Finally, as emerged after the Cold War and based on the doctrine of 'remedial secession', a minority which also constitutes a 'people', enjoys the right of secession in case of continuous harassment, systematic discrimination and subjection to

\* Prof. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, berdal.aral@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6736-5237.

karşı suçların işlenmesi hâlinde, ayrılma hakkına sahiptirler. Her üç bağlamın da Keşmir için uygulanabilir olması itibarıyla, burada yaşayan halkın, uluslararası hukuk ile insan haklarının kesişim noktasında olan self-determinasyon hakkı çerçevesinde Hindistan'dan ayrılma hakkı vardır.

crimes against humanity at the hands of an oppressive state. All of these conditions prevail in the case of the people of Kashmir who are entitled to the right of separation from India by virtue of the right of self-determination which lies at the crossroads of international law and human rights.

## Giriş

Hindistan'ın 1947'de bağımsızlık kazanmasıyla birlikte, halkın büyük çoğunluğunun Müslüman olduğu Keşmir Hindistan'ın işgaline uğramış ve böylece bölge Hindistan'ın denetimine girmiştir. Hindistan ve Pakistan, Keşmir nedeniyle birçok kez savaşmışlardır. Bugün de Keşmir, Hindistan ve Pakistan arasındaki başta gelen uyumsuzluk konularından birisidir.

1947'de coğrafi olarak parçalanmış tarihî Keşmir topraklarının toplam yüzölçümü 222 bin kilometrekaredir. Bugün uluslararası uyumsuzluk konusu olan ve burada yaşayan Müslümanların onlarca yıldır 'işgalci' olarak gördüğü Hindistan'ın denetiminde olan Keşmir toprakları, Cammu ve Keşmir ve (Müslüman nüfusun çok az olduğu) Ladak, 101,500 kilometrekaredir. Buna karşılık, tarihî Keşmir'in 86,000 kilometrekaresi Pakistan'ın, 37,500 kilometrekaresi ise Çin'in elinde bulunmaktadır. Bu toprakların çevresinde, bugün, Hindistan, Pakistan, Çin ve Afganistan bulunmaktadır.<sup>1</sup>

Özellikle Keşmirliğin demografik yapısını anlama açısından meseleye biraz daha yakından bakmakta yarar vardır. Tarihî Keşmir'in batı ve kuzeybatı hattı bugün Pakistan'ın denetimi altında olup, buralar 'Azad Keşmir' ve 'Gilgit-Baltistan' olarak bilinmektedir. Azad Keşmir'in nüfusu 4 milyondan biraz fazladır; buna karşılık, Gilgit-Baltistan'ın nüfusu 2 milyon kadardır. Her iki bölgede yaşayan halk, hemen hemen bütünüyle Müslümandır. Bu iki bölge Birleşmiş Milletler (BM) tarafından "Pakistan idaresindeki Keşmir" olarak tanımlanmaktadır.<sup>2</sup> Keşmir'in orta ve güney hattını oluşturan 'Cammu ve Keşmir' ile Ladak bölgesi, Hindistan'ın elindedir.

<sup>1</sup> Bu rakamlar farklı kaynaklara bakılarak elde edilmiştir: Robert C. Mayfield, "A Geographic Study of the Kashmir Issue." *Geographical Review*, cilt: 45, sayı: 2, 1955, 181-196; William Kirk ve Rais Akhtar, "Jammu and Kashmir". *Encyclopedia Britannica*, 31 Ekim. 2019; "World Population", 2020, <http://www.populationu.com/in/jammu-and-kashmir-population>

<sup>2</sup> Bakınız, örneğin "Update of the Situation of Human Rights in Indian-Administered Kashmir and Pakistan-Administered Kashmir from May 2018 to April 2019" (PDF). [8 Temmuz 2019]. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, [https://www.ohchr.org/Documents/Countries/IN/KashmirUpdateReport\\_8July2019.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Countries/IN/KashmirUpdateReport_8July2019.pdf)

Uluslararası literatürde *Keşmir Sorunu* olarak bilinen konu, hususiyetle Hindistan idaresindeki bu ‘Cammu ve Keşmir’ bölgesine ilişkin olarak, daha 1947’den itibaren, burasının Hint askerlerince işgal edilmesi nedeniyle patlak vermiş olan bir sorundur. Literatürde, Hint idaresindeki bu topraklar ‘Keşmir’ olarak isimlendirilmekte olup, bu çalışmada da ‘Keşmir’ ve ‘Keşmir Sorunu’ ifadeleri Hindistan’ın denetiminde ‘Cammu ve Keşmir’ olarak isimlendirilen topraklar için kullanılacaktır.

Keşmir dilinin (Keşmiri) Kuzey Hindistan bölgesinin en eski topluluklarından olan Pisachalar’ın konuştuğu Shina dilinden neşet ettiği anlaşılmaktadır. Keşmiri’nin yazımında 6. yüzyıldan itibaren yaklaşık altı yüzyıl boyunca Şarada alfabesi kullanılmıştır. Daha sonra bölgede hâkimiyet kuran Hindu ve Müslüman devletler döneminde bu dil Hintçe, Arapça ve Farsça’nın etkisi altında kalmış. Müslüman devletlerin hâkimiyeti döneminde burada kullanılan alfabe, Arap alfabesi olmuştur. Bugün de Keşmirliлер Keşmiriyi Arap alfabesi ile yazmaktadırlar (Şahbaz, 2019: 157). Keşmir’deki Müslümanlar bu bölgenin yerli halkı olup birçok farklı etnik grubun karışımından oluşmuştur. Keşmirliлерin Müslüman kimlikleriyle de pekişen güçlü bir aidiyet bilinci vardır. Keşmirli Müslümanlar hem dilsel hem etnik hem de dinî açıdan Hindistan’daki çoğunluktan farklı özellikler sergilemektedirler. Bu topluluk farklı kimlik dokusunu ve toplumsal özelliklerini koruma ve Hindistan’dan ayrı bir siyasî statü içinde bulunma kararlılığını bölgenin Hindistan’ın egemenliğine girdiği 1947’den bu yana her fırsatta ortaya koymuştur (Şahbaz, 2019: 158-180). Nitekim bir Hint gazetesinin 2007 yılında Keşmir’in başkenti olan Srinagar’da yaşayan Müslümanlarla yaptığı bir ankette, ankete katılanların yüzde 90’ı Hindistan’dan bağımsız olmak istediklerini ifade etmişlerdir (Reuters Staff, 2007). Bütün bunlar Hindistan denetimi altındaki Keşmir bölgesinde yaşayan ve aşağıda ifade edildiği üzere, burada önemli bir çoğunluk oluşturan Müslümanların self-determinasyon hakkına sahibiyet anlamında bir ‘halk’ teşkil ettiğini ortaya koymaktadır.

Hindistan’ın 2011 yılında yapmış olduğu nüfus sayımına göre, Keşmir’de toplam nüfus 12,5 milyon civarında olup, bunun yüzde 68,5’i Müslümandır. Başka bir deyişle, Hindistan’ın denetimi altındaki Keşmir’de 8,5-9 milyon kadar Müslüman yaşamaktadır. Öte yandan, yine tarihî Keşmir toprakları içinde olan doğu ve kuzeydoğu hattı, bugün Çin’in işgali altındadır. Bu topraklar ‘Aksay Çin’ ve ‘Karakurum’ olarak bilinmektedir. Her iki bölgede de yerleşik olan sürekli bir nüfus yoktur. Belirtilmesi gereken bir başka husus ise, Azad Keşmir’de ve Pakistan’da, Hint denetimindeki

Keşmir'den kaçan 1,5 milyon kadar mültecinin yaşadığıdır (Jammu and Kashmir Official Portal, 2020).

Hindistan ile Pakistan'ın Keşmir Sorununa ilişkin görüş ve yaklaşımlarını uzlaştırmak pek mümkün görünmemektedir. Pakistan'a göre, Hindistan'ın elinde bulunan Keşmir'de yaşayan halkın çoğunluğunun Müslüman olması ve bu bölgenin Pakistan'a olan yakınlığı nedeniyle, Keşmir'de egemenlik hakkı Pakistan'a ait olmalıdır. Bu ülkeye göre, güney Asya'da Müslüman toplulukların Hindu hâkimiyetine maruz kalmadan yaşayabilecekleri tek ülke, Pakistan'dır (Heymann, 2003: 160). Yine, Pakistan'a göre, Hindistan, BM'nin Hindistan idaresindeki Keşmir'e ilişkin olarak almış olduğu ve bölgede plebisit yapılmasını öngören kararlarına uymadığı için, uluslararası hukuk karşısında sorumludur (Heymann, 2003: 160). Hindistan'a göre ise hem Hint yönetimi hem de Pakistan yönetimi altında bulunan tarihî Keşmir topraklarında yapılması öngörülen plebisitin gerçekleştirilebilmesi için, Pakistan, bu konuda önkoşul niteliğinde olan, tarihî Keşmir'in 'işgal etmiş olduğu' kısımlarından askerlerini çekmesini öngören BM kararlarına uymamıştır. Dahası, Hindistan'a göre, Pakistan'la imza etmiş olduğu ve iki ülke arasındaki ilişkileri normalleştirmeyi amaçlayan 1972 tarihli Simla Anlaşması'yla birlikte, kendisinin BM'nin plebisite ilişkin kararlarına uyma yükümlülüğü ortadan kalkmıştır (Heymann, 2003: 162-163).

Pakistan ile Hindistan arasında önemli bir uyuşmazlık konusu olan Keşmir'e ilişkin olarak uluslararası hukuk bağlamında açıklığa kavuşturulması gereken başlıca hususlar şunlardır: Keşmir'in statüsü; Keşmir halkının iradesi; bölgedeki vahim düzeydeki insan hakları ihlalleri; BM'nin bu bölgeye ilişkin kararları (Khan, 2015: 156). Bu makalede, bu iki devletin konuya ilişkin yaklaşımı ne olursa olsun, Keşmir halkının self-determinasyon hakkına dayanarak Hindistan'dan ayrılma ve böylece, isterse egemen bir devlet olma, isterse de Pakistan'a katılma hakkına sahip olduğu ileri sürülmektedir.

Bu makalede, bu iddianın ne ölçüde geçerli olduğunu ortaya koymak için, Hindistan'ın idaresi altındaki Keşmir'in Hindistan'dan ayrılma hakkı hem konuya ilişkin BM kararları hem de Keşmir'deki Müslümanların self-determinasyon hakkı çerçevesinde tahlil edilmektedir. Öncelikle, bu çalışmada, Keşmir'in 1947 yılında Hindistan'ın eline geçme sürecinin uluslararası hukuk açısından 'sorunlu' olduğu ileri sürülmektedir. Tarihî gerçeklerin ışığı altında, Hindistan'ın bugün bölgede plebisit yapma yükümlülüğü ile karşı karşıya olduğu ifade edilmektedir. Bu çalışmada, daha

sonra, (Hint idaresi altındaki) Keşmirliilerin, toprakları işgal altında olan bir ‘halk’ olarak, self-determinasyon hakkına dayanarak ileri sürebilecekleri başlıca haklar ele alınmaktadır. Bunun ardından, ortada hiçbir BM kararı olmasaydı dahi, Keşmirliilerin yine de ‘son çare’ olarak (*remedial secession*) Hindistan’dan ayrılma hakkına sahip olacağı, şu dört gerekçe ile ortaya konmaya çalışılmaktadır: birincisi, Keşmir’de onlarca yıldır Müslüman halka yönelik olarak Hint yetkililerce işlenen vahim düzeyde insan hakları ihlallerinin varlığı; ikincisi, yine Keşmirliileri hedef alan ‘insanlığa karşı suçlar’; üçüncüsü, Keşmirliilerin rutin olarak maruz kaldıkları kolektif inkâr, dışlanma, sistematik ayrımcılık ve son yıllarda Hindistan’ın bölgenin özerk statüsünün kaldırılmasıyla sonuçlanan adımları; son olarak, Keşmirliilerin Hint devletinin idaresi altında ve Hindu çoğunlukla birlikte *barış içinde yaşamaya* şansının hemen hemen bütünüyle ortadan kalkmış olması. Bütün bu nedenlerle, bu makalenin Sonuç bölümünden önce, BM Güvenlik Konseyi’nin hangi gerekçeyle ve nasıl bir bağlam içinde Keşmirliilerin Hindistan’dan ayrılmasına imkân verecek kararlar alabileceği hususu üzerinde durulmaktadır.

Başta belirtmek gerekir ki, Keşmir halkının maruz kaldığı insan hakları ihlalleri ve yaşadığı siyasî mağduriyetler, yalnızca Hindistan işgali altındaki Cammu-Keşmir bölgesiyle sınırlı değildir: Pakistan’ın kontrolünde bulunan Azad Keşmir bölgesinde yaşayan Keşmirliilere ilişkin olarak da bir kısım insan hakları kısıtlamaları ve siyasî baskılar vardır. BM’nin 1948’ten itibaren almış olduğu kararlara bakıldığında, Azad Keşmir’in ne egemen bir devlet ne de Pakistan’ın bir parçası olduğu görülecektir. Burası, Hindistan-Pakistan arasındaki 1949 ateşkes anlaşması çerçevesinde, belli yetkilere sahip ‘muhtar bir bölge’ olarak tanımlanabilir.

İnsan Hakları İzleme Örgütü’nün 2006 yılında hazırlamış olduğu bir raporda, Azad Keşmir’de yaşanan insan hakları sorunlarına dikkat çekilmiştir. Bu raporda konuya ilişkin şu türden tespitler vardır: Hukuken belli bir muhtariyete sahip olmasına rağmen, *filiyatta* Azad Keşmir’in yeterince ‘özerk’ olduğunu ileri sürmek pek mümkün değildir, çünkü bu bölgede, idarî, askerî ve istihbarî olarak tamamen Pakistan hâkim konumdadır. Azad Keşmir’de yaşayan halka yönelik olarak Pakistan’ın genel tavrı, demokrasi ve insan hakları açısından eleştiriye açıktır. Daha somut olarak ifade etmek gerekirse, Azad Keşmir’de şu tür insan hakları ihlallerinin ve anti-demokratik uygulamaların mevcut olduğu görülmektedir: bölge halkını hedef alan siyasî baskılar, ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar, keyfi gözetimler, örgütlenme hakkına ve siyasî faaliyetlere ilişkin kısıtlamalar ve hatta yaygın

olmasa da kimi zaman görülen işkence vakaları. Dahası, Azad Keşmir'de, Keşmir'in Pakistan'a katılmasına karşı çıkan ve bunun yerine Keşmir'in bağımsızlığını savunan kişi ve gruplara yönelik olarak da ciddi bir baskı olduğu görülmektedir (Human Rights Watch, 2006: 6-7).

Ne var ki, Azad Keşmir'in durumu ile Hindistan yönetimindeki 'Cammu ve Keşmir'i (kısaca 'Keşmir') aynı potaya koymak mümkün değildir. Bir kez, Azad Keşmir'de yaşayan Keşmirli Müslümanların büyük çoğunluğu Pakistan'ın buradaki denetimini bir 'işgal' olarak görmemektedir. İkincisi, bu bölgedeki insan hakları ihlallerinin vahametini Hindistan idaresindeki Keşmir'le kıyaslamak kabil değildir. İkincisindeki şartlar çok ağır olup, mesele, bir halkın self-determinasyon hakkı temelinde kolektif özgürlük mücadelesi niteliğindedir. Üçüncüsü, Azad Keşmir'de yaşanan insan hakları ihlalleri Pakistan'ın bütününde mevcut olan ihlallerden niteliksel olarak pek farklı değildir. Oysa Hindistan, bu ülkedeki diğer bölgelerle kıyas edilemeyecek düzeyde, Keşmir'e yönelik olarak çok ağır baskılarda ve insan hakları ihlallerinde bulunmaktadır.

## I. Keşmir'in Uluslararası Hukuka Aykırı Biçimde 1947'de Hindistan'ın Denetimine Girmesi

BM'nin kurulmasıyla birlikte, sömürge yönetimi altında yaşayan halkların self-determinasyon ilkesi çerçevesinde bağımsızlık kazanması gerektiği, uluslararası toplum içinde giderek yaygınlık kazanan bir görüş hâline geldi. Nitekim Hindistan'da İngiliz sömürge yönetiminin sonuna gelindiği 1947 yılında, Hint Müslümanları içinde ayrı bir devlet kurma arayışının güç kazanması nedeniyle, uzun yıllar İngilizlerin hâkimiyeti altında kalan Hindistan'a ait toprakların Hindistan ve Pakistan arasında paylaşılması, İngiliz yönetimince en iyi çözüm olarak düşünülmüştür. Bu husus 1947'de İngiliz parlamentosunca kabul edilen Hindistan Bağımsızlık Yasası'nda açıkça ifade edilmiştir. (Indian Independence Act, 1947). Hem İngilizlerin önerisi hem de Müslüman ve Hindu liderliğin ortak kabulü çerçevesinde, Hindistan'daki yüzlerce eyaletin Hindistan'a mı, yoksa Pakistan'a mı katılacağı hususunun, ilke olarak, bu eyaletlerde hâkim olan dinî çoğunluğun iradesine göre belirlenmesine karar verilmiştir. Bu dönemde Keşmir'de yaşayan halkın yüzde 77'si Müslüman olduğu, buradaki Müslüman halkın büyük çoğunluğu Pakistan'a bağlanmak istediği ve o nedenle de

Keşmir'in Pakistan'a katılması gerektiği hâlde, burasını uzun bir süredir yönetmekte olan Mihrace Harisingh, iradesini bu yönde kullanmaktan kaçınmıştır. Bunun üzerine, Keşmir'de Pakistan yanlısı bir isyan patlak vermiştir. Ardından, Pakistan'dan bölgeye intikal eden silahlı milis güçler bölgenin bir kısmını ele geçirmişlerdir. Hem dışarıdan gelen milis güçleri hem de bölgede yaşayan isyancı güçler karşısında kendisine bağlı güçlerin geri çekilmek zorunda kaldığı Mihrace, bu noktadan sonra, bu ülkeye (Hindistan'a) doğrudan egemenlik devrinde bulunmayı istememekle birlikte, yardım için yönünü Hindistan'a çevirmiştir. Hindistan ise, isyancı güçlere karşı Mihrace Harisingh'e askerî destek vermek için, öncelikle bu bölgenin Hindistan'a katılımına ilişkin bir anlaşmanın yapılmasını şart koşmuştur. Önünde başka hiçbir seçenek kalmadığını düşünen Mihrace, Keşmir'in Hindistan'a katılımına ilişkin anlaşmayı 26 Ekim 1947'de imzalamak durumunda kalmıştır (Instrument of Accession of Jammu and Kashmir State, 1947). Burada vurgulanması gereken önemli bir nokta, Mihrace'nin Keşmir'e ilişkin böyle bir anlaşmayı imzalamaya Hindistan tarafından icbar edilmiş olmasıdır.

Hindistan, Mihrace Harisingh ile imzaladığı katılım anlaşmasının, Keşmir'e yönelik egemenlik iddiaları açısından ona gerekli 'yasal' zemini sağladığını düşünmekteydi. Hindistan'ın Keşmir'e gönderdiği çok sayıda asker, Pakistan'dan gelen silahlı milis güçlerin başkent Srinagar'a doğru ilerleyişini durdurması ve bir kısım toprakları onlardan geri alması, bu ülkenin kendi haklılığına ilişkin görüşünü daha da güçlendirmiştir, (Westcott, 2020: 4).

Oysa Keşmir'in Hindistan'a katılımına ilişkin anlaşmanın hukuken geçerli olduğunu ileri sürmek pek kolay değildir. Bunun nedeni, Mihrace Harisingh'in Keşmir'in Hindistan'a katılımını öngören anlaşmayı baskı altında imzalamış olmasıdır. BM Kurucu Antlaşması'nın 2(4.) maddesine göre, devletler, uluslararası ilişkilerinde askerî güce ve askerî güç tehdidine başvurmazlar, (Charter of the United Nations, 1945). Dahası, hem İkinci Dünya Savaşı sonrasında şekillenen yapılageliş kuralları, hem de 1969'da imzalanan Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 51. ve 52. maddeleri, devletlerin askerî güç kullanımından ya da güç kullanım tehdidinden kaynaklanan anlaşmaların hükümsüz sayılmasını öngörmektedir, (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969). Bu bağlamda, 'dayatma' sonucu yapılan anlaşmaların hukuken geçersiz olduğunu ifade etmek gerekir. İkincisi, bu anlaşma, o bölgede yaşayan Müslüman halkın Pakistan'a bağlanma (ya da en azından bağımsız olma) yönündeki talep ve beklentilerine tamamiyle ters düşmekteydi. İlk kez BM Kurucu Antlaşması

çerçevesinde uluslararası hukuk alanına intikal eden self-determinasyon ilkesi, ayrılma hakkı ekseninde, bir bölgede yaşayan halkın çoğunluğunun iradesini esas aldığından, Keşmir'e ilişkin Hindistan'a egemenlik devrinin yasallığı, halkın bu yöndeki istekliliğine bağlıydı. Halkın iradesi bunun tam tersi yönde olduğundan, Mihrace Harisingh'in kendi başına Keşmir'i Hindistan'a bağlama yetkisi yoktu. Üçüncüsü, bunun bir 'uluslararası anlaşma' olduğu da şüphelidir, çünkü bu anlaşma yapıldığı sırada ne Keşmir ayrı bir devletti ne de Mihrace Harisingh bir devlet başkanıydı. O nedenle, söz konusu 'anlaşma'nın bağlayıcı olduğunu ileri sürmek pek mümkün görünmemektedir. İşte bu üç nokta, uluslararası hukuk açısından bu 'katılımı' kuşkulu hâle getirmektedir.

Bu katılım anlaşması çerçevesinde Keşmir'e geniş bir muhtariyet (özerklik) verilmiş, bölge halkının kendi temsilcilerini doğrudan seçebileceği öngörülmüş, Hindistan'ın buradaki yetkileri savunma ve dışışleri gibi mahdut konularla sınırlanmış ve burasının Hindistan'a bütünüyle asimile edilmesinin söz konusu olmayacağı ifade edilmiştir. Nitekim Hindistan Anayasası'nın 370. maddesi de (2019 yılında kısmen tadil edilene dek), bu hususları bir anayasa hükmü olarak kabul etmiştir. Bu madde, kısa bir süre öncesine dek, Hindistan ile Hint yönetimi altındaki Keşmir arasındaki tek irtibat noktası olmuştur (Khan, 2015: 145). Bölgenin ayrı bir statü altına konmuş olması ve geniş bir muhtariyete sahip olması, Keşmir'in Müslüman ahalisinin Hindistan tarafından bir 'halk' olarak kabul edildiğinin açık göstergeleri olmuştur. 2019 yılında Keşmir'in özel statüsünün kaldırılmış olması, uluslararası hukuka göre bu topluluğun bir 'halk' olma niteliğini ortadan kaldıramaz. Başka bir deyişle, olağanüstü bir sosyolojik ve siyasi dönüşüme uğramadığı sürece, 'halk' olmak için gerekli hususiyetlere sahip olan bir insan topluluğunun bu sıfatı, bir başkasınca keyfi olarak ortadan kaldırılamaz. Üstelik yukarıda sözü edilen BM kararları, Keşmirlileri 'halk' olarak kabul etmişken, Hindistan'ın tek taraflı olarak onların bu statüsünü âdeta yok sayması, bir uluslararası hukuk ihlâlidir.

## II. Hindistan'ın 1947'de Ele Geçirdiği Keşmir'de Plebisit Yapma Yükümlülüğü

Hem ayrılma hakkını da içerebilecek self-determinasyon hakkının kullanımı konusunda BM döneminde plebisitlere sıkça başvurulmuş olması, hem de aşağıda incelenecek olan Keşmir'e ilişkin BM Güvenlik Konseyi kararları çerçevesinde, Hindis-

tan'ın, Keşmir'in Hindistan'dan ayrılmasına yol açabilecek bir plebisit yapılmasına izin verme yükümlülüğü altında olduğu ileri sürülebilir. Keşmir'in Hindistan'a katılım anlaşması 'yasal' bir belge olarak kabul edilse bile, Mihrace ile Hindistan hükümeti arasında imzalanan bu anlaşma ile, söz konusu anlaşmanın Britanya tarafından kabul edildiğine ilişkin mektup (Text of Lord Mountbatten 's letter, 1947) birlikte mütalaa edildiğinde, Cammu ve Keşmir'de asayişin yeniden tesisi ve işgalci güçlerin bölgeden çıkarılması sonrasında, bu bölgenin geleceğinin, burada yaşayan halkın tercihlerine göre şekillenmesi gerektiği sonucuna varılabilir.

31 Aralık 1947'de Keşmir sorununu BM Güvenlik Konseyi'ne getirdiğinde, Hindistan hükümetinin Konsey'e hitaben yazmış olduğu mektupta, şu ifadeler yer verilmiştir:

Hint Hükümeti, Hindistan'ın, bu eyaletin karşı karşıya kaldığı yakın tehlikeyi, siyasi menfaat elde etmek amacıyla suiistimal ettiğine ilişkin herhangi bir suçlamayla karşı karşıya kalmamak için, bu eyaletin işgalciden kurtulması ve normal şartların yeniden tesisi sonrasında, tam bir tarafsızlığı temin amacıyla, buradaki halkın, uluslararası gözetim altında olabilecek, genel kabul görmüş olan demokratik plebisit ya da referandum yöntemiyle, kendi geleceğine özgürce karar verebileceğini ilân etmiştir<sup>3</sup> (Government of India's letter to the Security Council, 1947).

BM Güvenlik Konseyi, 1948 yılında, Keşmir'e ilişkin olarak 47 sayılı kararı (S/726, 1948) kabul etmiştir. Bu kararda yer alan başlıca hususlar şunlardır: birincisi hem Hindistan hem de Pakistan, (Hint denetimi altındaki) Keşmir'den askerî kuvvetlerini çekeceklerdir; ikincisi, bu güçlerin çekilmesini müteakip, burada yaşayan halkın, plebisit yoluyla, katılmak istediği devlete ilişkin özgür iradesiyle karar vermesi sağlanacaktır. Kararda, Hindistan'a çok önemli bir sorumluluk yüklenmektedir: "Hindistan hükümeti mümkün olan en kısa sürede, Cammu ve Keşmir'de, buranın Hindistan'a veya Pakistan'a katılımına ilişkin bir plebisit düzenlemek üzere bir Plebisit İdaresi oluşturacaktır." Kuşku yok ki, 47 sayılı Konsey kararının gözettiği ana amaç, Keşmir halkının sahip olduğu self-determinasyon hakkını plebisit yoluyla hayata geçirmesine imkân tanımadı.

<sup>3</sup> Referandum, genelde halkın katılımına daha açık olup nispeten demokratik bir ortam içinde ve her zaman olmasa da oy verecek alan toplumsal grubun önüne mâkul sayıda seçenek konulmasıyla hayata geçirilir. Buna karşılık, plebisitlerde genelde halkın sürece aktif katılımı sınırlı olduğu gibi, sunulan seçenekler de çoğu zaman iki şıklıdır ('evet-hayır').

Öte yandan, Hindistan Başbakanı Nehru, 1951'de, Keşmir halkının kendi geleceğini kendisinin belirleme hakkına sahip olduğunu, şu sözlerle ifade etmiştir:

Keşmir hatalı biçimde Hindistan'ın veya Pakistan'ın elde ettiği bir ödül olarak görülmektedir. İnsanlar Keşmir'in değiş tokuş edilecek bir meta olmadığı unutmuş görünmektedir. Oranın kendi şahsî kimliği ve bölge halkının kendi geleceklerine ilişkin nihai karar verme hakkı vardır (Hasbrouck, 2014: 10).

Görüldüğü gibi, Keşmir'in Hindistan'a 1947 yılındaki 'katılımı' sonrasında, BM, bölge halkının Keşmir'in geleceğine plebisit yoluyla kendisinin karar vermesi gerektiği konusunda birçok karar almıştır. Daha da ötesi, Hindistan hükümeti de en azından bu başlangıç yıllarında, bölgede barışın ve düzenin tesis edilmesinden sonra, Keşmir'in geleceğine bölge halkının kendisinin karar vereceğine ilişkin hem BM'ye hem de Pakistan'a yönelik olarak taahhütlerde bulunmuştur.

Ne var ki, bir müddet sonra Hindistan'ın tutumu tamamıyla değişmiştir. Nitekim Hindistan 1950'lerin daha ilk yarısından itibaren, Keşmir'de plebisit düzenleme yükümlülüğünü hasıraltı etmek için elinden geleni yapmıştır. İkinci olarak, aynı devlet, bu tarihten sonra Keşmir'deki Parlamento'yu tamamen kendi güdümü altına alma çabası içine girmiştir. 1951 yılında yapılan şâibeli kurucu meclis seçimleri sonucunda, Hindistan, 1952 yılında Keşmir'in Hindistan'a katılımına ilişkin anlaşmanın bu meclisçe onaylanmasını sağlamıştır.<sup>4</sup> Dahası, Hindistan, kendi uydusu olarak hareket etmeyi reddeden Cammu-Keşmir Başbakanı Şeyh Muhammed Abdullah'ı 1953 yılında görevden alarak hapse atmıştır.

Oysa BM Güvenlik Konseyi'nin 1948, 1950, 1951 ve 1952 yıllarında Keşmir sorununa ilişkin olarak almış olduğu kararlarda<sup>5</sup>, Keşmir'in geleceği hususunda burada yaşayan halkın karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Yine, BM Güvenlik Konseyi, 1957 yılında almış olduğu 122 sayılı kararda, bir yandan, önceki Konsey kararlarına, bir yandan da BM Hindistan ve Pakistan Komisyonu'nun 1948'de almış olduğu

<sup>4</sup> Keşmir Parlamentosu'nun Katılım Anlaşması'nı onaylaması sonrasında Keşmir Hükümeti ile Hindistan arasında Delhi Anlaşması imzalanmıştır. Bu anlaşma için, bakınız The Delhi Agreement, 24 Temmuz 1952, [https://www.satp.org/satporgtp/countries/india/states/jandk/documents/papers/delhi\\_agreement\\_1952.htm](https://www.satp.org/satporgtp/countries/india/states/jandk/documents/papers/delhi_agreement_1952.htm)

<sup>5</sup> UN Security Council Resolutions No. 38 (17 Ocak 1948), 39 (20 Ocak 1948); 47 (21 Nisan 1948); 51 (3 Haziran 1948), <http://mofa.gov.pk/wp-content/uploads/2020/01/1948-Resolutions-38-39-47-51.pdf>; Resolution No. 80 (14 Mart 1950), <http://mofa.gov.pk/wp-content/uploads/2020/01/1950-Resolution-80.pdf>; Resolution No. 91 (30 Mart 1951), <http://mofa.gov.pk/wp-content/uploads/2020/01/1951-Resolution-91.pdf>; Resolution No. 98 (23 Aralık 1952), <http://mofa.gov.pk/wp-content/uploads/2020/01/1952-Resolution-98.pdf>

kararlara atıfta bulunmuştur. Konsey, bu kararda, ayrıca, Cammu ve Keşmir’de BM gözetiminde yapılacak bir plebisit yoluyla bölgenin nihai statüsünün belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>6</sup>.

Bütün bu BM girişimlerine rağmen, Hindistan, 1950’lerin başlarından itibaren benimsemiş olduğu plebisit-karşıtı tutumunu devam ettirmiştir. Dahası, aynı devlet, bu dönemde, Keşmir’in Hint topraklarının ayrılmaz bir parçası olduğunu iddia etmeye başlamıştır. BM Güvenlik Konseyi, sonraki yıllarda da zaman zaman Keşmir’e ilişkin kararlar almıştır. Ne var ki, bu kararlar, aynen öncekiler gibi, BM Kurucu Antlaşması’nın VI. Bölümü çerçevesinde, yani uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümü mekanizması çerçevesinde alınmış olduğundan, bağlayıcı olmaktan uzaktı. O nedenle de Hindistan’a yönelik herhangi bir baskı unsuru içermemektedir. Oysa Konsey, Keşmir Sorunu’nun uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir ‘ihlâl’ ya da ‘tehdit’ niteliğinde olduğuna hükmetmiş olsaydı, yani konuyu BM Kurucu Antlaşması’nın VII. Bölümü çerçevesinde ele almış olsaydı, alınacak kararlar (Hindistan, yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde) muhtemel bir yaptırımı ima edeceğinden, Keşmir sorunu bugüne dek belki de çözülmüş olacaktı<sup>7</sup>.

Aşağıda ele alınacak olan Hindistan’ın plebisite karşı çıkma gerekçelerinden hiçbirisi uluslararası hukuk açısından ‘mâkul’ görünmemektedir. Bu gerekçelere birer birer bakalım. Birinci olarak, Hindistan, Mihrace ile yapılan anlaşma çerçevesinde Keşmir’in 1947 yılında uluslararası hukuka uygun biçimde Hindistan’a ‘katıldığını’ (*accession*) ileri sürerek, yasal açıdan bu bölgenin Hindistan’ın egemenliği altında olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşün geçerliliği kuşkuludur, çünkü self-determinasyon hakkının uluslararası hukukun parçası hâline geldiği İkinci Dünya Savaşı sonrası BM döneminde, yukarıda da ifade edildiği üzere, Keşmir halkının geleceğine bir tek kişinin karar verebileceğini iddia etmek, hukuken temelsizdir<sup>8</sup>.

İkincisi, Hindistan, Keşmir’de plebisit yapılmasına imkân verecek şartların burada mevcut olmadığını ileri sürmektedir (Heymann, 2003: 162-163). BM Güvenlik Konseyi’nin 47 sayılı kararı, hem Hint hem de Pakistan askerlerinin Keşmir’den çekilme-

<sup>6</sup> UN Security Council Resolution No. 122, 24 Ocak 1957, <https://digitallibrary.un.org/record/112095>

<sup>7</sup> Khan, a.g.e., ss. 141-143. Keşmir sorununun ilk ortaya çıkışından 1950’li yılların sonlarına dek, hem bu konudaki uluslararası diplomasi trafiği hem de meselenin BM içindeki seyri hususunda çok titiz bir çalışma için, bakınız Türkkiye Ataöv. “Keşmir Meselesinin Önemi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 15, S. 1, 1960, ss.195-214.

<sup>8</sup> Başta BM Kurucu Antlaşması olmak üzere, self-determinasyon hakkını (ya da ilkesini) düzenleyen uluslararası hukuk metinleri, bu hakkın ‘halklar’a ait olduğunu ifade etmektedir. Bu hakka sahip olan bir halk adına konuşma yetkisine sahip olanlar ise, o halkın meşru temsilcileridir.

sini, ardından burada BM gözetimi altında bir plebisit yapılmasını öngörmüştür. O günden beri, Hindistan ve Pakistan, önce diğer tarafın tarihî Keşmir topraklarından çekilmesi gerektiği hususunda karşılıklı olarak restleşmekte, bu durum ise Keşmir halkının mağduriyetinin süregitmesine sebebiyet vermektedir. Bu hususta yapılması gereken, hiç olmazsa, mâkul sayıda BM gözlem gücünün plebisit sürecinde bu bölgede konuşlandırılması ve böylece halkın özgürce oy kullanmasının sağlanmasıdır.<sup>9</sup>

Üçüncüsü, Hindistan, Cammu ve Keşmir'de yapılan seçimler sonucu 1950'lerin başlarında ihdas edilen Parlamento'nun bu anlaşmayı onayladığını, halkın temsilcilerinin bu 'katılım' anlaşmasını tasdik etmeleri itibariyle hukuksal sürecin tamamlandığını ileri sürmektedir (Hasbrouck, 2014: 5). Bu argüman da inandırıcı değildir, çünkü bu seçimlere sadece Hindistan'a bağlılık bildiren şahısların katılmasına izin verilmiş, buna karşılık Keşmir'in bağımsızlığını isteyen kişi ve gruplar seçimleri boykot etmiştir (Lone, 2018: 252).

Dördüncüsü, Hindistan'da bazı çevreler 'domino teorisi'ne atıfta bulunarak, Keşmir'in bağımsızlığının Hindistan'daki başka bağımsızlık hareketlerini tetikleyebileceğini, bunun da Hindistan için felâket olacağını ileri sürmektedirler (Majid & Mahboob, 2016: 151; Slater, 2002). 'Siyasî' nitelikli olması nedeniyle bu gerekçenin pek de kabul edilebilir olmadığını belirtmek gerekir. Üstelik Hindistan'ın ülkesel birlik ve bütünlüğü muhafaza edilecek diye, Keşmir halkının kendi haklarından vazgeçmesini beklemek hakkaniyetli değildir.

Son olarak, Hindistan, Keşmir'de, ülkenin diğer bölgelerinde olduğu gibi, demokratik, seküler ve insan haklarına saygılı bir yönetim düzeni kurduğunu; o nedenle Keşmir'deki Hint varlığının bu açıdan da sorgulanmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu devletin gerçekten de Keşmir'de insan haklarına ve demokrasiye saygılı olmayı amaçladığı varsayılabilir, *fiiliyatta* bu hedeflerden çok uzak olduğu ve Keşmirliilere ziyadesiyle zulmettiği açıktır. Hindistan 1989'da Keşmir'de yoğun nüfuslu bölgelere çok sayıda asker sevk ettikten sonra, buradaki toplumsal gerginlik ve ayrımlaşma daha da derinleşmiştir (Hasbrouck, 2014: 4-6).

Bu tartışmaların ışığı altında hem uluslararası andlaşmalar hukuku hem BM kararları hem de aşağıda ele alınacak olan *günümüzde şekillenmek olan*, en başta, self-determinasyon hakkına ilişkin uluslararası hukuk normları çerçevesinde, Keşmir'deki

<sup>9</sup> Nitekim BM Güvenlik Konseyi'nin 21 Nisan 1948 yılında kabul etmiş olduğu 47 sayılı kararda, bölgede plebisit yapılması öngörülmüştür.

Müslüman çoğunluğun plebisit yoluyla Hindistan'dan ayrılma hakkına sahip olduğunu ileri sürmek mümkündür. Plebisit, self-determinasyon hakkına sahip olan insan topluluklarının bağımsız olma çabalarında onların mücadelesine yasallık sağlayan bir hukuksal yöntemdir. Belli bir toprak parçasının geleceğine ilişkin halkın iradesine başvurulması durumunda, yani plebisit yapılması durumunda, uluslararası hukuka uygun bir biçimde, bir halkın self-determinasyon hakkı *hayata geçirilmiş* olur (Heymann, 2003: 154). Aynı zamanda bir insan hakkı olan self-determinasyon hakkının plebisit yoluyla hayata geçirilmesi, bu plebisiti uluslararası hukuk açısından geçerli bir eylem hâline getirir. Yine de unutulmamalıdır ki, plebisit ya da referandum yapılması, bir halkın self-determinasyon hakkının ‘yasal’ olarak hayata geçirilmesi için olmazsa olmaz bir koşul değildir.<sup>10</sup>

### III. Günümüzde Self-Determinasyon Hakkı ve Keşmir Sorunu

‘Keşmir Sorunu’ Hindistan ile Pakistan arasındaki bir uyuşmazlık konusu olarak ele alınmasa ve hatta Hindistan’ın burada plebisit yapma yükümlülüğü olmadığı varsayılrsa bile, yine de *kolektif* düzeyde mağdur edilen bir ‘halk’ olarak Keşmirli Müslümanların self-determinasyon hakkına sahip olduğu açıktır. Makalemizin bu bölümünde, cari uluslararası hukuk çerçevesinde, şu sorulara cevap aranacaktır: Uluslararası hukuka göre self-determinasyon hakkı nedir? Keşmirli Müslümanlar bir ‘halk’ mıdır? Hangi –istisnâ- durumlarda uluslararası hukuk self-determinasyon hakkı bağlamında bir halkın bağımsız devlet kurma hakkına cevaz vermektedir? Eğer Keşmirli Müslümanlar bir ‘halk’ olarak tavsif edilebilirse, bu durumda, self-determinasyon hakkına dayanarak Hindistan’dan ayrılma hakları var mıdır?

Self-determinasyon hakkı uluslararası hukukta âdetla ‘dokunulmaz’ addedilen ‘egemenlik’ ve ‘toprak bütünlüğü’ ilkelerinin bir istisnasıdır. İçinde bulunduğumuz bu sömürgecilik-sonrası dönemde, sınırları içinde yaşadığı devlette çoğunluğu oluşturan ve hâkim konumda olan etnik ya da dinî topluluktan farklı dilsel, dinsel, kültürel ya da ulusal özelliklere sahip olup da, bu özelliklerini muhafaza etmek isteyen top-

<sup>10</sup> Uluslararası Adalet Divanı’nın da teyit ettiği üzere, seçimler vasıtasıyla ya da başka yollarla da bir halkın self-determinasyon hakkının hayata geçirilmesi uluslararası hukukun uygun bulunduğu yöntemlerdir. Bu hususta, bakınız Markku Suksi, “The referendum as an instrument for decision-making in autonomy-related situations”, Peter Hilpold (der.), *Autonomy and Self-determination: Between Legal Assertions and Utopian Aspirations*, (UK/USA, Edward Elgar, 2018), 97-137, s. 135.

luluklar, uluslararası hukuka göre 'azınlık' olarak kabul edilmektedir.<sup>11</sup> Şayet 'azınlık' teşkil eden bir topluluk yaşadığı bölgede/coğrafyada çoğunluğu oluşturuyorsa ve ayrıca bu topluluğun kolektif talep ve beklentilerini ifade eden bir siyasi parti ya da başka temsili yapılar varsa, bu durumda bu azınlık grubu aynı zamanda uluslararası hukuk açısından 'halk' olma vasfı kazanır.<sup>12</sup>

Self-determinasyon hakkı uluslararası hukukun yerleşik bir normu olarak tekâmül etme sürecinde önemli bir mesafe almıştır. Ayrıca, bu norm, uluslararası ilişkilerde askerî güç kullanım yasağı ve soykırım yasağı gibi uluslararası hukukun *jus cogens* (âmir hüküm) olarak tavsif edilen ve uluslararası hukuk sistemi içinde hiyerarşik olarak en üstün normlar olarak kabul edilen hukuk kuralları arasında yer almaktadır (Cassese, 1988: 136; Naldi, 1999: 118-122). Bu demektir ki, self-determinasyon hakkına aykırı nitelikteki hiçbir uluslararası anlaşma, yapılageliş kuralı ya da devletlerin tek taraflı karar ve işlemleri geçerli değildir. Self-determinasyona ilişkin olarak bir devletin sahip olduğu yükümlülüğün bugün bir *erga omnes* yükümlülük olduğunu ileri süren uluslararası aktörlerin sayısı artmaktadır.<sup>13</sup> Bunun anlamı, devletlerin self-determinasyon hakkına ilişkin yükümlülüklerinin, sadece bu hakka sahip olan bir topluluğa karşı değil, tüm uluslararası topluma yönelik olmasıdır. Dolayısıyla, hem bir *jus cogens* normu olması, hem de muhatabı olan özneye *erga omnes* bir yükümlülük getirmesi nedeniyle, self-determinasyon hakkı önemli hukukî ve siyasî sonuçları olan bir hukuk normu hâline gelmiştir (Dickinson, 2009: 576). Bütün bunların yanı sıra, bu hak, başka insan haklarının hayata geçirilmesi için bir ön şart niteliğindedir.<sup>14</sup> Başka bir deyişle, self-determinasyon, başka insan haklarına kapı aralayan bir tür 'kök-hak' niteliğindedir. Ne var ki, Morris'in de vurguladığı gibi hem devletler hem de uluslararası hukuk uzmanları arasında self-determinasyon hakkının kapsamı, muhatabı ve saç ayakları konusunda ittifak olduğunu ileri sürmek oldukça güçtür (Morris, 1997: 204).

<sup>11</sup> Bu konuda, bakınız Francesco Capotorti, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities, Geneva: UN, 1979, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, <https://digitallibrary.un.org/record/10387?ln=en>; Milena Sterio, *The Right to Self-Determination under International Law* (London and New York, Routledge, 2013).

<sup>12</sup> Bu konuda, bakınız Felix Ermacora, "The Protection of Minorities before the United Nations", *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, cilt: 182, 1983, 251-370. Ne var ki, unutmamak gerekir ki, devletler kendi ülke sınırları içindeki topluluklara, bunlar 'halk' olma niteliğine sahip olsalar bile, genellikle (en iyi ihtimalle) 'azınlık' olarak muamele etme eğilimindedir.

<sup>13</sup> Başka bir deyişle, bu hususta uluslararası düzeyde bir görüş birliği olduğunu ileri sürmek şu an için mümkün değildir.

<sup>14</sup> Nitekim 1966 tarihli Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 1. maddesi, self-determinasyon hakkını düzenlemektedir.

Keşmirli Müslümanlar hususunda belirtilmesi gereken birinci nokta, bu topluluğun, yukarıda da ifade edildiği üzere, onları Hindistan’daki Hint çoğunluktan ayıran kendilerine özgü dinlerinin, dillerinin (en yaygını Keşmirce), ve kültürlerinin olduğudur. Keşmirlilerin bu kimliklerini korumak istedikleri de açıktır. O nedenle uluslararası hukuk açısından Keşmirli Müslümanlar Hindistan içinde ‘azınlık’ konumundadır. Öte yandan, yaşadıkları Keşmir bölgesinde nüfusun üçte ikisini oluşturdukları, güçlü bir kolektif kimlikleri olduğu ve son olarak, Keşmir’de Müslümanları temsil eden siyasi partilerin ve örgütlerin varlığı dikkate alındığında, Keşmirli Müslümanların bir ‘halk’ teşkil ettiği ve dolayısıyla uluslararası hukuk açısından self-determinasyon hakkına sahip oldukları rahatlıkla ileri sürülebilir. Bunun anlamı açıktır: Keşmir Sorunu, Hindistan ile Pakistan arasında uyuşmazlık konusu olan önemli bir ‘siyasi’ sorun olmasaydı; dahası, Keşmir’in 1947’de Hindistan’a bağlanmasına yol açan anlaşmanın hukukî geçerliliği şüpheli olmasaydı; son olarak, Hindistan’ın BM kararları çerçevesinde Keşmir’de plebisit yapma yükümlülüğü olmasaydı bile, Keşmir halkı Hindistan’dan ayrılmayı da içerebilecek olan self-determinasyon hakkına sahip olacaktı.

