



TIHEK

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

CUMHURİYETİN



YILI ANISINA

İNSAN HAKLARI
MAKALELERİ SEÇKİSİ

I



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)
: 978-625-99550-5-6 (1. Cilt)

Editörler

Mücahit Yasin ZABUNOĞLU
Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

Öğr. Gör. Pelin BABAĞLU
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





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 sahnesinde 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 toplarlarda hüküm süren milletimiz için hiçbir ayırım gözetilmeksizin anayasal aidiyet hissinin, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının, millet iradesinin ve özgür seçimlerin 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 siyasal 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, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması için çalışmalar yapmak*” temel misyonuna sahip bir kurum olup 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu uyarınca “*kitle iletişim araçlarını kullanarak bilgilendirme yoluyla kamuoyunda duyarlılığı geliştirmek*” görevini haizdir.

Söz konusu kurumsal misyon doğrultusunda ve Cumhuriyetimizin 100. Yılı anısına, 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 hazırlanmasında 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 | Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı
Ece GÖZTEPE ÇELEBİ
- 45 | İnsan Hakları ve Anayasalarımız: 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları
Harun TEPE
- 57 | İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu
Kemal GÖZLER
- 91 | Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi
Sibel İNCEOĞLU
- 121 | İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek:
“Açık ve Mevcut Tehline”nin Tehlikeleri
Zühtü ARSLAN
- 135 | Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları
Yusuf Şevki HAKYEMEZ
- 163 | Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu Mu?
Nihat BULUT
- 189 | Etik İlkeler ve Hukukun Temel Öncülleri Olarak İnsan Hakları
İoanna KUÇURADI

- 201 | Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı
Ömer ANAYURT
- 239 | Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar
Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK
- 277 | İşverenlerin Sendikasılaştırma Modelleri ve Türkiye Örneği
Engin YILDIRIM - Banu UÇKAN HEKİMLER
- 303 | Çağımızın İnsan Onuruna Yönelttiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi
Oktay UYGUN
- 337 | Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de
Ulusal Güvenlik ve İfade Özgürlüğü
Sabahattin NAL
- 363 | Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması
Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık
Bertil Emrah ODER



(1. Makale – 1999)

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE ÇELEBİ*

*Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı***

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl: 1999, Cilt: 54, Sayı: 2, s. 101-131.



ANAYASAL EŞİTLİK İLKESİ AÇISINDAN EVLİLİKTE KADINLARIN SOYADI

Family Name of the Married Women: From the Aspect of Constitutional Equality



Ece GÖZTEPE ÇELEBİ*

Öz

Medeni Kanun'un 153/1 maddesinin, "Karı, kocanın aile ismini taşır" hükmü değiştirilerek, 22.5.1997 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan değişiklikle kadınlara, önceki soyadlarını kocalarının soyadıyla birlikte kullanma hakkı tanınmıştır.

Medeni Kanun'un günümüzün gereklerine uydurulmasının ve Anayasanın eşitlik ilkesi doğrultusunda değiştirilmesi taleplerinin bir sonucu olarak değerlendirilebilecek bu değişiklik, yasama sürecinin uzun sürmesi ve çok sayıdaki değişiklik önerilerinin örneğın, çocuğın soyadı sorununa hiç değınmemesi nedeniyle eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesine çok fazla katkıda bulunmamıştır.

Bu yazıda önerilen, yasa koyucunun pek çok olasılığı kapsayan bir yasal düzenleme yapması ve ilgililere istedikleri düzenleme biçimini seçmelerine olanak tanınmasıdır. Bu, geleneksel düzenlemeden yana olanların ihtiyaçlarını karşılamaya devam edeceği gibi, çağdaş bir evlilik anlayışından hareket edenlerin eşitlik taleplerine de karşılık verecektir.

Abstract

The provision "Wife, carries the family name of the husband", in Article 153/1 of the Civil Code, has been abolished by a changing statute published in the Official Journal in 22.5.1997, and this new provision has given the women the right to use their own family name together with their husband's family name, if they want to.

This change, which is a result of the pressure to modernise the Civil Code and to provide the equality as stated in the Constitution, could not fulfill its aim of substantiating the principle of equality, as the process of legislation lasted too long and the proposals for change have not deal with many important related topics, such as the family name of the child.

With this article, we propose the legislator to regulate this field with a legal rule bearing different probabilities and enabling the spouses to choose one of these choices. This kind of regulation will at the same time, fulfill the wishes of the people, who are willing to adopt a more traditional approach; and also meet the needs of the people, who are willing to lead a modern marriage life and wishing equality in their marriage.

* Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı

“Gefühl ist alles, Name ist Schall und Rauch”

(Goethe; Faust I, Marthens Garten)

(“Duygu her şeydir; isimse boş bir seda ve dumandır”)

Giriş

Bu yazının amacı, Goethe’yi haksız çıkarmak; ismin, bireyselliğimizin en önemli simgesi, kişiliğimizin ilk ve en önemli unsuru olduğunu iddia etmek ve bu iddiayı kanıtlamaya çalışmaktır. Yazının amacı bu olmakla birlikte, yakın tarihli nedeni ise, Medeni Kanun’un (MK) 153/1 maddesinin *“Karı, kocanın aile ismini taşır.”* hükmünün değiştirilerek, 22.5.1997 tarihli Resmi Gazete’de¹ yayınlanan değişiklikte kadınlara, kocalarının soyadının yanı sıra kendi soyadlarını da kullanma hakkının tanınmış olmasıdır. Yeni düzenlemeye göre, *“Kadın, evlenmekle kocanın soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı başvuruyu ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.”* Bu düzenlemenin ihtiyaca cevap verdiği, eşitlik ilkesinin gereklerini yerine getirdiği ve evli kadınların soyadı tartışmasının sona erdiği düşünülse de, asıl tartışmanın şimdi başlayacağı da söylenebilir. Çünkü Mecliste kabul edilen değişikliğe alternatif başka değişiklik teklifleri de vardı ve bunlar yasa değişikliğinde göz ardı edildi. Gelecekte yeni taleplerin dile getirilmesi bu nedenle kaçınılmaz görünmektedir.

Medeni Kanun’un aile hukuku bölümü, hukukçu olmayanlar tarafından da en çok bilinen, eleştirilen ve değiştirilmesi istenen kanunlar arasında yer almaktadır. Bunun kuşkusuz en temel nedeni, bu kanunun düzenlemelerinin etki ve sonuçlarını hayatımızın önemli bir bölümünün geçtiği alanda, ailede yakından yaşamamızdır. Çocukken ebeveynlerimiz nedeniyle, evlilikte kendi ilişkimizdeki hak ve yükümlülüklerimiz, boşanmada ise haklarımız vesilesiyle bu kanunun günlük hayatımızı nasıl etkilediğine can alıcı bir biçimde tanık olmaktadır.

¹ Kanun no: 4248, kabul tarihi: 14.5.1997; RG 22.5.1997 Sayı: 22996, s. 1.

Medeni Kanun'un bu çok sayıdaki ilgisi, yasal değişiklik taleplerindeki bir başka sorunu akla getirmektedir ki, bu da kamuoyu ve kamuoyu yoklaması kavramlarıdır. Basının gündeme aldığı konular tartışılırken sık sık kullanılan “toplum bunu istemiyor ya da buna hazır değil”, “konu, kamuoyunda taraftar bulmadı” gibi cümlelerin gerçekte neyi anlattığı, nasıl bir kitleyi kastettiği çoğu zaman anlaşılamamaktadır. Bunun nedeni, kavramı kullananların bunu muğlaklaştırması olduğu kadar, kavramın kendisinin de tek ve kesin bir tanımının olmamasıdır.

Kamuoyu, adının çağrıştırdığı gibi tek, yekpare bir bütün değildir. Yani belli bir konu hakkında toplumun belli bir yüzdeyle ifade edilebilecek belli bir kanaatini ifade etmez. Aksine “*Kamuoyu, belli bir zamanda, belli bir sorun karşısında, bu sorunla ilgilenen kişiler grubuna veya gruplarına hâkim olan kanaattir.*”² Bu nedenle her bir konu başlığında yeni bir kamuoyu tanımının yapılması gerekecektir. Nükleer enerji santrallerinin gerekli olup olmadığı, vergi reformunun kapsamı ya da Medeni Kanun'un mal rejiminin değiştirilmesi konularında birbirinden tamamen farklı kamuoyları olduğu bir gerçektir. Bunun doğal sonucu olarak yapılan kamuoyu araştırmalarının hem aslında gerçeği söylemediği hem de gerçeğin yalnızca bir kısmını söylediği iddia edilebilir. Çünkü bir “siyasal eylem aracı”³ olarak kamuoyu yoklamaları, bireylerin üzerinde belki de o güne dek hiç düşünmedikleri konular hakkındaki bireysel kanaatlerinin basit bir toplamı değildir ve olamaz da. Çünkü “*İnsan bir sorunla ne kadar ilgiliyse, yani o sorunda ne kadar çıkarı varsa, o sorun üzerinde o kadar çok kanaate sahip olur.*”⁴ Kamuoyu ve kamuoyu yoklamalarının ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması, Türkiye’de özellikle feminist taleplerle karşılaşıldığında kuşanılan zırh görevi gören “toplum hazır değil” iddiasının önüne geçmek açısından önem taşımaktadır.