1945 yılında imzalanan ve aynı yıl yürürlüğe giren BM Kurucu Andlaşması’nın 1(2). maddesine göre, BM örgütünün amaçlarından birisi de self-determinasyon ilkesini hayata geçirmektir. Bu maddeye göre, BM örgütünün amaçlarından birisi de “Uluslar arasında, halkların hak eşitliğini ve kendi geleceklerini kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş dostça ilişkileri geliştirmektir.” Bu ziyadesiyle genel ve soyut ifadelerin daha somut ve uygulanabilir bir norm hâline gelmesi için 1960 yılını beklemek gerekmiştir. Bu tarihte BM Genel Kurulu’nca büyük bir oy çokluğuyla kabul edilen Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri’nin<sup>15</sup> sömürgecilik bağlamında açıkça self-determinasyon ‘hakkı’ndan (‘her halkın kendi kaderini tayin hakkı’ ya da ‘her halkın kendi geleceğini belirleme hakkı’) söz ettiği görülmektedir. Bu önemli metnin birinci ve ikinci maddelerine bakmak konumuz açısından yararlı olacaktır:

1. Halkların yabancı tahakkümüne, hâkimiyetine ve sömürüsüne tâbi bulunması temel hakların inkârıdır. Birleşmiş Milletler Şartı’na aykırıdır ve dünya barış ve işbirliği için bir engeldir.

<sup>15</sup> Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples], 14 Aralık 1960, [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020095937bm\\_38.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020095937bm_38.pdf). Bildiri, Bildirge ve Beyanname sözcükleri, en belirgin vasfı bağlayıcı olmaması olan Declaration kelimesinin Türkçe karşılıkları olarak kabaca aynı anlama gelmektedir.

2. Bütün halkların kendi kaderini kendilerinin tayin etme hakkı vardır; o hakka binaen serbest bir şekilde siyasî statülerini tespit ederler ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini serbestçe takip ederler.

BM Genel Kurul kararı olması itibarıyla teknik açıdan 'bağlayıcı' sayılamayacak olan bu Bildiri, hem bu karara hiçbir devletin karşı çıkmaması hem düzenlediği konunun ehemmiyeti hem de zaman içinde sömürgeciliğin reddiyesinin ve sömürge halkların bağımsızlık elde etmesinin âdeta bir yapılageliş kuralı hâline gelmesi nedeniyle, bir müddet sonra –âdeta- bağlayıcı bir normmuş gibi muamele görmüştür (Schwebel, 1979: 303; White, 1981: 151). Burada vurgulanması gereken önemli bir nokta, Keşmir halkının (İngiliz) 'sömürge yönetimi altında yaşamış' bir 'halk' olarak, İngilizlerin bölgeden çekilmesi sonrasında bağımsızlığa ya da Pakistan'la birleşmeye hak kazandığı gerçeğidir. İngiliz sömürge yönetiminin Hindistan'dan çekilme sürecinde, Hindistan'ın, yapılan uluslararası düzenlemelere aykırı olarak, Keşmir halkını kendi geleceğini özgürce belirleme hakkından mahrum bırakması, Keşmirlilerin sahip olduğu 'ayrılma' hakkının hem sömürgecilik bağlamı içinde hem de sömürgecilik-sonrası bağlamda mevcut olduğunu ortaya koymaktadır.

Öte yandan, self-determinasyon hakkını da bünyesinde barındıran Medenî ve Siyasî Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966) 1. maddesi self-determinasyon hakkını düzenlemektedir. Bu maddeye göre:

Bütün halklar kendi kaderlerini tayin etme hakkına sahiptirler. Bu hak gereğince halklar kendi siyasal statülerini özgürce kararlaştırırlar ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini özgürce sağlarlar (...) [B]u Sözleşmeye Taraf Devletler, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın<sup>16</sup> hükümleri uyarınca, halkların kendi kaderlerini tayin etme hakkının gerçekleştirilmesini kolaylaştıracaklar ve bu hakka saygı göstereceklerdir.

Burada sözü edilen self-determinasyon hakkı çerçevesinde "bütün halklar"dan söz edilmesi, bu hakkın sömürge bağlamı dışında da uygulanabilecek bir hak olduğunu ortaya koymaktadır.

1970 yılında, başka bazı uluslararası hukuk ilke ve kurallarının yanı sıra, self-determinasyon hakkına da oldukça geniş bir yer ayıran Birleşmiş Milletler Antlaşması

<sup>16</sup> Burada alıntılanan Türkçe metnin orijinalinde, BM Antlaşması için bir iç hukuk terimi olan 'Yasa' kelimesi kullanılmıştır. O nedenle, buradaki alıntıda bu ifade çıkarılmış, yerine 'Antlaşma' kelimesi konmuştur.

Doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkilere ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusundaki Bildirge (Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 1970), BM Genel Kurulunca, herhangi bir itirazla karşılaşmadan (konsensüsle) kabul edilmiştir. Bu Bildirge’de yer alan aşağıdaki hükümler, self-determinasyon hakkının sömürge bağlamı dışında (da) ne tür sonuçları olabileceğini ve bu hakkın hangi şartlarda bir halkın ayrılma hakkına cevaz verebileceğini açıkça ortaya koymaktadır:

Egemen ve bağımsız bir Devlet kurma, bağımsız bir devletle serbest birleşme ya da bütünleşme ya da bir halk tarafından özgürce belirlenmiş herhangi başka bir siyasal statüye sahip olma o halkın kendi geleceğini tayin etme hakkını kullanmasının şekillerini oluşturur.

Her Devletin, yukarıda bu ilkenin ayrıntılı incelemesinde bahsedilen halkları, kendi geleceğini tayin etme ve özgürlük ve bağımsızlık hakkından mahrum eden herhangi bir zora dayanan hareketten kaçınmak yükümlülüğü vardır. Kendi geleceğini tayin etme haklarını kullanma amacı ile, bu türde zora dayanan hareketlere karşı ve onlara direnç göstermeye yönelik hareketlerinde bu halklar, Antlaşmanın amaçları ve ilkeleri doğrultusunda destek aramak ve almak hakkına sahiptirler (...)

Yukarıda yer alan paragraflardaki hiçbir şey, yukarıda tanımlanmış bulunan halkların eşit hakları ve kendi geleceğini tayin etmesi ilkesine uygun olarak kendilerini yöneten ve böylece ırk, inanç ya da renk ayrımı yapmadan ülkede yaşayan bütün halkı temsil eden bir yönetimi bulunan egemen ve bağımsız Devletlerin toprak bütünlüğü ya da siyasal birliğini tamamen ya da bir kısmı ile parçalayacak ya da bozacak olan herhangi bir harekete izin veriyormuş ya da bunu teşvik ediyormuş gibi yorumlanamaz.

Burada alıntılanan birinci paragrafta, self-determinasyon hakkının, istisnaî olarak, ayrılma hakkını içermesi durumunda, bu hakkı kullanan topluluğun ayrı bir devlet hâline gelme ya da herhangi bir devlete katılma gibi seçeneklere sahip olduğu vurgulanmaktadır. Dahası, ayrılma hakkını da içeren bir bağlam içinde, bir topluluğun self-determinasyon hakkını hayata geçirmesine uluslararası hukukun cevaz verdiği durumlarda, bunu kaba güçle engellemek isteyen bir devlete karşı bu topluluğun direnme hakkının uluslararası toplumca en azından siyasî olarak (bazı görüşlere göre ise, askerî olarak da) desteklenmesi gerekir. Bu da demektir ki, uluslararası hukukun self-deter-

minasyon hakkı bağlamında cevaz verdiği durumlarda, ayrılma hakkını kullanmak isteyen bir topluluğa silahla ve zorbalıkla karşılık veren yönetimlere, diğer devletlerin ve uluslararası örgütlerin herhangi bir askerî ve siyasî destek vermemesi gerekir. Burada alıntılanan son paragrafta ise, self-determinasyon hakkına sahip olan bir topluluğun, sınırları içinde yaşadığı devletten ayrılmasına kapı aralayan olağan dışı durum tanımlanmıştır. Buna göre, 'halk' olma niteliğini haiz toplulukların, sınırları içinde yaşadıkları devletlerin sistematik ayrımcılığına maruz kalmaları hâlinde, bunların self-determinasyon hakkı çerçevesinde o devletten ayrılma hakları vardır. Bu istisnâî durumun Hindistan yönetimindeki Keşmir'de tahakkuk ettiği rahatlıkla ileri sürülebilir. Başka bir deyişle, Keşmirli Müslümanlar uzun bir süredir *sistematik bir ayrımcılığın mağduru* olarak hayatlarını sürdürmeye mahkûm edilmiş durumdadır. Uluslararası hukuk açısından, bir devletin kendi uyruğu olan belli bir insan topluluğuna yönelik olarak işlediği insanlığa karşı suçlar ile kapsamlı insan hakları ihlalleri, kendi başlarına, yani ülke içindeki yasal çerçeveden bağımsız olarak, bir halkın ayrılma hakkının yasal gerekçesini oluşturur. Nitekim aşağıda, Keşmirli Müslümanları hedef alan vahim insan hakları ihlalleri tafsilatlı olarak örneklerle ortaya konacaktır. Sadece 1970 tarihli bu Bildirge ile ortaya konan istisnai bağlama bakıldığında bile, Keşmirliilerin Hindistan'dan ayrılma hakkına sahip olduğunu ileri sürmek mümkündür.

Bu bildirgenin yanı sıra, devletlerin ve uluslararası örgütlerin bu husustaki uygulamaları ile doktrine ve mahkeme kararlarına bakıldığında, sömürge yönetimi altındaki halklar ile yabancı işgale uğramış topraklarda yaşayan halkların dışında kalan bazı halkların da self-determinasyon hakkı çerçevesinde 'ayrılma hakkı'na sahip olduğu ileri sürülebilir. Konumuz bağlamında, sözü edilen gruplar, belli bir devlet içinde hem 'azınlık' hem de 'halk' teşkil eden insan topluluklarıdır. Bu istisnâî durumun Soğuk Savaş sonrasında eski Sovyet ve Yugoslav Cumhuriyetleri örneklerinde olduğu gibi, yeni devletlerin zuhuruyla birlikte daha fazla kabul görmeye başladığı söylenebilir. Şüphe yok ki, eğer etnik, dilsel, dinsel ya da kültürel olarak kendi farkındalığının bilincinde olan ve belli bir toprak parçası ile arasında güçlü bağlar olan bir toplumsal gruba mensup bireyler, temel hak ve özgürlüklerinden sistematik olarak mahrum bırakılıyorsa, dahası ülke içinde bu mağduriyeti giderecek demokratik mekanizmalar yoksa, bu durumda bu topluluğun self-determinasyon hakkına dayanarak ayrılma hakkına sahip olduğunu ileri sürmek mümkündür. Meseleye bu kıstaslar açısından baktığımızda, bugün Keşmir'in Hindistan'dan ayrılma ve böylece ayrı devlet kurma ve uluslararası düzeyde tanınma hakkına sahip olduğu ileri sürülebilir (Heymann, 2003: 175-176). Bilindiği

üzere, Kosovalı Arnavutlar Yugoslavya'nın parçası iken kendilerini hiçbir zaman Sırp olarak görmemişlerdir. 1990'ların başlarından itibaren, Arnavutlar, Yugoslavya'nın dağılma sürecinde Sırbistan'daki Sırp çoğunluktan farklı olan etnik, dilsel ve dinsel kimliklerini ısrarla vurgulamışlar ve bu yönde direniş sergilemişlerdir. Uluslararası desteğin de önemli katkısıyla, Kosovalı Arnavutlar 2008 yılında bağımsızlık kazanmıştır. Aynı şekilde, Keşmiriler de kendilerini Hintli olarak görmemektedirler. Yine onlar gibi, Keşmirilerin de güçlü bir kolektif siyasî kimliği vardır. Bu kimlik Hindistan'dan ayrılarak kendi müstakil yolunu çizme iradesi ile bütünleşmiştir.

Sistematik ayrımcılık bağlamında tartışılan ve ayrılma hakkını da içeren self-determinasyon hakkına, literatürde, genellikle 'son çare olarak ayrılma' denmektedir. Çalışmamızın bundan sonraki kısmında bu konuyu ele alacağız.

## IV. Uluslararası Hukukta 'Son Çare' Olarak Ayrılma Hakkı

Pozitif uluslararası hukuk, ilke olarak, bir halkın, sınırları içinde yaşadığı devletten tek taraflı olarak ayrılarak kendi devletini kurmasına cevaz vermemektedir. Nitekim Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri'nin 6. ilkesi 'ne göre, "Bir ülkenin milli birliğinin ve ülke bütünlüğünün kısmen veya tamamen bozulmasını amaçlayan herhangi bir teşebbüs Birleşmiş Milletler Şartı'nın amaç ve ilkeleri ile bağdaşmaz." (Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, 1960). O nedenle, bir 'imkân' olarak bağımsızlık, böyle bir talepte bulunan bir 'halk' için, uluslararası hukukun ancak istisnâî durumlarda cevaz verdiği bir seçenektir. Bunun nedeni, devletlerin egemenliği ve toprak bütünlüğü ilkesinin uluslararası hukukun yaslandığı en temel sütunlar arasında yer almasıdır. Uluslararası hukuk mevcut devlet düzenini 'sürekli' kılmayı başta gelen bir hedef olarak belirlemiştir. Bunun böyle olmaması hâlinde dünyada kaosun hüküm süreceğini, hukuksal güvencenin ve istikrarın kaybolacağını varsayar.<sup>17</sup>

Mevcut devletler düzenini, istikrarı ve sürekliliği önceleyen uluslararası hukuk sistemi, İkinci Dünya Savaşı sonrasında bu sisteme dâhil olan yeni normlar çerçevesinde, istisnâî olarak, hususiyetle self-determinasyon hakkı çerçevesinde, devletlerin toprak bütünlüğü ilkesinden kimi zaman taviz verilmiştir (Dickinson, 2009: 558). İçinde

<sup>17</sup> Bu hususta derinlikli bir tartışma için, bakınız Thomas M. Franck, "Legitimacy in the International System", *The American Journal of International Law*, cilt: 82, sayı: 4, Ekim 1988, 705-759.

bulduğumuz bu sömürgecilik-sonrası dönemde, bir halkın hangi durumda ya da bağlamda bir devletten ayrılma hakkını da içerebilecek self-determinasyon hakkına sahip olduğu hususunda önemli kilometre taşlarından birisi, Kanada Yüksek Mahkemesinin 1998 yılında almış olduğu bir karar olmuştur. Söz konusu mahkeme, Kanada'da geniş yetkilere sahip bir eyalet olan Kebek'te (Quebec) 1995 yılında bağımsızlık referandumu yapılmasına ilişkin bir talebe ilişkin olarak almış olduğu bir kararda, self-determinasyon hakkının şu şartlarda ayrı bir devlet kurma hakkını da içerebileceğini ifade etmiştir: “bir halk, örneğin, yabancı askerî işgal altında olduğu üzere, baskı altına alındığında”, veya yine ‘halk’ olarak temayüz eden bir topluluk, “siyasî, iktisadî, sosyal ve kültürel gelişimini sağlamak için devlet kanallarının sağlayacağı imkânlardan mahrum bırakıldığında”, bu insan topluluğu yaşadığı ülkeden ayrılarak kendi devletini kurmaya hak kazanabilir (Supreme Court of Canada, 1998). Kuşkusuz, bir ulusal mahkemeden neşet etmesi hasebiyle, tek başına bu kararın uluslararası hukuk açısından önemli hukukî sonuçlar doğurması beklenmemelidir. Ne var ki, özellikle sömürgecilik sonrasında self-determinasyon hakkının hangi bağlamda bağımsızlık sonucunu verebileceğine ilişkin hukukî kıstaslar kabul etme hususunda devletlerin büyük çoğunluğunun isteksizliği ve ayrıca bu hususta yapılageliş (teâmül) kurallarının yeterince şekillenmemiş olması nedeniyle, özellikle önde gelen uluslararası hukuk uzmanlarınca kaleme alınan metinlerde, yani doktrinde, bu mahkeme kararına çokça atıf yapıldığını belirtmek gerekir. Bu kararın yaslandığı mantık ve geliştirdiği kıstaslar, 2000’li yıllarda birçok aktörün konuya yaklaşımını da etkilemiştir. Kanada Yüksek Mahkemesinin Kebek’e ilişkin kararında, bir yandan self-determinasyon hakkının insan hakkıyla olan ilişkisi ortaya konmakta, bir yandan da hangi istisnâî durumlarda kolektif insan hakları mağduriyetinin ayrılma hakkına yol açabileceği hususu vuzuha kavuşturulmaktadır. ‘Son çare’ olarak ayrılma hakkından söz edebilmek için, ‘halk’ olmanın gerektirdiği kıstaslara sahip olan bir insan topluluğunun kabaca şu üç tehlike ile karşı karşıya kaldığının ortaya konması gerekir: sınırları içinde yaşadığı devletin sürekli bir biçimde baskısı altında yaşamaya icbar edilmesi; bu topluluğa yönelik çok vahim düzeyde insan hakları ihlallerinin olması ve son olarak, bu topluluğu hedef alan sistematik ayrımcılık ve dışlamanın söz konusu olması (Simon, 2011: 131-135). Böyle bir durumda, burada sözü edilen ihlallerin mağduru olan bir topluluğun ‘ayrılma hakkı’, tek mâkul seçenek gibi görünmektedir. Kosova’nın, Doğu Timor’un ve Güney Sudan’ın bu yüzyılda bağımsız devletler hâline gelişi, böyle bir bağlam içinde mümkün olabilmiştir. Her üç örnek-olayda da sınırları içinde yaşadıkları devletlerin bu toplulukları hedef alan vahşet ve barbarlıkları, sistematik insan hakları ihlalleri ve onlara yönelik olarak işledikleri insanlığa karşı suçlar, ‘kaygı’ ve ‘endişeleri’ zaman

içinde artan uluslararası toplumu, daha doğrusu onlar adına harekete geçen ABD'yi ve önde gelen bazı Avrupa ülkelerini, öncelikle BM Güvenlik Konseyi nezdinde<sup>18</sup> harekete geçmeye sevk etmiştir.

Tomuschat'a göre 'son çare' olarak ayrılma hakkına ilişkin olarak "hukuk literatüründe geniş bir destek vardır". O nedenle bu hakkın "pozitif hukukun mütemmim cüzü olarak kabul edilmesi gerekir." (Tomuschat, 2006: 38). Yine aynı yazara göre, bir dönem uluslararası yönetim altına konmuş olan Kosova'nın bağımsızlığına giden süreç, 'son çare' olarak ayrılma hakkının varlığına işaret etmektedir (Tomuschat, 2006: 42). Burada vurgulanması gereken önemli bir nokta şudur: bir 'halk'ın yaşadığı mağduriyetler, eğer mevcut devlet yapısı içinde hâl çaresine kavuşturulabilecek nitelikte ise, bu durumda ayrılma hakkı söz konusu olmayacaktır (Dickinson, 2009: 554).

## V. "Son Çare" Olarak Ayrılma Hakkı ve Keşmir

'Son çare' olarak ayrılma hakkının Keşmir için de uygulanabilir nitelikte olduğu açıktır. Bir 'halk' olan Keşmirli Müslümanlar uzun bir süredir vahim düzeydeki insan hakları ihlallerinin mağduru olduğu gibi, Hint yönetiminin ve güvenlik güçlerinin bu topluluğa yönelik olarak onlarca yıldır 'insanlığa karşı suçlar' işlediği açıktır. Buradaki baskı, zulüm ve ayrımcılık da iyice ayyuka çıkmıştır. Bu durum, Keşmirli Müslümanların, bir devlet olarak Hindistan'la ve bu ülkede yaşayan Hindu çoğunlukla barış içinde bir arada yaşama ihtimalini bir bakıma imkânsız kılmıştır. Bu noktada, Keşmir halkının maruz kaldığı insan hakları ihlallerine, baskı, dışlama ve ayrımcılığa biraz daha yakından bakmakta yarar vardır.

Keşmir'de yaşanan insan hakları ihlalleri özellikle 1980'lerin sonlarından itibaren daha da katlanılmaz hâle gelmiştir. Keşmirlilerin 1990'da başlattıkları kalkışma ve ardından 2008 ve 2010 yıllarında kitlesel olarak sokağa çıktıklarında, Hint güvenlik güçleri Keşmirlilerin insan haklarını yok sayan acımasız yöntemlere başvurdular. Bu süreçte genel olarak uluslararası toplum, özel olarak da BM, Keşmir'de yaşanan zulümlere genelde kayıtsız kalmıştır. Böylece Hindistan, ciddi bir uluslararası tepki ile karşılaşmaksızın, son otuz yıldır Keşmirilere karşı sürekli bir biçimde devlet terörü uygulamaktan geri durmadı. Bu dönemde protesto için sokağa çıkan pek çok kişiye

<sup>18</sup> BM Güvenlik Konseyi, NATO'nun 1999'daki (Konsey'den yetki almadığı için) 'yasal' olmaktan uzak ve fakat birçok insanın hayatının kurtarılmasına vesile olması nedeniyle genelde 'meşru' kabul edilen askerî müdahalesi sonrasında, bu krize müdahil olmuştur.

işkence edildi; bazı göstericiler öldürüldü. Keşmir'deki muhalif siyasî güçleri susturmak için kanaat önderlerinin birçoğu hapse atıldı. Büyük tepkilere rağmen bölgedeki güvenlik güçlerinin sayısı sürekli olarak artırıldı. Hukuk devleti ilkesiyle bütünüyle çelişen ve güvenlik güçlerine keyfi yetkiler veren kanunlar birbiri ardınca çıkarıldı. Böylece Hint güvenlik güçleri, bugüne dek, pek çok sivilin gözüaltına alınması, işkence, tecavüz, köy yakma ve cami ve türbeleri hedef alan hakaretamiz davranışlarda bulunma gibi vahim insan hakları ihlallerine imza attılar (Khan, 2015: 153).

Açıktır ki, self-determinasyon hakkını ayrılma hakkına da cevaz verecek düzeye çıkaran vahim düzeyde insan hakları ihlalleri, Hindistan denetimindeki Keşmir'de ziyadesiyle mevcuttur. Bu hususta BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin 2019 yılında yayınlamış olduğu bir rapor (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2019), bu bölgedeki durumun vahametini detaylı bir biçimde ortaya koymuştur. Raporda hem bireysel hem de kolektif düzeyde Keşmir'de vuku bulan insan hakları ihlalleri, şu başlıklar altında incelenmiştir:

Sivil (yani silahlı sıradan insanlar) ölümleri ve güvenlik güçlerinin aşırı güç kullanımı: Bu bölgede 2018 yılında 160 sivil, güvenlik güçlerinin açtığı ateş sonucunda hayatını kaybetmiştir. 2008'den bu yana, 1100'den fazla Keşmirli bu şekilde öldürülmüştür. Medenî ve Siyasî Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre, akit devletler kendi güvenlik güçlerinin bireylerin yaşama hakkını ihlâl edecek keyfi davranışlarda bulunmasını engelleme yükümlülüğü ile karşı karşıyadır (Rapor, 13-16).

Metal pelet ateşlemeli av tüfeğinin güvenlik güçlerince yaygın kullanımı: Kala-balık grupları denetim altına almak için, Hint güvenlik güçleri, Keşmir'de, orantısız olduğu ve çok sayıda sivilin ölümüne ve yaralanmasına sebebiyet verdiği bilindiği hâlde, metal pelet ateşlemeli av tüfeği kullanmaya devam etmektedir. 2016 ortalarından 2018'in sonuna dek bu silahların kullanımı nedeniyle 1253 kişi görme yeteneğini kaybetmiştir (Rapor, 16).

Kordon altına alma ve arama operasyonları: Keşmir'de yargısız infazların birçoğu kordon altına alma ve arama operasyonları sırasında gerçekleşmiştir. Güvenlik güçleri, bu tür operasyonlar sırasında, belli bir mahallede yaşayan tüm erkekleri dışarı çıkararak, bunları gizli muhbirlerle yüzleştirmektedir. Bu operasyonlar sırasında, sorgulanan kişiler, çoğu zaman hakarete ve fizikî saldırıya maruz kalmakta, keyfi olarak gözüaltına alınmakta, topluca cezalandırılmakta ve bunların özel mülkiyetlerine zarar verilmektedir (Rapor, 17).

**Keyfi tutuklamalar:** Keşmir’de Hint yetkililer protesto gösterisi yapanları, siyasî muhalifleri ve sivil toplum örgütlerine mensup aktivistleri zaman zaman keyfi olarak tutuklamaktadır. Bu keyfiliğe kapı aralayan pek çok yasa mevcuttur. Bunların önde gelenlerinden Kamu Güvenliği Yasası, tutuklanan kişilerin bu karara karşı yargı yoluna başvurmasına izin vermemektedir. Bu yolla ‘istenmeyen’ kişiler haftalarca, aylarca ve hatta bazı durumlarda yıllarca hapiste tutulmaktadır (Rapor, 18).

**İnsan hakları ihlâlinde bulunan yetkililerin cezasız kalması:** Cammu ve Keşmir’de gerçekleşen insan hakları ihlâllerinin sorumlularının yargılanması konusunda Hindistan ciddi bir çaba göstermemektedir. Zaten, söz gelimi, Silahlı Kuvvetlere Özel Yetkiler Verilmesine İlişkin 1990 tarihli yasa, güvenlik güçlerine öylesine kapsamlı yetkiler vermektedir ki, insan hakları ihlalcilerinin, *fülen*, yargısal muafiyete sahip oldukları bile ileri sürülebilir. Vahim düzeydeki insan hakları ihlâllerinin soruşturulması ve yargılanması hususunda girişimde bulunulduğunda bile, genellikle devlet içinden ‘birileri’ bu süreci akamete uğratmaktadır (Rapor, 20-21). Bu durumun değişeceğine dair de ufukta herhangi bir işaret yoktur.

**İfade ve basın özgürlüğüne yönelik kısıtlamalar:** Keşmir’de halkın internete girme imkânları önemli bir kısıtlama ile karşı karşıyadır. Burada internet (kasıtlı olarak) sıkça kesilmektedir. Hatta öyle ki, Hindistan’daki tüm internet engellemelerinin yarısı Keşmir’de olmaktadır. Bu da Keşmir’de ifade, basın, haberleşme ve haber alma özgürlüğüne yönelik ciddi ihlâller olduğunu ortaya koymaktadır. Keşmir vadisi uzun bir süredir gazeteciler için en tehlikeli görev bölgelerinden birisi durumundadır. Öyle ki, 1990’dan bu yana, 21 gazeteci, ya güvenlik güçlerince kasıtlı olarak öldürülmüş ya da bu kişiler iki ateş arasında kalarak hayatlarını kaybetmiştir (Rapor, 24).

**Toplantı düzenleme ve dernek kurma hakkına yönelik kısıtlamalar:** Bu hususta da Keşmir’de ciddi kısıtlamalar vardır. 2019 yılında Hint hükümeti Cammu ve Keşmir’deki Cemaat-i İslamî isimli dinî-siyasî örgütü ‘yasa dışı örgüt’ ilân etti. Yönetim, pek çok okulu ve camisi olan bu örgütü, bölgede ayrılıkçılığı kışkırttığı ve silahlı ayrılıkçı gruplara destek verdiği gerekçesiyle ‘yasal’ olmaktan çıkardı. Söz konusu yasağın kabulünden kısa bir süre önce, önde gelen kadroları da dâhil olmak üzere, Cemaat-i İslamî’ye mensup 150 kişiyi gözaltına aldı (Rapor, 27).

**Yaygın işkence:** Hindistan, her kayd-ü şart altında işkenceyi yasaklayan Medenî ve Siyasî Haklar Uluslararası Sözleşmesi’ne taraf olmasına rağmen, Hint güvenlik güçleri Keşmir’de onlarca yıldır Müslümanlara yönelik olarak işkence uygulamak-

tadır. İşkenceye karışmış olan kişilere ilişkin olarak askerî olmayan mahkemelerde herhangi bir yargılama söz konusu olmamaktadır (Rapor, 28).

Keşmirli Müslümanları hedef alan Hindistan düzeyindeki nefret söylemleri ve saldırılar: Tüm Hindistan'da özellikle sosyal medyada Keşmirli Müslümanları ve Hindistan'ın Keşmir politikalarını ve insan hakları ihlallerini eleştiren kişileri hedef alan nefret söylemleri ve hatta şiddet kışkırtıcılığı oldukça yaygındır. Dahası, Hindistan'ın farklı bölgelerinde yaşayan birçok Keşmirlinin artan düzeyde baskıya ve tacize maruz kaldığı görülmektedir (Rapor, 28).

Hint yönetimi bölgeye ilişkin tehlikeli adımlarını son iki yılda daha da arttırmıştır. Nitekim Hindistan, 2019'da Hint Anayasası'nın 370. maddesini değiştirerek, Keşmir'in yarı-özerk konumuna son veren bir yasayı kabul etmiştir. Ayrıca, Keşmir dışından gelenlerin bu bölgeye yerleşme hakkına ilişkin nihai yetkiyi 'Cammu ve Keşmir' eyaletine veren, aynı anayasanın 35A maddesi de kaldırılmıştır. Böylece, bölge-dışından gelenlerin, aynen Batı Şeria'daki Yahudi yerleşimciler ya da Doğu Türkistan'a yerleştirilen Han Çinlileri gibi, Keşmir'e yerleşmesinin önü açılmıştır. Bu ise demografik açıdan son derece tehlikeli bir gelişmedir. Yine, geçen yıl, Keşmir'de meclis üyelerinin doğrudan doğruya buradaki halk tarafından seçilmesini öngören hüküm de Hindistan tarafından kaldırılmıştır (Aljazeera, 2020). Böylece Keşmir'in yakın bir gelecekte belki de bütünüyle Hindistan'a bağlanmasının önü açılmıştır.

2014'ten bu yana, Hindu milliyetçiliğini bayraklaştıran Hindistan Halk Partisi'nin (BJP: Bharatiya Janata Party) yönetiminde olan Hindistan'da, bugün, bazı fanatik Hindu grupların İslamofobik yaklaşımları hiç olmadığı denli kendilerine hayat sahası bulmuştur. 'İslamî tehdit' söylemini uzunca bir süredir gündeminde tutmakta olan Hindistan, 11 Eylül (2001) terör saldırıları sonrasında ABD'nin öncülüğünde başlatılan küresel düzeyde 'Teröre Karşı Savaş' furyasına katılmaktan geri durmamıştır. Başta Batılı güçler ve BM olmak üzere, mevcut uluslararası düzen içinde hâkim konumda olan aktörler de Hindistan'ın Keşmir'deki vahşeti karşısında 'anlayışlı' davranmayı tercih etmektedir.

Bugün, Keşmir ve Keşmirli için bağımsızlık dışında herhangi bir seçenek kalmamış görünmektedir. Bu, en az dört nedenle böyledir: birincisi, Müslümanları hedef alan sürekli ve vahim insan hakları ihlallerinin ve insanlığa karşı suçların mevcudiyeti; ikincisi, bu durumun Müslüman Keşmirli *bir bütün olarak* hedef alan genel bir zulüm düzeyine varmış olması; üçüncüsü, Keşmir'de durumun son yıllarda daha

da kötüye gitmesi; son olarak, bütün bunların Keşmirli Müslümanların Hint yönetimi altında barış içinde yaşama imkân ve ihtimalini ortadan kaldırmış olması. Hintli bir yazarın, Pankaj Mishra'nın, Keşmir'de yaşanan zulme ilişkin olarak *New York Times*'da kaleme aldığı bir yazıda (Mishra, 2008), durumun vahameti çok dramatik biçimde ortaya konmuştur. Yazar, öncelikle, Keşmir'deki kalkışmanın özellikle Soğuk Savaş'ın sona erdiği 1980'lerin sonlarında patlak verdiğine dikkat çekmektedir. Bu dönemde Soğuk Savaş'ın sonunu getiren Doğu Avrupa'daki halk devrimlerinden cesaret alan Keşmirîler, dünyanın dikkatini aynı zamanda kendi mağduriyetlerine çekmek amacıyla büyük kalabalıklar hâlinde sokağa çıkarak barışçı gösteriler yaptılar. Yazar, bu noktada, Hint güvenlik güçlerinin göstericilere ateşle karşılık vererek yüzlerce insanı katlettiğini, bunun da birçok gencin silahlı mücadeleye katılmasına neden olduğunu ifade etmektedir. Mishra'ya göre, Hint yönetiminin iddialarının aksine, Keşmir'de yaygın olarak gözlenen işkence, yargısız infaz, cinsel şiddet ve keyfi gözaltılar, Irak'ta Amerikan işgali sonrasında Ebu Gureyb hapishanesinde yaşanan zulüm ve işkenceleri bile gölgede bırakmaktadır. 1990'lardan bu yana, sıradan Keşmirîler için Hint güvenlik güçlerinin zulüm ve baskısı karşısında silahlı mücadeleye katılma ile derin öfke duyma dışında bir seçenek kalmamış durumdadır. Bölgede sürekli bir korku ve dışlanmışlık hâli de yazarın dikkat çektiği hususlardan birisidir. Yazarın ifadesiyle, Keşmir Müslümanları, bugün, “tam teşekküllü askerî işgalin yol açtığı sefaleti ve aşağılanmışlığı her gün yaşamaya mahkûm edilmiş” durumdadır (Mishra, 2008).

Mishra'nın ortaya koyduğu dramatik tablonun da teyit ettiği üzere, buradaki zulüm ve barbarlığın geldiği noktaya bakarak, Keşmir ve Keşmirîler için mevcut siyasî ve hukukî statükonun mâkul bir çözümü imkânsız kıldığını söylemek mümkündür. Başka bir deyişle, bölgede yaşanan bunca acı ve gün be gün artan Hint vahşeti, Keşmir'in Hindistan'ın bir parçası olarak kalmasının ve Keşmirli Müslümanların Hindistan'daki çoğunlukla barış içinde yaşamasının mümkün ve muhtemel olmaktan çıktığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu durum, BM'nin Kosova Özel Temsilcisi Martti Ahtisaari'nin, Kosova'nın geleceğine ilişkin olarak 2007 yılında BM'ye sunduğu raporda (United Nations Office of the Special Envoy for Kosovo , 2007), neden bu bölge için tek seçeneğin Sırbistan'dan ayrılmak olduğuna ilişkin ortaya koyduğu gerekçelerle önemli ölçüde örtüşmektedir. Ahtisaari, söz konusu raporunda, Kosova'da Arnavut çoğunluğa karşı Sırbistan'ın uygulamış olduğu sistematik ayrımcılığa, buna tepki olarak Arnavutların silahlı direniş başlatmasına ve 1990'lı yıllarda Belgrad'ın

daha da kesifleşen baskı ve zulmüne atıf yapmaktadır (6. Paragraf). Raporda ifade edilen şu görüşler, konumuz açısından büyük önem taşımaktadır:

Kosova halkının büyük çoğunluğu için Kosova'da Sırp yönetiminin yeniden tesisi kabul edilemez. Şiddetli bir muhalefetle karşılaşmaksızın Belgrad burada yeniden denetim kuramaz. Sırbistan'ın sınırları içinde kalacak olan bir Kosova'da özerklik –bu özerlik ne denli ulusal nitelikli olsa da- kalıcı olacak bir formül değildir (7. Paragraf).

Ahtisaari'ye göre, Kosova'nın uluslararası bir yönetim altına konması da bir seçenek olmaktan çıkmıştır (8. Paragraf). O nedenle, raporda, Kosova için nihai çözüm şöylece ifade edilmiştir: "siyasî olarak istikrarlı ve iktisadî olarak ayakta durabilir bir Kosova için tek seçenek bağımsızlıktır." (4. Paragraf).

Ahtisaari'nin Kosova'ya ilişkin yaptığı tasvir, bir bakıma Keşmir'i de resmetmektedir. Benzer şekilde, Keşmirli Müslümanların mağduriyetini giderecek herhangi bir çözüm çerçevesi mevcut olmadığından, 'son çare' olarak self-determinasyon hakkı temelinde Keşmir'in Hindistan'dan ayrılması tek seçenek gibi görünmektedir. O nedenle, uluslararası toplumun bu vahim soruna el atması artık bir zorunluluk hâline gelmiştir.

'Son çare' olarak ayrılık hakkı doktrini çerçevesinde, BM Güvenlik Konseyi'nin, başka bazı BM kurumlarıyla eşgüdüm içinde, Doğu Timor ve Güney Sudan krizlerinde izlemiş olduğu ve bu iki coğrafyada sırasıyla 2002 ve 2011'de bağımsız devletlerin kurulmasıyla neticelenen stratejinin<sup>19</sup> bir benzerini Keşmir Sorunu için de izlemesi gerekir. Hem Doğu Timor hem de Güney Sudan krizlerinde Güvenlik Konseyi'nin bunları değerlendirme biçimi ve buna bağlı olarak izlemiş olduğu strateji kabaca şöyle olmuştur: bu iki bölgede devletin (sırasıyla Endonezya ve Sudan) işlemiş/işlemekte olduğu insan hakları ihlalleri ve insanlığa karşı suçlar uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye atmaktadır; insani müdahale hakkı çerçevesinde (Güney Sudan bağlamında, aynı zamanda, Koruma Sorumluluğu İlkesi çerçevesinde) bu ihlalleri önlemek gerekir; hem Doğu Timorlular hem de Güney Sudanlılar self-determinas-

<sup>19</sup> Doğu Timor'a ilişkin kabul edilen Güvenlik Konseyi kararları: S/RES/1236, 7 Mayıs 1999, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1236>; S/RES/1246, 11 Haziran 1999, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1246>; S/RES/1264, 15 Eylül 1999, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1264>; S/RES/1272, 25 Ekim 1999, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1272>. Güney Sudan'a ilişkin kabul edilen Güvenlik Konseyi kararları: S/RES/1547, 11 Haziran 2004, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1547>; S/RES/1574, 19 Kasım 2004, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1574>; S/RES/1590, 24 Mart 2005, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1590>; S/RES/1919, 29 Nisan 2010, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1919>.

yon hakkına sahip olan ‘halk’lardır; her iki halkın sınırları içinde yaşadıkları devletle ve oradaki çoğunlukla barış içinde bir arada yaşama şansı kalmamıştır; söz konusu devletler, Doğu Timorluların ve Güney Sudanlıların ayrılma hakkını kaba güçle engellemek istemiş/istemektedir; o nedenle Güvenlik Konseyi’nin, ihlâlcı devletlere karşı, ambargo uygulamak ve bölgeye BM barış gücü askerlerini göndermek de dâhil olmak üzere, baskı kurması gerekir; uluslararası baskıların nihaî amacı, bu iki devletin direncini kırarak, her iki bölgede halkın bağımsızlık taleplerini kuvveden fiile geçirecek olan referandumun (halkoyu) yapılmasını sağlamaktır.

Bu hareket hattının bir benzerinin Keşmir için de hayata geçirilmesi gerekir. Keşmir’deki Hint işgalci güçlerin sebebiyet verdiği ihlâllerin, Doğu Timor halkının işgalci Endonezya ordusunun elinde çektiklerinden daha az vahim olduğu herhalde ileri sürülemez. Hindistan ile Pakistan’ın Keşmir nedeniyle bugüne dek üç kez savaşmış olduğu dikkate alınır, bu krizin uluslararası barış ve güvenliğe yönelttiği tehdidin, Doğu Timor’da yaşanan krizin yol açtığı tehditten çok daha kapsamlı olduğu görülecektir. O nedenle, bu büyük trajediye son vermek üzere, BM Güvenlik Konseyi, bu bölgedeki insan hakları ihlâllerinin ve insanlığa karşı suçların uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye attığı gerekçesiyle, Hindistan’a karşı, Koruma Sorumluluğu ilkesi ve insanî müdahale hakkı çerçevesinde harekete geçebilir. Bu çerçevede, Konsey, Hindistan’a ambargo uygulamak ve Keşmir’e BM barış gücü askerlerini göndermek gibi seçenekleri de göz önünde bulundurarak, bu ülkeye baskı uygulayabilir. Bu süreç sonunda, Keşmir’de, halkın Hindistan’dan ayrılmak isteyip istemediğini ortaya koymak amacıyla bir plebisit düzenlenebilir. Kuşkusuz Konsey’in böyle bir hareket hattını benimsemesi pek kolay görünmemektedir. Daimî üyelerin bu yönde bir uzlaşıda bulunması olağandışı bir durum olacaktır. Pakistan ile Çin arasındaki yakın bağlaşıklığın Rusya ile Hindistan arasındaki yakınlık ile dengelendiği unutulmamalıdır. Dahası, kendi egemenliği altındaki Doğu Türkistan’da Uygur Müslümanlarının benzer bir özgürlük mücadelesini bastırmak için topluluğun bütününe karşı insanlık suçları işleyen ve bu topluluğa mensup bireylere karşı vahim düzeyde insan hakları ihlâllerinde bulunan Çin’in, Güvenlik Konseyi’nde Keşmir konusunda self-determinasyon yanlısı bir tutum alması, pek ihtimal dâhilinde değildir. Diğer üyelerin büyük çoğunluğunun da önemli bir güç olan Hindistan’ı karşılarına almalarına yol açacak böyle bir yaklaşıma ‘sıcak’ bakacaklarını söylemek, aşırı iyimserlik olacaktır.

Şayet Güvenlik Konseyi yukarıda sözü edilen hareket hattını benimsemezse, bu durumda, konu, Konsey üyelerinin çoğunluğunca 1950’de BM Genel Kurulu’nda

kabul edilen 'Barış İçin Birleşme' kararı (Resolution 377 on Uniting for Peace, 1950) çerçevesinde BM Genel Kurulu'na getirilebilir. Bu organ içinde Genel Kurul üyeleri üçte ikilik oy çokluğuyla Keşmir'in Hindistan'dan ayrılmasını sağlamak amacıyla işgalci Hindistan'a karşı her türden yaptırım kararı alınmasını ve baskı uygulanmasını "tavsiye edebilir". Ne var ki, bölünme korkusu yaşayan birçok devletin varlığı dikkate alındığında, bunun da kolay bir seçenek olmadığı baştan kabul edilmelidir.

Başta BM olmak üzere, uluslararası kurumlar ve mekanizmalar yoluyla bu hedefi hayata geçirmenin zorluğu, pek çok nedenle Keşmir'de 'son çare' olarak ayrılığın en mâkul seçenek olduğu gerçeğini göz ardı etmemizi gerektirmektedir. Bunun başlıca nedenleri şunlardır:

Birincisi, Hint güçlerin Keşmir'deki baskı, zulüm ve vahşeti âdeta sınır tanımamaktadır. 1990'larda Hindu Pandit'lerin bu bölgeyi terk etmesinden sonra hemen hemen hiçbir gayrimüslimin kalmadığı Keşmir'in bütünü, o günden bu yana Hint güvenlik güçlerince âdeta bir 'serbest atış' bölgesi hâline getirilmiş, tüm Keşmirliiler 'düşman' olarak etiketlenmiştir. Sıradan insanlar güvenlik güçlerince ya silahlı militan ya da onların destekçisi olarak görülmüş, bunlara yönelik her türlü keyfi davranışlar vakâyî âdiye hâline gelmiştir. Tecavüzler, yargısız infazlar, işkenceler ve aileleri, köyleri ve mahalleleri hedef alan misilleme amaçlı kolektif cezalandırmalar, bu bölgede oldukça yaygındır. Bütün bunların sorumlusu sadece resmî güvenlik güçleri değil, aynı zamanda Hint paramiliter güçlerdir. Bu güçler askerlere taş atan çocuklara kurşunla karşılık vermekte, insan hakları eylemcilerini, sağlık görevlilerini ve gazetecileri hedef tahtasına koymakta beis görmemektedir (Hasbrouck, 2014: 2). Müslüman nüfusun 8,5-9 milyon civarında olduğu Keşmir'de kabaca 1990-2015 yılları arasındaki 25 yıllık sürede, Keşmir'deki bazı insan hakları örgütlerinin iddiasına göre, en az 100 bin Keşmirli Hint güvenlik güçlerince katledilmiştir.<sup>20</sup> Bu tablo herhâlde durumun vahametini ziyadesiyle ortaya koymaktadır.

İkincisi, Keşmir halkı self-determinasyon hakkına dayanarak Hindistan'a karşı bağımsızlık mücadelesi vermektedir. Her ne kadar Hindistan Keşmir'de yaşananları, "tarihsel bir uyuşmazlık konusu", "terörizme ve teröristlere karşı mücadele", "sekülerizm ile köktendincilik arasında vuku bulan çatışma", ya da "Müslüman-Hindu karşıtlığı" olarak tasvir etmeye çalışsa da, işin doğrusu, burada self-determinasyon

<sup>20</sup> Bakınız, örneğin, *The Express Tribune*, 10 Ağustos 2011. Burada verilen rakamların 2011 yılına ait olduğu düşünüldüğünde ve Keşmir'deki vahşetin o tarihten sonra da hız kesmediği dikkate alındığında, Hint güvenlik güçlerince öldürülen Keşmirliilerin sayısının 100 binin çok üzerinde olduğunu ileri sürmek mümkündür.

temelinde bir ulusal bağımsızlık mücadelesi verilmektedir, (Hasbrouck, 2014: 2). Self-determinasyon kuşkusuz bir insan hakkıdır. Bir halkın *müşterek* özgürlüğünün sağlanmasıyla, onların *ferdî* insan haklarının da hayata geçirilmesi imkân dâhiline girer. Başka bir deyişle, bir bütün olarak bir topluluğun ('halk') sahip olduğu self-determinasyon hakkı, aynı zamanda başka insan haklarının var oluş şartlarının belki de en önde gelenidir. Hasbrouck tüm Keşmirîleri kuşatan bu kolektif özgürlük arayışını şöyle tasvir etmektedir:

Keşmir ulusal hareketinin ana talebi, genellikle özgürlük olarak tercüme edilen 'Azâdî'dir. Peki ama bu kelime kesin olarak ne anlama gelmektedir? Yabancı gözlemcilerin bazılarının bu hususta kafaları karışık olduğu hâlde, Keşmirîlerin kendileri şaşırtıcı derecede net, tutarlı ve bütünlüklü bir duruşa sahiptir: Onlarca yıldır, Hint yönetiminin gerçekleştirileceğine ilişkin söz verdiği (...) ve BM Güvenlik Konseyi'nin Hindistan, Pakistan ve ABD dâhil olmak üzere tüm daimî üyeleri tarafından kabul edilen kararda desteğini bulan, Keşmir'in statüsüne ilişkin plebisit yapılmasına yönelik çağrı hepsinin ortak talebidir, (Hasbrouck, 2014: 3).

Keşmir için bağımsızlık dışında hiçbir seçenek bu sorunu bir hâl çaresine koyamaz. Bunun nedeni çok açıktır: "Keşmir'deki diğer insan hakları sorunları, self-determinasyon hakkına ilişkin insan hakkı sorunu çözülmeden hâledilemez." (Hasbrouck, 2014: 3).

Üçüncüsü, Hindistan, olası bir plebisitin neticesinden ürktüğü için, bölgede plebisit yapılmasına onlarca yıldır karşı çıkmaktadır. Hindistan, plebisit yapılması durumunda, bölge halkının büyük çoğunluğunun bağımsızlıktan yana tercihte bulunacağını iyi bilmektedir (Hasbrouck, 2014: 4).

Uluslararası Adalet Divanı, Kosova'nın tek taraflı olarak almış olduğu bağımsızlık kararına ilişkin olarak kendisinden istenen 'danışma görüşü' çerçevesinde, 2010 yılında, bu durumun uluslararası hukuka herhangi bir aykırılık teşkil etmediğini ifade etmiştir (ICJ, 2010). Buradan çıkacak sonuç şudur: sömürgecilik-sonrası dönemde, bir 'halk', şayet self-determinasyon hakkı çerçevesinde 'son çare' olarak ülkesi içinde yaşadığı devletten ayrılarak bağımsızlık elde etmişse, bu durum uluslararası hukuk açısından sorun teşkil etmemektedir. Burada sözü edilen bağımsızlık, ister, söz konusu halkın kendi mücadelesi sonucunda elde edilmiş olsun, isterse de söz gelimi, BM Güvenlik Konseyi'nin 'insanî müdahale hakkı'na (ve Koruma Sorumluluğu İlkesi'ne) dayanarak almış olduğu askerî zorlama tedbiri mahiyetinde olsun, durum değişme-

mektedir. Her iki durumda da uluslararası hukuk açısından bu bağımsızlığı 'hüküm-süz' kılacak herhangi bir engel söz konusu değildir.

## Sonuç

Uluslararası hukuk açısından Keşmir bugün Hindistan'ın parçası olmakla birlikte, bu makalede ortaya konan tarihi hakikatler, self-determinasyon hakkı ve gelişen uluslararası hukuk çerçevesinde, bu egemenliğin çok 'sorunlu' olduğu ifade edilmiştir. Hindistan, bir yandan, evrenselliği ve bağlayıcılığı kuşku götürmeyen 1945 tarihli BM Kurucu Andlaşması, bir yandan da BM içindeki farklı kurumların bugüne dek almış olduğu ve *inter alia* bu bölgede plebisit yapılmasını öngören kararlar çerçevesinde, Keşmir halkının ayrılma hakkını tanıma sorumluluğu ile karşı karşıyadır. Kuşkusuz, Keşmir'e ilişkin olarak kabul edilmiş olan BM kararlarının, BM Kurucu Andlaşması'nın VII. Bölümü çerçevesinde değil de uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümünü düzenleyen ve Konsey'e bu hususlarda yalnızca 'tavsiye' yetkisi veren VI. Bölüm kapsamında alındığından yola çıkılarak, BM'nin Keşmir sorununu çözmek amacıyla Hindistan'a yönelik olarak yaptırımlar ya da askerî güç kullanımını öngören kararlar almak gibi bir yükümlülüğünün olmadığı ileri sürülebilir. Nitekim 2001 yılında, dönemin BM Genel Sekreteri Kofi Annan, Hindistan ve Pakistan'a yaptığı bir ziyaret sırasında, Keşmir'e ilişkin olarak alınmış olan BM kararlarının bağlayıcı olmaması nedeniyle, buraya BM'nin müdahalesinin beklenmemesi gerektiğini ima etme kastıyla, Keşmir Sorunu'nun (1990'da Kuveyt'i işgali sonrası) Irak ve Doğu Timor'la karıştırılmaması gerektiğini ifade etmiştir (Rediff News, 2004).

Ne var ki, BM'nin Keşmir'e ilişkin almış olduğu kararların BM Kurucu Andlaşması'nın VII. Bölümünün kapsamı dışında olması, Hindistan'ın bu kararlara uyma yükümlülüğü olmadığını göstermez. Şayet BM Güvenlik Konseyi'nin bu bölümün çerçevesi içinde olmayan kararlarının hiçbir hukukî ya da siyasî sonuçları olmayacak idiyse, bu durumda BM'yi 'evrensel' bir örgüt olma iddiasıyla kurmanın bir anlamı da olmazdı. Kaldı ki, BM Genel Kurulu'nun, söz gelimi, sömürgecilğe ya da insan haklarına ilişkin olarak kabul etmiş olduğu bildirilerin bazıları, yapılageliş kuralı olarak bağlayıcı hâle gelmiştir. Dahası, Keşmir sorunu nedeniyle Hindistan ve Pakistan birkaç kez savaşa girmiştir ki, bu durum, uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir ihlâl olduğundan, BM Güvenlik Konseyi'nin konuya ilişkin 'etkili' karar alması bir bakıma zorunludur. Son olarak, belirtelim ki, işgal, tehdit ve şantaj gibi eylemlerin

uluslararası hukukça yasaklanmış olması bir yana, bu yasaklar, uluslararası hukuk içinde en üstün normu oluşturan *jus cogens* (âmir hükümler) hâline gelmiştir. Hindistan'ın Keşmir'deki varlığı, burada sözü edilen hukuksuzluğun bir hasılası olarak ortaya çıkmıştır. O nedenle, başta BM olmak üzere, uluslararası toplumun Hindistan'a karşı harekete geçmesi zorunlu hâle gelmiştir.

Keşmir'in yukarıda sözü edilen ve Hindistan'la Pakistan'ı karşı karşıya getiren tarihî arka planı olmasaydı dahi, bu çalışmada ortaya konduğu üzere, Keşmirililerin, 'son çare' olarak self-determinasyon haklarına dayanarak Hindistan'dan ayrılma hakkına sahip oldukları rahatlıkla ileri sürülebilir. Bir önceki bölümde, Keşmir'de çözüme yönelik tüm yolların tükendiğinden söz edilmişti. Bir yandan Hint güvenlik güçlerinin onlarca yıldır bu bölgede sergilemiş olduğu vahşet ve işlediği insanlığa karşı suçları, bir yandan da Hint devletinin son yıllarda daha da kötüleşen dışlayıcı ve dayatmacı politikaları, sömürge bağlamı dışında, istisnâî durumlardaki ayrılma hakkının Keşmirililer için de mevcut olduğunu göstermektedir. Başka bir deyişle, bugün, Keşmir'in Hindistan'dan ayrılması, bu makalede incelenen uluslararası sözleşmelerin ve bildirilerin ve bunların yanı sıra, doktrindeki gelişmelerin ve mahkeme kararlarının beraberce anlamını ve bağlamını tebâruz ettirdikleri self-determinasyon hakkına uygun bir durum teşkil etmektedir. Keşmir'deki Müslümanlar bir *halk*tür; bunlar *kolektif* bir kimliğe sahiptir. Dahası, bu halkın kendi geleceğine özgür iradesiyle kendisinin karar vermek istediği onlarca yıldır defalarca kanıtlanmıştır.

Bütün bu nedenlerle, Keşmir'de plebisite imkân sağlanması, bu bölgenin geleceğine ilişkin olarak alınabilecek en isabetli karar olacaktır. Bu yöntem ve bunun ima ettiği sonuç, hukuken de bölgede üçte ikilik çoğunluğu oluşturan Müslüman halkın geleceği açısından en mâkul seçenek olacaktır. Bu makalede, plebisit ve referandumların, self-determinasyon hakkı çerçevesinde İkinci Dünya Savaşı sonrasında ve hatta iki dünya savaşı arasındaki dönemde birçok kez uygulanan bir yöntem olduğu, üstelik bunun hem uluslararası hukuk hem de demokrasi açısından müspet karşılanan bir yöntem olduğu ifade edilmiştir. Nitekim bu yöntem, hem, söz gelimi, Doğu Timor'un hem Kosova'nın ve hem de Güney Sudan'ın bağımsızlığına giden süreçte, bir yandan halkın iradesinin hangi yönde tecelli ettiğini göstermiş, bir yandan da bu bağımsızlık hareketlerinin uluslararası hukuka uygunluğunun başta gelen işaret taşlarından birisi olmuştur. Benzer bir sürecin Keşmir halkı için de uygulamaya sokulması hususunda uluslararası toplumun elini taşın altına sokmasının vakti gelmiş ve hatta geçmektedir.

Pek çok açıdan, Filistin Sorunu ile Keşmir Sorunu'na sebebiyet veren olaylar silsilesi arasında şaşırtıcı benzerlikler vardır. Aynen Keşmir Sorunu gibi, Filistin Sorunu da bir İngiliz sömürgecilik mirasıdır. Bu sorun, mandater Britanya İmparatorluğunun Birinci Dünya Savaşı sonrasında Filistin'e Siyonist yerleşimcilerin göçünü mümkün kılan ve bu topraklarda onlar için 'ulusal yurt' kurmayı öngören gayri-hukukî ve gayri-ahlaki politikalarının bir sonucu olarak zuhur etmiştir. BM'nin her iki sorunu ele alış biçimi de birbirine benzemektedir. Her ikisine ilişkin olarak BM'nin almış olduğu kararlar, BM Kurucu Andlaşması'nın VI. Bölümü çerçevesinde kabul edilmiştir. Hem Keşmir hem de Filistin'e ilişkin kararlarda, birinde Hint, diğerinde Siyonist işgalcilerin (en azından 1967'de) (Resolution 242, 1967), ele geçirdikleri topraklardan geri çekilmeleri çağrısı yapıldığında, bu kararların herhangi bir eylem planı ya da zecrî tedbir içermediği görülmüştür. Her iki halkın –Filistinliler ve Keşmirli Müslümanlar- self-determinasyon hakkını kabul ve teyit eden BM kararları da benzer şekilde, 'etkili' olmaktan uzak kararlardır. Hem Keşmir hem de Filistin sorununda, bu mazlum halkların beklentisinin aksine, bunların self-determinasyon haklarının daha büyük bir devletçe (Filistin'de önce mandater Britanya, sonra Siyonist İsrail; Keşmir'de ise Hindistan) gasp edildiği görülmüştür. Her ikisinde de BM, kendi organlarınca alınmış olan 'yumuşak' (bağlayıcı olmayan) kararların gereğini yapmaktan uzak kalmıştır. Bugün hem Filistinliler hem de Keşmirli acımasız bir işgalin ve rutin hâle gelmiş olan insanlık suçlarının ve vahim insan hakları ihlallerinin gölgesinde âdeta bir varoluş mücadelesi vermektedir. Hâkim uluslararası düzen ve başta BM olmak üzere onun başlıca kurumları ise bu trajediyi sessizce izlemektedir.

## Kaynakça

- 242 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı. (22 Kasım 1967), <http://unispal.un.org/unispal.nsf/0/7D35E1F729DF491C85256EE700686136>
- Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo. (22 Temmuz 2010). Advisory Opinion. I.C.J. Reports, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf>
- Aljazeera English, “Kashmir Muslims fear demographic shift as thousands get residency”. (28 Haziran 2020), <https://www.aljazeera.com/news/2020/06/kashmir-muslims-fear-demographic-shift-thousands-residency-200627103940283.html>
- Ataöv. T. (1960). “Keşmir Meselesinin Önemi”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 15(1), 195-214.
- Birleşmiş Milletler Antlaşması Doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusundaki Bildirge, United Nations General Assembly Resolution No. 2625. (24 Ekim 1970), [http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/2625\(XXV\)\\_24\\_Ekim\\_1970.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/2625(XXV)_24_Ekim_1970.pdf)
- Capotorti, F. (1979). Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities, Cenevre: UN, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, <https://digitallibrary.un.org/record/10387?ln=en>
- Cassese, A. (1988). *International Law in a Divided World*. Oxford: Clarendon Press.
- Charter of the United Nations. (26 Haziran 1945), <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>
- Dickinson, R. (2009). “Twenty-First Century Self-Determination: Implications of the Kosovo Status Settlement for Tibet”. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 26(3), 547-582.
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi. (16 Aralık 1966), [http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/metin134.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf)
- Ermacora, F. (1983). “The Protection of Minorities before the United Nations”. *Recueil des Cours*, Academie de Droit International, 182, 251-370.
- Franck, Thomas M. (1988). “Legitimacy in the International System”. *The American Journal of International Law*, 82(4), 705-759.

Government of India's letter to the Security Council, 31 Aralık 1947,

<https://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/kasindia.htm>

Hasbrouck, E. (2 Ekim 2014). "Kashmir, self-determination, and human rights". Presentation as part of a panel on "Kashmiris: A Forgotten People", presentation as part of a panel on "Kashmiris: A Forgotten People". New York: Cornell University, <http://www.hasbrouck.org/kashmirs>

Heymann, K. (2003). "Earned Sovereignty for Kashmir: The Legal Methodology to Avoiding a Nuclear Holocaust". *American University International Law Review*, 19(1), 153-200.

Human Rights Watch (Eylül 2006). "Human Rights Violations in Azad Kashmir", 18(12) (C), 1-71, <https://www.hrw.org/reports/2006/pakistan0906/>

Indian Independence Act (18 Temmuz 1947), [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1947/30/pdfs/ukpga\\_19470030\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1947/30/pdfs/ukpga_19470030_en.pdf)

Instrument of Accession of Jammu and Kashmir State (26 Ekim 1947), [https://www.satp.org/satporgtp/countries/india/states/jandk/documents/actsandordinances/instrument\\_accession.htm](https://www.satp.org/satporgtp/countries/india/states/jandk/documents/actsandordinances/instrument_accession.htm)

Jammu and Kashmir Official Portal, "Demographics", <https://jk.gov.in/jammukashmir/?q=demographics>

Khan, Raja M. (2015). "Kashmir Dispute: A Legal Perspective". *NDU Journal*, 135-160.

Kirk, W. ve Akhtar, R. (31 Ekim 2019). "Jammu and Kashmir". *Encyclopedia Britannica*, <https://www.britannica.com/place/Jammu-and-Kashmir>

Lone, Fozia N. (2018). *Historical Title, Self-Determination and the Kashmir Question*, Leiden/Boston: Brill Nijhoff.

"Low expectations from Indo-Pak talks". (26 Haziran 2004). Rediff News.

Majid, A. ve Hussain, M. (2016). "Kashmir: A Conflict between India and Pakistan". *South Asian Studies*, 31(1), 149–159.

"Majority in Kashmir Valley want independence: poll". (13 Ağustos 2007). Reuters Staff, <https://www.reuters.com/article/us-kashmir-poll-idUSDEL29179620070813>

Mayfield, Robert C. (1955). "A Geographic Study of the Kashmir Issue." *Geographical Review*, 45(2), 181–196.

- Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme. (16 Aralık 1966), <https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/bm-siyasi-ve-medeni-haklar-uluslararasi-sozlesmesi.pdf>
- Mishra, P. (26 Ağustos 2008). “A Jihad Grows in Kashmir”. *New York Times*.
- Morris, H. (1997). “Self-Determination: An Affirmative Right or Mere Rhetoric?”. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 4, 201-220.
- Naldi, G. (1999). “The East Timor Case and the Role of the International Court of Justice in the Evolution of the Right of Peoples to Self-determination”. *Australian Journal of Human Rights*, 5(1), 106-135.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, “Update of the Situation of Human Rights in Indian-Administered Kashmir and Pakistan-Administered Kashmir from May 2018 to April 2019”. (8 Temmuz 2019), 1-41, [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/KashmirUpdateReport\\_8July2019.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/KashmirUpdateReport_8July2019.pdf)
- S/726 (21 Nisan 1948), <http://unscr.com/en/resolutions/doc/47>
- S/RES/1236, 7 Mayıs 1999, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1236>
- S/RES/1246, 11 Haziran 1999, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1246>
- S/RES/1264, 15 Eylül 1999, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1264>
- S/RES/1272, 25 Ekim 1999, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1272>
- S/RES/1547, 11 Haziran 2004, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1547>
- S/RES/1574, 19 Kasım 2004, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1574>
- S/RES/1590, 24 Mart 2005, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1590>
- S/RES/1919, 29 Nisan 2010, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1919>
- Schwebel, Stephen M. (26 – 28 Nisan 1979). “The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law”. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 73, 301-309.
- Simon, Thomas W. (2011). “Remedial Secession: What the Law Should Have Done, From Katanga to Kosovo”. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 40, 105-173.
- Slater, J. (12 Haziran 2002). “Even as Tensions Ease, Control of Kashmir Remains Flashpoint”. *The Wall Street Journal*.

- Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri, 1514 sayılı BM Genel Kurul Kararı. (14 Aralık 1960), 66-67, [http://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020095937bm\\_38.pdf](http://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020095937bm_38.pdf)
- Sterio, M. (2013). *The Right to Self-Determination under International Law*. London ve Newyork: Routledge.
- Suksi, M. (2018). "The referendum as an instrument for decision-making in autonomy-related situations", P. Hilpold (der.), *Autonomy and Self-determination: Between Legal Assertions and Utopian Aspirations*. UK/USA: Edward Elgar, 97-137.
- Supreme Court of Canada. (20 Ağustos 1998). *Secession of Quebec*, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>
- Şahbaz, D. (2019). *İki Ulus Teorisi Işığında Pakistan'ın Kuruluşu ve Bir Sorunsal Olarak Keşmir*. Yayımlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Text of Lord Mountbatten's letter dated 27 October 1947 to signify his acceptance of the Instrument of Accession signed by the Kashmir Maharaja, <https://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/kasmount.htm>
- The Delhi Agreement. (24 Temmuz 1952), [https://www.satp.org/satporgtp/countries/india/states/jandk/documents/papers/delhi\\_agreement\\_1952.htm](https://www.satp.org/satporgtp/countries/india/states/jandk/documents/papers/delhi_agreement_1952.htm)
- The Express Tribune*. (10 Ağustos 2011).
- Tomuschat, C. (2006). "Secession and Self-Determination", M. G. Kohen (der.). *Secession: International Law Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 23-45.
- UN General Assembly Resolution 377 on Uniting for Peace. (3 Kasım 1950), 10-12, <http://www.un.org/depts/dhl/landmark/pdf/ares377e.pdf>
- UN Security Council Resolution No. 38 (17 Ocak 1948), 39 (20 Ocak 1948), 47 (21 Nisan 1948), 51 (3 Haziran 1948), <http://mofa.gov.pk/wp-content/uploads/2020/01/1948-Resolutions-38-39-47-51.pdf>
- UN Security Council Resolution No. 80 (14 Mart 1950), <http://mofa.gov.pk/wp-content/uploads/2020/01/1950-Resolution-80.pdf>
- UN Security Council Resolution No. 91 (30 Mart 1951), <http://mofa.gov.pk/wp-content/uploads/2020/01/1951-Resolution-91.pdf>
- UN Security Council Resolution No. 98 (23 Aralık 1952), <http://mofa.gov.pk/wp-content/uploads/2020/01/1952-Resolution-98.pdf>

- UN Security Council Resolution No. 122. (24 Ocak 1957), <https://digitallibrary.un.org/record/112095>
- United Nations Office of the Special Envoy for Kosovo, Report of the Special Envoy of the Secretary-General on Kosovo's Future Status. (26 Mart 2007). U.N. Doc. S/2007/168, [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/4BF3EA-59396D0797852572AA007977D0-Full\\_Report.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/4BF3EA-59396D0797852572AA007977D0-Full_Report.pdf)
- “Update of the Situation of Human Rights in Indian-Administered Kashmir and Pakistan-Administered Kashmir from May 2018 to April 2019” (PDF). (8 Temmuz 2019). Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, [https://www.ohchr.org/Documents/Countries/IN/KashmirUpdateReport\\_8July2019.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Countries/IN/KashmirUpdateReport_8July2019.pdf)
- Vienna Convention on the Law of Treaties. (23 Mayıs 1969), [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)
- Westcott, Stephen P. (29 Mayıs 2020). “The Case of UN Involvement in Jammu and Kashmir”, <https://www.e-ir.info/2020/05/29/the-case-of-un-involvement-in-jammu-and-kashmir/>
- White, Robin C.A. (1981). “Self-determination: Time for a Re-Assessment?”. *Netherlands International Law Review*, 28(2), 147 – 170.
- “World Population” (2020), <http://www.populationu.com/in/jammu-and-kashmir-population>.



(24. Makale – 2022)

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ\*

*İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları\*\**

---

\* Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı

\*\* TIHEK Akademik Dergisi, Yıl: 2022[5] Sayı: 8, s. 15-60.



# İNSAN HAKLARININ KURUMSALLAŞMASI: ULUSAL İNSAN HAKLARI KURUMLARI

## Institutionalization of Human Rights: National Human Rights Institutions



**Muharrem KILIÇ\***

### Öz

Küresel ölçekte ulusal insan hakları kurumlarının yaygınlık kazanması, Soğuk Savaş sonrası döneme tekabül etmektedir. Soğuk Savaş döneminde 'uluslararasılaşan' insan hakları normları, savaş sonrası dönemde 'içselleştirilerek' ulusal koruma mekanizmalarının oluşmasına yol açmıştır. İnsan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla tasarlanmış kamu kurumları olan ulusal insan hakları kurumlarının küresel ölçekte yaygınlık kazanması bu normların içselleştirilmesiyle izah edilmektedir. İnsan haklarını koruma ve geliştirmeye yönelik bu kurumsal çabaların öncelikle ulusal ölçekte gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim ulusal insan hakları kurumları, uluslararası normlar ve yerel uygulama arasında bir 'köprü' işlevi görmektedir.

Ulusal insan hakları kurumları, devletlerin uluslararası yasal yükümlülüklerine uyumunu teşvik etmek amacıyla tasarlanmıştır. Ancak özellikle Avrupa ölçeğinde, yeni kurumsal yapı-

### Abstract

The prevalence of national human rights institutions on a global scale corresponds to the post-Cold War era. Initially being 'internationalized' during the Cold War era, the human rights norms began to be 'internalized' in the post-war period, leading to the formation of the national protection mechanisms. The internalization of these norms accounts for the global prevalence of the national human rights institutions, which are the state institutions designed to protect and promote human rights. Indeed, these institutions function as a 'bridge' between international norms and local practice. Therefore, the efforts to protect and develop human rights should primarily be exerted on a national scale.

The national human rights institutions are designed so as to encourage the states to comply with the international legal obligations. However, the discussions on the gradual establishment and the unification of new institutional

\* Prof. Dr., Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, muharrem.kilic@tihek.gov.tr, ORCID: 0000-0002-7937-3998.

ların aşamalı olarak oluşturulması ve bunların birleştirilmelerine yönelik tartışmalar yaygınlik kazanmaya başlamıştır. Bu tartışmalar, eşitlik kurumları ile insan hakları kurumlarının tek bir kurumsal çatı altında birleştirilmesi üzerinden gerçekleştirilmektedir. Söz konusu tartışmalar, tekli ve çoklu kurumsal yapılanmanın olumlu ve olumsuz yönlerine ilişkin genel bir tablo ortaya koymaktadır.

Küresel ölçekte yaygınlaşan ulusal insan hakları kurumlarının 'faaliyet alanı, görev ve yetkileri, kurumsal yapılanması ve etkinliğine' yönelik tartışmalar bulunmaktadır. Her ne kadar bu kurumsal yapılanmaya yönelik eleştiriler söz konusu olsa da uluslararası insan hakları hukuku normlarının yerel ölçekte işlerlik kazanabilmesi için 'insan hakları kurumlarının' gerekliliği aşikardır. Nitekim ulusal insan hakları kurumlarının hak ihlallerini önleyici ve insan haklarını geliştirici bir kurumsal işlev icra edebilmesi, uluslararası insan hakları normlarının kamu kurumlarına yerleştirilmesiyle mümkündür.

structures on a European scale in particular, have begun to become widespread. Addressing the unification of the equality bodies and the human rights institutions under the umbrella of a single institution, these discussions present a general picture of the positive and negative aspects of single and multiple institutional structuring.

Furthermore, there are some discussions about the 'activity area, duties and authorities, institutional structure and effectiveness' of the national human rights institutions that have become widespread on a global scale. Despite the criticisms against this institutional structure, it is quite evident that the 'human rights institutions' play a key role in helping the international human rights norms gain functionality on a local scale. As a matter of fact, the national human rights institutions can perform an institutional function that prevents the violations of rights and promotes human rights only through embedding international human rights norms in the public institutions.

## Giriş

Tarihsel kökleri açısından doğal hukuk ve doğal haklar fikri üzerinden temellenen modern insan hakları düşüncesi, dünya siyasi tarihinin trajedilere eşlik eden kırılmalar üzerinden evrimsel gelişimini sürdürmüştür. Bu evrimsel gelişim serüveniyle insan hakları, modern çağın ilham verici bir mitine/söylencesine dönüşmüştür (Kılıç, 2018: 213). Kuşkusuz bu gelişim serüveni kendi özgül tarihi, siyasi, sosyal ve ekonomik bağlamında çok disiplinli bir perspektif üzerinden çözümlenebilir. Bu çözümleme, kavramsallaştırılan bir idealitenin somut gerçeklik düzleminde tezahür ediş biçimlerini görebilmek ve anlamlandırabilmek adına önemlidir. İdealite ile realite ya da fiili gerçeklik arasındaki çatışkaların ve paradoksal ilişkinin varlığı, birçok esaslı felsefi-kavramsal sorgulamayı beraberinde getirmiştir.

Ortaya çıkan bu sorgulama, felsefi anlamda çeşitlenen ekollerin ya da paradigmatik yaklaşımların eleştirel aklı üzerinden icra edilmektedir. Salt olarak felsefi zeminin değil, bunun üzerine inşa edilen kurumsal yapının da söz konusu eleştirel akla

konu olması icap etmektedir. Zira bu idealitenin hem bölgesel hem de uluslarüstü kurumsal yapılara dönüştüğü görülmektedir. Her ne kadar bu dönüşüm, teori ile pratik arasındaki gerilim üzerinden bir ‘meşruiyet’ sorunu ile yüzleşse de ‘modern insan hakları’ düşüncesinin kurumsal yapılanma yönlü gelişim seyri devam etmektedir. Ulusal, bölgesel ve uluslarüstü kurumsal yapılanmayı mümkün kılan bu gelişim sürecinin, insan haklarını güvence altına alacak koruyucu mekanizma/lar yaratma düşüncesine dayandığı ifade edilmelidir.

Kuşkusuz insan haklarını koruma ve geliştirme düşüncesine dayanan kurumsal yapılanma pratiği, dönemsel olarak değişkenlik arz eden jeo-politik ve jeo-stratejik dinamiklerle ve daha temelde ideolojik koşullanmışlıklarla şekillenen global siyasetin gölgesinde biçim kazanmıştır. Bu noktada özellikle dünya savaşlarının konsolide ettiği ideolojik kamplaşmalar ve ardından gelen global ölçekli kutuplaşmalar yeni dünya düzen/leri var etmiştir. Bu kutuplaştırmacı global düzen, İkinci Dünya Savaşı sonrasında küreyi esir alan Soğuk Savaş döneminin çift kutuplu evreninde demokratik siyasallık üzerinden kurulan insan hakları düşüncesinin meşruiyet temelli sorgulamalarını açığa düşürmüştür.

‘Demokratikleşme dalgalarının’ ve insan hakları temelli kurumsallaşmanın yaşandığı Soğuk Savaş sonrası ara dönem ise kurumsal yapılanma açısından dinamik bir dönem olarak tarihe geçmiştir. Daha sonrasında 11 Eylül 2001’de yaşanan trajedi, global insan hakları siyaseti açısından ‘içe kapanmacı’ ve ‘güvenlikçi’ yeni bir dönüştürücü ters dalga yaratmıştır. Öyle ki küresel ölçekte ‘önleyici savaş doktrini’ söylemiyle ‘anti-özgürlükçü’, ‘müdahaleci’ ve tek yönlü bir emperyal mücadele alanı oluşturulmuştur.

Sözü edilen tarihsel kırılmalara, ideolojik yönelimlere ve reel-politik stratejilere egemen olan bütün bu dinamikler, çok yönlü bir değerlendirmeyi anlamlı kılmaktadır. Bu çerçevede yapılacak olan değerlendirmelerin bir boyutunu da egemen olan siyasal sistemler üzerinden gerçekleştirilen değerlendirmeler oluşturmaktadır. Zira insan hakları fikri ve pratiği hem literatürel anlamda hem de söylemsel düzlemde ‘demokratik siyasallığın’ bir gereği olarak öngörülmektedir. Buna bağlı biçimde uluslararası insan hakları normlarının yerel-ulusal ölçeğe entegrasyonu, yukarıda sözü edildiği üzere küresel bir ‘demokratikleşme dalgasıyla’<sup>1</sup> açıklanmaktadır.

<sup>1</sup> Huntington, 1820’li yılların şartları içerisinde ABD’de yetişkin beyaz erkeklerin %50’den fazlasının oy kullanmış olmasını, demokrasi düşüncesi adına büyük bir gelişme kabul ederek birinci dalganın başlangıcı olarak tanımlamıştır. İkinci demokratikleşme dalgasının ise II. Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıktığını ifade eden Huntington’a göre,

Dünya savaşlarında yaşanan ağır insan hakları krizleri, insan haklarının korunmasına yönelik kurumsal çabaların yoğunlaşmasına yol açmıştır. Uluslararası insan hakları aktörlerinin öncü kurumu olarak varlık gösteren Birleşmiş Milletler (BM), küresel misyonu çerçevesinde insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik koruma mekanizması işlevi gören kurumsal yapılar oluşturmayı öngörmüştür. Kuşkusuz sürdürülebilir insan hakları reformunun gerçekleştirilmesi için uluslararası hukuk yükümlülüklerine yerel ölçekte uyumun sağlanmasını temin edecek ‘yerel yapılanmaya’ gereksinim bulunmaktadır. İnsan haklarını korumaya yönelik kurumsal çabaların<sup>2</sup> ulusal sistemleri dâhil etmeden gerçekleştirilmesi pek olanaklı değildir.

Zira ister dikey isterse yatay etkisi bağlamında insan haklarına yönelik mütecaviz tutumlar, ihlaller ve istismarlar öncelikle yerel ölçekte gerçekleşmektedir. Bu yönüyle yerel-ulusal ölçekte gerçekleşen ihlallere karşı yerel insan hakları koruma mekanizmalarının gerekliliği aşikârdır. İnsan hakları hukukunun uygulanması için “yerel yargı dışı kurumlar” (*domestic non-judicial institution*) olarak tanımlanan bu kurumsal yapılar, uluslararası normların yerel hukuk sistemlerine adaptasyonunu sağlamaktadır. Ulusal insan hakları kurumlarının kuruluş amacı çeşitlilik göstermekle birlikte genel olarak uluslararası insan hakları kurallarının yerel düzeyde uygulanmasını teşvik etmek ve/ya izlemektir.

Uluslararası insan hakları normlarının yerel-ulusal ölçekte yapılandırılan koruyucu mekanizmalar üzerinden kurumsal güvenceye kavuşturulması düşüncesi, global ölçekte yaygınlaşma eğilimi göstermektedir. Ulusal insan hakları kurumları olarak yapılandırılan bu mekanizmalar taraf olunan kurucu insan hakları sözleşmelerinin ulusal uygulanmasını izleme ve denetleme misyonu çerçevesinde ulusal pratik ile uluslarüstü dinamik arasında bir ‘köprü’ görevi ifa etmektedir. Bu noktada, uluslararası insan hakları hukukunun öngörmüş olduğu üst normatif çerçeveye kendisini kayıtlamak istemeyen kimi ülkelerin bu türden yapılanmayı ulusal hukuk sisteminlerine dâhil etmediği gözlemlenmektedir. Nitekim bu ülkelerin başında da Amerika Birleşik Devletleri (ABD) gelmektedir. ABD’nin federal düzeyde bir insan hakları kurumu oluşturmama yönündeki politik tercihi çok yönlü bir çözümlemeye konu edilebilir.

demokrasiyi savunan müttefiklerin savaşı kazanması ikinci dalganın oluşmasında etkili olmuştur. Üçüncü dalga ise 1974 yılında Yunanistan ve Portekiz’de diktatörlüklerden demokrasiye geçilmesiyle birlikte başlamış ve 1980’li yılların sonuna kadar dünyanın birçok ülkesine yayılmıştır. Bkz., Huntington, Samuel P., *Üçüncü Dalga: Geç Yirminci Yüzyılda Demokratikleşme*, (çev. Ergun Özbudun), Kilit Yayınları, Ankara 2011, s. 60.

<sup>2</sup> Samuel Moyn’e göre; 1970’li yıllar boyunca “insan hakları”, bölgesel bazı girişimlerin yanı sıra aslında yalnızca Birleşmiş Milletler (BM) mekanizmasının bir projesi olarak ortaya çıkmıştır. Bkz., Moyn, Samuel, *Son Ütopya: Tarihte İnsan Hakları*, (çev. Firdevs Er), Koç Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 44.

Ancak bu noktada dikkat çekici argüman, Kongre tarafından onaylanmayan uluslararası sözleşmeleri kendi hukuk sistemine dâhil etmeme adına böylesi bir kurumsal yapılanmaya gitmediği yönündedir.

Bu çalışma, insan haklarını koruma ve geliştirmede kritik bir rol üstlenen aktörlerden birisi olan ulusal insan hakları kurumlarına yönelik bir çerçeve ortaya koymaktadır. Bu kapsamda ilk olarak bu kurumsal yapıların tarihsel perspektiften gelişim dinamiği ele alınacaktır. Daha sonra insan haklarının yerelleştirilmesi olgusu çerçevesinde yerel ölçekte faaliyet gösteren ulusal insan hakları kurumları değerlendirilmeye konu edilecektir. Özellikle Avrupa ölçeğinde gerçekleştirilen kurumsal yapılanmaya yönelik tartışmalar kapsamında tekli/çoklu kurumsallaşma modelinin yapısal özellikleri çerçevesinde genel bir tablo ortaya konulacaktır. Ardından ulusal insan hakları kurumlarının etkililiğine yönelik bir çözümlemeye yer verilecektir. Son olarak, ulusal insan hakları kurumlarının başta kurulma amacı olmak üzere ‘kurumsal meşruiyeti, yapısal özellikleri ve etkililiği’ çerçevesinde yapılan eleştiriler konu edilecektir.

## I. Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Tarihsel Perspektif

Soğuk Savaşın sona ermesi, totaliter devletler açısından yeni bir ‘demokratikleşme dalgası’ başlatmış ve insan haklarının korunması ve güçlendirilmesi adına yeni imkânlar yaratmıştır. Öyle ki 1990’dan 1996 yılına kadar altmıştan fazla ülkenin demokratikleşme sürecine girdiği ifade edilmektedir. Söz konusu küresel dalga, ulusal parlamentoların ve demokratik kurumların inşa edilmesinin yanı sıra demokratik seçimler de dâhil olmak üzere yerel ölçekte köklü değişikliklere yol açmıştır. Sözü edilen bu köklü siyasal dönüşümün kurucu kavramları ‘demokrasi’ ve ‘insan hakları’ olarak ortaya çıkmıştır (Kjærsum, 2003: 5).

Nitekim ‘iki modern ideolojik muharebe’ olarak nitelendirilebilecek olan komünizmin çöküşü ve apartheid rejiminin tasfiyesinin kazanımı ‘insan hakları düşüncesi’ olmuştur. Costas Douzinas’a göre; bu zaferin gerçeklik kazandığı yirminci yüzyıl ‘insan hakları çağı’ olsa bile, bu zafer paradoksal bir etki yaratmıştır (Douzinas, 2015: 16). Öyle ki bu dönem insan hakları çağı olmasının yanı sıra aynı zamanda insan hakları krizinin yaşandığı bir zamana tekabül etmektedir. 1990’lı yıllarda ise insan hakları, yeni güvence mekanizmalarıyla koruma altına alınan bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır.

Küresel olarak, ulusal kurumların yaygınlık kazanması Soğuk Savaş'ın sona ermesi ve uluslararası insan hakları mekanizmalarının güçlenmesiyle, Thomas Risse ve Kathryn Sikkink'in "*dünya saatinde*" (*world time*) bir değişiklik olarak adlandırdığı döneme tekabül etmektedir (Risse ve Sikkink, 2009: 1-38). Soğuk Savaş dönemi; insan hakları normlarının 'uluslararasılaşmasına', Soğuk Savaş sonrası dönem ise bu normların 'içselleştirilmesine' yol açmıştır. İnsan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla tasarlanmış kamu kurumları olan ulusal insan hakları kurumlarının küresel ölçekte yaygınlık kazanması bu normların içselleştirilmesiyle açıklanmaktadır. Nitekim 1990'lı yılların başında yaygın olan düşünce; 'sürdürülebilir insan hakları reformu' için yerel-ulusal insan hakları mekanizmalarının gerekliliğini vurgulamıştır. Küresel ölçekte demokratik siyasallığın inşa edilebilmesinin önemli bir bileşeni olarak ulusal insan hakları kurumları, dünya düzeninde 'demokratikleştirici ve hak koruyucu rejimler' açısından kurumsal bir zorunluluk olarak görülmeye başlanmıştır (Cardenas, 2009: 27).

Literatürde ulusal insan hakları kurumlarının artışı, uluslararası insan hakları normlarını yerel alana entegre eden küresel bir 'demokratikleşme dalgasıyla' açıklanmaktadır (Cardenas, 2001: 9). Nitekim insan hakları, 1990'lı yılların ortalarında demokratik siyasi sistemlerde önemli yapı taşları olarak kabul edilmiştir. Bu gelişme, insan hakları bilincini yaygınlaştırma ve bir insan hakları kültürü yaratmada katalizör rol üstlenen yeni bir kurumsal yapılanmaya duyulan gereksinimi öne çıkarmıştır (Kjærum, 2003: 5).

Ulusal insan hakları kurumlarının Soğuk Savaş sonrası dönemde yaygınlık kazanması tarihsel bir 'normatif kaymaya' (*normative shift*) da işaret etmektedir. Bu türden kurumsal yapıları oluşturmak, uluslararası insan hakları normlarını uygulamak veya bunları yerel yapılarda kurumsallaştırmak, 'devlet meşruiyetinin bir ölçüsü' olarak kabul görmeye başlamaktadır. Ancak ne bizatihi insan haklarının ne de ulusal insan hakları kurumlarının devlet egemenliğini ikame edemeyeceği veya otoritenin alternatif bir odak noktası olarak hizmet etmeyeceği ifade edilmektedir. Nitekim insan hakları düşüncesi ve ulusal insan hakları kurumları, özellikle Soğuk Savaş sonrası dünyada devletlerin egemen meşruiyetini ve otoritesini tahkim etmektedir (Cardenas, 2009: 38).

<sup>3</sup> 1990'lı yılların başlarında oluşturulan önde gelen ulusal insan hakları kurumları arasında Meksika Ulusal İnsan Hakları Komisyonu, Hindistan Ulusal İnsan Hakları Komisyonu ve Güney Afrika İnsan Hakları Komisyonunu zikredebiliriz. Kanada, Avustralya ve Danimarka'daki ulusal insan hakları kurumları eski kurumsal liderler arasında yer almaktadır. Bkz., Cardenas, Sonia, "Sovereignty Transformed? The Role of National Human Rights Institutions", p. 28.

Soğuk Savaş sonrası dönemde ulusal insan hakları kurumlarını oluşturmada ve geliştirmede özellikle Paris Prensipleri (1993) ile Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı (1993) iki temel belge olarak kurucu bir işlev icra etmiştir. BM bünyesinde gerçekleşen uluslararası bir çalıştayın çıktısı olan Paris Prensipleri, ulusal insan hakları kurumlarını tanımlayan yetkili uluslararası ‘standartlar’ veya ‘minimum gereklilikler seti’ olarak işlev görmektedir. Bu yönergeler; çoğulcu ve temsili, yeterince finanse edilen, özerk ve istikrarlı yetkiler taşıyan kurumları gerekli kılmaktadır (Principles relating to the Status of National Institutions, The Paris Principles), 1993). Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı, insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde ulusal kurumların üstlendiği önemli ve yapıcı rolü; “kamu makamlarına danışmanlık hizmeti sunma, insan hakları alanının güçlendirilmesi, insan haklarına yönelik farkındalığın artırılması ve insan hakları eğitimi” olarak sıralamaktadır (Vienna Declaration and Programme of Action, 1993).

Bütün bu gelişim dinamiğine rağmen, ulusal insan hakları kurumlarının Soğuk Savaş sonrası dönemde niceliksel bir patlamaya yol açması geçmişten mutlak bir kopuş olarak tanımlamayı olanaklı kılmayacaktır. Zira ulusal insan hakları kurumları, ilk olarak BM’nin kuruluşundan (1945) kısa bir süre sonra, BM İnsan Hakları Komisyonu’nun yerel muadilleri olarak tasarlanmıştır. 1960’lı yıllarda BM, insan haklarını ulusal düzeyde koruma ve geliştirme potansiyellerini vurgulayarak ulusal insan hakları kurumlarını etkin biçimde teşvik etmeye başlamıştır. İnsan haklarıyla ilgili kaygıların daha fazla uluslararasılaşmasına karşı çıkan ABD gibi ülkeler bile yerel insan hakları kuruluşlarını tercih etmiştir (Cardenas, 2009: 29).

Ulusal insan hakları kurumları, uluslararası insan hakları hukukunun uygulanmasında giderek daha önemli bir rol üstlenmektedir. Avrupa Konseyi’nin insan haklarını koruma mekanizması benzeri oldukça gelişmiş insan hakları koruma sistemlerine sahip olan bölgelerde bile ulusal kurumların yapılandırılması ve/ya güçlendirilmesi için yoğun kamusal çağrılar söz konusudur (Renshaw vd., 2011: 167). Öyle ki Avrupa Konseyi, 1990’lı yıllarda ulusal insan hakları mekanizmalarının oluşturulmasını ve bunların Avrupa Birliği (AB) kurumlarıyla iş birliği içerisinde olmasını teşvik eden ilk örgüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Yıllar içerisinde Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı (FRA), Avrupa Konseyi ve Avrupa Güvenlik ve İş birliği Teşkilatı (AGİT), insan haklarının uygulanmasına yönelik yerel ve bölgesel çabalara ulusal insan hakları kurumlarının daha fazla entegrasyonunu teşvik ederek özellikle Avrupa ölçeğinde bu kurumsal yapılanmanın geliştirilmesini hedeflemiştir (Lacatus, 2018: 5).

Yaklaşık son otuz yılda,<sup>4</sup> dünyanın her bölgesinde ve çeşitlenen siyasi sistemlere sahip ülkelerde ulusal insan hakları kurumları yaygınlık kazanmaya başlamıştır. Günümüzde Ulusal İnsan Hakları Kurumları Küresel İttifakı (*Global Alliance of National Human Rights Institutions*, GANHRI) tarafından akredite edilen ‘128’ ulusal insan hakları kurumu bulunmaktadır (GANHRI, 2021: 1-13). Ancak Sonia Cardenas’ın 2000’li yılların başında yapmış olduğu çalışma, global ölçekte alt-ulusal insan hakları kurumları hariç olmak üzere yaklaşık 300-500 arası ulusal insan hakları kurumu olduğunu ortaya koymaktadır (Cardenas, 2001: 9).

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliğine (UNHCHR) göre, artık dünyada ulusal insan hakları kurumları ‘*ulusal insan hakları koruma sisteminde merkezi bir yere sahip olan*’ önemli kurumsal aktörlerdir. Ulusal insan hakları kurumları birçok açıdan birbirinden farklılık arz etse de bu kurumsal yapıların temel amacı, insan haklarının korunmasına ve geliştirilmesine odaklanmaktır. Bu amaç çerçevesinde ilgili kurumsal yapıların tanıtım görevleri; insan hakları eğitimi ve öğretimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer yandan koruma ve geliştirme görevleri ise; insan hakları şikâyetlerini incelemek, hükümet ve hükümet dışı aktörlerle istişarelerde bulunmak ve uluslararası aktörlerle iş birlikleri geliştirmek olarak sıralanabilmektedir. Tüm bu görev alanları kapsamında ulusal insan hakları kurumları, uluslararası insan hakları normlarının uygulanmasının da ayrılmaz bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır (Wolman, 2013: 445).

Ulusal insan hakları kurumları, kamu erkinin ulusal ve uluslararası insan hakları standartlarına uyumunu<sup>5</sup> geliştirmeye odaklanmış olsalar da özel sektör alanında da insan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla giderek daha fazla faaliyetlerde bulunmaktadır. Bununla birlikte, iş dünyası ve insan hakları alanında faaliyetlerde bulunan ulusal insan hakları kurumlarının ‘iyi uygulama’ örneklerine dair sistematik bir yapı söz konusu değildir. Bu durum da ilgili kurumsal yapıların etkililik değerlendirmesi hakkında genelleştirilebilir sonuçlar çıkarmayı zorlaştırmaktadır. Ulusal insan hakları kurumlarının kurumsal yetkileri, 2010’lu yıllarda özel sektör alanındaki kurumsal aktörler tarafından gerçekleştirilen hak ihlallerini de içerecek biçimde genişle-

<sup>4</sup> Ulusal insan hakları kurumlarına yönelik sayısal veriler için Bölüm 7’ye bkz.