Değininilmesi gereken bir diğer nokta ise, Medeni Kanun'un aile hukuku bölümünde değiştirilmesi gereken mal rejimi, aile reisliğine bağlı olan eşitsizlikler gibi önemli konular dururken, soyadı gibi ‘önemsiz’, toplumdaki küçük bir kesimi ilgilendiren bir konuyu sorun etmenin yersizliği ve bunun bir lüks olduğu iddiasıdır. Bu yaklaşımı, söz konusu kanun değişikliği esnasındaki Meclis görüşmelerinde açıkça görmek

² Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 6. bası, Ankara, AÜHF Yayınları, 1981, S. 266. Farklı kamuoyları için ayrıca bkz. Hülya Tufan, “Kamuoyu Araştırmalarının Dayanılmaz Hafifliği”, 2. baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, *Laiklik* (Cogito Dizisi), Sayı:1 Yaz 1994, S. 193.

³ Pierre Bourdieu, *Kamuoyu Yoktur, Toplum Bilim Sorunları* içinde, (çev. Işık Ergüden), İstanbul, Kesit Yayıncılık, 1997, S. 205.

⁴ Bourdieu, a.g.m., S. 212.

mümkündür.⁵ Görüşmelerde, soyadının kişilik haklarıyla ilişkisi, tasarının bu hakkın temel ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı, eşitliğin aile hukuku alanında gerçekleştirilmesi için benimsenmesi gereken temel ilkeler hiçbir biçimde tartışılmamış; bir bütün olarak Medeni Kanun'da yapılması gerekli değişiklikler gündeme getirilmiştir. Bu tür genellemeci bir tarzın, yasa tasarılarına eleştirel bir bakışı engelleyeceği açıktır. Evlilikte mal rejiminin kadınların hayatını can alıcı bir biçimde etkilediğini, boşanma halinde sokakta beş parasız kalakalan kadınların önceliklerinin elbette soyadı değişikliği olmadığını görmemek mümkün değildir. Ancak hak mücadelesinde öncelikler sorununun varlığı, kişilik haklarının kullanılmasını ve korunmasını yakından ilgilendiren bir konunun önemsiz addedilmesini, mücadelenin önemsiz hatta gereksiz bir unsuru gibi görülmesini haklı göstermez. Kaldı ki, aşağıda ayrıntılı olarak tartışılacağı gibi, soyadıyla ilgili son değişikliğin gerçekten bir kazanım olup olmadığı da tartışmaya açık bir konudur.

Son olarak, Türkiye'deki feminist hareketin tarihine ilişkin bir haksızlığa ya da bilinçli bir çarpıtmaya değinmek yerinde olacaktır. Cumhuriyet Türkiye'sinde yaygın olarak, kadınların herhangi bir talebi olmaksızın, kendilerine o zamanın bazı Avrupa devletlerinin uygulamalarını aşan haklara kavuşturulduğu, yani kadınların devlet eliyle üstten özgürleştirildiği tezleri -mitos da denebilir- ileri sürülmektedir. Bunun bir nedeni, kadınların tarihine ilişkin olarak yakın tarihe dek neredeyse hiçbir çalışma yapılmamış olması, dolayısıyla her kadın hareketinin kendi miladını başlatmış olması kadar, Cumhuriyet'in devrimci niteliğinin tarihsel olarak zorunlu bir sonucudur. Çünkü Osmanlı'dan kültürel, siyasal ve hukuki kopuş, her anlamda bir sıfır noktası olarak belenmiş, bir 'tabula rasa' olarak toplumun yepyeni bir kimliğe kavuşturulması tasarlanmıştır. Oysa yakın tarihli feminist tarih araştırmaları, tarihsel olarak böyle bir kopuşun mümkün olmadığını ve toplumdaki kimi talep ve gelişmelerin kadın hareketi tarihinde de tohumlarının Osmanlı döneminde atıldığını göstermiştir. Örneğin, Cumhuriyet tarihinde henüz başarısız bir şey o dönemde başarılı olmuş ve Hanımlara Mahsus Gazete 1895-1908 arasında 604 sayı çıkarılmıştır. Bunun yanında özellikle 2. Meşrutiyet sonrasında kırka yakın kadın dergisi yayımlanmıştır.⁶ Bu dergilerde aile reisliğinin sorgulanmasından çağdaş ailenin görünümüne, aile içi rol