<sup>5</sup> Devlet uyumu (*state compliance*) devletin uluslararası normlara uyan herhangi bir eylemi olarak tanımlanmaktadır. Uluslararası normlar ise kurallar, yasalar, prosedürler veya gayri resmi beklentiler biçimindeki sosyal olarak paylaşılan davranış standartlarıdır. Devlet eylemleri uluslararası normlara uygun olduğunda, uyum söz konusudur; devlet eylemleri uluslararası normlardan saptığında, uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Bkz., Wolfstetter, René, “The Unrealized Potential of National Human Rights Institutions in Business and Human Rights Regulation: Conditions for Effective Engagement and Proposal for Reform”, Springer, 2021, p. 3.

meye başlamıştır. Öyle ki bu kurumsal yapılar BM İnsan Hakları Konseyi tarafından onaylanan ‘İş ve İnsan Haklarına İlişkin Yol Gösterici İlkelerine’ (UNGP) benzer iş dünyası ile insan hakları alanına dair yeni uluslararası normların oluşturulmasında etkin bir rol üstlenmektedir (Guiding Principles on Business and Human Rights, 2011). Ulusal insan hakları kurumları, yaygın biçimde UNGP’lerin uygulanmasını geliştirmek ve özel sektör alanındaki kurumsal aktörleri insan hakları ihlallerinden sorumlu tutabilmek adına önemli aktörler olarak kabul edilmektedir (Wolfstetter, 2021: 4,3).

Sonuç olarak, ulusal insan hakları kurumlarının yaygınlık kazanması modern insan haklarının tarihsel izleğinde yeni bir sayfa açmaktadır. Bu kurumsal yapılar; devletlerin ulusal insan hakları kurumları oluşturmak, kurumsal yapılanmasını güçlendirmek ve böylece uluslararası normları kendi siyasal sistemlerine adaptasyonunu sağlamak da dâhil olmak üzere yenilikçi birtakım stratejiler uygulayarak insan hakları normlarına uyumun sağlaması noktasında önemli bir aktör olarak karşımıza çıkmaktadır (Cardenas, 2001: 55).

## II. İnsan Haklarının Yerelleştirilmesi ve Ulusal İnsan Hakları Kurumları

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin (İHEB, 1948) kabul edilmesinden sonra uluslararası toplum, insan hakları söylemini giderek daha fazla kullanma eğilimi göstermiştir. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği’ne göre; uluslararası insan hakları hukuku müktesebatı, en az sekiz temel sözleşme ve çok sayıda protokolden oluşmaktadır. Çok sayıda hükümetler arası, ulusal ve sivil toplum kuruluşu bir ‘politika hedefi’ olarak insan haklarını taahhüt etmiş ve insan haklarını koruma ve geliştirmeye yönelik faaliyetler öngörmüştür. Milenyumun başında devlet ve hükümet başkanları, uluslararası kabul görmüş tüm insan haklarına saygı göstermek adına ‘*hiçbir çabadan kaçınmama*’ ve ‘*tüm ülkelerde medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tam olarak korunması ve geliştirilmesi için çaba sarf etme*’ taahhüdünde bulunmuştur (De Feyter, 2011: 11).

İnsan haklarını koruma ve geliştirmeye yönelik bu çabaların kuşkusuz öncelikle ulusal ölçekte gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Zira insan haklarına yönelik her türlü ihlal iddiaları yerel uygulamalardan kaynaklanmaktadır. Costas Douzinas’ın

ifade ettiği üzere; “İnsan haklarının korunması da ihlal edilmesi de yerelde gerçekleşmektedir: evde, sokakta, okulda, işyerinde ve cezaevinde, devlet dairelerinde ve yerel medyada.” (Douzinas, 2007: 14). İnsan haklarına yönelik evrensel ve soyut bir söylem söz konusu olsa da hak iddiaları, belirli bir coğrafi konumda meydana gelen olaylara dayanmaktadır. Hak ihlali iddialarının yerel unsurları, iç hukuk yollarının önceden tüketilmesi ilkesi üzerinden bölgesel ve küresel insan hakları davalarında tanınmaktadır. Böylece uluslararası yaptırım mekanizmalarına erişim, ‘son çare’ (*ultima ratio*) olarak kabul edilmektedir (De Feyter, 2011: 14).

Koen De Feyter, Stephan Parmentier, Christiane Timmerman ve George Ulrich tarafından kavramsallaştırılan “*insan haklarını yerelleştirme*” fikri, insan hakları hukukunun yerel gruplar tarafından tanımlanan insan hakları gereksinimlerine göre geliştirilmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. De Feyter, soyut uluslararası insan hakları normlarına ulusal düzenlemelerin ve ‘yerel ölçekli sızmanın’ (*local infusion*) global insan hakları hukukunun ve uygulamasının yerel etkinliğini daha da derinleştireceğini ve güçlendireceğini öne sürmektedir (De Feyter, 2011: 36). Yerelleştirme olgusu; özellikle ekonomik küreselleşmeye bağlı yaşanan dönüşümlere ve toplumsal gereksinimlere koşut olarak insan hakları normlarının dinamik biçimde yorumlanması ve insan hakları uygulamalarının geliştirilmesi adına bir başlangıç noktası olarak değerlendirilmektedir (De Feyter, 2006: 5).

Uluslararası ölçekte yapılandırılan koruma mekanizmaları, insan haklarının uluslararası düzenleyici bir rejim (*regulatory regime*) olmasını da beraberinde getirmiştir. Öyle ki uluslararası hukuk kapsamında tanzim edilen normlar, daha sonra ulusal ölçekte kabul edilerek ulusal hukuk sistemine dâhil edilmektedir. Bu kapsamda çeşitlenen mekanizmalar ve süreçler tasarlanırken ilgili normları uygulamak için hem ulusal hem de uluslararası düzeyde yeni kurumsal yapılar oluşturulmaktadır (Galligan ve Sandler, 2004: 26). Uluslararası kurumların tersine ulusal insan hakları kurumlarının yerel niteliği, ilgili kurumsal yapıların hak ihlallerinin gerçekleştiği sosyo-politik ortama doğrudan erişimini mümkün kılmaktadır (Welch vd., 2021: 1011).

Ulusal ve uluslararası ölçekte insan haklarının kurumsallaşması, kalkınma ve yönetime yönelik hak temelli yaklaşımların çerçevesinde önem kazanmıştır. Ulusal düzeyde insan haklarına saygı gösterilmesini, korunmasını ve geliştirilmesini sağlamak adına etkili bir uygulama aygıtı olarak insan haklarının kurumsallaşmasının ortaya çıkmasının, yerel ölçekte gerçekleşen ihlallerin izlenmesinde önemli bir üstlendiği gö-

rülmektedir. Bu kurumsal yapılanmanın arkasındaki temel d    nce, insan haklarına yönelik normatif alanın yerel düzeyde etkin biçimde uygulanmasını temin etmektir. Bundan ötürü, özerk ulusal insan hakları kurumlarının te kili yoluyla yerel düzeyde kapasite geliştirme ve ilgili normların uygulanması noktasında önem arz etmektedir (Kumar, 2006: 773). Bir diğer ifadeyle bu kurumsal yapıların oluşturulma amacı; uluslararası insan hakları standartlarının ulusal ölçekte yerel yasalar ve idari uygulamalar ve hatta eğitim sistemleri içerisine entegre ederek söz konusu standartları ulusal hukuk sisteminin bir parçası haline getirmektir (Cardenas, 2014: 3).

Tam da bu noktada uluslararası insan haklarının soyut normları ile yerel olgusal gerçeklik arasında uyum noktasında ‘köprü’ görevi üstlenen ve yerel insan haklarını koruma ve geliştirme amacıyla yapılandırılan ulusal insan hakları kurumlarının yerelle tirme olgusu çerçevesinde değerlendirme konusu yapılması icap etmektedir (Yefet, 2021: 2). Uluslararası sistemin hâlâ büyük ölçüde bir ulus-devletler sistemi olmasından ötürü uluslararası düzeyde insan haklarına saygıyı artırmaya yönelik ciddi ve sürekli çabalar, ancak hükümetleri veya devlet kurumlarını içermeleri durumunda başarılı olabilecektir (Shawki, 2009: 53). Her ne kadar ulusal insan hakları kurumlarının insan haklarını koruma mekanizmalarına dâhil edilmesi uluslararası aktörler tarafından teşvik edilse de bu kurumsal yapılar ulusal düzeyde gelişim dinamiği göstermişlerdir (Carver, 2010: 10).

Ulusal insan hakları kurumları, uluslararası normlar ile yerel uygulamalar arasında bir ‘köprü’ olarak nitelendirilmektedir. Bu kurumsal yapılar aynı zamanda devletlerin uluslararası yasal yükümlülüklerine uyumunu teşvik etmek amacıyla tasarlanmıştır. Bu türden kurumsal yapılar ulusal ölçekte uluslararası insan hakları normlarını teşvik etmek ve korumakla görevlendirilmektedir. Bir ulusal insan hakları kurumu her zaman devletin uyumluluğunu (*state compliance*) temin etmese bile ‘bağımsız aktivizm, kamu otoriteleriyle i  birliği veya farkındalık artırıcı faaliyetler’ gerçekleştirmek suretiyle insan hakları profilini ulusal ölçekte de i tirebilme potansiyeline sahiptir (Cardenas, 2012: 29). Öyle ki bu yeni insan hakları aktörlerinin, ulusal ölçekte insan haklarına yönelik profilin değişmesi noktasında olumlu etkileri bulunmaktadır (Cardenas, 2001: 14). Örneğin; Latin Amerika’daki ulusal insan hakları kurumlarının insan haklarının korunmasına ve geliştirilmesine önemli katkılarda bulunduğuna yönelik çalışmalar söz konusudur (Pegram ve Rodriguez, 2018: 168).

Ulusal insan hakları kurumlarının bizatihi devletler tarafından oluşturulmaları ve açıkça insan haklarını korumak ve geliştirmekle yükümlü kılınmalarından ötürü diğer yerel kurumlardan ayrıştığı ifade edilmelidir. Devletlerin ulusal insan hakları kurumlarının resmi olarak oluşturulmasını tartışmaya başladıkları 1978 tarihli ‘İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması için Ulusal ve Yerel Kurumlar Seminerinden’ önce bile, bazı ülkelerde insan haklarını korumak amacıyla yerel kurumların bulunduğu görülmektedir. Bu türden yapılanmaların en eski örneğini oluşturan ombudsmanlar, kamu otoritelerinin kötü yönetimi konusunda bireysel şikâyetleri ele almıştır. Bir başka öncü kurum örneğini ise, İngiliz Araştırma Komisyonları ve Fransız Danışma Komisyonları olarak adlandırılan hükümet komisyonları oluşturmaktadır. Bu kurumsal yapıların, ombudsman ofisleri gibi bireysel şikâyetlerin alınmasından ziyade insan haklarına ilişkin müzakere ve tavsiye kararlarına odaklandığı görülmektedir. Ulusal insan hakları kurumlarına karşı ikircikli bir tutum benimseyen ABD bile II. Dünya Savaşı’ndan sonra çok sayıda eyalette ırklar arası komisyonlar kurmuştur. Bu yerel kurumsal yapıların birçoğu daha geniş biçimde medeni haklara odaklanmaktadır (Welch vd., 2021: 1012).

Sonuç olarak, insan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla ulusal ölçekte kurumsallaşmak suretiyle oluşturulan bir koruma mekanizma olan ulusal insan hakları kurumlarının, yerel insan hakları gereksinimlerini tespit ederek sorunlu alanlara yönelik iyileştirmeler sağlayabilme potansiyeli bulunmaktadır. Öyle ki bu kurumsal yapıların çoğu yerel ölçekte gerçekleşen insan hakları sorunlarına odaklanmaktadır. Bundan ötürü yerel düzeyde insan haklarına yönelik bu türden koruma mekanizmalarının oluşturulmasının kritik önemi haizdir. İnsan hakları ihlallerinin gerçekleştiği sosyal ve politik ortama doğrudan erişim sağlayabilmesi bu kurumsal yapıları ayrıcalıklı bir konuma sokmaktadır. Ayrıca uluslararası normları ulusal insan hakları sistemine entegre etme işlevi gören bu kurumsal yapılar, evrensel insan hakları standartları ile ulusal insan hakları standartlarını uyumlu hale getirmektedir.

Bu kurumsal yapılar, uluslararası insan hakları normlarını yerel sosyo-politik bağlamda kendi hukuk düzeni içerisinde dinamik biçimde yorumlamakta ve uygulamaktadır. Söz konusu uygulama alanı çoğunlukla, ayrımcılık ve eşitlik hukuku çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bu yorumsal pratik, uluslararası insan hakları müktesebatının yerel ölçekte bir açılımı olarak ortaya çıkmaktadır. Böylelikle ulusal insan hakları kurumları yerel hukuksal gerçeklik üzerinden bir içtihadı alan üretmektedir. Bir anlamda bu durum haklar, özgürlükler ve eşitlik temelinde yerellik ile küresellik arasın-

da bir ‘ufuklar kaynaşmasını’ (*fusion of horizons*) (Gadamer, 2004) olanaklı kılmaktadır. Bir başka deyişle bu durum, glokalleşme ile globalleşme arasında ‘köprü’ kuran dinamik ve yaratıcı bir gerilim oluşturmaktadır.

### III. Ulusal İnsan Hakları Mekanizmalarının Kurumsal Yapılanması

Ulusal insan hakları kurumları, kamu otoriteleri tarafından oluşturulan ve insan haklarının korunması ve geliştirilmesi ile yükümlü kılınan bağımsız ve özerk yerel yapılar olarak tanımlanmaktadır. Kurumsal yapılanmasına ve örgütlenmesine bakılmaksızın ulusal insan hakları kurumları, devletlerin insan hakları uygulamalarına ilişkin bilgi/veri toplama ve bunları kamuoyuna aktarma amacı taşımaktadır (Welch vd., 2021: 1013). Ancak yine de 1980’li yıllarda insan hakları aktivistleri, ulusal insan hakları kurumları olarak kabul edilebilecek<sup>6</sup> kurumsal yapılara ilişkin birtakım standartların belirlenmesinin gereğine dair bir arayış içerisinde olmuşlardır (Welch vd., 2021: 1012). Nitekim aktivizm düzeyindeki bu arayışın Paris Prensipleri ile birlikte uluslararası ölçekte karşılık bulduğu ifade edilebilir.

Paris Prensipleri, ulusal insan hakları kurumlarının insan haklarının korunması ve geliştirilmesine ilişkin yetki alanının “olabildiğince geniş” olması gerektiğini öngörmektedir. Her ne kadar Paris Prensipleri, ulusal ölçekte insan hakları koruma mekanizmalarının sayısına ilişkin herhangi bir öngöründe bulunmasa da ulusal insan hakları kurumlarını akredite eden Ulusal İnsan Hakları Kurumları Küresel İttifakı’nın (GANHRI) tek bir kurumsal yapının akredite edilmesini tercih ettiği ifade edilmektedir. Öyle ki GANHRI, her devletten yalnızca bir ulusal insan hakları kurumunun akredite edilebileceğini belirtmektedir (Carver, 2011: 4). Bu akreditasyon

<sup>6</sup> En geniş anlamda, ulusal insan hakları kurumları aşağıdaki organları içerebilir:

- Ombudsman ofisleri
- Ulusal insan hakları komisyonları
- Ombudsman ve ulusal komisyon unsurlarını birleştiren karma kurumlar
- Çocuklar gibi kırılgan grupların haklarını korumaya adanmış özel insan hakları komisyonları
- İnsan hakları meselelerine adanmış parlamento organları
- Uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına adanmış ulusal organlar.

Ancak ulusal insan hakları kurumlarının bu şekilde sınıflandırmasına yönelik bir fikir birliği bulunmamaktadır. Örneğin, BM ulusal insan hakları kurumlarını neredeyse yalnızca ulusal ombudsmanlar ve komisyonlar açısından sınıflandırırken, Dünya Bankası da parlamento organlarını ulusal insan hakları kurumu olarak değerlendirmektedir. Ayrıca bkz., Cardenas, Sonia, “Adaptive States: The Proliferation of National Human Rights Institutions”, 2001, p. 11.

politikası, alt-ulusal düzeyde genel insan hakları kurumlarına sahip olabilecek federal devletlerin çoklu temsilini engelleme ve GANHRI'nin yönergelerinde tek bir ulusal temsilcinin temsiliyetine ilişkin öngörülere dayanmaktadır (Carver vd., 2010: 7).

Benzer biçimde Avrupa Birliği (AB) Eşit Muamele Direktifleri (*EU Equal Treatment Directives*), tüm eşitlik kurumlarının yapılanmasına ilişkin bir 'standartlar seti' belirlemektedir. Söz konusu direktifler, eşitlik kurumları açısından yapısal nitelikte asgari standartların çerçevesini ortaya koymaktadır (EQUINET, 2012: 7). Bu çerçevede Avrupa'da eşitliğin korunmasına yönelik iki yaklaşımdan söz edilebilir. Bazı AB üye ülkelerinde, AB eşitlik direktiflerinden kaynaklanan yükümlülükler doğrultusunda 'uzmanlaşmış eşitlik kurumları'<sup>7</sup> bulunmaktadır. AB düzeyindeki farklı ülkelerde farklı yetkilere sahip olan bu türden kurumsal yapılar yalnızca eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin konulara odaklanmaktadır. Diğer üye devletlerde, çoğunlukla Paris Prensipleri çerçevesinde yapılandırılan 'insan hakları kurumları' bulunmaktadır. Bu kurumsal yapılar ise, insan haklarına ilişkin genel kurumsal yetkisinin bir parçası olarak eşitlik konularına odaklanmaktadır (Goldschmidt, 2012: 32).

Başta yasama organları, mahkemeler, kolluk güçleri, veri koruma kurumları ve ombudsmanlar olmak üzere çok sayıda kamu kurumu, AB üyesi ülkelerde eşitliğin sağlanması ve insan haklarına saygının korunması noktasında çalışmalar yürütmektedir. Ancak burada özellikle öne çıkan kurumlar "eşitlik ve insan hakları" kurumlarıdır (Crowther ve O'Cinneide, 2013: 5). Eşitlik kurumları; AB üye devletlerinde AB Eşit Muamele Direktiflerine (*EU Equal Treatment Directives*) uygun olarak yapılandırılmaktadır. Avrupa Komisyonu'nun yayınlamış olduğu 2004/113/EC (Avrupa Komisyonu, 2004) ve 2006/54/EC (Avrupa Komisyonu, 2006) direktifleri, eşitlik kurumlarının potansiyelini şu şekilde açıklamaktadır:

- Ayrımcılığa maruz kalan bireylerin durumlarının iyileştirilmesi,
- Politika ve mevzuat kalitesinin iyileştirilmesi,
- Ayrımcılık ve eşitlik konusunda paydaşlığın güçlendirilmesi,
- Eşitlik ve ayrımcılığın önlenmesi noktasında uyum ve haklar kültürünün oluşturulması (EQUINET, 2012: 7).

<sup>7</sup> Eşitlik kurumlarına yönelik detaylı bilgi için bkz., Karan, Ulaş, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 455-521.

Avrupa’da belirli ayrımcılık temelleriyle (özellikle cinsiyet, ırk ve engellilik) ilgilenen eşitlik kurumlarını tüm ayrımcılık temellerini içerecek biçimde tek bir eşitlik kurumu bünyesinde bütünleşik hale getirme ve eşitlik kurumlarını insan hakları kurumlarına dâhil etme eğilimi söz konusudur (Goldschmidt, 2012: 32). Bu çerçevede özellikle Avrupa ölçeğinde yeni kurumsal yapıların aşamalı olarak oluşturulması ve bunların birleştirilmelerine yönelik tartışmalar yaygınlık kazanmaya başlamıştır. Bu tartışmalarda eşitlik ve insan hakları kurumlarını tek kurumsal çatı altında birleştirme noktasındaki itici gücün genellikle bütçeyle ilgili hususlardan kaynaklandığı ifade edilmektedir. Benzer biçimde, bütünlüklü olarak insan haklarının tek bir kurumsal yapı tarafından daha etkin biçimde korunacağı öne sürülmektedir (Carver, 2011: 2).

Eşitlik örgütleri (*equality organisations*) arasında bir bütün olarak insan hakları alanının eşitlik kurumlarının görev alanına dâhil edilmesi konusunda birtakım endişeler bulunmaktadır. Bu örgütlere göre; insan haklarını korumak ile ayrımcılığı önlemek birçok açıdan farklılık arz etmektedir. Bu çerçevede eşitlik komisyonundan ayrık biçimde bir insan hakları komisyonunun oluşturulması önerilmektedir. Ancak, eşitlik kurumlarının işlevlerinin insan hakları kurumlarının işlevlerine dâhil edilmesi eğilimi bir dönemde ağırlık kazanmıştır (Choudhury, 2006: 321). Nitekim bu türden kurumsal yapıların “faaliyet, işlev, yasal yetkiler ve hedefler” noktasında birtakım benzerliklerinden söz edilebilir. Ancak Avrupa’nın kimi ülkelerinde eşitlik kurumları ile insan hakları kurumlarının birbirinden ayrışan roller üstlendikleri yönünde yaygın bir görüş de bulunmaktadır (Crowther ve O’Cinneide, 2013: 1).

Nitekim bu görüşlere göre; AB genelinde ulusal eşitlik ve ulusal insan hakları kurumları olarak sınıflandırılan kurumsal yapıların yetki ve işlevleri açısından önemli farklılıklarından söz edilmektedir. Örneğin, bazı eşitlik kurumları ayrımcılık temellerinden birisine (ırk, cinsiyet veya engellilik gibi) odaklanırken, ulusal insan hakları kurumlarının birden fazla ayrımcılık temeline yönelik kurumsal yetkileri ve faaliyetleri olabilmektedir. Ancak yine de ulusal eşitlik kurumları ile ulusal insan hakları kurumlarının çok sayıda kesişen yapısal/kurumsal özellikler taşıdığı görülmektedir. Her iki kurumsal yapının da benzeşen amaçlar taşıdığı ifade edilebilir. Öyle ki eşitlik kurumlarının eşitliğin tesis edilmesi ve ayrımcılığın önlenmesine; ulusal insan hakları kurumlarının da daha geniş bir insan hakları alanına odaklanarak her iki kurumsal yapının temel haklara saygıyı geliştirme görevi bulunmaktadır. Ayrıca her iki kurumsal yapının insan onuruna ve statü eşitliğine yönelik ulusal bir ‘saygı kültürü’ geliştirmekte bağımsız bir role sahip olması gerekmektedir. Özellikle, her iki kurumsal

yapının kendi görev alanları kapsamındaki konuları izleme ve raporlama faaliyeti görevi bulunmaktadır Crowther ve O’Cinneide, 2013: 20).

Bununla birlikte, bazı AB üye ülkeleri hem eşitlik kurumları hem de ulusal insan hakları kurumlarının işlevlerini yerine getirmek üzere tasarlanmış tek bir kurumsal model oluşturmuşlardır. Böyle bir entegrasyon süreci; Belçika, Fransa, İrlanda, Hollanda ve İngiltere başta olmak üzere çok sayıda AB’ye üye ülkelerde gerçekleşmiştir (Crowther ve O’Cinneide, 2013: 1). Örneğin; yeni kurumsal yapılanmasını oluşturmadan önce İngiltere’de birbirinden ayrı üç özerk ayrımcılıkla mücadele komisyonunun bulunduğu görülmektedir. İngiltere’de 2006 yılında kabul edilen Eşitlik Yasası (*Equality Act 2006*) ile ‘cinsiyet, ırk veya etnik köken ve engellilik’ temellerinde ayrımcılığa karşı faaliyetler yürüten üç uzman komisyonun yerine tek bir ‘Eşitlik ve İnsan Hakları Komisyonu’ (*Equality and Human Rights Commission*) oluşturulmuştur (Equality and Human Rights Commission, “Our role as a National Human Rights Institution (NHRI)”, t.y.). Ancak daha sonra 116’dan fazla ayrı mevzuatı tek bir yasada bir araya getiren 2010 tarihli Eşitlik Yasası’na (*Equality Act 2010*) kadar ayrımcılığa yönelik önceden var olan mevzuat uyumlu hale getirilmemiştir. Yeni Eşitlik Yasası (2010), ayrımcılık temellerine ‘cinsel yönelim, yaş ve din veya inancı’ dâhil etmiştir. Ayrıca, 2006 tarihli Eşitlik Yasası ile oluşturulan kurumsal yapıya 1998 tarihli İnsan Hakları Yasasında (*Human Rights Act 1998*) öngörülen geniş insan hakları işlevleri verilmiştir (Carver, 2011: 6).

İngiliz Eşitlik Hukukunun ayrımcılığa maruz kalan kişilerin korunmasına yönelik siyasi taleplere yanıt olarak geliştirildiği ifade edilmektedir. Büyük Britanya’da ırk ve cinsiyet ayrımcılığına ilişkin ilk eşitlik mevzuatıyla, Irk Eşitliği Komisyonu (*Commission for Racial Equality, CRE*) ve Fırsat Eşitliği Komisyonu (*Equal Opportunities Commission, EOC*) olmak üzere iki ayrı kurumsal yapı oluşturulmuştur. 1970’li yılların sonlarında oluşturulan iki eşitlik kurumu, ayrımcılıkla mücadele etme amacıyla geliştirilen ulusal mevzuat hükümlerinin düzenleyici kurumlar tarafından uygulanmasına karşı olan politik bir ortamda faaliyet göstermiştir (Choudhury, 2006: 311).

Öte yandan İskoçya’da,<sup>8</sup> eşitlik ile insan hakları arasındaki kurumsal ayrım halen devam etmektedir. Ancak İngiltere Eşitlik ve İnsan Hakları Komisyonu’nun İskoçya’daki ofisi ‘İskoçya Eşitlik ve İnsan Hakları Komisyonu’ olarak faaliyetlerde bulun-

<sup>8</sup> İskoç İnsan Hakları Komisyonu, İskoç Parlamentosu aracılığıyla İskoçya halkına karşı sorumlu olan bağımsız bir kamu kuruluşudur. Bkz., <https://www.scottishhumanrights.com/about/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

maktadır (Equality and Human Rights Commission, “Home” t.y.). İskoçya açısından bu yetkisel ayrışma, kurumsal yetkilerin çakışmasına ve dolayısıyla yetkili başvuru mercinin tespit edilmesine yönelik bir belirsizliğin doğmasına yol açmıştır. Diğer taraftan İrlanda, İrlanda İnsan Hakları ve Eşitlik Komisyonu (*The Irish Human Rights and Equality Commission*)<sup>9</sup> adı altında eşitlik ve insan haklarını içerisinde barındıran bütünsel bir kurumsal yapılanmaya evrilmiştir (Spencer ve Harvey, 2014: 97).

Benzer biçimde,<sup>10</sup> 2008 yılında İsveç Parlamentosu Ayrımcılık Yasasını (*Discrimination Act*) kabul etmiştir. Söz konusu yasa, dört uzmanlaşmış ombudsmanlık kurumunu ikame edecek biçimde tek bir ‘Eşitlik Ombudsmanlığı’ ihdas etmiştir. Bu yasa ile ‘Fırsat Eşitliği Ombudsmanlığı, Etnik Ayrımcılığa Karşı Ombudsmanlık, Engelli Ombudsmanlığı ve Cinsel Yönelim Nedeniyle Ayrımcılığa Karşı Ombudsmanlıklar’ ilga edilmiştir. Eşitlik Ombudsmanlığı olarak yapılandırılan yeni kurumsal yapı, farklı gruplar arasında ayrımcılığa karşı temel güvenceleri uyumlu hale getiren yeni bir Ayrımcılık Yasası’nın kapsamı çerçevesinde oluşturulmuştur (Carver, 2011: 6).

Macaristan, ayrı ama bağlantılı biçimde uzmanlaşmış ombudsmanlık kurumlarının ilginç bir örneğini sunmaktadır. Macaristan’ın “Parlamento Sivil Haklar Komiseri, Parlamento Ulusal ve Etnik Azınlıkların Hakları Komiseri, Parlamento Veri Koruma Komiseri ve Parlamento Gelecek Nesiller İçin Komiser” olmak üzere dört adet uzmanlaşmış ombudsmanlık kurumu bulunmaktadır.<sup>11</sup> 2011 tarihli Ombudsman Yasası (*Act CXI of 2011*) tüm ombudsmanlık kurumları açısından genel bir yasal çerçeve sağlamaktadır. 2012 yılına kadar ortak bütçeyle yönetilen bu uzmanlaşmış kurumlar, müşterek bir hizmet binasını paylaşmış ve müştereken bazı uzman personeli bünyesinde barındırmıştır. Hatta öyle ki ilgili kurumlar, bazı durumlarda şikâyetleri birlikte ele almış, ortak raporlar yayınlamış ve Anayasa Mahkemesine ortak başvurularda bulunmuşlardır (Carver, 2011: 6). 2012 yılında birleştirilen bu kurumsal yapılar, Temel Haklar Komiserliği (*Commissioner for Fundamental Rights*) olarak yapı-

<sup>9</sup> İrlanda İnsan Hakları ve Eşitlik Komisyonu Yasası 2014 (IHREC Yasası 2014) kapsamında oluşturulan Oireachtas’a hesap veren bağımsız bir kamu kuruluşudur. IHREC Yasası, eski İrlanda İnsan Hakları Komisyonu ve eski Eşitlik Kurumu’nun işlevlerini içermekte ve daha da geliştirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., <https://www.ihrec.ie/about/who-we-are/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<sup>10</sup> İsveç Eşitlik Ombudsmanı, 1 Ocak 2009 tarihinde önceden var olan dört ayrımcılık karşıtı ombudsmanın yeni bir organda birleştirilmesiyle kurulmuştur. Bkz., <https://ennhri.org/our-members/sweden/>; <https://www.do.se/sprak-och-lattlast/om-diskriminering-lattlast>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<sup>11</sup> 2014 yılından itibaren akredite bir A statüsüne sahip ulusal insan hakları kurumudur ve bir ihbarcının koruma kurumu (*whistleblower’s protection body*) haline gelmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz., [https://equineteurope.org/author/hungary\\_commissioner/](https://equineteurope.org/author/hungary_commissioner/), Erişim tarihi: 01.01.2022.

landırılmıştır. 2021 yılından itibaren Eşit Muamele Kurumu (*Equal Treatment Authority*) ile Temel Haklar Komiseri birleştirilmiş ve Temel Haklar Komiseri bu kurumun yetkileri de dâhil olmak üzere tüm sorumluluklarını ve işlevlerini devralmıştır (Office of the Commissioner for Fundamental Rights of Hungary, t.y.).

Litvanya, birbirinden neredeyse tamamen ayrışık biçimde faaliyet gösteren üç özerk ombudsmanlık yapılanmasının bulunduğu ilginç bir örneği teşkil etmektedir. Parlamento (*Seimas*) Ombudsmanı, iki görevi bulunan çok üyeli bir kurumsal yapı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca Fırsat Eşitliği Ombudsmanı (Office of the Equal Opportunities Ombudsperson) ve Çocuk Hakları Ombudsmanı bulunmaktadır. Ayrı bir yasal düzenleme ile oluşturulan ve birbirinden farklı yetkilere sahip olan bu kurumsal yapıların bütçeleri ve hizmet binaları birbirinden bağımsızdır (Carver, 2011: 7).

Avustralya uygulaması, ayrışık özerk kurumsal yapıların birleştirilmesinin en uzun süreli örneğini oluşturmaktadır. Avustralya’da 1986 yılından önce insan hakları, cinsiyet ve istihdam ayrımcılığı temellerine yönelik şikâyetleri inceleyen ayrı kurumsal yapılar bulunduğu görülmektedir. Bu kurumsal yapılar “Avustralya İnsan Hakları ve Eşit Fırsatlar Komisyonu” (*Human Rights and Equal Opportunity Commission*) adı altında bütünlüğe hale getirilmiştir. Ancak, Komisyon’un kurumsal yapısı 2008 yılında, “Avustralya İnsan Hakları Komisyonu” olarak yeniden yapılandırılmıştır (Carver, 2011: 22).

Danimarka İnsan Hakları Enstitüsü (The Danish Institute for Human Right) ilk olarak 1987 yılında Parlamento kararıyla ‘Danimarka İnsan Hakları Merkezi’ olarak kurumsallaştırılmıştır. Danimarka İnsan Hakları Merkezi bağımsız ve özerk bir ulusal insan hakları kurumu işlevi görürken, 1993 yılında Danimarka’daki tüm etnik gruplar açısından fırsat eşitliğini geliştirmek amacıyla ayrı bir “Etnik Eşitlik Kurulu” (*Board of Ethnic Equality*) ihdas edilmiştir. Aynı zamanda Merkez, 2000/78/EC Yönergesi’nin (Avrupa Komisyonu, 2000) amaçları doğrultusunda ‘ulusal eşitlik kurumu’ olarak yapılandırılmış ve Etnik Eşitlik Kurulu’nun işlevlerini üstlenmiştir. Söz konusu entegrasyon süreci, çalkantılı bir ulusal politik ortamda gerçekleşmiştir. Öyle ki Parlamentodaki azınlık hükümetini destekleyen sağcı ve göçmen karşıtı Danimarka Halk Partisi, ilgili Merkezi kapatmaya yönelik politik bir girişimde bulunmuştur. Ancak söz konusu girişim başarısızlıkla sonuçlanmış, daha sonra Danimarka İnsan

Hakları Merkezi 2006/54/EC Direktifi hükümlerine uygun biçimde ulusal eşitlik kurumu olarak yapılandırılmıştır (Crowther ve O’Cinneide, 2013: 22).

Böylece Danimarka İnsan Hakları Enstitüsü hem bir eşitlik hem de insan hakları işlevlerinin yerine getirilmesi görevini üstlenmiştir. Ancak Avrupa’nın önde gelen ulusal insan hakları kurumlarından birisi olarak kurulmuş olan Enstitü’nün, eşitlik ilkesini tesis görevini kurumsal yapıya entegrasyon noktasında birtakım zorluklarla karşılaştığı ifade edilmektedir. Eşitlik ile insan haklarını koruma işlevini tek bir kurumsal yapıda bütünleşik hale getirilmesinin Enstitü’nün özellikle ‘bütçe harcamaları, bilirkişi raporlarının yayınlanması ve bireysel ayrımcılık mağdurlarına yardım’ noktasında eşitlik çalışmalarının etkinliğini azaltmaya yol açtığı dile getirilmektedir. Diğer yandan Enstitü’nün hem eşitlik hem de insan hakları yetkilerine sahip bir kurumsal yapıya kavuşturulmasının bir dizi kazanıma imkân sağladığı ifade edilmektedir. Özellikle insan haklarının eşitlik perspektifiyle bütünleşik hale getirilmesinin hakların daha da somutlaşmasına imkân sağladığı vurgulanmaktadır. Aynı zamanda, insan hakları perspektifinin kurumsal yapıya entegrasyonu ile eşitlik ilkesinin daha güçlü biçimde tesis edilmesine imkân sağladığı belirtilmektedir (Crowther ve O’Cinneide, 2013: 23).

Türkiye’nin ulusal insan hakları kurumu olarak yapılandırılan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) bütünleşik kurumsal yapılanmanın özgün bir tipolojik örneğini oluşturmaktadır. TİHEK, 2012 yılında 6332 sayılı Kanun’la kurulmuş olan Türkiye İnsan Hakları Kurumu’nun (TİHK) yerini almak üzere, 20 Nisan 2016 tarihli 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile ‘eşitlik ve insan hakları’ kurumu olarak yapılandırılmıştır (6701 sayılı Kanun, 2016). Eşitlik ve insan hakları kurumu olmasının yanı sıra TİHEK, ‘ulusal önleme mekanizması’ görevini de haiz bir kurum olarak yasal yetkilerini icra etmektedir.<sup>12</sup> Böylelikle TİHEK’in hem eşitlik ve insan hakları kurumu hem de ulusal önleme mekanizması görevini bünyesinde barındıran bütünleşik bir kurumsal yapısı bulunmaktadır.

Aktarmış olduğumuz ülke örneklerinde de görüldüğü üzere pek çok ülke, kurumsal yapılarda entegrasyon sürecini başlatarak yapısal dönüşümler gerçekleştirmiştir.

<sup>12</sup> İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmenin İhtiyari Protokolü (OPCAT) ülkemiz tarafından 2005 yılında imzalanmıştır. 2013 yılında alınan 5711 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile ‘ulusal önleme mekanizması’ görevi Türkiye İnsan Hakları Kurumuna verilmiştir. 2016 yılında çıkarılan 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile ulusal önleme mekanizması görevi doğrudan yasa ile TİHEK’e verilmiştir. Bkz., <https://www.tihe.gov.tr/ulusal-onleme-mekanizmasi/>

Kurumsal yapılanmaya ilişkin tüm bu restoratif gelişmeler beraberinde birtakım tartışmaları da getirmiştir. Bu noktada Richard Carver, belirli kırılgan grupların çıkarlarını ihmal etmeyecek biçimde tasarlanması koşuluyla, genel olarak tek bir ulusal insan hakları kurumu modelinin daha fazla etkili olmasının muhtemel olduğunu öne sürmektedir. Öyle ki Carver’a göre; tekli kurumsal yapılanmanın çok sayıda avantajı bulunmaktadır. Nitekim böyle bir kurumsal yapı, tüm kırılgan gruplarla ilgili olarak daha bütünlüklü bir yetki alanı ve kapsayıcı yasal çerçeve dâhilinde ayrımcılıkla mücadele faaliyetlerinde bulunacaktır. Tekli kurumsal yapılanmanın, başvurulacak doğru kurumu belirlemeyi kolaylaştırma ve fiziksel olarak daha erişilebilir olma potansiyeli bulunmaktadır. Böylesi kurumsal yapılar diğer paydaşlarla ilgili daha fazla yetki kullanacak ve insan hakları konularında açık ve anlaşılır bir kamusal profil (*public profile*) ortaya koyacaktır (Carver, 2011: 3).

Ayrıca tekli kurumsal yapının başvuruluculara daha nitelikli bir kamusal hizmet sunacağı ve tüm kırılgan gruplara daha eşit yaklaşım göstereceği ifade edilmektedir. İnsan haklarına ilişkin kamu kültürünün ve kurumun kamusal meşruiyetinin, ulusal insan hakları kurumunun toplumsal ağırlığını ve etkililiğini artırma noktasında önemli bir etken olduğu ifade edilmektedir. Tekli bir kurumsal yapının hem kurum hakkında farkındalık oluşturmada hem de insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde çoklu kurumsal yapılanmadan daha etkili olabilme potansiyeli olduğu vurgulanmaktadır (Carver, 2011: 15, 20).

Öyle ki tek bir ulusal insan hakları kurumu oluşturulması gerektiğini savunanlar; tek bir kuruluş tüzüğüne sahip bir kurumun, tüm grupların ve bireylerin haklarına ilişkin daha tutarlı bir standart uygulayacağını öne sürmektedir. Özellikle bu durumun, kurumsal yetkinin ayrımcılıkla mücadeleye odaklandığı durumlarda geçerlilik arz ettiği vurgulanmaktadır. Ayrımcılıkla mücadele yasalarına kademeli olarak yeni kırılgan grupları ekleyen devletlerin, farklı gruplara uygulanan eşitlik temelli standartlarda birtakım tutarsızlıklar sergilemelerinin olası olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca tekli kurumsal yapılanmanın bütçesel açıdan birden fazla kurum oluşturmaktan daha uygun maliyetli olacağı da öne sürülmektedir. Nitekim kimi durumlarda hükümetler, maliyetleri azaltmak amacıyla birden fazla kurumu tek bir kurumsal çatı altında bütünlük bir yapıya kavuşturma politikası gütmektedir. Örneğin; Hırvatistan hükümetinin insan haklarını koruma sisteminin ‘rasyonelleştirilmesi’ noktasındaki motivasyonu, finansal anlamda tasarruf etme arzusundan ve bunun mevcut kurumların birleştirilmesiyle sağlanabileceği beklentisinden kaynaklanmaktadır. Tekli bir

kurumsal yapılanmayı tercih eden devletler, fayda-maliyet analizi çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Örneğin hem Moldova hem de Gürcistan, ayrı bir çocuk ombudsmanı oluşturmayıp, bunun yerine söz konusu işlevleri mevcut ulusal insan hakları kurumuna dâhil etmişlerdir (Carver, 2011: 11, 15).

Çoklu kurumsal yapılanma modelini savunanlar ise, genellikle tek bir kurumsal yapılanmanın ‘kadınlar, çocuklar ve etnik azınlıklar’ gibi belirli kırılgan gruplara daha az odaklanma riski olduğunu öne sürmektedir. Kuşkusuz bu, dikkate alınması gereken bir duruma işaret etmektedir. Diğer taraftan çoklu kurumsal modelin egemen olduğu idari bir düzende, özgülenmiş insan haklarına yönelik kendi insan hakları kurumlarına sahip olmayan belirli kırılgan grupların gözardı edilme riskinin de daha fazla olabileceğine dikkat çekilmektedir. Çoklu kurumsal yapılanmanın mevcut olduğu ve bir hükümetin bunları birleştirmeye çalıştığı durumlarda, temel amacın genellikle finansal tasarruf sağlama olduğu öne sürülmektedir (Carver, 2011: 17, 4).

İşlevsellik temelinde çoklu kurumsal yapılanmaların olumlu ve olumsuz yönlerine ilişkin güçlü argümanlar bulunmaktadır. Kuşkusuz, çocuklar ve engelliler gibi belirli kırılgan grupların insan hakları koruma mekanizmasına erişimini kolaylaştırmak için birtakım önlemlere gereksinim bulunmaktadır. Ancak insan haklarının temel ilkesi olan ‘bölünmezlik ilkesinin’ aşınmaması adına insan hakları sorunlarına ‘bütünlükçü’ bir yaklaşım geliştirilmesi gerekmektedir. Bundan ötürü tercih edilen çözümün bu kurumların bütünlüğe hale getirilmesi değil, çok daha kapsamlı işlevsel bir iş birliği geliştirilmesi adına bir çerçeve oluşturmak olduğu ifade edilmektedir. Öngörülen bu iş birliği çerçevesi ‘ortak hizmet binasının kullanılmasını, paylaşılan veri tabanlarının oluşturulmasını, ortak raporlama faaliyetlerini ve ortak kamusal farkındalık kampanyaları gerçekleştirmeyi’ içermektedir (Carver vd., 2010: 6).

Eşitlik ve insan haklarının korunması işlevlerinin tek bir kurumsal yapıda bütünlüğe hale getirilmesi, birtakım zorluklara yol açmaktadır. Bu zorlukların çoğu, eşitlik kurumları ile insan hakları kurumlarının “rolleri, işlevleri, yetkileri ve faaliyetleri” arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Öyle ki entegre kuruluşların, farklılaşan işlevişi biçimlerini etkili ve tutarlı bir çalışma gündemi içerisinde bütünlüğe hale getirme noktasında birtakım zorluklarla karşılaşabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca eşitlik ve insan hakları işlevlerini entegre eden bütünlüğe organların kurumsal yetki ve kaynakların kullanımına yönelik stratejik yönetimde birtakım güçlüklerle karşılaşabileceği dile getirilmektedir. Dolayısıyla bu türden entegre edilmiş kurumsal yapı-

ların, kuruluşun ‘rolünü, amacını, yetkisini ve stratejik önceliklerini yansıtan, etkili ve uyumlu bir işleyiş tarzı’ oluşturması gerekmektedir (Crowther ve O’Cinneide, 2013: 38, 41).

Sonuç olarak, eşitlik ilkesi ve insan hakları düşüncesi ortak bir kavramsal referans alanını paylaşmaktadır. Bu nedenle her bir temel üzerinden yapılandırılan kurumsallaşmalar, ‘insan onuruna saygıyı’ geliştiren faaliyetlerin gerçekleştirilmesinin gereğine işaret etmektedir. Bununla birlikte, eşitlik kurumları tarafından icra edilen kurumsal işlevler, bazı önemli açılardan ulusal insan hakları kurumları tarafından gerçekleştirilen insan hakları işlevlerinden farklılaşmaktadır. Söz konusu farklılıklar, Avrupa ölçeğindeki yasal, siyasi ve düzenleyici söylemlerde eşitlik ve insan hakları alanları arasında bir bölünmenin varlığına işaret etmektedir. Bundan ötürü eşitlik kurumları ile insan hakları kurumlarının işlevlerinin tek bir kurumsal yapıda bütünleşik hale getirilmesinin yaratabileceği sorunlara da odaklanılması gerekmektedir (Crowther ve O’Cinneide, 2013: 76, 58).

## IV. Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Etki Analizi

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin (CESCR) 10 No’lu Genel Yorumu’nda “*çok farklı hukuk kültürlerine sahip devletlerde ve ekonomik durumlarından bağımsız olarak*” kurulmuş yapılar olarak tanımlanan (CESCR, 1998: 1) ulusal insan hakları kurumları, bizzatı insan haklarını korumak ve geliştirmekle görevli yerel kurumsal mekanizmalar olarak yapılandırılmaktadır. Bu kurumsal yapılar, başta ‘şikâyetleri ele alma, tavsiyeler yayınlama ve raporlama faaliyetleri’ olmak üzere kurumsal yetki alanı çerçevesinde faaliyetler icra etmektedir. Bununla birlikte, bazı insan hakları mekanizmalarının insan hakları ihlallerine yönelik para ve hapis cezası ile tecziye etme noktasında<sup>13</sup> yasal yetkileri bulunmaktadır. Bu noktada uluslararası standartları belirleyen normatif çerçeve olarak Paris Prensipleri, ulusal insan hakları kurumla-

<sup>13</sup> Örneğin 6701 sayılı TİHEK Kanununun ilgili maddesinde (md. 25) ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin verilen Kurul kararlarında idari para cezası uygulama yetkisi bulunmaktadır.

“Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.”

rının cezalandırma yetkisine yönelik herhangi bir açık hüküm ihtiva etmemektedir (Welch, 2019: 2).

Diğer yandan kurumsal geçmişi daha eskilere dayanan bazı ulusal insan hakları kurumlarının, ikinci kuşak hakların uygulanması açısından belirli bir yetkiye sahip olmadığı ifade edilmektedir. Bu kurumsal yapıların ekonomik, sosyal ve kültürel hakların korunması<sup>14</sup> ve geliştirilmesinin yalnızca ‘ayrımcılık yapmama ilkesinin’ bir uzantısı olarak ele alındığı dile getirilmektedir. Ancak ulusal insan hakları kurumlarının etkili bir koruma mekanizması olarak işlev görebilmesi için insan haklarının korunmasına yönelik uygulamalar açısından ‘bütünlükçü’ bir yaklaşım sergilemeleri gerekmektedir. Öyle ki BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin (CESCR) 10 No’lu Genel Yorumu, ikinci kuşak hakların ulusal kurumların yetki alanlarına dâhil edilmesinin gereğini ifade etmektedir (Carver, 2010: 24). Nitekim bu kurumsal yapıların etkinliğine yönelik değerlendirmelerde yetki ve faaliyet alanının genişliği ve bütünlüğü önem arz etmektedir.

Ulusal insan hakları kurumlarının küresel ölçekte niceliksel artışı, söz konusu kurumların ‘etkili bir koruma mekanizması’ olarak işlev gördüğü anlamına gelmemektedir. Nitekim kimi ülkelerin yalnızca ‘uluslararası eleştirileri’ bertaraf etmek amacıyla bu türden kurumsal yapıları oluşturduğu öne sürülmektedir. Bu eleştirileri bertaraf etmek amacıyla yapılandırılan ve ulusal hukuk sistemlerinde gereken hükümet desteğini alamayan insan hakları kurumlarının insan haklarını koruma ve geliştirme işlevlerini etkin biçimde gerçekleştiremeyeceği ifade edilmektedir. Bu durum özellikle insan hakları uygulamalarına yönelik kötü sicili bulunan ülkeler açısından söz konusudur. Nitekim yapılan akademik araştırmalarda Asya, Afrika ve Orta Doğu’daki otoriter rejimlerin ‘uluslararası eleştirileri’ bertaraf etmek adına ulusal insan hakları kurumlarını kurduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte yine eleştirileri bertaraf etmek amacıyla ‘düşük maliyetli bir strateji olarak’ ulusal insan hakları kurumu kurmanın, insan haklarının fiili uygulamasını geliştirmekten yoksun zayıf kurumsal yapılanmalara yol açtığı ifade edilmektedir (Yefet, 2021: 1).

Bu çerçevede Sonia Cardenas, ulusal insan hakları kurumlarının öncelikle uluslararası toplumun eleştirilerini bertaraf etmek amacıyla “devlet adaptasyonunun” (*state adaptation*) bir neticesi olarak ortaya çıktığını öne sürmektedir. Bir diğer ifadeyle dev-

<sup>14</sup> Sosyal hakların korunması ve geliştirilmesine yönelik ayrıntılı bir çözümleme için ayrıca bkz., Kılıç, Muharrem, *Pandemi Döneminde Sosyal Haklar: Sosyal Hakların Sosyo-Legal Dinamiği*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2021.

letler, ulusal insan hakları kurumlarını yapılandırırken bu kurumsal yapıların gereklilikler setini oluşturan bir dizi uluslararası standarda uyumu gözetmektedir. Cardenas, bu kurumsal yapıların “paradoksal bir etkiye” sahip olduğunu ifade etmektedir. Bu paradoksal etki, ‘çoğu ulusal insan hakları kurumunun toplumsal alanda gerçekleşen insan hakları ihlallerini asgariye indirme noktasında oldukça yetersiz kalırken aynı zamanda bu tür bir koruma için eşi benzeri görülmemiş bir talep yaratma’ olarak açıklanmaktadır (Renshaw vd., 2011: 166). Cardenas’a göre; ulusal ölçekte gerçekleşen insan hakları ihlallerinin niceliksel olarak azlığı veya çokluğu, bir ulusal kurumun etkililiğini değerlendirme noktasında birincil mihenk taşı olmamalıdır. Öyle ki ona göre; çoğu durumda ulusal ölçekte gerçekleşen insan hakları ihlal düzeyleri arasında ki nedensel bağları belirlemek oldukça güçtür (Cardenas, 2012: 51).

Ulusal insan hakları kurumlarının etkin bir koruma mekanizması olarak değerlendirilmesi için yalnızca ulusal ölçekte gerçekleşen insan haklarının ihlal sayılarının ele alınması yeterli olmamakta bu kurumsal yapıların insan haklarını koruma ve geliştirme adına yapmış oldukları faaliyetlerin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu kurumsal yapıların insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik faaliyetlerinin pozitif etkisi olduğuna ilişkin bazı akademik çalışmalar bulunmaktadır. Örneğin; Latin Amerika ülkeleri ölçeğinde gerçekleştirilen araştırmalar, ulusal insan hakları kurumlarının Latin Amerika’da farklı zamanlarda insan haklarının korunmasına ve geliştirilmesine önemli katkılar sağladığını ortaya koymaktadır (Pegram ve Rodriguez, 2018: 168).

Ancak, ulusal insan hakları mekanizmalarının uluslararası standartlara uyumuna ilişkin yanılsamaların (*illusions of compliance*) pozitif değişim göstergelerinin yerini alma riskinden kaçınmak için gerçek performanslarının dikkatli biçimde irdelenmesi gerekmektedir (Pegram ve Rodriguez, 2018: 168). Kuşkusuz, bu kurumsal yapıların gerçek performanslarının değerlendirilmesinin tek ölçütü, yalnızca bir dizi uluslararası standartlara uyum ile (*Paris Prensiplerine ve AB Direktiflerine uygunluk gibi*) sınırlandırılmamalıdır. Nitekim tekil anlamda uluslararası standartlara uyumun performans değerlendirme ölçütü olarak ele alınması kurumsal etkililiğine ilişkin yanıltıcı bir tablo ortaya koyacaktır.

Literatürde bu kurumsal yapıların etkililiğine yönelik tartışmalar, ulusal insan hakları kurumlarının ‘yapısal inşası, işlevleri ve kurumsal meşruiyeti’ ile ilgili konular çerçevesinde gerçekleşmektedir. Ancak tüm bu tartışmalarda insan haklarının bu

kurumsal yapılar çerçevesinde kurumsallaştırılması, toplumsal alandaki insan hakları kültürünün ve değerlerinin kurumsallaştırılması olarak ele alınmamaktadır (Kumar, 2006: 767).

Her ne kadar insan hakları kurumlarının etkililiğine yönelik eleştiriler söz konusu olsa da Erika Moreno'nun Latin Amerika'daki 16 insan hakları koruma mekanizmalarını kapsayan “*The Contributions of the Ombudsman to Human Rights in Latin America, 1982–2011*” başlıklı çalışması, insan hakları kurumlarının “eğitim, sağlık ve barınma haklarına erişimde ciddi iyileştirmeler” sağladığını tespit etmektedir. Söz konusu çalışma, bunların “istatistiksel olarak önemli ve pozitif etkiler” olduğunu ortaya koymaktadır. Örneğin, kişisel bütünlük haklarının insan hakları koruma mekanizmalarının yapılandırılmasından olumlu etkilendiği görülmektedir. Eğitim, sağlık ve barınma haklarına erişimle ilgili olarak, bir ulusal insan hakları koruma mekanizmasının varlığının istatistiksel olarak anlamlı ve olumlu etkileri olduğu vurgulanmaktadır (Moreno, 2015: 99).

Yine Erika Moreno ve Richard Witmer tarafından yayımlanan “*The Power of the Pen: Human Rights Ombudsman and Personal Integrity Violations in Latin America, 1982–2006*” adlı çalışmada ifade edildiği üzere insan hakları koruma mekanizmalarının faaliyetlerinin 1982'den 2011 yılına kadar Latin Amerika'da kişisel bütünlük haklarına yönelik ihlallerde dramatik bir azalma eğilimine imkân sağladığı kaydedilmektedir. Özellikle kurumsal yapılanmalardaki farklılıkların da insan haklarının korunması ve geliştirilmesini etkilediği ifade edilmektedir. Bu durum, uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde ortaya çıkan sözleşmesel metinlerdeki yazılı taahhütlerin küresel ölçekte insan haklarına yönelik düzenlemeleri şekillendirerek pozitif etkisi olacağını ifade eden çalışmalarla uyumluluk arz etmektedir (Moreno ve Witmer, 2016: 161).

Peru özelinde gerçekleştirdiği kurumsal etki analizi araştırmasına dayanarak Tom Pegram, ulusal insan hakları kurumlarının yalnızca liberal demokratik rejimlerde değil çeşitlenen siyasal sistemlerde yaygınlık kazanarak “kapsayıcı bir demokratik siyasal rejimin önemli bir bileşeni” olarak belirleyici bir rol oynadığını tespit etmiştir (Pegram, 2010: 729). Etki analizi bağlamında yapılan bir başka araştırma, insan haklarına yönelik ulusal insan hakları kurumları tarafından bütünsel bir metodoloji çerçevesinde kapsamlı ve değişim odaklı olarak gerçekleştirilen ‘ulusal araştırmaların’, bu kurumsal yapıların yetkisinin yerel ölçekte insan hakları düzenlemelerinde değişiklik yapmasına imkân sağlaması bakımından en etkili yollardan biri olduğunu

tespit etmiştir. Öyle ki Avustralya İnsan Hakları Komisyonu tarafından yürütülen bu tür bir ulusal araştırma neticesinde 85 federal yasa insan hakları ile uyumlu hale getirilerek değiştirilmiştir (Brodie, 2015: 1251).

Ulusal insan hakları kurumlarının etkililiğine yönelik değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, yargı mercileriyle iş birliği çerçevesinde gerçekleştirilen faaliyetlere yöneliktir. Nitekim insan hakları ihlallerinin önlenmesinin kurumsal aktörlerden olan ulusal insan hakları kurumlarının en önemli faaliyet alanlarından birisi mahkemelerle iş birliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Küresel ölçekte bu türden faaliyet alanına yönelik önemli örnekler bulunmaktadır. Örneğin; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin (*The Inter-American Court of Human Rights*, IACtHR) ulusal insan hakları kurumlarıyla iş birliğini sağlamak adına gerekli adımları attığı görülmektedir. Bu kapsamda Mahkeme, 2010 yılından beri Ibero Amerikan Ombudsmanlar Federasyonu (*Federacio’n Iberoamericana de Ombudsman*, FIO) ile ulusal insan hakları kurumlarının “amicus curiae” (*mahkeme dostu*) olarak katılımını teşvik etmek adına iş birliği protokolleri imzalamaktadır. Söz konusu protokoller ile ulusal insan hakları kurumlarının devletten bağımsız biçimde duruşmalara katılımı olanaklı hale getirilmektedir (Solano Carboni, 2020: 3-4).

Mahkeme ayrıca vermiş olduğu yargısal kararlarının ulusal ölçekte uygulanma durumunu denetlemek için ulusal insan hakları kurumlarından destek talep etmektedir. Örneğin; Mahkemenin bu talebi doğrultusunda 2015 yılında Kosta Rika Ulusal İnsan Hakları Kurumu (*Defensori’a de los Habitantes*, DHR), Kosta Rika Sağlık Bakanlığı yetkililerinin tüp bebek hizmetinin güvence altına almasını gerektiren bir yargısal karara uymaması üzerine, Mahkeme denetim işlemlerini başlatmıştır. Kosta Rika Ulusal İnsan Hakları Kurumu, yargılamalar sırasında “amicus curiae” olarak yer almış ve kamu sağlık sisteminde doğurganlık prosedürlerine erişimin sağlanması gereksinimini ifade etmiştir. Ayrıca insan haklarının geliştirilmesinden sorumlu kurum olarak, Mahkeme tarafından karar altına alınan eğitim ve öğretim programlarının uygulanması sürecine de dâhil olmuştur (Solano Carboni, 2020: 3-4).

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, bazı davalarda ulusal insan hakları kurum personelini veya eski görevlilerini kovuşturmalar sırasında uzman tanık (*expert witness*) olarak atamıştır. El Salvador Ulusal İnsan Hakları Kurumu, Amerikalılar

Arası İnsan Hakları Mahkemesinden<sup>15</sup> önce bu alanda özellikle aktif bir rol oynamıştır. Örneğin; 2014 yılındaki *Hermanas Serrano Cruz* davasında, El Salvador Ulusal İnsan Hakları Kurum başkanı David Morales Cruz'un ifadesi, ülkenin iç çatışması sırasında çocukların zorla kaybettirilmesinden sorumlu bir tarafın saptanmasını olanaklı hale getirmiştir. Söz konusu yargısal karar 'ulusal insan hakları kurumunun tanıklığına' dayanılarak hüküm altına alınmıştır (Pegram ve Rodriguez, 2018: 178).

Yukarıda zikretmiş olduğumuz uygulama örnekleri incelendiğinde ulusal insan hakları kurumlarının görev ve yetkileri kapsamında insan haklarını koruma ve geliştirme işlevlerini çeşitli faaliyetlerle gerçekleştirdiği görülmektedir. Ancak bu kurumsal yapıların etkililiği değerlendirilirken toplumsal alandaki her türden sorunu çözüme kavuşturamayacağı ifade edilmelidir. Bu türden kurumsal yapıların görev ve yetkileri kapsamında kurumsal başarısını ölçme noktasında 'realist bir yaklaşım' gerekmektedir. Söz konusu yaklaşıma ülkelerin 'siyasi, ekonomik ve sosyal durum koşulları' perspektifinden yaklaşıldığında daha gerçekçi analizlere ulaşılabacaktır. Ancak yine de ulusal insan hakları kurumlarının etkili bir koruma mekanizması olarak işlev görmesi için atılması gereken adımları dört temel başlık çerçevesinde belirlemek mümkündür (Murray, 2007: 191).

İlk olarak, bu kurumsal yapıların 'yarı resmi bir rol' üstlenmesi ve kamu otoriteleriyle daha yakın ilişki kurarak faaliyetlerde bulunması gerekmektedir. İkinci olarak, ulusal insan hakları kurumları insan haklarının geliştirilmesi açısından 'eğitsel bir role' sahip olmalı ve bu anlamda hak kategorileri açısından "standart belirleyici" (*standard-bearer*) olarak işlev görmelidir. Söz konusu eğitsel rolü kapsamında ulusal insan hakları kurumları -*yargı yetkisi dâhilinde*- insan haklarını korumayı ve geliştirmeyi birincil odak noktası haline getirmelidir. Bu çerçevede insan haklarını koruma ve geliştirme misyonu açısından gerekli uluslararası ve yerel standartları belirlemeli ve bunların ulusal hukuk sisteminde uygulanması görevini üstlenmelidir. Üçüncü olarak, bir ulusal insan hakları kurumu Sivil Toplum Kuruluşlarından (STK) daha fazla siyasi nüfuza sahip olmalı ve STK'lar ile kamu otoriteleri arasında bir 'köprü' işlevi görmelidir. Son olarak, bu kurumsal yapıların en önemli rolü de uluslararası insan hakları standartlarının yerel düzeyde uygulanmasını teşvik ederek ulusal ve uluslararası standartların uyumlu hale getirilmesini sağlamak olmalıdır (Murray, 2007: 192, 193).

<sup>15</sup> Nijerya'da, Ulusal İnsan Hakları Komisyonu (Değişiklik) Yasası, "Komisyonun karar ve tavsiyelerinin Yüksek Mahkemenin kararları olarak tanınması ve tenfizi" sistemini oluşturmuştur. Bkz., Welch, Ryan M., DeMeritt, Jacqueline H. R., R. Conrad, Courtenay, "Conceptualizing and Measuring Institutional Variation in National Human Rights Institutions (NHRIs)", p. 1019.

Ancak tüm bu değerlendirmelerin ulusal insan hakları kurumlarının sınırsız ‘görev ve yetkilere, finans ve insan kaynağına’ sahip olamayacağı gerçeği göz önünde bulundurularak yapılması gerekmektedir. Söz konusu noksanlık, ulusal insan hakları kurumlarının ‘finansal kaynaklarının ve görev ve yetkilerinin’ en etkin biçimde kullanımı açısından net bir strateji oluşturulması gereksinimini ortaya çıkarmaktadır. Nitekim kurumsal yapıların yetki ve görev alanlarındaki çeşitlilik ve genişlik, kurumsal stratejinin belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Bu nedenle bu türden kurumsal yapıların stratejisinin ‘spesifik bir alana özgülenme, belirli insan hakları hedeflerini tanımlama ve bütünlük bir yaklaşım’ çerçevesinde oluşturulması gerekmektedir (Murray, 2007: 193).

Sonuç olarak, bu kurumsal yapıların etkililiği değerlendirilirken insan hakları koruma mekanizmalarının insan haklarının korunması ve geliştirilmesinin asli belirleyicisi olmadığı gibi hakların ana koruyucusu ve uygulayıcısı da olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim hakların ana koruyucusu bizatihi devlet ve ilgili kamu otoritesidir. Ulusal insan hakları kurumları devlet ve/ya kamu otoritelerinin insan haklarının korunması ve geliştirilmesi faaliyetlerinin performansını izleme görevini yerine getirmektedir. Ayrıca bir politika konusu olarak insan hakları standartlarına uyumu sağlamak adına bir tür ‘yumuşak güç’ uygulamaya çalışmaktadır. İnsan hakları koruma mekanizmalarının rasyonelleştirilmesi de örgütsel bir sorun alanı olarak değil, ulusal hukuk sistemlerinde insan hakları kurumlarının sosyal ve politik gücünün artması yoluyla bu ‘yumuşak güç’ tahkim etmenin bir aracı olarak anlaşılmalıdır (Carver vd., 2010: 5).

## V. Teoride ve Uygulamada Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Eleştirel Bakış

Devletlerin insan haklarının kurumsallaştırılmasına yönelik yaklaşımları farklılık arz etmektedir. Öyle ki bazı devletler dış politikalarında insan haklarını kurumsallaştırırken, diğer bazıları ulusal insan hakları uygulamalarını düzenleme eğilimi göstermemektedir. “Düzenleyici devlet” (*regulatory state*) kavramsallaştırması, kurumsal yönetişimin diğer alanlarında etkin biçimde yer almaktadır. Ancak ulusal ölçekte insan haklarının regülasyonu, yeni bir kavramsal yapı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ulusal insan hakları kurumlarının küresel ölçekte yaygınlık kazanmasına rağmen, bu yeni kurumsal aktörlerin oluşturulması ve etkililiğine yönelik birtakım soru işaret-

leri bulunmaktadır (Cardenas, 2012: 30). Öyle ki bazı devletlerin uluslararası insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülöklere aykırı biçimde insan haklarını ihlal ettikleri halde söz konusu uluslararası normları ulusal ölçekte uygulamak adına ulusal insan hakları kurumları oluşturmaları sorgulanmaktadır (Cardenas, 2001: 3).

*‘İnsan hakları hukukunun uygulanması rolüne sahip olan yerel yargı dışı kurum’* olarak tanımlanan ve uluslararası normları yerel yapılara adapte etme görevi üstlenen ulusal insan hakları kurumlarının yükselişi, uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuk alanlarında tartışmalara yol açmıştır (Lacatus, 2018: 2). Bu kapsamda ulusal insan hakları kurumu oluşturma projesinin BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği için de tartışmalı bir husus olduğu ifade edilmektedir. BM, ‘teknik iş birliği’ kapsamında insan haklarının korunması ve geliştirilmesi üzerinde doğrudan etkisi bulunan ulusal yapıların oluşturulmasında ilgili devletlere destek sağlamaktadır (BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, “Technical Cooperation”, t.y.). Ancak kimi eleştirmenler, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için ulusal ve bölgesel ölçekte insan haklarına yönelik altyapıların tahkim edilmesinde önemli bir bileşen olan ‘teknik iş birliğinin’ ulusal insan hakları kurumlarının insan haklarına yönelik katkılarını değerlendirme noktasında yetersiz olduğunu öne sürmektedir (Rosenblum, 2012: 303).

Her ne kadar ulusal insan hakları kurumlarının uluslararası rolünün genişlemesinin olumlu bir gelişme olduğu kabul edilse de yine de bu kurumsal yapılarda bazı öngörölemeyen sorunların gündeme geldiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede ulusal insan hakları kurumlarının ilgili kamu otoritesine karşı uluslararası mekanizmaları kullanma imkânları sorgulanmaktadır. Örneğin, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu (*Inter-American Commission on Human Rights*),<sup>16</sup> Espinoza Feria davasında Perulu Defensor del Pueblo tarafından yapılan bir şikâyetin kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Defensor’e, davayı bölgesel mekanizmaya taşımadan önce davacı adına iç hukuk yollarını tüketme imkânı sağlanmasına yönelik birtakım eleştiriler bulunmaktadır. Defonsor’un uluslararası mekanizmalara başvurma yetkisinin, ulusal ölçekte kamu otoriteleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların uluslararası ölçekte yayınlanmasına yol açtığı ifade edilmektedir. Ayrıca bireysel başvuru mekanizmalarının ‘ulusal insan hakları kurumlarının tekelinde’ olma riski de eleştiri konusu yapılmaktadır. Bir diğör eleştiri konusu, ulusal insan hakları kurumlarının yeterince

<sup>16</sup> Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), misyonu Amerikan yarımküresinde insan haklarını geliştirmek ve korumak olan Amerikan Devletleri Örgütü’nün ana ve özerk bir organıdır. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., <https://www.oas.org/en/IACHR/jsForm/?File=/en/iachr/mandate/what.asp>, Erişim tarihi: 31.12.2021.

bağımsız olmaması durumunda uluslararası mekanizmalara yapılması gereken şikâyetlerin yapılamaması durumuna yöneliktir (Carver, 2010: 31).

Ulusal insan hakları kurumlarına yönelik bir diğer eleştiri; bu kurumsal yapıların kimi durumlarda ‘istikrarsızlaştırıcı’ etkileri olabileceğine işaret etmektedir. Ulusal insan hakları kurumları, çatışma sonrasında yeniden yapılandırılan toplumlar açısından demokratikleşme sürecinin asli unsuru olarak kabul edilmektedir. Ancak demokratik siyasal sistemin tam olarak tahkim edilmediği hukuk düzeninde bu türden kurumsal yapıların oluşturulması için elverişli yasal ve politik bir ortamın bulunmadığı ifade edilmektedir. Nitekim demokratik siyasal düzeni istikrarlı olan ülkelerde bile kimi zaman insan hakları kurumlarına yönelik kurumsal vaatler ve kapasiteler arasında büyük bir boşluk bulunmaktadır. Bu durum da insan haklarını koruma ve geliştirme görevini üstlenen kurumsal yapıların, kamuoyunda oluşan beklentileri karşılayamamasına yol açmaktadır (Cardenas, 2012: 48).

Ayrıca, böyle bir politik ortamın insan hakları kurumlarının kurumsal meşruiyetini zedeleyebilme riskine işaret edilmektedir. Kurumsal meşruiyeti temin edilmemiş ulusal yapılanmaların sosyal talepler çerçevesinde gerçekleştirmiş olduğu faaliyetlerle ulusal ölçekte istikrarsızlığa yol açabilme riski bulunmaktadır. Ayrıca ulusal insan hakları kurumlarının oluşturulmasının koşulsuz biçimde teşvik edilmesi, bir ‘insan hakları emperyalizmi’ eleştirisini doğurabilmektedir. Nitekim demokratik siyasal rejimler, global ölçekte ulusal insan hakları kurumlarının desteklenmesi ve uluslararası insan hakları normlarının yerel düzeyde uygulanması dolayımında yeni bir insan hakları konseptini ilgili uluslara ihraç edebileceğini varsaymaktadır (Cardenas, 2012: 48).

Diğer bir eleştiri konusu; devletlerin uluslararası insan hakları hukukunun ulusal ölçekte uygulanmasını teşvik etmek yerine bizatihi bir ulusal insan hakları kurumu oluşturmaya odaklanmasına yöneliktir. Böyle bir durumda ulusal insan hakları kurumlarının, kurumsal yapılanmaya ilişkin uluslararası standartların gerekliliklerini taşımakla birlikte faaliyetlerinde büyük ölçüde yetersiz kalabilme veya potansiyellerini gerçekleştirme noktasında başarısız olma riski bulunmaktadır. Bundan ötürü bu türden kurumsal yapılanmaların sürdürülebilir insan hakları reformuna katkıda bulunması için ulusal bağlam ve ulusal insan hakları kurumlarının sosyal ve politik etkisi hakkında ‘eleştirel bir farkındalık’ kazanılması önem arz etmektedir (Cardenas, 2012: 47).

Öyle ki eleştirmenler, ulusal insan hakları kurumlarını teşvik etmenin istenmeyen/öngörülemeyen sonuçlarına işaret etmektedir. Örneğin; BM Uluslararası Dayanışma Konusunda Bağımsız Uzman olan Obiora Okafor, minimum standartlar seti öngören Paris Prensiplerinin gerekliliklerinin yerine getirilmesinin, ulusal insan hakları kurumlarının etkililiğinin minimalist bir değerlendirmesine yol açacağını belirtmektedir. Kurumsal yapılanmaya daha fazla odaklanmanın devletlerin bir ulusal kurumun temel parametrelerine uyan, ancak yerel koşullara uygunluk arz etmeyen veya toplumun kırılgan kesimlerinin erişemeyeceği ulusal insan hakları kurumu kurulmasına neden olabileceğini ifade etmektedir (Cardenas, 2012: 47).

Kurumsal yapılanma açısından ulusal insan hakları kurumlarının uluslararası standartlara uygunluk değerlendirme (*akreditasyon*) süreci<sup>17</sup> önem arz etmektedir. Ancak bu noktada söz konusu kurumsal yapıların değerlendirilmesine ilişkin akreditasyon politikasının ayrımcı/ayrıştırıcı bir politik yönetime sahip olduğu eleştirisi gündeme getirilebilir. Örneğin; Afganistan, Burundi ve Kamerun gibi kimi ülkelerin ulusal kurumsal yapılarının 'A' statüsünde olması, 'insan hakları emperyalizmine' dönük eleştirelliği güçlendiren kuşklar yaratmaktadır. Bu noktada ulus aşırı 'insan hakları aktivizmi' yürüten kimi ulusal kurumların akreditasyon sürecine yönelik desteği insan haklarını kurumsallaştırma adına önemli bir katkı sunmakla birlikte politik tercihler noktasında birtakım sorgulamaları da beraberinde getirmektedir.

Bu çerçevede Paris Prensiplerinin gözden geçirilmesine yönelik literatürde tartışmalar yaygınlaşmaya başlamıştır. Paris Prensiplerinin gözden geçirilmesini "*Pandora'nın kutusunu açmaya*" benzetenler bulunmaktadır. Ulusal insan hakları kurumları, genellikle bir yasanın veya idari bir kararın devletin uluslararası insan hakları yükümlülüklerine uygunluk denetimini yapmaktadır. Bundan ötürü bazı devletlerin Paris Prensiplerinin yetki alanını daraltmak ve hatta bu kurumların bağımsızlığını engellemeye çalışmak adına bir revizyon sürecine yönelme eğilimi gösterebileceği ifade edilmektedir (Kjærum, 2003: 10).

Bir diğer eleştiri konusu; bu türden kurumsal yapıların oluşturulmasına yönelik global trende rağmen, ABD'nin böyle bir kurum oluşturmama yönündeki devlet po-

<sup>17</sup> 2021 itibarıyla insan haklarını korumak ve geliştirmek için GANHRI tarafından akredite edilen kurum sayısı, 118 olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kurumların 86'sının "A" statüsü, 32 tanesinin "B" statüsü ve 10 tanesinin de "C" statüsünde olduğu görülmektedir. C statüsü, Ekim 2007'den önce akredite edilmiş kuruluşlar için söz konusudur. GANHRI tarafından artık kullanılmamaktadır. Bkz., <https://ganhri.org/wp-content/uploads/2021/08/StatusAccreditationChartNHRIs.pdf>

litikasıdır. ABD'nin uluslararası insan hakları normlarını ulusal ölçekte korumaya ve geliştirmeye yönelik ulusal insan hakları kurumu bulunmamaktadır. Bu kurumsal yapıların yerine Sivil Haklar Komisyonları gibi yerel insan hakları komisyonları (*Alaska, Illinois ve New York dâhil*) bulunmaktadır (Cardenas, 2001: 15).

Ancak bu komisyonlar görev ve yetkileri çerçevesinde çoğunlukla ayrımcılıkla mücadele konularına odaklanmaktadır. Komisyonların odaklandığı konular özellikle 'istihdam, barınma, kredi ve finansal uygulamalar, toplu konaklama ve eğitim' alanlarına yöneliktir. ABD Sivil Haklar Komisyonu (*United States Commission on Civil Rights, 1957*), misyonu 'ulusal medeni haklar politikasının gelişimini temin etmek ve federal medeni haklar yasalarının uygulanmasını geliştirmek' olan bağımsız bir mekanizma olarak hareket etmektedir. Ayrıca ABD'de federal yasayı ihlal eden istihdam ayrımcılığı suçlamalarını araştıran Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu (*Equal Employment Opportunity Commission, EEOC*) bulunmaktadır (Wolman, 2013: 448).

Tüm bu yerel insan hakları komisyonlarının varlığına rağmen BM Komitesi'nin ABD'ye bağımsız bir insan hakları kurumu kurma çağrısı, polis şiddeti ve artan toplumsal protestoların ardından ayrı bir önem kazanmıştır. Söz konusu çağrıda Komitenin odak noktası, ABD'nin 1994 yılında onayladığı '*Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmesi*' olarak karşımıza çıkmaktadır. BM, ABD'nin medeni hakları güvence altına almaya yönelik normatif çerçevesinin ırkçılıkla mücadele etme açısından yetersiz olduğunu öne sürmektedir. Öyle ki ABD'nin medeni hakları güvence altına almaya yönelik normatif çerçevesi bireysel ayrımcılık vakalarını ele alırken, ırkçılığın sistematik hale gelmesine yönelik yapısal sorunları dikkate almamaktadır. Bundan ötürü BM, kamu otoritelerini kurumsallaşmış şiddet biçimlerini önlemek veya sosyal ve ekonomik eşitsizliklerle mücadele etmek için adımlar atmaya çağırılmaktadır (Cardenas, "Confronting Racism", 2015).

BM'nin yanı sıra, uluslararası insan hakları topluluğunun bazı aktörleri, ABD'de uluslararası insan hakları anlaşmalarının, normlarının ve standartlarının uygulanmasını geliştirmek ve izlemek adına 'Ulusal İnsan Hakları Kurumu' kurulmasının gereğini savunmaktadır. Öte yandan Steven Groves'e göre; insan hakları aktivistleri, ABD'nin politika olarak tanınamayı tercih ettiği anayasa-üstü insan hakları normlarının tanınmasını sağlamak için ulusal insan hakları mekanizmalarının kurulmasını teşvik etmektedir. Ona göre; ulusal insan hakları kurumlarının temel görevi, anayasal veya yasal temeli olmayan ve on yıllardır ABD Yüksek Mahkemesi (*US Supreme Court*)

ve Kongresi (*US Congress*) tarafından kabul edilmeyen “ekonomik, sosyal ve kültürel hakları” desteklemek olacaktır. Bundan ötürü Kongre ne bir ABD Ulusal İnsan Hakları Kurumu oluşturmali ne de ABD Medeni Haklar Komisyonunu bir ABD Medeni ve İnsan Hakları Komisyonuna dönüştürmelidir (Groves, 2013: 1).

Groves, insan hakları ihlallerinin ABD’nin kendi yargı düzeni içerisinde yargısal güvenceye konu olabileceğini öne sürmektedir. Ayrıca ona göre ABD’de ulusal insan hakları kurumları yapılandırılmasının nihai amacı; insan haklarını korumak ve geliştirmek değil, uluslararası sözleşmelerin onaylanarak ulusal hukuk sistemine entegre edilmesidir (Groves, 2013: 7). Nitekim ulusal insan hakları kurumlarının en temel işlevlerinden birisi de ülkelerin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasını izlemektir.

Ulusal insan hakları kurumları bulunmamakla birlikte bazı eyaletlerde alt insan hakları kurumları bulunan ülke örnekleri olarak ABD, Brezilya ve İsviçre’yi zikredebiliriz. Bunlardan Brezilya’da 26 eyalette ve Brasilia Federal Bölgesi’nde insan hakları kurumları varlık göstermektedir. Bu kurumsal yapılanmaların, idari makamlarla temasa geçen kişilere hukuki yardım sağlama yetkileri bulunmaktadır. São Paulo eyaletinde, bir ombudsman ve genel bir insan hakları komisyonu görev icra etmektedir. ‘Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana’ adlı komisyon, federal veya São Paulo eyalet anayasalarında yer alan hak ihlalleriyle ilgili şikâyetleri incelemekte ve karara bağlamaktadır (Wolman, 2013: 448).

Tam da bu noktada ulusal insan hakları kurumu bulunan ancak alt ulusal insan hakları kurumuna sahip olmayan ülkelerdeki önemli bir sorun alanının, ulusal insan hakları kurumunun eyalet düzeyinde işlenen insan hakları ihlalleriyle ilgili şikâyetleri inceleme ve eyalet hükümetlerine tavsiyeler sunma yetkisine yönelik olduğu görülmektedir. Öyle ki Uluslararası Af Örgütü 2001 yılında ulusal insan hakları kurumları için tavsiyelerde bulunduğu raporunda (Amnesty International, “National Human Rights Institutions”, 2001), federal ülkelerdeki bazı insan hakları kurumlarının eyalet hükümetleri tarafından gerçekleştirilen ihlalleri incelemekte zorluklarla karşılaştıklarına dikkat çekmiştir (Wolman, 2013: 450-454).

Örneğin; Avustralya’da federal insan hakları komisyonu yalnızca federal ayrımcılıkla mücadele yasasını, eyalet komisyonları ise yalnızca eyalet insan hakları yasasını uygulamakla görevlidir. Diğer yandan Avustralya’da eyalet ayrımcılıkla mücadele yasası ve federal ayrımcılıkla mücadele yasaları arasında benzerlikler bulunmasın-

dan ötürü ayrımcılık şikâyetleri Güney Avustralya Fırsat Eşitliği Komisyonu'na veya Federal Avustralya İnsan Hakları Komisyonu'na yapılabilmektedir. Ancak sosyal kökene veya siyasi görüşe dayalı ayrımcılık iddiasıyla ilgili şikâyetlerin yalnızca federal düzeyde yapılabilmesi mümkündür (Wolman, 2013: 450-454).

Ulusal insan hakları kurumlarına yönelik bir diğer eleştiri de STK'lar tarafından yapılmaktadır. Ulusal ve uluslararası düzeydeki kimi STK'lar, küresel ölçekte yaygınlık gösteren bu kurumsal yapıların etkin konumuna ilişkin eleştirel tutumlarını ortaya koymaktadır. Bu kurumsal yapıların kamu kurumu olmalarından ötürü özerkliklerinin kimi durumlarda sorgulanabileceğini belirtmektedirler. Söz konusu eleştiriler, üç ana tema çerçevesinde kaydedilmektedir.

İlk olarak; STK'lar, ulusal insan hakları kurumlarının devletlerin uluslararası insan hakları yükümlülüklerine uyumunu sağlama rolünü üstlenmesi durumunda bu kurumsal yapıların eleştirilerinin sivil toplum eleştirilerinin yerine geçebilme riskine işaret etmektedir. İkinci eleştiri; ulusal insan hakları kurumlarının, demokratik liberal bir devletin temel insan hakları göstergelerinden birisi haline gelmesine yöneliktir. Hatta öyle ki *“1950’li yıllarda gelişmekte olan bir ülkenin statü sembolü bir çelik fabrikasıysa, 1990’lı yıllarda bir insan hakları komisyonu”* olduğunu ifade edilmektedir. Üçüncüsü; STK'lar, sivil toplum kuruluşlarından yeterli girdi alınmadan kurulan ulusal insan hakları kurumlarının etkinliğini sorgulamaktadır (Renshaw vd.,2011: 170).

Ancak tüm bu eleştirilere rağmen, ulusal insan hakları kurumları kamu otoriteleri ile sivil toplum kuruluşları arasında ‘köprü’ vazifesi görmesi yönüyle öne çıkmaktadır. Nitekim bu kurumsal yapılara toplumsal alanda ‘ayırt edici’ bir rol tayin eden de bu karakteristik özelliğidir. Ancak bu alanın kimi durumlarda ulusal insan hakları kurumları açısından güçlükler yarattığı dikkate alınmalıdır. Ulusal insan hakları kurumları hem kamu otoritesinden hem de STK'lardan özerk biçimde çalışma ilişkileri kurmak zorundadır (Smith, 2006: 906).

Her ne kadar bu türden kurumsal yapılanmalara yönelik eleştiriler söz konusu olsa da ulusal insan hakları kurumları, hak alanlarını ulusal siyasi söylem ve uygulamaya entegre etmeleri yönüyle önemli bir konumda bulunmaktadır. Öyle ki bu kurumsal yapılar, devletlerin uluslararası insan hakları normlarını yerel yapılara entegre etme noktasında önemli bir rol üstlenmektedir. Ayrıca bu kurumsal yapılar hükümetlerin ulus ötesi insan hakları ağlarına koşut biçimde yeni hükümetlerarası ‘insan hakları bürokrasisi ağları’ oluşturmaktadır. Bundan ötürü bir devletin ulusal insan hakları

kurumu oluşturması, uluslararası normları devlet yapılarına yerleştirmesi anlamına gelmektedir. Bu kurumsal yapılar sosyal ve yasal yapıların ötesinde, ulusal ölçekte siyasal yapıların önemini vurgulamaktadır (Cardenas, 2001: 5). Nitekim ulusal insan hakları kurumlarının, devletlerin insan hakları politikaları için bir odak noktası olarak hizmet ederek, ulusal ölçekte koordinasyon rolü üstlendiğı ifade edilmektedir. Ulusal ölçekte insan haklarına yönelik kurumsal reformun, uluslararası insan hakları normlarının devlet yapılarına entegre edilmeden gerçekleştirilmesi pek olası değıldir (Cardenas, 2012: 50).

## VI. Sonuç Yerine

Soğuk Savaşın sona ermesiyle birlikte ortaya çıkan yeni ‘demokratikleşme dalgası’, insan haklarını korumak ve güçlendirmek adına koruma mekanizmaları oluşturulması sürecine katkıda bulunmuştur. Bu süreç insan haklarının kurumsallaşması olarak tanımlanabilecek yeni bir döneme tekabül etmektedir. İlgili dönem, ulusal insan hakları kurumlarının niceliksel bir patlamayla yaygınlık kazandığı bir dönem olmuştur. Ulusal insan hakları kurumlarının yaygınlık kazanması, modern insan hakları söyleminin pozitif yönlü gelişim dinamiğı sergilemesini olanaklı hale getirmiştir. Devletlerin, uluslararası normları iç siyasal yapılara entegre ederek insan haklarının korunması misyonuna uyum sağılamasını mümkün kılan başat aktörler, ‘ulusal insan hakları’ kurumları olarak karşımıza çıkmıştır.

İnsan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla yapılandırılan ulusal insan hakları kurumları, yerel düzeyde insan hakları gereksinimlerini tespit ederek sorunlu alanlara ilişkin iyileştirici/geliştirici bir etki yaratmaktadır. Nitekim bu kurumsal yapılar genellikle ‘yerel insan hakları’ konularına odaklanmaktadır. Yerel düzeyde insan haklarına yönelik koruma mekanizmalarının ulusal hukuk düzeninde konumlandırılmasının kritik önemi bulunmaktadır. Zira insan hakları ihlallerinin ve/ya istismarlarının gerçekteleştiğı sosyal ve politik alana doğrudan nüfuz edebilmeleri bu kurumsal yapıları ayrıcalıklı bir konuma sokmaktadır. Diğeryandan uluslararası hukuk ilkelelerini ulusal hukuk sistemine entegre eden bu kurumsal yapılar, evrensel insan hakları ile ulusal insan hakları standartlarını uyumlu hale getirmektedir.

Bu türden kurumsal modellerin yapılanmasına yönelik sorgulayıcı birtakım tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmalar ‘eşitlik kurumları ile insan hakları’ kurum modelinin tekli ya da çoklu bir kurumsal çatı altında bütünlükçü biçimde birleştiril-

meleri veya ayrıştırılmaları çerçevesinde yapılmaktadır. Bu kapsamda tekli kurumsal yapılanmayı savunanlar, bütünlüklü olarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesinin tek bir kurumsal yapı tarafından daha etkin biçimde temin edileceğini öne sürmektedir. Ayrıca tek bir kuruluş tüzüğüne sahip olan kurumsal yapıların, ilgili tüm grupların ve bireylerin haklarına tutarlı bir standart uygulayacağı öne sürülmektedir.

Diğer yandan ayrımcılıkla mücadele etmek amacıyla yapılandırılan eşitlik kurumları ile genel olarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesine odaklanan ulusal insan hakları kurumlarının tek bir kurumsal çatı altında bütünleşik hale getirilmesinin özellikle toplumun kırılgan kesimleri açısından olumsuz bir durum ortaya çıkarmaktadır. Öyle ki çoklu kurumsal yapıyı savunanlar, genellikle tek bir kurumsal yapılanmanın ‘kadınlar, çocuklar ve etnik azınlıklar’ gibi belirli kırılgan gruplara daha az odaklanma riskine işaret etmektedir.

Kuşkusuz eşitlik ve insan haklarının korunması işlevlerinin tek bir kurumsal yapıda bütünleşik hale getirilmesinin birtakım zorlukları bulunmaktadır. Nitekim bu kurumsal yapıların bütünleşik hale getirilmesi süreci, eşitlik kurumları ile insan hakları kurumlarının “rolleri, işlevleri, yetkileri ve faaliyetleri” arasındaki farklılıklardan etkilenmektedir. Ancak yine de kavramsal olarak ortak bir temeli paylaşan eşitlik ve insan hakları kurumlarının tek bir kurumsal çatı altında bütünleşik hale getirilmesinin pozitif etkisine işaret edilmelidir. Öyle ki her iki kurumsal model insan haklarına ve insan onuruna saygıyı geliştiren kurumsal faaliyetlerin gerçekleştirilmesi gereğini vurgulamaktadır.

Her ne kadar eşitlik kurumlarının ve ulusal insan hakları kurumlarının görev, yetki ve faaliyet alanları noktasında ayrışan yönleri söz konusu olsa da temelde bu iki kurumsal modelde işlevsel çakışmalar bulunmaktadır. Bütünleşik kurumsal yapı oluşturma olumlu ve olumsuz yönleri dikkate alındığında, insan haklarının eşitlik perspektifiyle bütünleşik hale getirilmesinin ‘haklara’ yönelik somut bir çerçevenin oluşturulmasına imkân sağladığı görülmektedir. Ayrıca insan hakları perspektifinin kurumsal yapıya entegrasyonu ile eşitlik ilkesinin daha güçlü biçimde tesis edilme olanağı bulunmaktadır.

Ulusal insan hakları kurumlarına yönelik bir diğer tartışma alanı, bu kurumsal yapıların insan haklarının korunması ve geliştirilmesi noktasında kurumsal etkililiğine yöneliktir. Bu çerçevede ulusal insan hakları kurumlarının küresel ölçekte niceliksel artışının bu kurumların ‘etkili bir koruma mekanizması’ olarak işlev gördüğü anla-

mına gelmediği ifade edilmelidir. Kimi eleştirmenler özellikle sosyo-ekonomik düzeyi düşük ve insan hakları sicili kötü olan ülkelerin yalnızca ‘uluslararası eleştirileri’ bertaraf etmek amacıyla bu türden kurumsal yapıları oluşturduğunu öne sürmektedir.

Bütün bu eleştirel yaklaşımlara rağmen bazı akademik araştırmalar, ulusal insan hakları kurumlarının insan hakları ve demokratikleşme süreci açısından pozitif etkilerinin bulunduğunu ortaya koymaktadır. Bu kurumsal yapıların özellikle ulusal ve uluslararası aktörlerle iş birliği içerisinde faaliyetler göstermesi etkili bir ulusal koruma mekanizması olarak işlev görmesini olanaklı hale getirmektedir. Bu kapsamda özellikle yargı mercileriyle iş birliği çerçevesinde gerçekleştirilen faaliyetler önem arz etmektedir.

Ulusal insan hakları kurumlarının kurumsal etkililiği değerlendirilirken, insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde birincil konumda olan yapıların devlet ve ilgili kamu otoriteleri olduğu unutulmamalıdır. Nitekim ulusal insan hakları kurumlarının insan haklarını koruma ve geliştirme yükümlülüğünü temin etme noktasında ‘ikincil’ konumda yer aldığı ifade edilmelidir. Zira bu kurumsal yapılar, ulusal ölçekte kişilerin ve/ya kurumların insan haklarına yönelik tutumlarını izlemekte ve insan hakları standartlarına uyumu sağlamak adına bir tür ‘yumuşak güç’ uygulamaktadır. 1990’lı yıllarda yaygınlık kazanmaya başlayan ve küresel ölçekte çok sayıda faaliyet gösteren kurum olmasına rağmen devletlerin bu kurumsal yapıları oluşturma süreci sorgulanmaktadır. Ancak ulusal insan hakları kurumlarının giderek uluslararası insan haklarının önemli aktörlerinden biri haline geldiği aşikardır.