⁵ Soyadıyla ilgili değişiklik bir 'teselli mükafatı', 'göstermelik düzenleme' olarak nitelenmiştir. TBMM Genel Kurul Tutanakları, 20. Dönem 2. Yasama Yılı, 93. Birleşim, C. 26, 14.5.1997. [Bu tutanaklar henüz basılmadığından, TBMM'nin internet sayfasındaki metinlerinden yararlanılmıştır. <http://www.tbmm.gov.tr>].

⁶ Osmanlı kadın hareketi tarihi konusunda en kapsamlı çalışma için bkz. Serpil Çakır, *Osmanlı Kadın Hareketi*, İstanbul, Metis Yayınları, 1994, S. 27.

dağılımından kadınların kimlik edinme zorunluluğuna kadar pek çok konu işlenmiştir. Sonuç olarak, Türkiye'deki kadın hareketinin uzun bir tarihi vardır ve gerek kamusal alandaki gerekse özel alandaki eşitlik düşüncesi yıllardan beri mücadelelerinin odağında yer almaktadır.

Yazıda önce eşitlik ilkesinin Türk anayasalarındaki düzenlenme biçimi ve kapsamı ele alınacak, ardından uluslararası sözleşmelerdeki eşitlik ilkesine değinilecektir. Medeni hukukun 'temel hakları' olarak nitelenebilecek kişilik haklarının kapsamına giren isim hakkı, Türk aile hukukunun yapısıyla birlikte ele alınacak ve genel olarak öğretilde, aile hukukunda soyadı sorununun nasıl ele alındığına, bu kurumun hangi önkabullerle incelendiğine değinilecektir. Üçüncü bölümde, Roma, İskandinav, Anglo-Amerikan ve Alman hukuk çevrelerinde eşitlik ilkesinin ve evlilikte soyadının nasıl düzenlendiği incelenecektir. Bunu takiben, Almanya'daki düzenleme ve gelişmeler daha yakından ele alınacaktır. Almanya'nın özel olarak ele alınmasının nedeni, buradaki gelişmelerin hem yasa koyucu hem de yargı tarafından belirlenmiş olması ve yargının, ilerici kararlarıyla yasa koyucuya yol göstermiş olmasıdır. Son bölümde ise, genel değerlendirmenin yanı sıra Türk hukukundaki olası düzenlemeler için önerilere yer verilmiştir.

I. Anayasal Eşitlik İlkesi ve Kapsamı

Eşitlik ilkesi, 1924 Anayasası'ndan itibaren üç anayasamızda da yer almıştır. 1924 Anayasası'nın 69. maddesine göre, "*Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedirler. Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır.*" Bu hüküm, 'Türklerin Kamu Hakları' başlığı altında yer almaktadır. Maddenin ifadesi 1961 Anayasası'nda değiştirilmiş ve 'Eşitlik' kenar başlığıyla, 'Temel Haklar ve Ödevler' kısmında iki fıkralık bir düzenleme getirilmiştir. 1961 Anayasası'nın 12. maddesine göre, "*(I) Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. (II) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.*"

1982 Anayasası ise eşitlik ilkesini üç fıkra düzenlemiş ve birinci fıkra sayılan yasaklara 've benzeri sebeplerle' hükmünü ekleyerek, ayırım yasaklarının kapsamını yorum yoluyla genişletmeye elverişli bir düzenleme öngörmüştür. 1982 Anayasası'nın 'Genel Esaslar' kısmında yer alan 'Kanun Önünde Eşitlik' kenar başlıklı 10. maddesine göre, "*(1) Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve*

benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (II) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. (III) Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”⁷