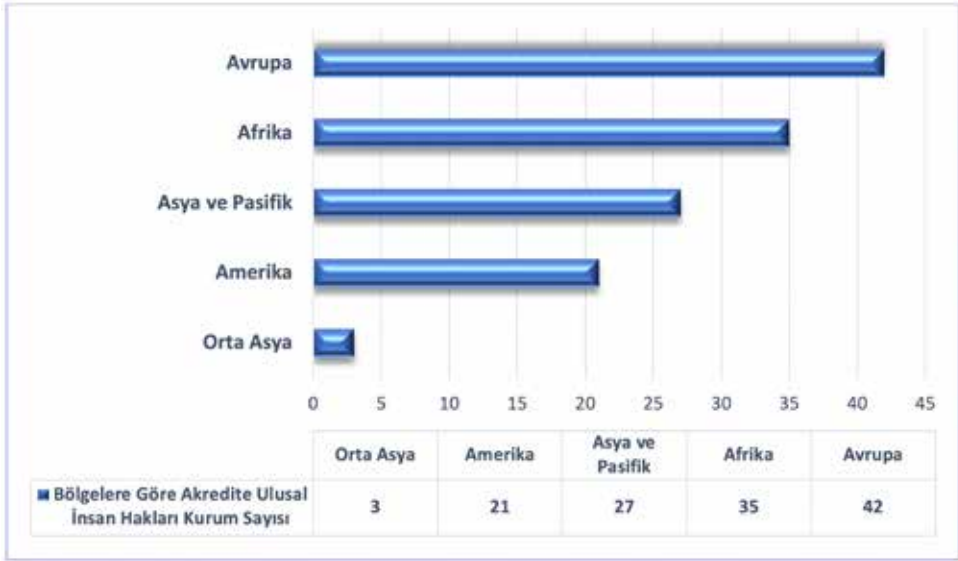
Bu kurumsal yapıların, görev ve yetkileri kapsamında ulusal ölçekte ‘insan haklarına yönelik profilin’ pozitif yönde değişim dinamiği sergilemesini olanaklı hale getirme potansiyeli bulunmaktadır. Örneğin; ulusal insan hakları kurumlarının görev ve yetkileri kapsamında gerçekleştirmiş olduğu faaliyetlerle toplumda bir ‘değer politikası’ oluşturabilme ve böylelikle insan hakları ve eşitliğin içkinleştirilmesini olanaklı hale getirme potansiyeli söz konusudur. Nitekim Avrupa Eşitlik Kurumları Ağı (*EQUINET*) tarafından görevlendirilen Kamu Yararı Araştırma Merkezinin “*Valuing Equality*” başlıklı Raporu; insanların topluluğa, sosyal adalete ve özgürlüğe değer verdiklerinde daha az ayrımcı olma eğiliminde olduklarını ortaya koymaktadır. Eşitlik kurumları ile ulusal insan hakları koruma mekanizmaları, kişilerin başkalarına saygı gösterme ve haklarına riayet etme noktasında aktif biçimde rol üstlenerek ayrımcılık

temelinde insan haklarına yönelik ihlallerin azaltılmasına katkı sağlayabilir (Moss, 2015: 187).

Sonuç olarak, global ölçekte insan haklarını koruma ve geliştirme noktasında önemli kurumsal aktörlerden birisi olan ulusal insan hakları kurumları, insan haklarının kurumsallaştırılmasının dönüm noktasını oluşturmaktadır. Bu nedenle ulusal ölçekte insan haklarına yönelik kurumsal reformun, uluslararası insan hakları normlarının devlet yapılarına entegre edilmeden gerçekleştirilmesinin pek olası olmadığı görülmektedir. ‘Köprü’ metaforu olarak nitelenen bu kurumsal yapılar, benzersiz konumuyla hem kamu otoriteleri hem de sivil alanla kurmuş oldukları ilişkilerle insan haklarının gelişimine bir ivme kazandırmaktadır.

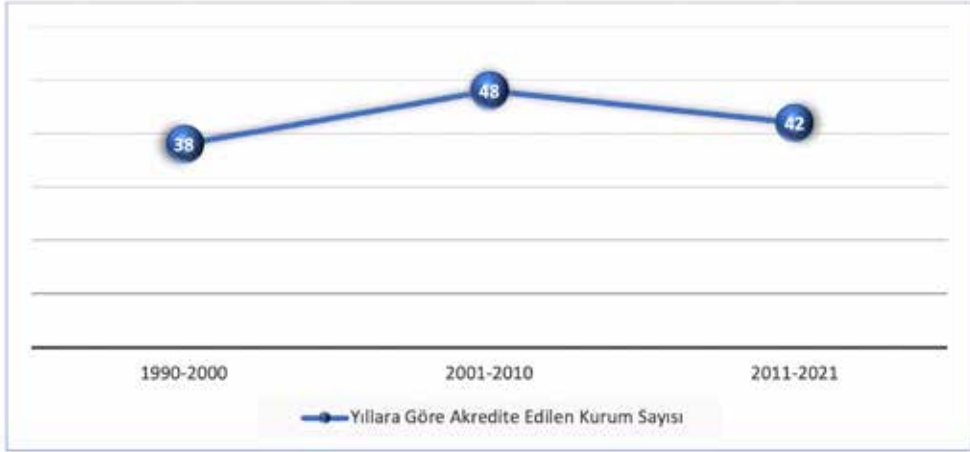
## VII. Ulusal İnsan Hakları Kurumlarına İlişkin Sayısal Veriler

**Tablo 1:** Bölgelere Akredite Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Dağılımı



**Kaynak:** GANHRI, 2021: 1-13.

**Tablo 2:** Yıllara Göre Akredite Edilen Kurum Sayısı



Kaynak: GANHRI, 2021: 1-13.

**Tablo 3:** Statüsüne göre Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Dağılımı



Kaynak: GANHRI, 2021: 1-13.

## Kaynakça

- Brodie, Meg, “Uncomfortable Truths: Protecting the Independence of National Human Rights Institutions to Inquire”, *University of NSW Law Journal*, Vol. Nu. 3, 2015.
- Cardenas, Sonia, “Adaptive States: The Proliferation of National Human Rights Institutions”, Carr Center For Human Rights Policy Working Paper T-01-04, 2001.
- Cardenas, Sonia, “National Human Rights Institutions and State Compliance”, *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*, (eds. Ryan Goodman; Thomas Pegram), Cambridge University Press, 2012.
- Cardenas, Sonia, “Sovereignty Transformed? The Role of National Human Rights Institutions”, *Negotiating Sovereignty and Human Rights*, (eds. Noha Shawki and Michaelene Cox), Ashgate Publishing, 2009.
- Cardenas, Sonia, *Chains of Justice: The Global Rise of State Institutions for Human Rights*, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 2014.
- Cardinas, Sonia, “Confronting Racism in the US: Are Civil Rights Enough?”, 2015, <https://www.opendemocracy.net/en/openglobalrights-openpage-blog/confronting-racism-in-us-are-civil-rights-enough/>
- Carver, Richard, “A New Answer to an Old Question: National Human Rights Institutions and the Domestication of International Law”, *Human Rights Law Review*, Vol. 10, Nu. 1, 2010.
- Carver, Richard, “One NHRI or Many? How Many Institutions Does It Take to Protect Human Rights? – Lessons from the European Experience”, *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 3, Nu. 1, 2011.
- Carver, Richard; Dvornik, Srđan and Redžepagić, Denis, “Rationalization of the Croatian Human Rights Protection System”, Report of Expert Team, 2010.
- Choudhury, Tufyal, “The Commission For Equality and Human Rights: Designing the Big Tent”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 13, Nu. 3, 2006.
- Crowther, Neil; O’Cinneide, Colm, “Bridging the Divide? Integrating the Functions of National Equality Bodies and National Human Rights Institutions in the European Union”, *UCL Faculty of Laws*, October 2013.
- De Feyter, Koen, “Localising Human Rights”, University of Antwerp&Institute of Development Policy and Management, Discussion Paper, 2006.

- De Feyter, Koen, “Sites of Rights Resistance”, *The Local Relevance of Human Rights*, (eds. Koen De Feyter, Stephan Parmentier, Christiane Timmerman and George Ulrich), Cambridge University Press, 2011.
- Douzinas, Costas, *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Routledge-Cavendish, 1st Edition, 2007.
- Douzinas, Costas, *İnsan Haklarının Sonu* (çev. Kasım Akbaş ve Umre Deniz Tuna), Dipnot Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2015.
- EQUINET, Equality Bodies-Current Challenges, 2012.
- Gadamer, Hans-Georg, *Truth and Method*, Continuum Publishing, Second, Revised Edition, 2004.
- GANHRI, Accredited by the Global Alliance of National Human Rights Institutions, Accreditation status as of 3 August 2021, <https://ganhri.org/wp-content/uploads/2021/08/StatusAccreditationChartNHRI.pdf>, 2021.
- Galligan, D., Sandler, D., “Implementing Human Rights”, *Human Rights Brought Home: Socio-Legal Perspectives on Human Rights in the National Context*, (eds. Halliday, S, Schmidt), Hart Publishing, 2004.
- Goldschmidt, Jenny, “Protecting Equality as a Human Right in the Netherlands”, *The Equal Rights Review*, Vol.8, 2012.
- Groves, Steven, “U.S. National Human Rights Institution: A Bad Idea”, <https://www.heritage.org/report/us-national-human-rights-institution-bad-idea>, 2013.
- Huntington, Samuel P., *Üçüncü Dalga: Geç Yirminci Yüzyılda Demokratikleşme*, (çev. Ergun Özbudun), Kilit Yayınları, Ankara 2011.
- Karan, Ulaş, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası*, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2017.
- Kılıç, Muharrem, “Mit ile Gerçeklik Arasında İnsan Hakları Anlatısı”, I. Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu, 06-07Aralık 2018, “İnsan Haklarını Yeniden Düşünmek” Bildiriler Kitabı.
- Kılıç, Muharrem, *Pandemi Döneminde Sosyal Haklar: Sosyal Hakların Sosyo-Legal Dinamiği*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2021.
- Kjærum, Morten, “National Human Rights Institutions Implementing Human Rights”, Danish Institute for Human Rights, Denmark 2003.

- Kumar, C. Raj, “National Human Rights Institutions (NHRIs) and Economic, Social and Cultural Rights: Toward the Institutionalization and Developmentalization of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, Nu. 3, 2006.
- Lacatus, Corina, “Explaining Institutional Strength: The Case Of National Human Rights Institutions in Europe and its Neighbourhood”, *Journal of European Public Policy*, 2018.
- Moreno, Erika, “The Contributions of the Ombudsman to Human Rights in Latin America, 1982-2011”, *Latin American Politics and Society*, Vol. 58, Nu. 1, 2015.
- Moreno, Erika; Witmer, Richard, “The Power of the Pen: Human Rights Ombudsman and Personal Integrity Violations in Latin America, 1982-2006”, *Human Rights Review*, Vol. 17, Nu. 2, 2016.
- Moss, Jeremy, “Valuing Equality”, *Philosophy Compass*, Vol. 10, Nu. 3, 2015.
- Moyn, Samuel, *Son Ütopya: Tarihte İnsan Hakları*, (çev. Firdevs Er), Koç Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017.
- Murray, Rachel, “National Human Rights Institutions: Criteria and Factors For Assessing Their Effectiveness”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 25/2, 2007.
- Mutua, Makau, “Is the Age Of Human Rights Over?”, *Routledge Companion to Literature and Human Rights*, (eds. Sophia A. McClennen and Alexandra Schultheis Moore), Routledge, London and New York 2016.
- Pegram, Tom, “Diffusion Across Political Systems: The Global Spread of National Human Rights Institutions”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 32, Nu. 3, 2010.
- Pegram, Tom, Rodriguez, N. H., “Bridging the Gap: National Human Rights Institutions and the Inter-American Human Rights System”, *The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance*, (ed. P. Engstrom), 2018.
- Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), 48/134 of 20 December 1993.
- Renshaw, Catherine; Byrnes, Andrew; Durbach, Andrea, “Testing the Mettle of National Human Rights Institutions: A Case Study of the Human Rights Commission of Malaysia”, *Asian Journal of International Law*, Vol. 1, Nu. 1, 2011.
- Risse, Thomas; Sikkink, Kathryn, “The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction”, *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change* (eds. Thomas Risse, Stephen C. Ropp, Kathryn Sikkink), Cambridge University Press, December 2009.

- Rosenblum, Peter, "Tainted Origins and Uncertain Outcomes Evaluating NHRIs", *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions* (eds. Ryan Goodman; Thomas Pagram), Cambridge University Press, 2012.
- Shawki, Noha, "A New Actor in Human Rights Politics? Transgovernmental Networks of National Human Rights Institutions", *Negotiating Sovereignty and Human Rights*, (eds. Noha Shawki and Michaelene Cox), Ashgate Publishing, 2009.
- Smith, Anne, "The Unique Position of National Human Rights Institutions: A Mixed Blessing?", *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, Nu. 4, 2006.
- Solano Carboni, Montserrat, "The Role of National Human Rights Institutions in Implementing Decisions of the Inter-American System: Three Recent Examples from Costa Rica", *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 12, Nu. 1, 2020.
- Spencer, Sarah; Harvey, Colin, "Context, Institution or Accountability? Exploring the Factors that Shape the Performance of National Human Rights and Equality Bodies", *Policy & Politics*, Vol. 42, Nu. 1, 2014.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 10: The Role of National Human Rights Institutions in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1998/25.
- Vienna Declaration and Programme of Action, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx>, Erişim tarihi: 12.01.2022.
- Welch, Ryan M., "Domestic Politics and the Power to Punish: The Case of National Human Rights Institutions", *Conflict Management and Peace Science*, Vol. 36, Nu. 4, 2019.
- Welch, Ryan M., DeMeritt, Jacqueline H. R., R. Conrad, Courtenay, "Conceptualizing and Measuring Institutional Variation in National Human Rights Institutions (NHRIs)", *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 65, Nu. 5, 2021.
- Wolfsteller, René, "The Unrealized Potential of National Human Rights Institutions in Business and Human Rights Regulation: Conditions for Effective Engagement and Proposal for Reform", Springer, 2021.
- Wolman, Andrew, "The Relationship Between National and Sub-National Human Rights Institutions in Federal States", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 17, Nu. 4, 2013.
- Yefet, Bosmat, "Can National Human Rights Institutions Make a Difference? Discourse, Accountability, and the Egyptian National Council for Human Rights", *Journal of Human Rights*, 2021.

## İnternet Kaynakları

- Amnesty International, National Human Rights Institutions, 2001, <https://www.amnesty.org/en/documents/ior40/007/2001/en/>, Erişim tarihi: 02.01.2022.
- Avrupa Komisyonu, 2000/78/EC, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=166&langId=en>, Erişim tarihi: 05.01.2021.
- Avrupa Komisyonu, 2004/113/EC, 2004 <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0113:EN:HTML>, Erişim tarihi: 02.01.2022.
- Avrupa Komisyonu, 2006/54/EC, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2006/54/oj>, Erişim tarihi: 02.01.2022.
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, “Technical Cooperation”, t.y., <https://www.ohchr.org/en/countries/pages/technicalcooperationindex.aspx>, Erişim tarihi: 02.01.2022.
- Equality Act 2010, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>, Erişim tarihi: 01.01.2022.
- Equality and Human Rights Commission, “Home” t.y., <https://www.equalityhumanrights.com/en>, Erişim tarihi: 01.01.2022.
- Equality and Human Rights Commission, “Our role as a National Human Rights Institution (NHRI)”, t.y., <https://www.equalityhumanrights.com/en/our-human-rights-work/our-role-national-human-rights-institution-nhri>, Erişim tarihi: 01.01.2022.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, 2016, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6701.pdf>, Erişim tarihi: 01.01.2022.
- Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, “Ulusal Önleme Mekanizması” t.y., <https://www.tihk.gov.tr/ulusal-onleme-mekanizmasi/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.
- United Nations, Guiding Principles on Business and Human Rights, New York and Geneva 2011, [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf), Erişim tarihi: 31.12.2021.
- <http://ennhri.org/rule-of-law-report/switzerland/>, Erişim tarihi: 31.12.2021.
- <https://ennhri.org/our-members/sweden/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.
- [https://equineteurope.org/author/hungary\\_commissioner/](https://equineteurope.org/author/hungary_commissioner/), Erişim tarihi: 01.01.2022.
- <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2006/54/oj>, Erişim tarihi: 01.01.2022.
- <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0113:EN:HTML>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://humanrights.gov.au/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://www.ajbh.hu/en/web/ajbh-en/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://www.do.se/sprak-och-lattlast/om-diskriminering-lattlast>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://www.humanrights.dk/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://www.ihrec.ie/about/who-we-are/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://www.lygybe.lt/lt/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://www.oas.org/en/IACHR/jsForm/?File=/en/iachr/mandate/what.asp>, Erişim tarihi: 31.12.2021.



(25. Makale – 2022)

Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM<sup>\*</sup>  
Doç. Dr. Ramazan İZOL<sup>\*\*</sup>

*Avrupa Birliği'nin Dış Sınırlarının Yönetiminde  
Üçüncü Ülkelerle İş Birliği: Türkiye Örneği<sup>\*\*\*</sup>*

---

<sup>\*</sup> Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>\*\*</sup> Akdeniz Üniversitesi, İİBF Uluslararası İlişkiler Bölümü, Siyasi Tarih Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



# AVRUPA BİRLİĞİ'NİN DIŞ SINIRLARININ YÖNETİMİNDE ÜÇÜNCÜ ÜLKELERLE İŞ BİRLİĞİ: TÜRKİYE ÖRNEĞİ

Cooperation with Third Countries in the Management of External  
Borders of the European Union: the Case of Türkiye



**Mehmet Hanifi BAYRAM\* - Ramazan İZOL\*\***

## Öz

Son yıllarda Avrupa Birliği (AB) sınırlarında göçmen akını yoğunlaşmıştır. Böylece sınır yönetimi AB için öncelikli bir alan haline gelmiştir. Bu çerçevede Avrupa Birliği sınır yönetimi ve Frontex konusunda önemli düzenlemeler yapmıştır. 2007/2004 sayılı Tüzük ile kurulan Frontex, 2005 yılında göreve başladığından beri, ortak operasyonlar ve hızlı sınır müdahaleleri, risk analizi, ortak geri dönüş operasyonları, bilgi alışverişi ve üçüncü ülkelerle kurulan ilişkilerle Avrupa Birliği ve Schengen Alanı'na üye devletlerin dış sınırlarını güvence altına almalarına yardımcı olmaktadır.

Coğrafi konumu dolayısıyla ve aday ülke olarak Türkiye, Birliğin tüm bu düzenlemelerinden doğal olarak etkilenecektir. Sekiz ülkeyle 2600 kilometrelik kara sınırına sahip olan Türkiye, 2000'li yıllardan itibaren bir göç ve geçiş

## Abstract

In recent years, the influx of migrants has intensified at the borders of the European Union (EU). Thus, border management has become a priority for the EU. In this context, European Union has made significant regulations on border management and Frontex. Established with the Regulation No 2007/2004, Frontex, since took office in 2005, assists the European Union and Schengen Area member states to secure their external borders through joint operations, rapid border interventions, risk analysis, joint repatriation operations, information exchange and relations with third countries.

As a candidate country, Türkiye is naturally affected by these regulations of the Union due to its geographical location. Having a land border of 2600 kilometers with eight countries, Türkiye has become a country of migration and transit

\* Prof. Dr., Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.  
E-posta: mehmetbayram@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1142-7096

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi, İİBF Uluslararası İlişkiler Bölümü, Siyasi Tarih Anabilim Dalı.  
E-posta: ramazanizol@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2028-3477

ülkesi haline gelmiştir. Türkiye'nin toprakları üzerinde karşı karşıya kaldığı artan göç yükü ve riskleri, AB'yi endişelendirecek niteliktedir.

Dışişleri Bakanlığı ile Frontex arasında 2012'de iş birliği "Mutabakat Zaptı" ve devamında da üç İş Birliği Planı imzalanmıştır. Mutabakat Zaptı ve İş Birliği Planları, sınır yönetimi alanında risk analizi ve veri değişimi, Türkiye ile AB üyesi ülke sınır geçiş noktalarında gözlemci görevlendirilmesi ve Frontex tarafından düzenlenen eğitim faaliyetlerine katılım sağlanması hususlarını içermektedir.

Sınır güvenliğinden sorumlu tek bir sivil teşkilat oluşturmaya yönelik mevzuat, esas olarak sınır bölgelerindeki güvenlik endişeleri nedeniyle askıya alınmıştır. Türkiye'nin AB sınır yönetimindeki rolü, iç siyasi dengelerdeki değişikliklere ve AB'nin Türkiye'yi Avrupa sınırlarının sağlamlaştırılmasına dahil etme arzusuna bağlıdır. Her iki taraftaki irade değişikliği, AB dış sınırlarının yönetimine yönelik dayanışmayı şekillendirecektir. Özellikle göç akışının yönetimi etkilenmeye açıktır, bu alanda yakın iş birliği sürdürülmelidir.

AB'nin tahsis ettiği fon miktarı yüksek olsa da, Türkiye'nin topraklarında 3,7 milyon mülteciyi ve göçmeni barındırma ve yasa dışı göçmen akışına karşı koyma kapasitesi yoktur. AB, bu gerçeği kabul edip Türkiye'nin sarf ettiği muazzam çabada ekonomik, siyasi ve sosyal sorumluluğu paylaşmalıdır. Türkiye'nin hem komşu ülke hem de AB ile üyelik müzakeresi sürecinde olduğu unutulmamalıdır.

since the 2000s. The increasing migration burden and risks faced by Türkiye are at a level to concern the EU.

"A Memorandum of Understanding" on cooperation was signed between the Ministry of Foreign Affairs and Frontex in 2012, followed by three Cooperation Plans. The Memorandum of Understanding and the Cooperation Plans include risk analysis and data exchange in the field of border management, assignment of observers at the border crossing points of Türkiye and EU member states and participation in educational activities organized by Frontex.

Legislation to create a single civilian body responsible for border security has been suspended mainly due to security concerns in the border areas. Türkiye's role in EU border management depends on changes in domestic political balances and the EU's willingness to involve Türkiye in the strengthening of European borders. The attitudes of both sides will shape the solidarity towards the management of the EU's external borders. In particular, the management of the migration flows is vulnerable to influence thus cooperation should be maintained in this area.

While the amount of funds allocated by the EU is high, Türkiye does not have the capacity to host 3.7 million refugees and migrants on its territory and to withstand the flow of illegal migrants. EU must acknowledge this fact and share the economic, political and social responsibility in Türkiye's enormous effort. It should not be forgotten that Türkiye is both a neighboring country and is in the process of membership negotiations with the EU.

## Extended Abstract

In recent years, the influx of migrants has intensified at the borders of the European Union (EU). Thus, border management has become a priority for the EU. In this context, European Union has made significant regulations on border management and Frontex. Established with the Regulation No 2007/2004, Frontex, since took office in 2005, assists the European Union and Schengen Area member states to secure their external borders through joint operations, rapid border interventions, risk analysis, joint repatriation operations, information exchange and relations with third countries.

The aim of the EU in the field of external border management is the development and implementation of European integrated border management at national and Union level, which is necessary for the free movement of persons within the borders of the Union and which is one of the essentials of area of freedom, security and justice. European integrated border management plays a central role in improving migration management.

The European Border and Coast Guard (EBCG) was established by EU with the Regulation No. 2016/1624 following the migration crisis in 2015. This new unit consists of the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) and the national authorities responsible for border management and national coast guards performing border control duties. A new regulation was adopted in 2019 to strengthen external border management (Regulation No. 2019/1896). Cooperation with third countries is a key element of European migration policy. EU has significantly revised its repatriation policy and cooperation with third countries in this new regulation in order to maintain the cooperation on a long-term basis.

As a candidate country, Türkiye is naturally affected by these regulations of the Union due to its geographical location. Having a land border of 2600 kilometers with eight countries, Türkiye has become a country of migration and transit since the 2000s. The increasing migration burden and risks faced by Türkiye are at a level to concern the EU. Therefore, EU swiftly encouraged Türkiye to restrict access to its territory and intensify its fight against irregular migration.

The EU cooperates with third countries on the concept of border and the management of its external borders as needed. The EU has not limited border

management only to the member states, and has not neglected to cooperate closely with neighboring countries. To this end, EU cooperates with Türkiye, which has been leading the negotiations for accession since 2005 for border control. EU supports Türkiye in its effort to strengthen control of migration flows and to ensure effective border management. Türkiye also supports the EU to ensure effective management of external borders. In this framework, Türkiye is taking steps regarding the measures taken to strengthen border management, conduct risk analyses, deploy contact officers and ensure the participation of observers.

“A Memorandum of Understanding” on cooperation was signed between the Ministry of Foreign Affairs and Frontex in 2012, followed by three Cooperation Plans. The Memorandum of Understanding and the Cooperation Plans include risk analysis and data exchange in the field of border management, assignment of observers at the border crossing points of Turkey and EU member states and participation in educational activities organized by Frontex.

It is clear that Türkiye's legislation on external borders is inspired by the EU legislation. Although practices, legal and administrative regulations are not fully compatible with EU legislations, Türkiye's efforts in this direction facilitate cooperation on the effective management of external borders undoubtedly.

Legislation to create a single civilian body responsible for border security has been suspended mainly due to security concerns in the border areas. Türkiye's role in EU border management depends on changes in domestic political balances and the EU's willingness to involve Türkiye in the strengthening of European borders. The attitudes of both sides will shape the solidarity towards the management of the EU's external borders. In particular, the management of the migration flows is vulnerable to influence thus cooperation should be maintained in this area. The continuation of this cooperation is in the interests of both the EU and Türkiye.

While the amount of funds allocated by the EU is high, Türkiye does not have the capacity to host 3.7 million refugees and migrants on its territory and to withstand the flow of illegal migrants. EU must acknowledge this fact and share the economic, political and social responsibility in Türkiye's enormous effort. It should not be forgotten that Türkiye is both a neighboring country and is in the process of membership negotiations with the EU. Therefore, in terms of this problem,

permanent solutions should be found by opening the relevant chapters in the EU membership process.

## Giriş

Son yıllarda devletler ülkelerinin güvenliğini artırmak amacıyla sınırlarına<sup>1</sup> 26.000 km duvar örmüşlerdir.<sup>2</sup> Metal bariyerlerle birlikte “ayırma duvarları” günümüzde 40.000 km uzunluğa ulaşmaktadır. 2016 yılında uluslararası kara sınırlarının uzunluğu 252.000 km’ye erişmektedir.<sup>3</sup>

Avrupa’da da tarih tekerrür etmektedir. Roma İmparatorluğu’nun sınırları boyunca inşa edilen surlar gibi, AB’nin etrafına da duvarlar inşa edilmektedir. Yunanistan-Türkiye sınırındaki Meriç Nehri boyunca 40 km’lik çelik duvar inşası sayılabilir. Bulgaristan’ı Türkiye’den ayıran sınır, 240 km uzunluğunda dikenli tel bariyerle korunmaktadır. Macaristan Sırbistan ile 175 km sınır hattına dikenli tel çit çekilmiştir.<sup>4</sup> Son olarak Polonya, Belarus’tan yasa dışı yollardan göçmenlerin Avrupa Birliği (AB) topraklarına geçmesini engellemek amacıyla Belarus sınırı boyunca 180 km uzunluğunda duvar inşa etmeye başlamıştır.<sup>5</sup>

Sınır güvenliğini güçlendirmek, kaçakçılıkla ve yasa dışı geçişlerle mücadele etmek amacıyla Türkiye, 2015 yılında Sınır Fiziki Güvenlik Sistemi projesi başlatmıştır. Bu proje kapsamında, 1.295 km’lik Suriye sınırının 837 km’si 2015–2021 yılları arasında,<sup>6</sup> 1.182 km’lik İran sınırının 176 km’si 2017–2021 yılları arasında sınır duvarı örülerek kapatılmıştır. Hakkari’de de Irak sınırına 13 km duvar yapılmıştır.<sup>7</sup> Şimdiye

<sup>1</sup> İngilizce’de “frontier” kelimesi Fransızca’daki “frontière-zone” (sınır bölgesi); “boundary” kelimesi ise “frontière-ligne” (sınır şeridi/çizgisi) anlamında kullanılmaktadır bkz. Claude Blumann, “Frontières et limites (Rapport général)”, içinde *La frontière (Colloque de Poitiers)*, ed. Société française pour le droit international (Paris: Éditions A. Pedone, 1980), 8.

<sup>2</sup> Michel Foucher, *Fronts Et Frontières: Un Tour Du Monde Géopolitique*. Nouv. éd. entièrement ref. Paris: Fayard, 1991, 38.

<sup>3</sup> Michel Foucher, “À Quoi Servent Les Frontières ? Justifications, Séparations, Transitions Et Passages”. *Questions internationales* nos 79-80 – Mai-août 2016, sy 78-80 (2016): 14.

<sup>4</sup> “Face aux migrations, l’Europe dresse des murs”, European Data News Hub, 31 Ocak 2022, <https://ednh.news/fr/face-aux-migrations-leurope-dresse-des-murs/>.

<sup>5</sup> “Polonya, göçmen akışını durdurmak için duvar inşaatına başladı”, Euronews, 28 Ocak 2022, <https://tr.euronews.com/2022/01/28/polonya-belarus-tan-gocmen-ak-s-n-durdurmak-icin-s-n-ra-394-milyon-dolar-l-k-duvar-oruyor>.

<sup>6</sup> 2022 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı (Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji Ve Bütçe Başkanlığı, 2021), 355, <https://www.sbb.gov.tr/2022-yili-cumhurbaskanligi-yillik-programi-25-10-2021-tarih-ve-31639-mukerrer-sayili-resmi-gazetede-yayimlanmistir/>.

<sup>7</sup> Nedim Şener, “Güvenlik duvarı 1079 kilometreye ulaştı”, erişim 04 Nisan 2022, <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/nedim-sener/guvenlik-duvari-1079-kilometreye-ulasti-41924175>.

kadar toplam 2.949 km kara sınırının yüzde 36,5'ü olan 1.079 km'sinde güvenlik duvarı inşa edilmiştir.<sup>8</sup> Güvenlik sorunları, göçmen akını, terörle mücadele ve kaçakçılık gibi nedenlerle devletler sınırlarına duvar inşa edip, ülkelerini güvenceye alacak daha etkili sınır yönetimi arayışına girmektedirler.

Son yıllarda Avrupa Birliği (AB) sınırlarında göçmen akını yoğunlaşmıştır.<sup>9</sup> Böylece sınır yönetimi AB için öncelikli bir alan haline gelmiştir. Bu çerçevede Avrupa Birliği sınır yönetimi ve Frontex konusunda önemli düzenlemeler yapmıştır. 2007/2004 sayılı Tüzük<sup>10</sup> ile kurulan Frontex, 2005 yılında göreve başladığından beri, ortak operasyonlar ve hızlı sınır müdahaleleri, risk analizi, ortak geri dönüş operasyonları, bilgi alışverişi ve üçüncü ülkelerle kurulan ilişkilerle Avrupa Birliği ve Schengen Alanı'na üye devletlerin dış sınırlarını güvence altına almalarına yardımcı olmaktadır.<sup>11</sup>

Dış sınırların yönetimi alanında AB'nin amacı, Birlik içindeki kişilerin serbest dolaşımı için gerekli olan ve özgürlük, güvenlik ve adalet alanının da temel bileşenlerinden biri olan, Avrupa entegre sınır yönetiminin ulusal ve Birlik düzeyinde geliştirilmesi ve uygulanmasıdır. Avrupa entegre sınır yönetimi, göç yönetimini geliştirmede merkezi bir rol oynamaktadır.<sup>12</sup> Amaç, dış sınırların geçişini etkin bir şekilde yönetmek ve bu sınırlardaki göçmen sorunlarıyla ve gelecekteki muhtemel tehditlerle mücadele etmek olmalıdır. Böylece, sınır ötesi boyutları olan ciddi suçlarla mücadeleye yardımcı olunarak, Birliğin yüksek düzeyde iç güvenliği sağlanacaktır.<sup>13</sup>

AB'nin dış sınırlarının yönetimi sadece belli noktalarda giriş ve çıkışların kontrolü ile sınırlı olmayıp, aynı zamanda istihbarat (bilgi toplama) ve risk analizini de içine alan zamana ve mekana yayılan sınır kontrolü ve gözetim faaliyetini kapsamaktadır.<sup>14,15</sup> Schengen ve AB bu anlamda, geleceğin sınır yönetiminin laboratuvarı olarak görülebilir.

<sup>8</sup> Şener.

<sup>9</sup> Tolga Öztürk ve Ece Boyacı "Suriyeli Mülteci Krizinin Türkiye ve Avrupa Birliği İlişkisine Yansıması: Dünya Sistemleri Analizi Üzerinden Bir Değerlendirme". *Alanya Akademik Bakış* 6, sy 1 [31 Ocak 2022], s. 1811, <https://doi.org/10.29023/alanyaakademik.1035028>.

<sup>10</sup> Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, 2006, 2, <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/2007/oj/fra>.

<sup>11</sup> Mehmet Hanifi Bayram, *Avrupa Birliği'nin Dış Sınırlarının Yönetimi: Frontex*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 22, <https://www.seckin.com.tr/kitap/796152542#>.

<sup>12</sup> Gökçe Konyalı, *Uluslararası Hukukta Sığınma Hakkı*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 56.

<sup>13</sup> Bayram, *Avrupa Birliği'nin Dış Sınırlarının Yönetimi*, 38.

<sup>14</sup> Philippe Bonditti, "Les frontières de l'Europe à l'épreuve de la violence". *Questions internationales*, sy 79-80 (2016): 118.

<sup>15</sup> Ahmet Ceran, "AB'nin Sınır Güvenliğinde Dijital Hafızası Schengen Bilgi Sistemi İyileştiriliyor", *İKV Dergisi*, sy 235 (2018): 59.

2015 yılında yaşanan göç krizinin ardından 2016/1624 sayılı Tüzük<sup>16</sup> ile Avrupa Birliği, Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Birimi'ni (ASSGB) kurmuştur. Bu yeni Birim, Avrupa Sınır ve Sahil Koruma Ajansı (ASSGA) (Frontex), sınır yönetiminden sorumlu ulusal makamlar ve sınır kontrol görevlerini yerine getiren ulusal sahil korumalarından oluşmaktadır. Dış sınır yönetimini güçlendirmek üzere 2019'da yeni bir düzenleme kabul edilmiştir (2019/1896 sayılı Tüzük).<sup>17</sup> Üçüncü ülkelerle iş birliği, Avrupa göç politikasının temel bir unsurudur. Bu iş birliğini uzun vadeli olarak sürdürmek amacıyla AB, bu yeni düzenlemede geri dönüş politikasını ve üçüncü ülkelerle olan iş birliğini önemli oranda revize etmiştir.

Coğrafi konumundan ve aday ülke statüsünden dolayı Türkiye, Birliğin tüm bu düzenlemelerinden doğal olarak etkilenmektedir. Birlik tedbirleri, göçmenlerin Türkiye üzerinden geçişini azaltmayı ve Schengen Alanı'nın güvenliğini artırmayı hedeflemektedir. Sekiz ülkeyle 2600 kilometrelik kara sınırına sahip olan Türkiye, 2000'li yıllardan itibaren bir göç ve geçiş ülkesi haline gelmiştir. Türkiye'nin toprakları üzerinde karşı karşıya kaldığı artan göç yükü ve riskleri, AB'yi endişelendirecek niteliktedir.<sup>18</sup> Bu nedenle AB hızlı bir şekilde Türkiye'yi topraklarına erişimi kısıtlamaya ve düzensiz göçle mücadelesini yoğunlaştırmaya teşvik etmiştir.<sup>19</sup> Türkiye ile 2013 yılında imzalanan geri kabul anlaşması, düzensiz göçün kontrol altına alınmasında önemli bir adım olmuştur.<sup>20</sup>

Yunanistan ve Bulgaristan sınırlarına örülen duvarlara rağmen düzensiz göçmenlerin Avrupa'ya yöneldiğini gören AB, 18 Mart 2016'da "AB-Türkiye Anlaşması" olarak bilinen bir Bildiri kabul etmiştir.<sup>21</sup> Bu AB-Türkiye Bildirisi'nin ana hedefi,

<sup>16</sup> Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, 2016, <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/1624/oj/fra>.

<sup>17</sup> Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) n° 1052/2013 et (UE) 2016/1624, JO L 295 du 14.11.2019, 2019/1896 § (2019), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/1896/oj>.

<sup>18</sup> MIGREURO, "Accord UE-Turquie : le troc indigne", MIGREURO, 17 Mayıs 2018, <http://migreurop.org/article2880.html>.

<sup>19</sup> Süleyman Dost, "Avrupa'ya İkinci Kavimler Göçü (mü?): Sorunlar, Fırsatlar, Tehditler, Çözümler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 23, sy 4 [31 Aralık 2021]: 3, <https://doi.org/10.16953/deusosbil.1055481>.

<sup>20</sup> "Accord entre l'Union européenne et la République de Turquie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier", OJ L § (2013), [http://data.europa.eu/eli/agree\\_international/2014/252/oj/fra](http://data.europa.eu/eli/agree_international/2014/252/oj/fra).

<sup>21</sup> "Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016", Erişim tarihi 04 Nisan 2022, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.

“Türkiye topraklarından AB’ye düzensiz bir göç yolunun açılmasını önlemek” olmuştur.<sup>22</sup> Türkiye’den Yunanistan’a düzensiz geçişlerde Bildiri’nin hayata geçirilmesi sonrasında keskin bir düşüş meydana gelmiştir.<sup>23</sup>

Son yıllarda yaşanan yasa dışı sınır geçişlerinin yalnızca Türkiye’ye değil, AB’ye de önemli yansımaları olmuştur. Bu nedenle, AB’nin entegre sınır yönetim politikalarıyla uyumlu, yüksek-seviye sınır izleme ve sınır denetim sistemleri ve standartlarının geliştirilmesinde AB Türkiye’ye destek olmaktadır.<sup>24</sup>

AB sınır kavramı ve dış sınırlarının yönetimi konusunda ihtiyaca göre üçüncü ülkelerle iş birliğine girmektedir. AB sınır yönetimi konusunu sadece üye devletlerle sınırlamamış, komşu ülkelerle de yakın iş birliğinde bulunmayı ihmal etmemiştir. Bu düşünceyle AB, sınır kontrolü için 2005 yılından bu yana katılım müzakereleri-

<sup>22</sup> “Cinq ans après, qu’en est-il de l’accord migratoire UE-Turquie ? – Vues d’Europe”, 29 Nisan 2021, <https://www.vues-deurope.eu/brief/1953/>.

<sup>23</sup> Avrupa Komisyonu, “Avrupa Komisyonu 2016 Türkiye Raporu”, 2016, 78-79, <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.

<sup>24</sup> AB DESTEKLİ YÜRÜTTÜLEN FAALİYETLER

I. Türkiye-Yunanistan Bulgaristan Sınırında Sınır Gözetleme Kapasitesinin Artırılması Projesi:

Sınır gözetleme kapasitesinin artırılması ve sınır güvenliğine katkı sağlanması amacıyla, kule tedarik, zırhlı gözetleme aracı tedariki, eğitim.

II. Ulusal Koordinasyon ve Ortak Risk Analizi Merkezi Kurulması İle Entegre Sınır Yönetimi Ortak Veri Tabanının Geliştirilmesi (NACORAC) Projesi:

Proje ile sınır yönetimi alanında sorumlu kurumların bir araya getirilmesi ve entegre sınır yönetimi çerçevesinde kurumlar arası iş birliğinin geliştirilmesi hedeflenmektedir.

III. Türkiye’nin Doğu Sınırlarında Sınır Gözetleme Kapasitesinin Artırılması Projesi Aşama 1-2

Tedarik bileşeni kapsamında doğu sınırlarımızda kullanılmak üzere elektro-optik gözetleme kule sistemlerinin tedarik edilmesi planlanmaktadır. Böylece, proje sonunda ülkemizin tüm doğu sınırlarının (906km) yaklaşık 560 km’lik alanı gözetleme imkânı olacaktır.

Eğitim bileşeni kapsamında ise; Kara Kuvvetleri Komutanlığı bünyesindeki hudut birliklerinde görevli en az 800 personele sınır gözetim, kontrol ve mevzuat eğitimleri verilmesi hedeflenmektedir.

IV. Türkiye’nin Güneydoğu Sınırlarında Sınır Gözetleme Kapasitesinin Artırılması Projesi:

Proje ile Suriye sınırında görevli hudut birliklerine termal kamera tedarik edilecektir.

V. Türkiye-Yunanistan Bulgaristan Arasında Sınır Yönetimi Alanında Bölgesel İş Birliği Projesi

Aşama 1-2: Yunanistan ve Bulgaristan ile sınır yönetimi alanında iş birliğinin merkezi ve yerel düzeyde geliştirilerek üç ülkenin sınırdaki çalışan personeli arasında karşılıklı güven ortamının oluşması ve günlük irtibatların artırılması hedeflenmektedir.

VI. Van İlinde Yerinden Edilmiş Kişilerin Ekonomik ve Sosyal Entegrasyonu Toplum Merkezleri Projesi.

VII. Türkiye’de Sınır Yönetiminin Desteklenmesi Projesi Aşama 1-2:

Proje ile sınır yönetiminden sorumlu kurumların görev ve faaliyetlerini daha etkin bir şekilde sürdürmeleri, entegre sınır yönetimi alanında yürütülen çalışmalara katkı sağlanması, sınır kapılarında görevli personele eğitimler verilmesi ve sınır geçiş noktalarına malzeme tedariki yapılması amaçlanmaktadır. Bkz. Önder Bozkurt, “Sınır Yönetimi Alanında Yapılan Çalışmalar Sınır ve Göç Yönetimi”, *İdarecinin Sesi Dergisi*, sy 185 (Ekim 2018): 20-26, <http://tid.web.tr/idarecinin-sesi-dergisi-185sayi-eylul-ekim-2018>.

ne öncülük eden Türkiye ile iş birliği yapmaktadır. AB, göç akışlarının kontrolünü güçlendirme çabasında Türkiye'yi desteklemekte ve etkili sınır yönetimini sağlamada yardımcı olmaktadır. Türkiye ayrıca dış sınırların etkin yönetimini sağlamak için AB'ye destek olmaktadır. Bu çerçevede Türkiye, sınır yönetimini güçlendirmek, risk analizlerini, irtibat görevlilerinin konuşlandırılmasını ve gözlemcilerin katılımını sağlamak için alınan önlemlerle ilgili adımları atmaktadır.

## I. Avrupa Birliğinde Sınır Kavramı

Avrupa bütünleşmesinin temel hedefi devletleri ve halkları birbirinden ayıran tüm engellerin kaldırılmasıdır. Bu engellerin başında hiç kuşkusuz sınırlar gelmektedir. Sonuç olarak, Tek Pazar projesinin de amacı Birlik vatandaşlarını ve ekonomik faaliyetleri ayıran mali, teknik ve fiziki sınırların kaldırılması olmuştur.<sup>25</sup>

Kurucu Antlaşmaların sınır (hudut)<sup>26</sup> konusuna değinmediklerini belirtmekte fayda vardır. Avrupa Toplulukları ve Avrupa Birliği'nin kurucu antlaşmalarının gelişimine bakıldığında başlangıçta “sınır” kavramının antlaşmalarda neredeyse hiç yer almadığı görülmektedir. Sadece Roma Antlaşmasının (AET Antlaşmasının) 81. maddesinde “sınır” kelimesi şu şekilde geçmektedir: “Sınır geçişi sırasında bir taşımacı tarafından, taşıma bedellerine ek olarak tahsil edilen resim ya da harçlar bu geçişin fiilen sebep olduğu masraflara oranla makul bir düzeyi aşamaz.”<sup>27</sup>

İltica ve göç konuları ilk kez Maastricht Antlaşması'nda Adalet ve İçişleri alanında hükümetlerarası iş birliği kapsamında “ortak yarar sorunları” olarak AB hukukuna dahil edilmiştir. Böylece AB hukukunda “iç sınırlar” ve “dış sınırlar” arasındaki ayrım ortaya çıkmıştır. Bu yaklaşım (ayırım) daha sonraki Amsterdam ve Lizbon Antlaşmalarında “Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı (ÖGAA)” hedefiyle güçlenerek devam etmiştir. AB hukukunda iki üye devleti birbirinden ayıran sınırlar (iç sınırlar) ile üye bir

<sup>25</sup> Avrupa Komisyonu, “Avrupa Komisyonu 2016 Türkiye Raporu”, 2016, 78-79, <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.

<sup>26</sup> “Yunanca *sinoron* kelimesinden gelen sınır, sözlüklerde, iki komşu devletin topraklarını birbirinden ayıran çizgi, hudut; komşu il, ilçe, köy veya kişilerin topraklarını birbirinden ayıran çizgi; bir şeyin yayılabileceği veya genişleyebileceği son çizgi, uç gibi ifadelerle tanımlanmıştır. Sınır ile aynı anlamda ve Arapçadan gelen *hudut* ise, sözlüklerde ‘sınır, uç, son’ gibi kelimelerle açıklanmıştır. Bu anlamı karşılayan diğer bir terim de, sözlüklerde sınır boyu olarak ifade edilen serhattir. Serhat, Osmanlı devletinin, komşu ülkelerle arasındaki sınır bölgesine verilen addır. Başka bir ifade ile, hudut başı, iki devlet toprağının birleştiği sınır yerinde kullanılan bir tabirdir.” Osman Gümmüşçü, “Siyasi Coğrafya Açısından Sınırlar ve Tarihi Süreç İçinde Türkiye’de Sınır Kavramı”, *Bilig*, sy 52 (2010): 80-81, <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423873159.pdf>.

<sup>27</sup> Myriam Benlolo Carabot, “La transformation de la notion de frontière dans l’Union européenne”, *Pouvoirs* 165, sy 2 (2018): 65-79, <https://doi.org/10.3917/pouv.165.0065>.

devleti üçüncü ülkelerden ayıran sınırlar (dış sınırlar) farklı şekilde ele alınmaktadır. Birinci durum için iç sınırlar; ikinci durum için dış sınırlar ifadesi kullanılmaktadır. 2016/399 sayılı Tüzüğün 2/I. maddesine göre, “İç sınırlar” şu anlama gelir: Üye devletlerin nehir ve göl sınırları dahil ortak kara sınırları; üye devletlerin iç hat uçuşları için havaalanları; düzenli iç feribot bağlantıları için üye devletlerin deniz, nehir ve göl limanları”. 2016/399 sayılı Tüzüğün 2/II. maddesine göre dış sınırlar ise, “üye devletlerin kara sınırlarıdır, bunlara nehir ve göl sınırları, deniz sınırları ve bunların hava limanları, nehir limanları, deniz limanları ve göl limanları dahildir, ancak bunların iç sınır olmaması gerekmektedir” şeklinde açıklanmıştır. Dolayısıyla, her iki durumda sınırların rejimi farklı olmaktadır. Avrupa bütünleşmesine bağlı olarak iç sınırlar, uluslararası sınırlardan nispeten farklı iken; üye devletleri üçüncü devletlerden ayıran sınırlar daha çok uluslararası sınırlara benzerlik göstermektedir.

Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma (ABİA)'nın 3/II. maddesine göre, “Birlik, vatandaşlarına, dış sınırların kontrolü, iltica, göç, suçun önlenmesi ve suçla mücadele konularında uygun tedbirler vasıtasıyla kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı, iç sınırların olmadığı bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı sunar”. Bu maddede, “özgürlük, güvenlik ve adalet alanı” bağlamında “dış sınırlar”dan söz edilmektedir; üye devletlerin dış sınırı ile bağlantılı olarak değil de Birlik vatandaşları ile beraber geçmektedir. Böylece artık AB Birliği'nin gerçekleştirmek istediği “iç sınırların olmadığı alan”, iç pazar değil; “özgürlük, güvenlik ve adalet alanı” olmaktadır. Bu alanda, “dış sınırların kontrolü, iltica, göç, suçun önlenmesi ve suçla mücadele konularında uygun tedbirler vasıtasıyla kişilerin serbest dolaşımı” sağlanmaktadır. Bu hükümde üye devletlerin ve/veya Avrupa Birliği'nin iç sınırları ve dış sınırları ifadeleri birlikte yer almaktadır; bu iki sınır kavramının birbirine olan zıtlığının yansıması olarak iç sınırların kalkması, dış sınırları ise güçlendirilmesi vurgulanmaktadır.<sup>28</sup>

## II. Avrupa Birliği'nin Dış Sınırlarının Yönetimi İhtiyacı

2016/399 sayılı Tüzüğün 2/X. Maddesine göre, “sınır yönetimi” (*border control-contrôle aux frontières*) “Bu Tüzük uyarınca ve bunun amacına uygun olarak, münhasıran sınırı geçme niyetine veya sınırı geçme eylemine cevap olarak, herhangi bir başka husus dışında, sınırda gerçekleştirilen sınır kontrolleri ve sınır gözetiminden

<sup>28</sup> Avrupa Komisyonu, “Avrupa Komisyonu 2016 Türkiye Raporu”, 2016, 78-79, <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.

ibaret olan faaliyetler” olarak tanımlanmaktadır. Aynı düzenlemede “sınır kontrolleri” (*border checks- vérifications aux frontières*), “Sınır kapılarında gerçekleştirilir, amacı kişilerin, bunlara ait ulaşım araçlarının ve sahip oldukları malların, üye devletlerinin ülkelerine (sınırlarına) giriş çıkış hakkına haiz olup olmadığını belirlemek” olarak açıklanmaktadır (2016/399 sayılı Tüzük m. 2/XI). “Sınır yönetimini” tamamlayan “Sınır gözetimi” (*border surveillance- surveillance des frontières*) ise, “Sınır kapıları arasındaki sınırların ve belirlenen açılış saatleri haricinde sınır kapılarının kişilerin sınır kontrollerinden kaçmasını önlemek üzere gözetimidir” şeklinde ifade edilmektedir (2016/399 sayılı Tüzük m. 2/XII).

Avrupa Birliği’nde iç sınırlarda serbest dolaşımın hayata geçirilmesiyle, komşu ülkelerde sınır yönetimi bütün AB ülkeleri için önem arz eden bir pozisyona gelmiştir. Sınır kontrolleri konusunda AB ortak uygulamalara ve kararlara gereksinim duymuştur.<sup>29</sup>

Avrupa Birliği’nin iç sınırlarında serbest dolaşımın sağlanmasıyla birlikte, dış sınırları olan ülkelerde sınır kontrolü tüm AB ülkeleri için çok önemli hale gelmiştir. Böylece üye devletlerin hem kendi adlarına hem de Birlik adına dış sınırlarını korumaları gerekmektedir.<sup>30</sup> Bu durum, üye devletler için ağır bir sorumluluk ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle, AB, dış sınırların yönetiminde zorluklarla karşılaşan üye devletleri desteklemek üzere 2004 yılında Frontex<sup>31</sup> aracılığıyla karşılıklı yardım ve ortak yönetim sistemini hayata geçirmiştir.

2007<sup>32</sup> ve 2011’de<sup>33</sup> kabul edilen Tüzükler 2004/2007 sayılı Tüzüğü değiştirip Frontex’in yetkilerini artırmasına karşın, Ajans ismini Frontex olarak korumuştur.

<sup>29</sup> A. Aslı Bilgin, “Göçmenlere Yönelik Deniz Operasyonlarında Frontex’in Müdahale Yetkisinin Uluslararası Hukuk Kap-samında Değerlendirilmesi”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, sy 2 (2017): 62.

<sup>30</sup> Claire Rodier, “Externalisation du contrôle des flux migratoires: comment et avec qui l’Europe repousse ses frontières”, *Migrations Société* 116, sy 2 (2008): 7-8, <https://doi.org/10.3917/migra.116.0105>.

<sup>31</sup> 2007/2004 sayılı *Frontex Tüzüğü*- Avrupa Birliği’nin Üye Devletlerinin Dış Sınırlarda Operasyonel İş Birliği Yönetimi Ajansını tesis eden Tüzük “Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d’une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l’Union européenne”, Pub. L. No. 32004R2007, 349 OJ L (2006), <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/2007/oj/fra>.

<sup>32</sup> Hızlı Sınır Müdahale Ekiplerinin -RABİT kurulmasına ilişkin 863/2007 sayılı Tüzük “Règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d’équipes d’intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités”, Pub. L. No. 32007R0863, 199 OJ L (2007), <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/863/oj/fra>.

<sup>33</sup> 1168/2011 sayılı Tüzük- Avrupa Birliği’nin Üye Devletlerinin Dış Sınırlarda Operasyonel İş Birliği Yönetimi Ajansını tesis eden (EC) 2007/2004 sayılı Konsey Tüzüğünü değiştiren Tüzük “Règlement (UE) n o 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n o 2007/2004 du Conseil portant création d’u-

2016/1624 sayılı Tüzük ise 2007/2004 sayılı Tüzüğü (Avrupa Birliği Üye Devletlerin Dış Sınırlarında Operasyonel İş birliği Yönetimi için Avrupa Ajansı'nın kurulmasına ilişkin) ile 863/2007 sayılı Tüzüğü (Acil Sınır Müdahale Ekiplerinin -RABİT kurulmasına ilişkin) yürürlükten kaldırıp, Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Birimi'ni (ASS-GB) kurmuştur. Bu Birim, Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı (ASSGA) (Frontex)<sup>34</sup> ve sınır yönetiminden sorumlu ulusal makamlar ve sınır kontrol görevlerini yerine getiren ulusal sahil korumalarından oluşmaktaydı. 2016/1624 sayılı Tüzüğün 6/I. maddesinde "Avrupa Birliği Üye Devletlerin Dış Sınırlarında Operasyonel İş birliği Yönetimi için Avrupa Ajansı"nın (Frontex) ismi "Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı" olarak değiştirilmiştir (2016/1624 sayılı Tüzük, m. 6/I). Ancak bu Ajans'ın ismi değişmesine karşın "Frontex" akronimi Ajans için aynı şekilde kullanılmaya devam edilmiştir (2016/1624 sayılı Tüzük, paragraf 11).

2019/1896 sayılı Tüzüğe göre de Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Birimi (ASS-GB), Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı (ASSGA) ve sınır yönetiminden sorumlu ulusal makamlar ve sınır kontrol görevlerini yerine getiren ulusal sahil korumalarından oluşmaktadır (2019/1896 sayılı Tüzük, m. 4). Yeni Tüzük, üye devletlerin kendilerine ait dış sınırların kontrol ve gözetiminde birinci derecede sorumlu olduğunu belirtmektedir (2019/1896 sayılı Tüzük, m. 7/I). Bununla birlikte, 2019/1896 sayılı Tüzük 7. maddede Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Birimi ve üye devletlerin ortak sorumluluğunu<sup>35</sup> (üye devletler-AB arasında) teyit etmiştir. Yeni düzenleme, ortak sorumluluğu Avrupa entegre sınır yönetimi çerçevesinde ele almıştır. Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Birimi, Avrupa entegre sınır yönetimini Avrupa Sınır ve Sahil Koruma Ajansı, sınır yönetiminden sorumlu ulusal makamlar ve sınır kontrol görevlerini yerine getiren ulusal sahil korumaları ile ortak sorumluluk temelinde sağlamaktadır.

Dış sınırların yönetimi için üye devletler, kendi yasal düzenlerine ve AB mevzuatına göre hareket etmelidirler. Her iki hukuk düzenin kuralları uyum içinde uygulanmalıdır.

---

ne Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne", Pub. L. No. 32011R1168, 304 OJ L [2011], <http://data.europa.eu/eli/reg/2011/1168/oj/fra>.

<sup>34</sup> "Frontex" akronimi (kısmı ad) Fransızca "**f**rontières **e**xtérieures (dış sınırlar)" sözcüklerin ilk harflerinden oluşturulmuştur. Bu birimin adı İngilizce "European Border and Coast Guard Agency"; Fransızca ise "Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes" olduğunu belirtmekte fayda vardır.

<sup>35</sup> Konuyla ilgili düzenlemeler için bkz. 2007/2004 sayılı Tüzük, m. 1/II; 2007/2004 sayılı Tüzük paragraf 4 ve 10; 2016/1624 sayılı Tüzük m. 5; 2016/1624 sayılı Tüzük paragraf 6, 10, 11 ve 20; 2019/1896 sayılı Tüzük m. 7.

## A. Yeni Dış Sınır Yönetimi Kavramı

2005 yılında göreve başladığından beri Frontex, Schengen ülkelerinin dış sınırlarını korumasına yardım etmektedir. Avrupa Birliği, 2015 ve 2016 yıllarında bir göç kriziyle karşı karşıya kalmıştır. Bu, Ajans'ta büyük bir reforma ve misyon ve kaynaklarında bir artışa yol açmıştır. 2016 yılında, Ajansın yetkileri artırılıp, Avrupa Birliği'nin dış sınırlarının yönetiminin Avrupa Birliği ve üye devletler arasında paylaşılan bir sorumluluk olduğu belirtilmiştir. Bu durum 2019/1896 sayılı Tüzük ile teyit edilmiştir.

2015 yılında AB'nin karşılaştığı kitlesel yasa dışı girişler, Avrupa düzeyinde bir travmaya sebep olmuştur: 2015'te 1,2 milyon kişi yasa dışı yollardan AB'ye girmiştir. 1 Ocak 2021'den bu yana Avrupa Birliği'ne yasa dışı giriş sayısı 160 bin olarak Frontex tarafından belirtilmektedir. Bu rakam pandemi öncesine (2019) göre %20 artmıştır.<sup>36</sup> Doğu Akdeniz güzergahında yasa dışı giriş sayısında azalma olmasına karşın, Yunanistan'ın ve özellikle adaların yeniden artan yasa dışı göç baskısı altında olduğu görülmektedir.

Bugün Ajans, dış sınırlarda 1.500 sınır ve sahil güvenlik görevlisi görevlendirmektedir. Ağırlıklı olarak Yunanistan'da Poseidon, İtalya'da Themis, İspanya'da Indalo gibi büyük operasyonlar çerçevesinde görev yapmaktadırlar.<sup>37</sup>

Frontex'in periyodik risk analizleri, savunmasızlık değerlendirmesi ve ortak operasyonları yapmak gibi önemli görevleri vardır. Ajansın artan görevlerini karşılamak üzere kaynakları artmıştır.<sup>38</sup> 2015 yılı için 94 milyon Avro olan bütçe, 2021 yılında 544 milyon Avro olmuştur. Frontex'e, devriye gemileri, helikopterler ve uçaklar üye devletler tarafından maliyetleri karşılanmak koşulu ile temin edilmektedir. Ancak, Frontex kendi ekipmanını satın alabilmektedir.<sup>39</sup> Frontex'in operasyonları için gerekli olan uçak, gemi, motorlu araçlar gibi gerekli ekipmanların alımı, bakımı ve kullanımı için AB Komisyonu 2021-2027 dönemi için 2, 2 milyar Avro düzeyinde bir bütçe

<sup>36</sup> "Crise migratoire: Frontex a dénombré 160.000 migrants entrés illégalement dans l'UE depuis janvier 2021", BFMTV, erişim 07 Nisan 2022, [https://www.bfmtv.com/societe/crise-migratoire-frontex-a-denombre-160-000-migrants-entres-illegalement-dans-l-ue-depuis-janvier-2021\\_AV-202111290585.html](https://www.bfmtv.com/societe/crise-migratoire-frontex-a-denombre-160-000-migrants-entres-illegalement-dans-l-ue-depuis-janvier-2021_AV-202111290585.html).

<sup>37</sup> "Qu'est-ce que Frontex?", erişim 08 Nisan 2022, <https://frontex.europa.eu/fr/qui-sommes-nous/qu-est-ce-que-frontex/>.

<sup>38</sup> "Public Access to Documents Registry", erişim 08 Nisan 2022, <https://frontex.europa.eu/accountability/public-access-to-documents/public-access-to-documents-registry/?category=budget>.

<sup>39</sup> "Qu'est-ce que Frontex, l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes ?", Touteleurope.eu, 30 Mart 2022, <https://www.touteleurope.eu/institutions/qu-est-ce-que-l-agence-europeenne-de-garde-frontieres-et-de-garde-cotes-frontex/>.

ayırmayı önermektedir.<sup>40</sup> Aynı dönem için Ajans'ın personel giderlerini finanse etmek üzere Avrupa Komisyonu, 5,5 milyar Avro teklif etmektedir.<sup>41</sup>

## B. Yeni Tüzük (2019/1896 Sayılı Tüzük)

Dış sınırların güvenliğini güçlendirmek ve Schengen Alanı'nı korumak için, Frontex'in yetkileri genişletilmiş ve Avrupa entegre sınır yönetimine ilişkin ortak sorumluluk son düzenleme ile netleştirilmiştir (2019/1896 sayılı Tüzük, madde 7). Yeni düzenlemenin amacı, Schengen dış sınırlarını daha iyi yönetmek, yasa dışı göçmenlerin temel haklarını korumak ve geri dönüşlerini iyileştirmektir. Periyodik risk analizleri, savunmasızlık değerlendirmesi ve planlama gibi görevleri daha etkin yapmak amacıyla Frontex, bir iletişim ağı oluşturacak ve yönetecektir. Bu ağ mevcut EUROSUR (European Border Surveillance System /Avrupa Sınır Gözetim Sistemi) sistemini temel alacaktır. Üye devletler ile Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı arasında bilgi değişimi ve operasyonel iş birliğini geliştirmek amacıyla, EUROSUR bu Tüzük ile Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Birimi'ne entegre edilmiştir (2019/1896 sayılı Tüzük, madde 18). Böylece AB, daha fazla bilgiye ulaşma imkanına kavuşup, sınır yönetimi çerçevesinde tepki kapasitesini artırmıştır. Bu yeni düzenleme sayesinde, yasa dışı göç ve sınır ötesi suçları tespit etme, önleme ve bunlarla mücadele etme de dahil olmak üzere göçmenlerin hayatlarının korunması ve güvence altına alınması da kolaylaşmıştır.

Ayrıca Ajans'a, yeterli teçhizat ve Ajans'a bağlı daimi bir birlik şeklinde gerekli personel kapasitesi sağlanacaktır. Bu birliğin sayısı 2027 yılına kadar kademeli olarak 10 bin personele ulaşacaktır (2019/1896 sayılı Tüzük, m. 5/II).

Yeni Tüzüğe göre, Ajans'ın üçüncü ülkelerdeki varlığının güçlendirilmesi için, üçüncü ülkelerle iş birliği artırılmalıdır. Komşu ülkeler dışındaki üçüncü ülkelerle de statü anlaşmaları yapılmalıdır. Üçüncü ülkelerle iş birliği, Avrupa entegre sınır yönetiminin önemli bir unsurudur. Bu iş birliği, sınır yönetimi ve geri dönüşler konusunda Avrupa standartlarının teşvik edilmesini, bilgi değişimini ve risk analizlerini mümkün kılmaktadır. Aynı zamanda geri dönüşlerin uygulanmasını kolaylaştırmak

<sup>40</sup> Avrupa Komisyonu (2018), "Un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes renforcé et parfaitement équipé", 12 Eylül 2018 tarihinde [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-factsheet-coast-guard\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-factsheet-coast-guard_fr.pdf).

<sup>41</sup> "Qu'est-ce que Frontex, l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes ?"

ve sınır yönetimi ve göç alanında üçüncü ülkeleri desteklemek için de gereklidir. İş birliği sayesinde, dış sınırların korunmasını ve Birliğin göç politikasının etkin bir şekilde yönetilmesini sağlamak için destek gerektiğinde üçüncü ülkelere kalıcı birlik konuşlandırılma imkanı olacaktır (2019/1896 sayılı Tüzük, par. 87).

### III. Türkiye ile İş Birliği

Üçüncü ülkelerle iş birliği, sınır yönetim politikasının temel bir unsurudur. Bu iş birliğini sürdürülebilir kılmak için, bir tüzel kişilik olarak Frontex, Avrupa Birliği üyesi olmayan devletlerle (AB üyesi olmayan Devletler) veya uluslararası örgütlerle anlaşmalar imzalayabilmektedir.

Üçüncü ülkelerle iş birliği, Birliğin dış eylemi çerçevesinde ve Avrupa Birliği Antlaşması'nın 21. maddesinde belirtilen ilke ve hedeflere uygun olarak yürütülmelidir. Komisyon, Avrupa entegre sınır yönetimi ile Birliğin dış eylemi alanındaki diğer Birlik politikaları ve özellikle Ortak Güvenlik ve Savunma Politikası arasında tutarlılığı sağlamalıdır. Bu iş birliği, özellikle, Ajansın üçüncü ülkelerin topraklarında yürütülen faaliyetler veya risk analizi, operasyonların planlanması ve yürütülmesi, eğitim, bilgi alışverişi gibi alanlarda üçüncü ülkelerden yetkililerin dahil olduğu faaliyetlerle ilgili olarak gerçekleştirilmelidir.

Yeni Frontex Tüzüğüne göre, komşu olmayan üçüncü ülkelerle de anlaşma yapılması mümkündür. Bu anlaşmalar, Ajansın, sınır yönetimi ve göç akışları alanlarında yerinde yardım sağlamasına olanak tanıyacaktır. Özellikle yasa dışı göçün kaynak ülkeleri veya geçiş ülkeleri için bu yerinde yardımlar önemli olacaktır. AB ve üçüncü ülkeler, özellikle sınır koruma uzmanlarının uygulama yetkilerini düzenleyecek olan statü anlaşmalarını akdedebilmektedirler.

Sınır yönetimindeki rolünü ve Birlik dışındaki varlığını güçlendirmek için Frontex, fazla sayıda yasa dışı göçmenin geldiği ülkelerin yetkilileriyle giderek daha yakın bir şekilde çalışmaktadır. Ajans'ın iş birliği yaptığı ülkelerle ilgili olarak, iki iş birliği yöntemi vardır. Birincisi, Frontex, İspanya ve Senegal ile imzalanan anlaşma gibi bir üye devlet ile üçüncü bir ülke arasındaki ikili anlaşmaya dayanabilir. İkincisi, Frontex bizzat ilgili ülkenin makamlarıyla bir anlaşma imzalayabilir. AB, sınırlarının yöneti-

mine yönelik çabalarında Türkiye ile dayanışma içinde olduğunu, sağladığı destekle ortaya koymaktadır.

Frontex'in operasyonları esas olarak iki alana odaklanmaktadır: Sınır ötesi suçlara karşı sınır kontrolü, gözetimi faaliyetleri (uyuşturucu veya silah kaçakçılığı, insan kaçakçılığı ile mücadele) ve yasa dışı göçmenlerin gelişini yönetme (sığınma başvurularının yönetimi).<sup>42</sup> Bu bağlamda, Frontex, göç baskısı altında olan Türkiye ile, teknik yardım (yetkili birimlerin sınırları kontrol etmesine) ve ilgili personelin kabiliyetini artırmak (yasa dışı göçmenlerin gelişini yönetmesine yardımcı olmak için) için yakın iş birliği içine girmektedir.<sup>43</sup>

Avrupa Birliği, göç akışının yönetimini, yasa dışı göçmenlerin geçiş ve menşe ülkesi olan Türkiye gibi ülkelerle anlaşmalar imzalayarak devretmekten çekinmemektedir. Bu amaçla AB, 2016 yılında Türkiye ile bir anlaşma imzalamıştır. Bu durum, sınır yönetim faaliyetlerinin dışsallaştırılmasına (faaliyetlerin üçüncü bir ülkeye veya devlet dışı bir aktöre aktarılmasını) olarak tanımlanmaktadır.<sup>44</sup>

Frontex, sınır yönetim faaliyetlerinin dışsallaştırılmasında kullanılan operasyonel ve teknik bir birimdir. Son yasal düzenlemeler giderek Frontex'e daha fazla yetki, ayrıcalık ve ekonomik, insani ve maddi araç sağlamaktadır. Ajansın bütçesindeki önemli ve sürekli artışlar, bu güvenlik olgusuna tanıklık etmektedir. Frontex'in imtiyazlarını ve insan kaynaklarını güçlendirmeyi amaçlayan yeni mevzuat 13 Kasım 2019'da kabul edilmiştir. Bu mevzuat, Ajans'ın AB'nin komşu ülkelerinin ötesine geçen üçüncü ülkelerle yeni anlaşmalar imzalayabilmesine olanak verdiği için iş birliği yetkilerini güçlendirmektedir. 2010'ların başından beri ve özellikle 2015'teki "göç krizinin" başlangıcından bu yana, Avrupa Birliği, üçüncü ülkelerle ister ikili ister çok taraflı olsun,

<sup>42</sup> "La Suisse vote sur sa participation à Frontex", SWI swissinfo.ch, erişim 11 Nisan 2022, [https://www.swissinfo.ch/fre/economie/la-suisse-vote-sur-sa-participation-%C3%A0-frontex/47433210?container-title=:SWI swissinfo.ch;,-language=:fr;,-title=:La Suisse vote sur sa participation à Frontex;,-URL=:https://www.swissinfo.ch/fre/economie/la-suisse-vote-sur-sa-participation-%C3%A0-frontex/47433210;,-accessed:{\"date-parts\":\[\[\"2022\",4,11\]\]}},{\"schema\":\"https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json\"}](https://www.swissinfo.ch/fre/economie/la-suisse-vote-sur-sa-participation-%C3%A0-frontex/47433210?container-title=:SWI swissinfo.ch;,-language=:fr;,-title=:La Suisse vote sur sa participation à Frontex;,-URL=:https://www.swissinfo.ch/fre/economie/la-suisse-vote-sur-sa-participation-%C3%A0-frontex/47433210;,-accessed:{\)

<sup>43</sup> "AB'nin dış sınırlarındaki durumla ilgili olarak yapılan açıklama", AB Türkiye, erişim 10 Nisan 2022, <https://www.avrupa.info.tr/tr/eeas-news/abnin-dis-sinirlarindaki-durumla-ilgili-olarak-yapilan-aciklama-10164>.

<sup>44</sup> Théo Buratti, "Externalisation des frontières de l'Union européenne, enjeux et perspectives" [RSE & Diversité, Temmuz 2020],3,[https://www.pourlasolidarite.eu/sites/default/files/publications/files/na\\_2020\\_div\\_externalisation\\_des\\_frontieres\\_de\\_l\\_union\\_europeenne.pdf](https://www.pourlasolidarite.eu/sites/default/files/publications/files/na_2020_div_externalisation_des_frontieres_de_l_union_europeenne.pdf).

çok sayıda anlaşma ve iş birliği anlaşması imzalayarak göç yönetimini dışsallaştırma stratejisini giderek güçlendirmiştir.<sup>45</sup>

Göç ile yakından bağlantılı olan sınır yönetimi, AB'nin komşu ülkeleriyle yakın iş birliğini gerektirmektedir. 2005 yılından bu yana katılım müzakerelerini yürüten Türkiye, göç sorunuyla kendisi de karşı karşıya kaldığından, sınır yönetimi için AB ile iş birliği yapmaktadır. Sınır yönetimini güçlendirmek için alınan önlemler veya sağlanan eğitim, risk analizi veya irtibat görevlilerinin konuşlandırılması ve gözlemcilerin katılımı gibi alanlarda iş birliği önem kazanmaktadır.

## A. İş Birliğinin Güçlendirilmesi

Frontex ile AB üyesi olmayan devletlerin sınır yönetiminden sorumlu servisler arasında, yeni Frontex Tüzüğü'nün 71. maddesi uyarınca, sınır yönetiminde operasyonel iş birliğini organize etmek ve güvenliği artırtmak amacıyla çalışma anlaşmaları imzalanabilmektedir.

Şimdiye kadar, Frontex, AB üyesi olmayan 18 ülke ile çalışma anlaşması imzalamıştır. Bu ülkeler: Arnavutluk, Ermenistan, Azerbaycan, Beyaz Rusya, Bosna Hersek, Kanada, Yeşil Burun Adaları, Kuzey Makedonya, Gürcistan, Kosova, Moldova, Karadağ, Nijerya, Rusya Federasyonu, Sırbistan, Türkiye, Ukrayna ve Amerika Birleşik Devletleri'dir.<sup>46</sup> Türkiye, Ajansın iş birliği anlaşması imzaladığı devletlerden biridir (28 Mayıs 2012 tarihli mutabakat zaptı).

Dışişleri Bakanlığı ile Frontex arasında 2012'de iş birliği "Mutabakat Zaptı" ve devamında da üç İş Birliği Planı (2014-2016, 2018-2020, 2020-2022 yıllarını kapsayan) imzalanmıştır.<sup>47</sup> Son dönemi kapsayan üç yıllık bir İş Birliği Planı Ocak 2020'de, Türkiye ile Frontex arasında, risk analizi alanında gelişmiş bir iş birliğine gidilmesini, operasyonel faaliyetlerde gözlemci değişiminin artırılmasını ve Varşova'daki Türk Büyükelçiliği'ne bir Türk İrtibat görevlisi atanmasını öngörmektedir.<sup>48</sup> Mutabakat Zaptı ve İş Birliği Planları, sınır yönetimi alanında risk analizi ve veri değişimi, Tür-

<sup>45</sup> Buratti, 6-7.

<sup>46</sup> "Non-EU Countries", erişim 08 Nisan 2022, <https://frontex.europa.eu/we-build/other-partners-and-projects/non-eu-countries/>.

<sup>47</sup> Bozkurt, "Sınır Yönetimi Alanında Yapılan Çalışmalar Sınır ve Göç Yönetimi", 29.

<sup>48</sup> Avrupa Komisyonu, "Avrupa Komisyonu 2020 Türkiye Raporu", 2020, 52, <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.

kiye ile AB üyesi ülke sınır geçiş noktalarında gözlemci görevlendirilmesi ve Frontex tarafından düzenlenen eğitim faaliyetlerine katılım sağlanması hususlarını içermektedir.

Sınır yönetimi, AB ve Türkiye arasındaki göç ile ilgili iş birliği kapsamında da önem taşıyan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. AB, göç akımlarının yönetimi kapasitesini güçlendirme ve etkin ve verimli bir sınır yönetim sistemi kurma çalışmalarında Türkiye'yi desteklemektedir.

Avrupa Komisyonu tarafından Türkiye'nin Kopenhag kriterlerine uyum konusunda kaydettiği gelişmeleri yıllık olarak değerlendiren raporlarda, sınır yönetimine ilişkin ilerlemeler de yer almaktadır.

Sınır Yönetimi Alanında Kurumlararası İş Birliği ve Koordinasyon Hakkında Yönetmelik ile denetleme organı olarak, Entegre Sınır Yönetimi Koordinasyon Kurulu; izleme işlevi ve sınırların iyileştirilmesine yönelik ihtiyaçları belirlemek üzere ise Sınır Yönetimi Uygulama Kurulu oluşturulmuştur.<sup>49</sup> 2021'de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile sınır bölgelerinde sınır yönetimi sorumluluğu Hudut Mülki İdare Amirliği'ne devredilmiştir.<sup>50</sup> Sınır güvenliğine ilişkin verilerin toplanması, paylaşılması ve işlenmesi ile sınır makamları arasında ortak risk analizinin gerçekleştirilmesi amacıyla, 2016 sınır yönetimi yönetmeliği ile kurulmuş olan Ortak Risk Analiz Merkezi (UKORAM) henüz faaliyete geçmemiştir. AB'ye Katılım İçin Ulusal Eylem Planı'nda, 2022 yılına kadar Ulusal Koordinasyon ve Ortak Risk Analiz Merkezi'nin operasyonel hale getirilerek, Entegre sınır yönetimi sistemine geçiş ve risk analizi çalışmalarının AB standartlarında gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır.<sup>51</sup>

AB'ye Katılım İçin Ulusal Eylem Planı'nda, 2023 yılına kadar Entegre Sınır Yönetimi Eylem Planının Güncellenerek, kurumlar arası iş birliğine dayalı entegre bir sınır yönetimi anlayışının uygulamaya geçirilmesi amaçlanmaktadır. Bu yönetim anlayışı çerçevesinde teknolojik ve fiziki altyapının iyileştirilmesi yoluyla kara ve denizlerde sınır güvenliği artırılacaktır.<sup>52</sup> Entegre sınır güvenliği sistemi oluşturularak

<sup>49</sup> Avrupa Komisyonu, "Avrupa Komisyonu 2021 Türkiye Raporu", 2021, 53, <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.

<sup>50</sup> Avrupa Komisyonu, 53.

<sup>51</sup> T.C. DIŞİŞLERİ BAKANLIĞI AVRUPA BİRLİĞİ BAŞKANLIĞI, "AB'ye Katılım İçin Ulusal Eylem Planı (2021-2023)", Ocak 2021, 194-95, <https://www.ab.gov.tr/52882.html>.

<sup>52</sup> 2022 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı, 359.

düzensiz göç önlenecek, kaçakçılık, organize suçlar ve terörle mücadelede etkinlik artırılacaktır.<sup>53</sup> Ulusal Entegre Sınır Yönetimi Stratejisinin Oluşturulması ve Türkiye'nin Entegre Sınır Yönetimini Uygulaması için Ulusal Eylem Planı'nın güncellenmesi için çalışmalar devam etmektedir.<sup>54</sup>

## B. Gözlemcilerin Katılımı

2008 ve 2011 yılları arasında, ortak Frontex operasyonlarına AB üyesi olmayan ülkelerden gözlemcilerin katılımı konusunda Frontex'in yetkisi açık değildi. Bu tür bir katılım, ancak Frontex'in statüsünde yapılan değişiklikle mümkün olmuştur (2019/1896 sayılı Tüzük, m. 78/II.). 2019/1896 sayılı Tüzüğün 78/II. maddesi uyarınca, Ajans, ilgili üye devletin mutabakatı ile, üçüncü ülkelerden gözlemcileri dış sınırlardaki faaliyetlerine, geri dönüş operasyonlarına, geri dönüş müdahalelerine ve eğitime katılmaya davet edebilmektedir.

Çalışma anlaşmaları, belli bir madde kapsamında, Frontex'in ortak operasyonları sırasında AB üyesi olmayan ülkelerden "gözlemci" görevlendirilmesi imkanını sağlamaktadır. Böylece 2008 ile 2012 yılları arasında AB üyesi olmayan 11 ülkeden 200 gözlemci 33 ortak operasyonda görevlendirilmiştir. 2012 yılından bu yana Türkiye bir gözlemci ile ortak operasyonlara katılmaktadır.

Frontex ile çalışma anlaşması bulunan AB üyesi olmayan iki ülke arasındaki sınır geçiş noktalarında bir dizi koordinasyon noktası kurulmuş ve ortak ülkelerin talebi üzerine belirli bir süre için etkinleştirilmiştir. Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ekiplerinden gözlemciler, özellikle düzensiz göç eğilimlerinin erken tespiti ile ilgili olarak iş birliği ve bilgi alışverişini kolaylaştırmak için bu koordinasyon noktalarına konuşlandırılmaktadır. Türkiye, Kasım 2016'da faaliyete geçen Polis ve Gümrük İş birliği Üçlü Ortak İletişim Merkezi aracılığıyla komşu Yunanistan ve Bulgaristan ile bu çerçevede iş birliğini geliştirmiştir. Böylece Türkiye, Bulgaristan sınır geçiş noktası Kapitan Andreevo'da Üçlü Temas Merkezi kurulmasıyla yasa dışı göçün önlenmesine yönelik komşularıyla sınır iş birliğini artırmıştır.

<sup>53</sup> T.C. DIŞİŞLERİ BAKANLIĞI AVRUPA BİRLİĞİ BAŞKANLIĞI, "AB'ye Katılım İçin Ulusal Eylem Planı (2021-2023)", 194-95.

<sup>54</sup> "Taslak Ulusal Entegre Sınır Yönetimi Stratejisinin Oluşturulması ve Türkiye'nin Entegre Sınır Yönetimini Uygulaması için Ulusal Eylem Planı'nın Güncellenmesi", erişim 12 Nisan 2022, [https://ab.gov.tr/taslak-ulusal-entegre-sinir-yonetimi-stratejisinin-olusturulmasi-ve-turkiyenin-entegre-sinir-yonetimini-uygulamasi-icin\\_52372.html](https://ab.gov.tr/taslak-ulusal-entegre-sinir-yonetimi-stratejisinin-olusturulmasi-ve-turkiyenin-entegre-sinir-yonetimini-uygulamasi-icin_52372.html).

## C. İrtibat Görevlilerinin Konuşlandırılması

Avrupa sınırları dışında denetimi kolaylaştırmak için Frontex, 2011'den beri kendi "göç" irtibat görevlilerini AB dışındaki ülkelere konuşlandırabilmektedir. Bu faaliyetler, 2004'ten bu alanda ağ dahilinde çalışan üye devletlerin irtibat görevlilerinin çalışmalarını güçlendirmektedir. Bu görevlilerin faaliyeti, "yasa dışı göçün önlenmesine, buna karşı mücadeleye ve yasa dışı göçmenlerin geri dönüşüne katkıda bulunmaktır." Bu görevlilerin rolü, yasa dışı göçle ilgili bilgi toplamak veya teknik yardım projelerini başlatmak ve finanse etmektir.

Frontex Tüzüğü'nün 77. maddesi uyarınca, Ajans, kendi personelinden uzmanları veya diğer uzmanları üçüncü ülkelerde irtibat görevlisi olarak görevlendirebilmektedir. Birliğin dış politikası bağlamında, risk analizine göre, yasa dışı göçün kaynağı veya transit ülkesi olan üçüncü ülkelerde irtibat görevlileri öncelikli olarak görevlendirilmektedir. Ajans, karşılıklı esasa göre, üçüncü ülkeler tarafından görevlendirilen irtibat görevlilerine ev sahipliği yapmaktadır. Ajansın irtibat görevlileri, yasa dışı göçün önlenmesine ve buna karşı mücadeleye katkıda bulunmak ve geri dönüş kararına tabi kişilerin geri dönüşüne katkıda bulunmak amacıyla gönderildikleri üçüncü ülkenin yetkili makamları ile iletişim kurmaktadır. Ayrıca, üçüncü ülke vatandaşlarının belirlenmesi ve seyahat belgelerinin edinilmesi için teknik yardım sağlamaktadırlar.

İrtibat görevlileri çalışmalarını Avrupa Birliği delegasyonlarında gerçekleştirebilmektedirler. Ankara'da ilk irtibat görevlisi 2016 yılında konuşlandırılmıştır. Frontex'in Yunanistan'da çok yoğun faaliyetleri vardır. Türkiye-Bulgaristan ve Türkiye-Yunanistan kara sınırları göç baskısı altındaki yerler olduğu söylenebilir. Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı (Frontex) ile 2020-2022 dönemini kapsayan üç yıllık bir İş Birliği Planı'na dayanan ilişkiler, Yunanistan-Türkiye kara sınırı ve Ege Denizi'nde yaşanan olaylardan olumsuz yönde etkilenmiştir.<sup>55</sup>

Türkiye'ye bir Frontex irtibat görevlisinin atanması ve irtibat görevlileri ile iş birliği yapılması kaçakçılık şebekeleriyle mücadele konusunda AB'nin Türkiye ile bilgi alışverişi kapasitesini artırmıştır. 2016'dan beri Frontex ve Türkiye, irtibat görevlisi aracılığıyla operasyonel iş birliğini sürdürmektedirler. AB üyesi olmayan ülkelerdeki Frontex İrtibat Görevlileri, diyalogu ve sahada iş birliğinin uygulanmasını kolaylaştırmaktadırlar.

<sup>55</sup> Avrupa Komisyonu, "Avrupa Komisyonu 2021 Türkiye Raporu", 53.

## D. Risk Analizi

Frontex'in risk analizi birimi, üye devletler, AB üyesi olmayan devletlerin sınır kontrol makamları ve Avrupa Komisyonu tarafından sağlanan bilgilere dayanarak her yıl göç riski analizi raporu hazırlamaktadır. Ajans, dış sınırlarda yasa dışı göç başta olmak üzere diğer bütün yasa dışı faaliyetlerle ilgili açık ve kapalı kaynaklardan elde ettiği bilgilerle dış sınırların risk analizini yapmaktadır. Bu bilgiler, Eurostat (Avrupa Birliği Adli İş birliği Birimi) ve Europol Avrupa Polis Ofisi gibi Avrupa kurumları, uluslararası kuruluşlar ve araştırmacılar tarafından yapılan çalışmalar, akademik makaleler, basın gibi açık kaynaklardan toplanmaktadır. Risk analizleri, bir erken uyarı mekanizması geliştirmek amacıyla, Avrupa entegre sınır yönetimi ile ilgili tüm hususları kapsamaktadır. Ajansın operasyonel faaliyetlerinin geliştirilmesi için temel sağlayan bu analizler, AB göç politikalarının belirlenmesine katkıda bulunmaktadır. Frontex, faaliyetlerini ve ortak operasyonlarını risk analizlerine dayanarak gerçekleştirmektedir.

Risk analizi, ortak ve entegre risk analizi modeli tarafından sağlanan metodolojiye (Common Integrated Risk Analysis Model – CIRAM) göre Frontex Tüzüğü'nün (2019) 29. maddesi esas alınarak düzenlenmektedir.

Risk analizleri için gerekli bilgi paylaşımını kolaylaştırmak amacıyla Frontex liderliğinde AB ile AB üyesi olmayan katılımcı ülkeler arasında geniş bir bölgesel istihbarat paylaşım ağı kurulmuştur: Batı Balkanlar Risk Analizi Ağı (WB-RAN), Doğu Ortaklığı Risk Analizi Ağı (EaP-RAN), Türkiye-Frontex Risk Analizi Ağı (TU-RAN) ve Afrika Frontex İstihbarat Topluluğu (AFIC). Böylece Frontex, risk analiz modelini Türkiye gibi diğer AB üyesi olmayan ülkelere de genişletme imkanına kavuşmuştur. Frontex'in Türkiye ile imzaladığı mutabakat zaptı uyarınca, sınır güvenliğine ilişkin verilerin toplanması, veri alışverişi ve verilerin işlenmesi ile ortak risk analizinin gerçekleştirilmesi amacıyla Ulusal Koordinasyon ve Ortak Risk Analiz Merkezi (UKORAM) yasal bir düzenlemeyle Mart 2016'da kurulmuştur ve merkezi düzeyde faaliyete geçmiştir.

Gerçekten de sınır ötesi suçlara ve kaçakçılık şebekelerine karşı etkinliği artırmak için risk analizine dayalı kurumlar arası iş birliği önem arz etmektedir. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, varış öncesi yolcu bilgisinin alınması ve risk analizinin gerçekleştirilmesine yönelik çalışmalarını tamamlamıştır. Göç İdaresi Başkanlığı (GİB) hava yo-

luyla seyahat eden yolculara ilişkin varış öncesi yolcu bilgilerinin alınmasının ve risk analizleri yapılmasının yönetimi sorumluluğunu üstlenmiştir.<sup>56</sup> Frontex ile iş birliğine yönelik eylem planının bir parçası olarak, risk analizi ve veri toplama konusunda eğitim verilmektedir.<sup>57</sup> Sınır görevlilerine verilen sınır yönetimi ve risk analizi eğitimleri Litvanya İçişleri Bakanlığı uzmanları tarafından üstlenilmiştir. Bu amaçla Litvanya ile yapılan sözleşmeye göre proje açılış toplantısı 7 Eylül 2018'de gerçekleştirilmiştir.<sup>58</sup> Ayrıca, görevlilerin sınır denetimlerinde nelere odaklanmaları gerektiğini daha iyi analiz edebilmeleri için risk yönetimi modelleri geliştirilmiştir.<sup>59</sup>

## Sonuç

Üye devletlerin baskın rolüne rağmen, Frontex'in kurulması AB'nin dış sınırların yönetimini ortak sorumluluk temelinde gerçekleştirmeyi mümkün kılmıştır. Kurulduğundan bu yana, Ajans hem bütçesini hem de üçüncü ülkelerle müzakereler (anlaşmalar, Avrupa irtibat görevlilerinin varlığı) açısından yetkilerini artırmıştır. Böylece Frontex, komşu ülkelerle AB arasında bir tampon alan oluşturmaya çalışmaktadır.

Türkiye'nin dış sınırlar konusundaki mevzuatının AB müktesebatından esinlendiği açıktır. Sınır yönetimini güçlendirmek için risk analizi, irtibat görevlilerinin konuşlandırılması ve gözlemcilerin katılımı gerekmektedir, bu nedenle bu alanlarda iş birliğinin derinleştirilmesi önem kazanmaktadır. Uygulamalar, yasal ve idari düzenlemeler AB'ninkilerle tam uyumlu olmasa da, Türkiye'nin bu yöndeki çabaları şüphesiz dış sınırların etkili yönetimine ilişkin iş birliğini kolaylaştırmaktadır.

Sınır güvenliğinden sorumlu tek bir sivil teşkilat oluşturmaya yönelik mevzuat, esas olarak sınır bölgelerindeki güvenlik endişeleri nedeniyle askıya alınmıştır. Türkiye'nin AB sınır yönetimindeki rolü, iç siyasi dengelerdeki değişikliklere ve AB'nin Türkiye'yi Avrupa sınırlarının sağlamlaştırılmasına dahil etme arzusuna bağlıdır. Her iki taraftaki irade değişikliği, AB dış sınırlarının yönetimine yönelik dayanışmayı şekillendirecektir. Özellikle göç akışının yönetimi etkilenmeye açıktır, bu alanda

<sup>56</sup> Avrupa Komisyonu, "Avrupa Komisyonu 2018 Türkiye Raporu", 2018, 49, <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.

<sup>57</sup> Avrupa Komisyonu, "Avrupa Komisyonu 2016 Türkiye Raporu", 78-79.

<sup>58</sup> Bozkurt, "Sınır Yönetimi Alanında Yapılan Çalışmalar Sınır ve Göç Yönetimi", 25.

<sup>59</sup> "Entegre Sınır Yönetimi Sisteminin Kurulması [2. aşama]", AB Türkiye, erişim 12 Nisan 2022, <https://www.avrupa.info.tr/tr/entegre-sinir-yonetimi-sisteminin-kurulmasi-2-asama-161>.

yakın iş birliği sürdürülmelidir. Bu iş birliğinin devamı hem AB hem de Türkiye'nin menfaatinedir.

AB'nin tahsis ettiği fon miktarı yüksek olsa da, Türkiye'nin topraklarında 3,7 milyon mülteciyi ve göçmeni barındırma ve yasa dışı göçmen akışına karşı koyma kapasitesi yoktur. AB, bu gerçeği kabul edip Türkiye'nin sarf ettiği muazzam çabada ekonomik, siyasi ve sosyal sorumluluğu paylaşmalıdır. Türkiye'nin hem komşu ülke hem de AB ile üyelik müzakeresi sürecinde olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, bu sorun AB üyelik çerçevesinde ilgili fasıllar açılarak kalıcı çözümler ortaya konulmalıdır.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Sinem Hun, "« L'accord UE-Turquie a acté la fermeture des portes de l'Europe » – Vues d'Europe", 30 Nisan 2021 tarihinde, <https://www.vuesdeurope.eu/news/laccord-ue-turquie-a-acte-la-fermeture-des-portes-de-leurope/>.

## Kaynakça

- 2022 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı. Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji Ve Bütçe Başkanlığı, 2021. <https://www.sbb.gov.tr/2022-yili-cumhurbaskanligi-yillik-programi-25-10-2021-tarih-ve-31639-mukerrer-sayili-resmi-gazetede-yayimlanmistir/>.
- AB Türkiye. “AB’nin dış sınırlarındaki durumla ilgili olarak yapılan açıklama”. Erişim 10 Nisan 2022. <https://www.avrupa.info.tr/tr/eeas-news/abnin-dis-sinirlarindaki-durumla-ilgili-olarak-yapilan-aciklama-10164>.
- AB Türkiye. “Entegre Sınır Yönetimi Sisteminin Kurulması (2. aşama)”. Erişim 12 Nisan 2022. <https://www.avrupa.info.tr/tr/entegre-sinir-yonetimi-sisteminin-kurulmasi-2-asama-161>.
- Accord entre l’Union européenne et la République de Turquie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, OJ L § (2013). [http://data.europa.eu/eli/agree\\_international/2014/252/oj/fra](http://data.europa.eu/eli/agree_international/2014/252/oj/fra).
- Avrupa Komisyonu. “Avrupa Komisyonu 2016 Türkiye Raporu”, 2016. <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.
- Avrupa Komisyonu. “Avrupa Komisyonu 2018 Türkiye Raporu”, 2018. <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.
- Avrupa Komisyonu. “Avrupa Komisyonu 2020 Türkiye Raporu”, 2020. <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.
- Avrupa Komisyonu. “Avrupa Komisyonu 2021 Türkiye Raporu”, 2021. <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.
- Bayram, Mehmet Hanifi. *Avrupa Birliği'nin Dış Sınırlarının Yönetimi: Frontex*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019. <https://www.seckin.com.tr/kitap/796152542#>.
- Benlolo Carabot, Myriam. “La transformation de la notion de frontière dans l’Union européenne”. *Pouvoirs* 165, sy 2 (2018): 65-79. <https://doi.org/10.3917/pouv.165.0065>.
- BFMTV. “Crise migratoire: Frontex a dénombré 160.000 migrants entrés illégalement dans l’UE depuis janvier 2021”. Erişim 07 Nisan 2022. [https://www.bfmtv.com/societe/crise-migratoire-frontex-a-denombre-160-000-migrants-entres-illegalement-dans-l-ue-depuis-janvier-2021\\_AV-202111290585.html](https://www.bfmtv.com/societe/crise-migratoire-frontex-a-denombre-160-000-migrants-entres-illegalement-dans-l-ue-depuis-janvier-2021_AV-202111290585.html).
- Bilgin, A. Ash. “Göçmenlere Yönelik Deniz Operasyonlarında Frontex’in Müdahale Yetkisinin Uluslararası Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi”. *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, sy 2 (2017): 55-82.

- Blumann, Claude. “Frontières et limites (Rapport général)”. İçinde *La frontière (Colloque de Poitiers)*, editör Société française pour le droit international, 3-33. Paris: Éditions A. Pedone, 1980.
- Bonditti, Philippe. “Les frontières de l’Europe à l’épreuve de la violence”. *Questions internationales*, sy 79-80 (2016): 112-20.
- Bozkurt, Önder. “Sınır Yönetimi Alanında Yapılan Çalışmalar Sınır ve Göç Yönetimi”. *İdarecinin Sesi Dergisi*, sy 185 (Ekim 2018): 19-29. <http://tid.web.tr/idarecinin-sesi-dergi-si-185sayi-eylul-ekim-2018>.
- Buratti, Théo. “Externalisation des frontières de l’Union européenne, enjeux et perspectives”. RSE & Diversité, Temmuz 2020. [https://www.pourlasolidarite.eu/sites/default/files/publications/files/na\\_2020\\_div\\_externalisation\\_des\\_frontieres\\_de\\_l\\_uni-on\\_europeenne.pdf](https://www.pourlasolidarite.eu/sites/default/files/publications/files/na_2020_div_externalisation_des_frontieres_de_l_uni-on_europeenne.pdf).
- Ceran, Ahmet. “AB’nin Sınır Güvenliğinde Dijital Hafızası Schengen Bilgi Sistemi İyileştiriliyor”. *İKV Dergisi*, sy 235 (2018): 58-61.
- “Cinq ans après, qu’en est-il de l’accord migratoire UE-Turquie ? – Vues d’Europe”, 29 Nisan 2021. <https://www.vuesdeurope.eu/brief/1953/>.
- “Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016”. Erişim 04 Nisan 2022. <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.
- Dost, Süleyman. “Avrupa’ya İkinci Kavimler Göçü (Mü?): Sorunlar, Fırsatlar, Tehditler, Çözümler”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 23, sy 4 (31 Aralık 2021): 1-21. <https://doi.org/10.16953/deusosbil.1055481>.
- “ÉTAT DE L’UNION 2018 Un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes renforcé et parfaitement équipé”, 12 Eylül 2018. [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-factsheet-coast-guard\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-factsheet-coast-guard_fr.pdf).
- Euronews. “Polonya, göçmen akışını durdurmak için duvar inşaatına başladı”, 28 Ocak 2022. <https://tr.euronews.com/2022/01/28/polonya-belarus-tan-gocmen-ak-s-n-durdurmak-icin-s-n-ra-394-milyon-dolarl-k-duvar-oruyor>.
- European Data News Hub. “Face aux migrations, l’Europe dresse des murs”, 31 Ocak 2022. <https://ednh.news/fr/face-aux-migrations-leurope-dresse-des-murs/>.
- Foucher, Michel. “À quoi servent les frontières ? Justifications, séparations, transitions et passages”. *Questions internationales nos 79-80 – Mai-août 2016*, sy 78-80 (2016): 14-21.
- Foucher, Michel. *Fronets et frontières: un tour du monde géopolitique*. Nouv. éd. entièrement ref. Paris: Fayard, 1991.

- Gümüşçü, Osman. “Siyasi Coğrafya Açısından Sınırlar ve Tarihi Süreç İçinde Türkiye’de Sınır Kavramı”. *Bilig*, sy 52 (2010): 79-104. <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423873159.pdf>.
- Hun, Sinem. “« L'accord UE-Turquie a acté la fermeture des portes de l'Europe » – Vues d'Europe”, 30 Nisan 2021. <https://www.vuesdeurope.eu/news/laccord-ue-turquie-a-acte-la-fermeture-des-portes-de-leurope/>.
- Konyalı, Gökçe. *Uluslararası Hukukta Sığınma Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- MIGREUROP. “Accord’ UE-Turquie : le troc indigne”. MIGREUROP, 17 Mayıs 2018. <http://migreurop.org/article2880.html>.
- “Non-EU Countries”. Erişim 08 Nisan 2022. <https://frontex.europa.eu/we-build/other-partners-and-projects/non-eu-countries/>.
- Öztürk, Tolga, ve Ece Boyacı. “Suriyeli Mülteci Krizinin Türkiye ve Avrupa Birliği İlişisine Yansımaları: Dünya Sistemleri Analizi Üzerinden Bir Değerlendirme”. *Alanya Akademik Bakış* 6, sy 1 (31 Ocak 2022): 1809-23. <https://doi.org/10.29023/alanyaakademik.1035028>.
- “Public Access to Documents Registry”. Erişim 08 Nisan 2022. <https://frontex.europa.eu/accountability/public-access-to-documents/public-access-to-documents-registry/?category=budget>.
- “Qu’est-ce que Frontex?” Erişim 08 Nisan 2022. <https://frontex.europa.eu/fr/qui-sommes-nous/qu-est-ce-que-frontex/>.
- Règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités, Pub. L. No. 32007R0863, 199 OJ L (2007). <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/863/oj/fra>.
- Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, 2006. <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/2007/oj/fra>.
- Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, Pub. L. No. 32004R2007, 349 OJ L (2006). <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/2007/oj/fra>.

Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, 2016. <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/1624/oj/fra>.

Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) n° 1052/2013 et (UE) 2016/1624, JO L 295 du 14.11.2019, 2019/1896 § (2019). <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/1896/oj>.

Règlement (UE) n o 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n o 2007/2004 du Conseil portant création d’une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l’Union européenne, Pub. L. No. 32011R1168, 304 OJ L (2011). <http://data.europa.eu/eli/reg/2011/1168/oj/fra>.

Rodier, Claire. “Externalisation du contrôle des flux migratoires : comment et avec qui l’Europe repousse ses frontières”. *Migrations Société* 116, sy 2 (2008): 105-22. <https://doi.org/10.3917/migra.116.0105>.

SWI swissinfo.ch. “La Suisse vote sur sa participation à Frontex”. Erişim 11 Nisan 2022. <https://www.swissinfo.ch/fre/economie/la-suisse-vote-sur-sa-participation-%-C3%A0-frontex/47433210>.

Şener, Nedim. “Güvenlik duvarı 1079 kilometreye ulaştı”. Erişim 04 Nisan 2022. <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/nedim-sener/guvenlik-duvari-1079-kilometreye-ulas-ti-41924175>.

“Taslak Ulusal Entegre Sınır Yönetimi Stratejisinin Oluşturulması ve Türkiye’nin Entegre Sınır Yönetimini Uygulaması için Ulusal Eylem Planı’nın Güncellenmesi”. Erişim 12 Nisan 2022. [https://ab.gov.tr/taslak-ulusal-entegre-sinir-yonetimi-stratejisinin-olusturulmasi-ve-turkiyenin-entegre-sinir-yonetimini-uygulamasi-icin-\\_52372.html](https://ab.gov.tr/taslak-ulusal-entegre-sinir-yonetimi-stratejisinin-olusturulmasi-ve-turkiyenin-entegre-sinir-yonetimini-uygulamasi-icin-_52372.html).

T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı. “AB’ye Katılım İçin Ulusal Eylem Planı (2021-2023)”. Ocak 2021. <https://www.ab.gov.tr/52882.html>.

Touteleurope.eu. “Qu’est-ce que Frontex, l’Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes ?”, 30 Mart 2022. <https://www.touteleurope.eu/institutions/qu-est-ce-que-l-agence-europeenne-de-garde-frontieres-et-de-garde-cotes-frontex/>.



(26. Makale – 2022)

**Doç. Dr. Saadet YÜKSEL\***

*Procedural aspects of the European Court of Human Rights'  
Assessment under Article 3 of the European Convention on Human  
Rights in Removal Cases\*\**

---

\* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı

\*\* Public and Private International Law Bulletin, Aralık/December 2022, Cilt/Volume: 42, Sayı/Number: 2, Sayfa/Page: 777-790.



# PROCEDURAL ASPECTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' ASSESSMENT UNDER ARTICLE 3 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS IN REMOVAL CASES

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Geri Göndermeye  
İlişkin Davalarda Sözleşmenin 3. Maddesi Kapsamındaki  
Değerlendirmesinin Usuli Boyutu



**Saadet YÜKSEL\***

## Abstract

The European Court of Human Rights has developed important procedural protections under Article 3 of the European Convention of Human Rights in the context of removal cases. Alongside the substantive aspects of the Court's assessment under Article 3, these procedural aspects are crucial for the maintenance of the absolute character of the prohibition of treatment contrary to Article 3 of the Convention.

In tracing the notable evolution of the procedural aspects of Article 3 in removal cases within the Court's case-law, it is argued that this can be understood by reference to three main phases. The first phase involved the com-

## Öz

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi geri göndermeye ilişkin davalarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 3. maddesi kapsamında önemli usuli güvenceler geliştirmiştir. AİHM'in Sözleşmenin 3. maddesi kapsamındaki değerlendirmesinin maddi boyutunun yanı sıra, usuli boyuta ilişkin geliştirdiği bu yaklaşım, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı muamele yasağının mutlak niteliğinin korunması açısından son derece önem arz etmektedir.

Geri göndermeye ilişkin davalarda Mahkemenin, Sözleşmenin 3. maddesinin usuli boyutu altında geliştirdiği yaklaşım üç ana safhada ele alınarak incelenebilir. İlk aşama, Mahke-

\* Assoc. Prof. Dr., Judge, European Court of Human Rights, Strasbourg. ORCID: 0000-0002-9454-474.

commencement of the Court's engagement with procedural aspects of Article 3 in the removal context, which established foundations within the jurisprudence for procedural protections in this area. During the second phase, the Court harnessed *M.S.S. v. Belgium and Greece* to robustly adopt a multi-dimensional and structural approach towards procedural protections under Article 3 in cases concerning removal. Finally, the most recent and third phase of this evolution has witnessed the application of the developed jurisprudence to contemporary issues and contexts, which underline emerging areas of the case-law.

menin geri gönderme bağlamında Sözleşmenin 3. maddesinin usuli boyutunu inceleme altına almaya başlamasıdır. İkinci aşamada Mahkemenin, *M.S.S. / Belçika ve Yunanistan* içtihadı ile geri göndermeye ilişkin davalarda Sözleşmenin 3. maddesinin usuli boyutu altında geliştirdiği bu korumayı çok boyutlu ve yapısal bir çerçeveye oturttuğu gözlemlenmektedir. Son olarak, bu evrimsel gelişimin üçüncü aşamasında ise, Mahkemenin bu alanda geliştirdiği içtihadını yenilik arz eden güncel meselelere uyguladığı görülmektedir.

## Introduction

This article seeks to provide some insight into the Convention jurisprudence regarding the procedural aspects of the European Court of Human Rights' assessment under Article 3 of the European Convention on Human Rights in removal cases, and the manner of its development. In doing so, it will firstly address the general principles which provide the very justification for procedural obligations under Article 3. Secondly, and for the main part, the article will address the evolution of the case-law in this area. It will divide the evolutionary trajectory into three phases, namely: (i) the commencement of the Court's engagement with procedural aspects of Article 3 in the removal context, and the establishment of foundations within the jurisprudence for procedural protections; (ii) the turning point of *M.S.S.* and the consequently emboldened structural approach; and finally (iii) the recent application of established principles to contemporary issues and contexts.

## I. General Principles and Overview

Before tracing the evolution of the Court's case-law, it would be worth outlining some general principles that structure this body of jurisprudence and illuminate its importance as an integral aspect of Article 3. The Court reiterates that although Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens, expulsion, extradition or any other measure

to remove an alien may give rise to an issue under Article 3 of the Convention, and hence engage the responsibility of the expelling State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country.<sup>1</sup> It has been said that the ‘claim of absoluteness’ underpinning the prohibition of removals contrary to Article 3 is necessarily accompanied by the requirement that any procedure used to decide the question of whether a removal is compliant with Article 3 must be ‘extremely robust’.<sup>2</sup> In other words, the absolute character of Article 3 in the removal context turns on both substantive<sup>3</sup> and procedural dimensions. Thus, under Article 3 itself the Court has concluded that where there is a ‘lack of legal framework providing adequate safeguards’ in the domain of examining whether an individual’s return would put them at risk of treatment prohibited under Article 3, there are substantial grounds for believing they risk a violation of their rights under Article 3 - such that an expulsion would actually be in breach of Article 3.<sup>4</sup> Additionally, the Court has taken Article 13 in conjunction with Article 3 to include a right to an effective remedy for potential breaches of the prohibition of returns contrary to Article 3, which ‘imperatively

<sup>1</sup> *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [No. 27765/09, 23 February 2012], paras. 113-114. For a recent reiteration of this principle in a case concerning expulsion, see *M.A. and Others v. Lithuania* [No. 59793/17, 11 December 2018], para. 102, stating that ‘the expulsion of an alien by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3 of the Convention where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned faces a real risk of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment of punishment in the receiving country.’

<sup>2</sup> Marie-Bénédicte Dembour, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint* (OUP 2015), 403.

<sup>3</sup> The Court has recently in *Sanchez-Sanchez v. the United Kingdom* [No. 22854/20, 3 November 2022], while emphasising that the prohibition of Article 3 ill-treatment remained absolute, held that in extradition cases, the applicant must firstly adduce evidence capable of proving there are substantial grounds for believing there is a real risk of being given a sentence of life imprisonment without parole upon extradition, which constitutes treatment contrary to Article 3. See *Sanchez-Sanchez v. the United Kingdom*, paras. 97-99.

<sup>4</sup> *Auad v. Bulgaria* [No. 46390/10, 11 October 2011], paras. 106-107. It may be important to note that while the Court has stated that decisions regarding the entry, stay and deportation of aliens, as well as asylum proceedings, do not concern the determination of an applicant’s civil rights or obligations or of a criminal charge against him, within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, it has developed ‘minimum guarantees in non-refoulement procedures at the national level’ under Article 3 of the Convention. See *Maaouia v. France* [No. 39652/98, 5 October 2000], paras. 38-40; and *Onyejekwe v. Austria* [dec.] [No. 20203/11, 9 October 2012], para. 34. For more information see Nuray Ekşi, ‘İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu’ [Application of Article 6 of the Human Rights Convention to the Expulsion Cases], 2009 29(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 121, 121-141; Fanny De Weck, *Non-refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture: The Assessment of Individual Complaints by the European Court of Human Rights under Article 3 ECHR and the United Nations Committee against Torture under Article 3 CAT* (Brill Nijhoff 2017), 271.

requires ... independent and rigorous scrutiny that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3'.<sup>5</sup>

It has been stated that the strength of this aspect of the Court's jurisprudence is the ability of the Court to find a violation of Article 13 when taken in conjunction with Article 3, without finding a violation of the substantive aspect of Article 3.<sup>6</sup> In the case of *Mwanje v. Belgium*, the Court found a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 3,<sup>7</sup> but rejected the complaint that the substantive aspect of Article 3 would be violated if the applicant were to be removed to Cameroon.<sup>8</sup> The operation of Article 13 in this manner has been welcomed on account of the influence of such complaints on domestic procedures and future cases, as well as the importance of ensuring these procedures do not go without scrutiny.<sup>9</sup>

## II. Evolution of the Case-Law

### A. Commencing Engagement with Procedural Aspects of Article 3

The first phase of the evolution of the Court's case-law in respect of procedural aspects under Article 3 in removal cases may be characterised generally as a period of commencing engagement with these aspects and establishing jurisprudential foundations under the Convention for procedural protections. The landmark judgment and apt starting point in this regard is *Chahal v. the United Kingdom*, decided in 1996. In that case, the Court found a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 3, primarily due to the absence of possibility of review of the relevant removal decision 'with reference solely to the question of risk, leaving aside national security considerations', leaving Mr. Chahal without an effective remedy for his Article 3 complaint.<sup>10</sup> The decisive importance of the lack of domestic review which focused exclusively on the applicant's risk of exposure to treatment contrary to Article 3 should be seen as testament to the absolute character of that

<sup>5</sup> *M.S.S. v. Belgium and Greece* (No. 30696/09, 21 January 2011), para. 293.

<sup>6</sup> *Dembour* (n 2) 426.

<sup>7</sup> *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium* (No. 10486/10, 20 December 2011), para. 107.

<sup>8</sup> *Ibid.*, paras. 78-86.

<sup>9</sup> *Dembour* (n 2) 425-426.

<sup>10</sup> *Chahal v. the United Kingdom* (No. 22414/93, 15 November 1996), paras. 153-155.

provision. While noting that its own assessment of the risk of treatment contrary to Article 3 must be ‘rigorous’,<sup>11</sup> the Court in *Chahal* established the principle that an effective remedy under Article 13 with Article 3 requires ‘independent scrutiny’ by the removing state of a claim that there are substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3.<sup>12</sup>

A few years after *Chahal*, the Court in *Jabari v. Turkey* strengthened this position, through observing that under the heads of Article 3,<sup>13</sup> and Article 13 taken with Article 3, there must be an ‘independent *and rigorous* scrutiny [emphasis added]’ of an individual’s claim that there exist substantial grounds for fearing a risk of treatment contrary to Article 3 upon removal.<sup>14</sup> In a further show of the firmly principled approach demonstrated in *Chahal*, the Court in *Jabari* stated: ‘the automatic and mechanical application of such a short time-limit [of five days] for submitting an asylum application must be considered at variance with the protection of the fundamental value embodied in Article 3’.<sup>15</sup> Shortly after *Jabari*, the 2002 case of *Čonka v. Belgium* has been noted as marking another milestone, whereby the Court found a violation for a procedural reason in an asylum-related case under Article 13, but in this instance taken with Article 4 of Protocol No. 4.<sup>16</sup>

The Court continued to manifest the sensitivity demonstrated in *Jabari* towards the particular difficulties faced by asylum seekers towards the end of its first phase of case-law evolution. This is evinced by the 2009 case of *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, where the Court found that while a temporary asylum procedure had been provided for in law, in practice the national authorities prevented the applicants raising Article 3 allegations within that framework.<sup>17</sup> This was because they failed to consider the applicants’ requests for temporary asylum, to notify them of reasons for not taking into consideration their asylum requests, and to authorise access to

---

<sup>11</sup> *Ibid*, para. 96.

<sup>12</sup> *Ibid*, para. 151.

<sup>13</sup> *Jabari v. Turkey* (No. 40035/98, 11 July 2000), para. 39. In relation to an alleged violation of Article 3, the Court ‘observes that, having regard to the fact that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of a democratic society ... a rigorous scrutiny must necessarily be conducted of an individual’s claim that his or her deportation to a third country will expose that individual to treatment prohibited by Article 3.

<sup>14</sup> *Jabari v. Turkey*, para. 50.

<sup>15</sup> *Ibid*, para. 40.

<sup>16</sup> *Čonka v. Belgium* (No. 51564/99, 5 February 2002), para. 85; see also *Dembour* (n 2) 428.

<sup>17</sup> *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* (No. 30471/08, 22 September 2009), para 115.

legal assistance.<sup>18</sup> Significantly, in finding that there was a lack of 'rigorous scrutiny', the Court stated it was 'struck by the fact that both the administrative and judicial authorities remained totally passive' in the face of the applicants' serious Article 3 allegations.<sup>19</sup> This illustrates the firm stance taken by the Court towards the end of its first phase of engagement with procedural protections in removal cases under Article 3, and its readiness to trace barriers to the implementation of these protections all the way to the attitudes of domestic authorities. Through judgments like *Abdolkhani*, the Court sowed the seeds for the innovative and wide-ranging analysis that became emblematic of its next phase of case-law development.

## B. A New Phase of Engagement: M.S.S Onwards

Following what has been described so far as the first phase in the Court's development of minimum procedural obligations under Article 3 in removal cases, the Court in 2011 decided a case that definitively signalled a new phase: *M.S.S. v. Belgium and Greece*. The case was also undoubtedly a turning point for case-law development on substantive aspects of Article 3 in removal cases, although this is beyond the scope of this article. The case has been described as notable for the Court's questioning of the Dublin II<sup>20</sup> mechanism in a way which 'brought most significant innovations to ECHR law'.<sup>21</sup> It has also been viewed to demonstrate 'in an exemplary way which kind of deficiencies can contravene Article 13 in the context of refoulement procedures, specifically for asylum seekers'.<sup>22</sup> To understand the pivotal nature of the *M.S.S.* judgment, and what has been termed its 'resolutely human rights approach' that dealt with key EU legislation,<sup>23</sup> it is instructive to gain an idea of the prior position of the Court's jurisprudence in relation to Dublin transfers. The Court had unanimously decided the lead case of *K.R.S. v. the United Kingdom* in 2008, concerning an asylum-seeker from Iran whom the U.K. wanted to transfer to Greece, their first country of arrival. The applicant argued that such a transfer would be in breach of Article 3, citing the UNHCR's advice that Member

---

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid, para. 113.

<sup>20</sup> For the Dublin II Regulation see Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national, OJ L 50 25.2.2003, 1-10.

<sup>21</sup> Dembour (n 2) 403.

<sup>22</sup> De Weck (n 4) 281.

<sup>23</sup> Dembour (n 2) 412.

States should refrain from returning asylum seekers to Greece. Declaring the case inadmissible, the Court held that the ‘presumption must be that Greece will abide by its obligations’, and that any application about the applicant’s possible expulsion to Iran should be lodged with the Court following his return to Greece.<sup>24</sup> This reasoning followed that of *T.I. v. the United Kingdom*, where in respect of the transfer to Germany, the Court held that it was ‘satisfied by the German Government’s assurances that the applicant would not risk immediate or summary removal to Sri Lanka’.<sup>25</sup> Owing to the inadmissibility of these cases that preceded *M.S.S.*, it is argued that the protections for an applicant in the same position as *M.S.S.* were not extensively developed within the case-law till that case came to be decided.<sup>26</sup>

Turning back to *M.S.S.*, the case concerned an Afghan national who had fled Kabul and applied for asylum in Belgium following his arrival.<sup>27</sup> It transpired that the first EU country he had entered was Greece,<sup>28</sup> and subsequently Belgium expelled him there,<sup>29</sup> where the applicant’s asylum request had been left unexamined by the Greek authorities.<sup>30</sup> In the Court’s view, the applicant had an arguable claim that his removal to Afghanistan would infringe Article 3 of the Convention.<sup>31</sup> Under the main concern of whether effective guarantees existed in Greece against arbitrary *refoulement* to Afghanistan,<sup>32</sup> and whether the applicant had an effective remedy against his expulsion order in Belgium,<sup>33</sup> the Court found that both Greece and Belgium were in violation of Article 13 taken with Article 3.<sup>34</sup> The Court comprehensively outlined the requirements of an effective remedy under Articles 13 and 3, stating that this ‘imperatively requires’ the following: close scrutiny by a national authority; independent and rigorous scrutiny of a claim of substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3; a particularly

<sup>24</sup> *K.R.S. v. the United Kingdom* (dec.) (No. 32733/08, 2 December 2008).

<sup>25</sup> *T.I. v. the United Kingdom* (dec.) (No. 43844/98, 7 March 2000).

<sup>26</sup> Dembour (n 2) 404.

<sup>27</sup> *M.S.S. v. Belgium and Greece* (No. 30696/09, 21 January 2011), para. 11.

<sup>28</sup> *Ibid.*, para. 12.

<sup>29</sup> *Ibid.*, paras. 17 and 33.

<sup>30</sup> *Ibid.*, para. 310.

<sup>31</sup> *Ibid.*, paras. 295-297.

<sup>32</sup> *Ibid.*, para. 286.

<sup>33</sup> *Ibid.*, para. 369.

<sup>34</sup> *Ibid.*, paras. 267-322, 369-397.

prompt response; and access to a remedy with automatic suspensive effect.<sup>35</sup> Under this framework of procedural protections under Article 13 taken in conjunction with Article 3, the Court in an innovative and thorough manner was able to examine the shortcomings in the Greek asylum procedures from a structural perspective. Thus, the Court noted the following shortcomings: insufficient information for asylum-seekers about procedures to be followed; no reliable system of communication between authorities and asylum-seekers; a shortage of interpreters and lack of training of staff for individual interviews; a lack of legal aid and consequently legal counsel; and excessively length delays in receiving a decision.<sup>36</sup> Enriching this structural approach, the Court noted its concern that almost all first-instance decisions were negative and drafted in a stereotyped manner,<sup>37</sup> and took note of the extremely low rate of asylum and subsidiary protection granted by Greek authorities compared with other EU member states.<sup>38</sup> This constituted an important recognition in the case-law that while the 'effectiveness' of a remedy does not depend on the certainty of a favourable outcome,<sup>39</sup> statistics still hold value in other respects when assessing compliance with Article 13 taken together with Article 3 in removal cases – such as in the present case, where they indicated the strength of the applicant's argument concerning a loss of faith in the asylum procedure.<sup>40</sup>

Thus, *M.S.S* invigorated the sensitivity developed by the Court towards asylum-seekers in its first phase of case-law, such as in *Jabari*, with a novel multidimensionality. In turn, this emboldened the protective rigour of procedural obligations under Article 3 in removal cases. This is demonstrated by the subsequent cases of *I.M. v. France* and *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. In *I.M. v. France*, the applicant was only able to register for a priority asylum procedure after receiving a deportation order and being placed in administrative detention.<sup>41</sup> In response, the Court took a broad-brushed approach in examining the obstacles encountered within asylum determination procedures, especially for asylum-seekers detained in immigration centres. Conducting a multi-dimensional analysis, it has been argued

---

<sup>35</sup> Ibid, para. 293.

<sup>36</sup> Ibid, para. 301

<sup>37</sup> Ibid, para. 302.

<sup>38</sup> Ibid, para. 313.

<sup>39</sup> Ibid, para. 289.

<sup>40</sup> Ibid, para. 313.

<sup>41</sup> *I.M. v. France* (No. 9152/09, 2 February 2012), paras. 137-143.

that the judgment demonstrated a well-placed scepticism towards the rejection of asylum-seekers on purely procedural grounds, which manifested in the finding that the accessibility in practice of legal remedies that had been available in theory were limited by several factors essentially linked to the automatic closure of the relevant application under the priority procedure.<sup>42</sup> This was in light of factors including the impossibility of gathering the supporting elements of an asylum application while in detention,<sup>43</sup> and the short period of time the applicant had to prepare an appeal<sup>44</sup> - broadly, the material and procedural difficulties stemming from the applicant being in detention.<sup>45</sup>

The holistic approach of *I.M. v. France* manifested again within the same month in *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. As is well-known, that case concerned applicants on intercepted vessels who were handed over to Libyan authorities after heading towards the Italian coast. The Court reiterated the importance under Article 13 taken with Article 3, as well as Article 4 of Protocol No. 4 in that case, of guaranteeing the right to obtain sufficient information for effective access to asylum procedures.<sup>46</sup> It also noted the requirement under Article 13 taken in conjunction with Article 3 of the possibility of remedies with suspensive effect.<sup>47</sup> Therefore, among many other noteworthy contributions, it has been stated that the case confirmed a 'core problem' regarding push-backs - a phenomenon which recent case-law indicates the Court is having to deal with increasingly - is 'precisely the unavailability of remedies aboard ships operating on the high seas'.<sup>48</sup> In this way, it may be said that *Hirsi Jamaa* embedded within the case-law of procedural aspects under Article 3 in removal cases the clearly established general principle that the 'special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law' where individuals are devoid of the protection of the Convention.<sup>49</sup> In the next year, the Court clarified in *M.E. v. France* that the mere fact an asylum application is dealt with under a priority procedure and therefore within a limited time period is not in itself incompatible

<sup>42</sup> *I.M. v. France*, para. 154; see also De Weck (n 4) 273.

<sup>43</sup> *I.M. v. France*, para. 146.

<sup>44</sup> *Ibid*, para. 150.

<sup>45</sup> *Ibid*, para. 154.

<sup>46</sup> *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, paras. 201-207.

<sup>47</sup> *Ibid*, para. 198.

<sup>48</sup> Violeta Moreno-Lax, 'Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?' [2012] 12(3) HRLRev 574, 591.

<sup>49</sup> *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, para. 178; *Medvedyev and Others v. France* (No. 3394/03, 29 March 2010), para. 81.

with Article 13 taken with Article 3,<sup>50</sup> for example where an applicant has made a particularly late application for asylum;<sup>51</sup> or, as noted in *Mohammed v. Austria*, where an asylum claimant had access to a substantive examination of their claim in the first instance, given the need for EU Member States to ease the strain of the number of asylum applications received.<sup>52</sup> Indeed, these refinements illustrate the capacity of the jurisprudence, in line with the principle of subsidiarity, to withstand the impact of changing contexts within Member States, a theme that pervades the most recent developments in the Court's case-law.

As a final observation within this second phase of case-law evolution, it is worth noting the development of a related line of case-law during this period that demonstrates a similar level of robustness. Thus, there have been a series of cases occurring around the time of *M.S.S.* that have developed the procedural aspect of Article 3 independently of the right to an effective remedy under Article 13. Accordingly, in *Khaydarov v. Russia*, decided in 2010, the Court held that it was 'unable to conclude that the Russian authorities duly addressed the applicant's concerns with regard to Article 3 in the domestic extradition proceedings.'<sup>53</sup> This was in light of the fact that the domestic courts had failed to study carefully the documents relating to the applicant's extradition case, to the extent that they claimed to have been provided with assurances against ill-treatment when it was clear from the documents that no such assurances were given.<sup>54</sup> The Court more explicitly adopted a focus on procedural obligations under Article 3 in the 2011 case of *Auad v. Bulgaria*, decided after *M.S.S.*. It held that 'the lack of a legal framework providing adequate safeguards in this domain allows the Court to conclude that there are substantial grounds for believing that the applicant risks a violation of his rights under Article 3', and in the same breath reiterated that the 'grave and irreversible' consequences of this therefore 'call for rigorous scrutiny'.<sup>55</sup> Thirdly, in *Mamazhonov v. Russia* the Court expanded upon the rationale behind finding violations of the procedural aspect of Article 3 itself, without taking Article 13 in conjunction, by

<sup>50</sup> *M.E. v. France* [No. 50094/10, 6 June 2013], para. 67.

<sup>51</sup> *Ibid*, paras. 69-70.

<sup>52</sup> *Mohammed v. Austria* [No. 2283/12, 6 June 2013], paras. 79-80.

<sup>53</sup> *Khaydarov v. Russia* [No. 21055/09, 20 May 2010], para. 114; see also *Abdulkhakov v. Russia* [No. 14743/11, 2 October 2012], para. 148.

<sup>54</sup> *Khaydarov v. Russia*, para. 113.

<sup>55</sup> *Auad v. Bulgaria*, para. 107.

explaining that a failure to ‘rigorously review serious and reasoned claims of the applicant ... is in itself an affront to the protection mechanism established under the Convention’, given that this failure ‘even taken alone is sufficient for finding a violation of Article 3’.<sup>56</sup>

The development of this case-law has been especially important in embedding a fundamental principle within this area of jurisprudence: namely that the absolute character of obligations under Article 3 depend on both its substantive *and procedural* dimensions. Its impact continues to manifest and proves significant for novel scenarios. This can be seen in *O.M. and D.S. v. Ukraine*, which dealt with scenario of an applicant’s removal at a transit zone of an international airport and held that the removal of the first applicant without any assessment of their alleged risks of ill-treatment amounted to a violation of Article 3 in itself.<sup>57</sup>

## C. Recent Developments and Contemporary Issues

In recent developments of its case-law involving procedural aspects of its assessment under Article 3 in removal cases, the Court has had to apply the principles established in the first and second phases hitherto discussed in relation to contemporary contexts and issues, which as ever pose both opportunities and challenges.

The first contemporary issue is that of preventions of entry into a territory, as well as summary returns at the border or shortly after entry into a territory (otherwise known as “push-backs”). In 2018, the Court decided *M.A. and Others v. Lithuania*, which concerned a complaint by a family of Chechen origin that the refusal of Lithuanian border guards to accept their asylum application and initiate asylum proceedings on three occasions exposed them to a real risk of ill-treatment in Russia. In that case, the Court found that Article 13 had been violated, by holding that the appeal before an administrative court against refusal of entry, that had been adduced by the Lithuania, did not constitute an effective remedy because it did not have automatic suspensive effect.<sup>58</sup> This was in light of Court’s finding that Article 3 had been violated, following the approach in *Hirsi Jamaa and Others*, due to the failure

<sup>56</sup> *Mamazhonov v. Russia* (No. 17239/13, 23 October 2014), para. 161.

<sup>57</sup> *O.M. and D.S. v. Ukraine* (No. 18603/12, 15 September 2022), paras. 97-100.

<sup>58</sup> *M.A. and Others v. Lithuania*, para. 119.

to allow the applicants to submit asylum applications; and their removal to Belarus, without any examination of their claim that they would face a real risk of return to Chechnya and ill-treatment there.<sup>59</sup>

The Court decided a similar issue in *M.K. and Others v. Poland* in 2020, namely that the lack of automatic suspensive effect of an appeal against refusal of entry constituted a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 3, as well as Article 4 of Protocol No. 4 in that case.<sup>60</sup> That case concerned decisions refusing the applicants with arguable claims of risk under Article 3, again of Chechen origin, entry into Poland at the border crossing point and receipt of their asylum applications. The Court has continued to be sensitive towards the particular difficulties faced by asylum seekers in alleged pushback contexts,<sup>61</sup> demonstrated by the 2021 case of *D.A. and Others v. Poland* concerning Syrian nationals. In that case, the Court found a breach of Article 13 taken together with Article 3 (and Article 4 of Protocol No. 4) not only because of the lack of automatic suspensive effect of appeal to administrative courts; but in addition, by establishing that the applicants' claims concerning risk of treatment in breach of Article 3 were disregarded by border control authorities and the applicants' personal situation was not taken into account in their removal to Belarus.<sup>62</sup> The finding of a violation of Article 13 taken with Article 3 in *D and Others v. Romania*, based on the lack of suspensive effect of appeal against deportation orders in Romanian law, corroborates these findings because it flows from the same procedural deficiency - the lack of suspensory effect of appeals in removal cases.<sup>63</sup> This corroboration is especially helpful given that cases decided in the prevention of entry and summary return context deal with transposing established principles, such as the requirement of remedies with automatic suspensive effect, into an emerging and pertinent area of case-law. While the Convention jurisprudence on prevention of entry and summary returns is still in its initial stages, it is clear that procedural obligations under Article 3 established in the removal context apply in these situations – the question rather is *how* they will apply.

<sup>59</sup> Ibid, paras. 114-115; see also, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, para. 147.

<sup>60</sup> *M.K. and Others v. Poland* (Nos. 40503/17, 42902/17, and 43643/17, 23 July 2020), paras. 219-220.

<sup>61</sup> *D.A. and Others v. Poland* (No. 51246/17, 8 July 2021), para. 1.

<sup>62</sup> Ibid, paras. 89-90.

<sup>63</sup> *D and Others v. Romania* (No. 75953/16, 14 January 2020), paras. 129-130.

The two most recent cases in the area of summary returns, *Akkad v. Turkey* and *D v. Bulgaria*, affirm the broader trend that while the jurisprudence concerning “push-backs” is still evolving, the procedural protections provided for under Article 3 in removal cases do apply in principle. Accordingly, in *D v. Bulgaria*, the Court noted from the perspective of procedural safeguards that the applicant did not benefit from the assistance of an interpreter or translator, receive information on his rights as an asylum seeker, or have access to a lawyer or other assisting representatives.<sup>64</sup> It also noted that the haste with which the removal order was implemented rendered existing remedies ineffective and therefore unavailable in practice,<sup>65</sup> and ultimately found a violation of Articles 3 and 13.<sup>66</sup> In this way, the *D v. Bulgaria* establishes that in the context of summary returns, states still need to ensure their removal procedures are not overly formalistic, and instead apply a holistic and sensitive approach towards examining the risk of treatment contrary to Article 3 faced by asylum-seekers upon removal, such that legal remedies against such removals remain effective and available to them.

The Court embarked on a similar refinement of how the established principles fall to be applied to this first contemporary issue in *Akkad v. Turkey*. The case concerned the return of the applicant to Syria two days after his arrest at the Turkish border with Greece, under the guise that this was a ‘voluntary return’. While the case dealt with the issue of summary returns, similarly to *D v. Bulgaria*, it also entailed a novel feature, in that the applicant held “temporary protection” status.<sup>67</sup> This is significant for two reasons: firstly, the summary return occurred in a scenario where an individual had been living on Turkish territory for a substantial period of time before being returned to Syria and had acquired a legal residence permit, rather than being returned shortly after entry.<sup>68</sup> This semblance of ties with the removing state distinguished the applicant from other asylum-seekers who are usually affected by summary returns. Secondly, the granting of “temporary protection” status indicated in the Court’s view that the authorities had already considered that the applicant might face certain risks contrary to the provisions of the Convention in the event of

<sup>64</sup> *D v. Bulgaria* (No. 29447/17, 20 July 2021), paras 132-133.

<sup>65</sup> *Ibid*, para. 134.

<sup>66</sup> *Ibid*, para. 137.

<sup>67</sup> *Akkad v. Turkey* (No. 1557/19, 21 June 2022), see paras. 31-33. Temporary protection is regulated in Turkish law by Article 91 of the Law No 6458 on Foreigners and International Protection (Official Gazette Dated 4.11.2013 Number 28613) and Directive on the Temporary Protection (Official Gazette Dated 22.10.2014 Number 29153).

<sup>68</sup> *Akkad v. Turkey*, para. 4.

refoulement to Syria.<sup>69</sup> In order to prevent abusive applications, the system under Turkish law of ending “temporary protection” status through voluntary return for Syrians requires a UNHCR representative to sign an individual’s voluntary return form.<sup>70</sup> This requirement is a key part of the system, because as noted by the Court it constitutes a ‘formal and legal guarantee against any attempt by State agents to misuse their power’.<sup>71</sup> In other words, the status of the applicant in *Akkad* meant that there were a set of specific procedural safeguards provided for by law in the event of his removal or return.

The Court held that there had been a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 3, and in doing so made important rulings on the disparity between the safeguards provided for in law under the “temporary protection” system as opposed to in practice. For example, the Court noted that the requirement in Turkish law that a voluntary return form be signed by a UNHCR representative had not been fulfilled.<sup>72</sup> The domestic authorities also failed to apply other legal safeguards – the applicant received no copies of their signed documents or documents attesting to their removal procedure, whereas those subject to a removal were legally meant to be informed of the possibility of challenging their removal and the relevant time-limits.<sup>73</sup> Ultimately, the Court found that the applicant’s exercise of the remedies available under Turkish law was hindered by hasty and misleading acts of the authorities; and that the failure to apply all the legal guarantees provided for in Turkish law impeded the conformity of the removal procedure with the Convention.<sup>74</sup> In finding that Article 13 taken in conjunction with Article 3 is violated where domestic authorities deprive individuals of availing themselves of remedies to which they were entitled in law, the Court made clear the inadequacy of a purely positivistic approach towards procedural obligations in the removal context.<sup>75</sup>

The second contemporary issue is that of terrorism, which surfaced in the 2021 case of *K.I. v. France*. In that case, concerning a Russian national of Chechen origin, France had proposed the expulsion of the applicant on the basis of public safety

---

<sup>69</sup> Ibid, para. 70.

<sup>70</sup> Ibid, para. 33.

<sup>71</sup> Ibid, para. 86.

<sup>72</sup> Ibid.

<sup>73</sup> Ibid, para. 87.

<sup>74</sup> Ibid, para. 90.

<sup>75</sup> Ibid, para. 92.

following the ending of his refugee status in domestic law upon further to his conviction on terrorism charges.<sup>76</sup> The Court found that there would be a violation of Article 3 in its procedural aspect if the applicant were returned to Russia without an *ex nunc* assessment by the French authorities of the risk of treatment contrary to Article 3 he claims to face if deported.<sup>77</sup> It is notable that the principle of *ex nunc* assessment of risk under Article 3 was upheld in a situation where the applicant alleged they would be at risk of treatment contrary to Article 3 on account of their criminal conviction for acts of terrorism in the removing State, and where their refugee status had been revoked.<sup>78</sup> Overall, this approach in the area of removal cases can be seen as part of the broader effort of the European Court of Human Rights to uphold human rights standards under the Convention in the sensitive area of counter-terrorism.

## Conclusion

In conclusion, the Court has been at the forefront of developing the backbone of protection in Europe for individuals in removal cases. This article has sought to shine a light upon this trailblazing role of the Court in relation to the development of procedural protections under Article 3 of the Convention in removal cases, by delineating and traversing three key evolutionary phases. To recount, these are: (i) the establishment of jurisprudential foundations in the first phase, (ii) the multi-dimensional and structural approach following *M.S.S.*, and (iii) recent developments that have applied established principles to contemporary issues. The robust intentionality underpinning these three phases of development has ultimately been driven by an astute sensitivity towards the grave difficulties faced by individuals in removal cases, as well as a discerning eye for the structural changes needed to address these. Furthermore, through unravelling the way in which the Court's case-law on procedural aspects of Article 3 in removal cases has evolved, it becomes clear that

<sup>76</sup> International Treaties (for example Article 1F of the Geneva Convention on the Legal Status of Refugees) and national legislations (for example Article 64 of Law No 6458 and Article 8 of the Directive on the Temporary Protection) exclude individuals from refugee or temporary protection where there are serious reasons to consider that they have committed certain serious crimes. For more information see Nuray Ekşi, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması* [Exclusion of Criminals from Asylum System in the Light of Court Decisions], (1st edn, Beta 2015), 1 et seq.

<sup>77</sup> *K.I. v. France* (No. 5560/19, 15 April 2021), para. 146.

<sup>78</sup> *Ibid*, para. 129.

the Court has oriented its development of procedural protections towards ensuring that Article 3's claim of absoluteness is not empty. The Court's case-law therefore provides optimism that it will continue to uphold the Convention's protective rigour in respect of ever-changing challenges in the relevant context.

## Kaynakça/Bibliography

### Articles and Books

De Weck F, *Non-refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture: The Assessment of Individual Complaints by the European Court of Human Rights under Article 3 ECHR and the United Nations Committee against Torture under Article 3 CAT*, (Brill Nijhoff 2017).

Dembour MB, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint* (OUP 2015).

Ekşi N, ‘İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu’ [Application of Article 6 of the Human Rights Convention to the Expulsion Cases], 2009 29(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 121-141.

Ekşi N, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması [Exclusion of Criminals from Asylum System in the Light of Court Decisions]*, (1st edn, Beta 2015).

Moreno-Lax V, ‘*Hirsi Jamaa and Others v Italy* or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?’ (2012) 12(3) *HRLRev* 1-25.

### Decisions and Judgments

*Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* App no 30471/08 (ECtHR, 22 September 2009).

*Abdulkhakov v. Russia* App no 14743/11 (ECtHR, 2 October 2012).

*Akkad v. Turkey* App no 1557/19 (ECtHR, 21 June 2022).

*Auad v. Bulgaria* App no 46390/10 (ECtHR, 11 October 2011).

*Chahal v. the United Kingdom* App no 22414/93, (ECtHR, 15 November 1996).

*Çonka v. Belgium* App no 51564/99 (ECtHR, 5 February 2002).

*D and Others v. Romania* App no 75953/16 (ECtHR, 14 January 2020).

*D v. Bulgaria* App no 29447/17 (ECtHR, 20 July 2021).

*D.A. and Others v. Poland* App no 51246/17 (ECtHR, 8 July 2021).

*Hirsi Jamaa and Others v. Italy* App no 27765/09 (ECtHR, 23 February 2012).

*I.M. v. France* App no 9152/09 (ECtHR, 2 February 2012).

*Jabari v. Turkey* App no 40035/98 (ECtHR, 11 July 2000).

*K.I. v. France* App no 5560/19 (ECtHR, 15 April 2021).

*K.R.S. v. the United Kingdom* App no 32733/08 (ECtHR, 2 December 2008).

*Khaydarov v. Russia* App no 21055/09 (ECtHR, 20 May 2010).

*M.A. and Others v. Lithuania* App no 59793/17 (ECtHR, 11 December 2018).

*M.E. v. France* App no 50094/10 (ECtHR, 6 June 2013).

*M.K. and Others v. Poland* App nos 40503/17, 42902/17, and 43643/17 (ECtHR, 23 July 2020).

*M.S.S. v. Belgium and Greece* App no 30696/09 (ECtHR, 21 January 2011).

*Maaouia v. France* App no 39652/98, (ECtHR, 5 October 2000). *Mamazhonov v. Russia* App no 17239/13 (ECtHR, 23 October 2014).

*Medvedyev and Others v. France* App no 3394/03 (ECtHR, 29 March 2010).

*Mohammed v. Austria* App no 2283/12 (ECtHR, 6 June 2013).

*Mwanje v. Belgium* App no 10486/10 (ECtHR, 20 December 2011).

*O.M. and D.S. v. Ukraine* App no 18603/12 (ECtHR, 15 September 2022).

*Onyejekwe v. Austria* App no 20203/11 (ECtHR, 9 October 2012).

*T.I. v. the United Kingdom* App no 43844/98 (ECtHR, 7 March 2000).

*Sanchez-Sanchez v. the United Kingdom* App no 22854/20 (ECtHR, 3 November 2022).

*Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium* Ap





TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu  
Yüksel Cad. No: 23 | 06650 | Kızılay/ANKARA  
Tel.: +90 312 422 78 00

[www.tihek.gov.tr](http://www.tihek.gov.tr)



ISBN 978-625-99550-6-3



9 786259 955063 >



/tihekkurumsal



/tihek\_kurumsal



/tihekkurumsal



/tihekkurumsal