1982 Anayasasındaki kenar başlığının sınırlı ifadesine karşılık bu maddede, iki tür eşitlik ilkesi bir cümle içinde ifade edilmiştir. Bunlar, özgül ayırım yasakları ile şekli ve maddi eşitlik ilkelerini kapsayan genel eşitlik ilkesidir. Özgül ayırım yasakları, maddede sayılan dil, ırk, cinsiyet vb. nedenlerle yapılan ayrımları mutlak olarak yasaklamaktadır. Bunun yanında şekli eşitlik ilkesi kanunların genel ve soyut olmasını, herkese eşit olarak uygulanmasını; maddi eşitlik ilkesi ise yaptığı işlemlerde devletin, hak ve yükümlülükleri, fırsat ve hizmetleri, yetki ve sorumlulukları eşit olarak dağıtmakla yükümlü olmasını ifade eder.⁸ Ancak bu ilkeler birbirinden tamamen bağımsız değildir. Biri diğerini gerektirir ve bu ilkelerin istisnasını oluşturan ve ilkeyi ihlal etmediği düşünülen ayrımların sınırını belirlemek hiç de kolay değildir. Genel eşitlik ilkesinin özünü oluşturduğu sıkça dile getirilen ‘eşitlerin eşitliği’ ifadesi, aynı zamanda eşitlerin kimler olduğu ve bunun nasıl belirleneceği sorusunu da içinde barındırmaktadır. Eşit olmadığı iddia edilenlerin farklılığı hangi ölçütlere göre saptanmıştır ve bu, eşitlik ilkesinin ihlali niteliğini taşımakta mıdır? Bu soruların hiçbiri, her olaya uygulanabilecek şablon çözümlere sahip değildir. Aşağıda görüleceği gibi, Anayasa Mahkemesinin geliştirdiği içtihatlar da bu sorulara açık bir yanıt vermekten uzaktır. Her olay, yeni bir durum analizini ve toplumsal gelişmeler de eldeki ölçütlerin yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Anayasa’da düzenlendiği biçimiyle eşitlik ilkesinin, hangi devlet organlarına yönelik olduğunun, Anayasa’nın 11. maddesine rağmen açıkça ortaya konması maddi ve şekli eşitliğin sağlanması bakımından yararlı olacaktır. 11. maddeye göre, “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*” O halde, eşitlik ilkesi, yasama organı tarafından hem maddi hem şekli eşitliğin sağlanmasında dikkat edilmesi gereken temel ilkelere dayanmaktadır.

⁷ Ankara Üniversitesi Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakülteleri’nin öğretim üyelerinden oluşan bir kurulun hazırladığı, 1982 tarihli anayasa önerisinde, eşitlik kenar başlığı altında düzenlenen 12. maddenin ikinci fıkrasında “kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir” hükmüne yer verilmişti. Maddenin gerekçesinde, “Madde kadın-erkek eşitliğini açıkça tekrarlayan bir fıkranın eklenmesi dışında aynen korunmuştur. Anayasa’nın bu hükmü daha önce de cinsler arasında yasal açıdan bir ayırım yapılmasını engeller nitelikteydi. Buna rağmen yasalarımızda (özellikle Medeni Kanun ve Ceza Kanunumuzda) ve yönetsel düzenlemelerde bu ilkeyi zedeleyen hükümlerin varlığı bilinmektedir. Anayasa’ya eklenen bu fıkra ile yasalar önünde kadın-erkek eşitliği bir kez daha vurgulanmakta ve yasa koyucuya yol gösterilmektedir” denmekteydi. Ancak bu düzenleme Danışma Meclisi’nde kabul görmemiştir. Bkz. Gerekçeli Anayasa Önerisi, AÜSBF Yayınları: 497, Ankara, 1982, s. 30.

⁸ Ayrım ve kapsamı için bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. baskı, İstanbul, Yetkin Yayınları, 1993, S. 112-113.

ridir. Çünkü idarenin ve yargı organlarının uygulayacakları normların öncelikle şekli olmak üzere maddi eşitliği sağlamaya yönelik olması ve uygulamada da bunun kişiler açısından somutlaştırılması gerekmektedir. Anayasa yargısının varlığı, yasamanın bu görevini yerine getirip getirmediğinin denetlenebilmesini sağladığı için ayrı bir önem taşımaktadır. Genel hukuk normlarının somutlaştırıldığı her olayda idare ve yargı da şekli eşitliği, maddi eşitliği sağlamak amacıyla yorumlayacaktır. Sonuç olarak eşitlik ilkesi, “*Kural yapma ve kural uygulama süreçlerini yönlendiren, tüm hukuk düzeninde geçerli olan ve yasama sürecinde işlerliği anayasa yargısınca güvence altına alınmış bulunan ‘gerçek’ bir anayasal ilke görünümündedir.*”⁹

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında özgül ayırım yasakları ve genel eşitlik ilkesinin kapsamı hakkında tanımlar yapmış ve bu konuda yerleşik bir içtihat geliştirmiştir. Mahkeme, 1961 Anayasası’nın 12. ve 1982 Anayasası’nın 10. maddesindeki dil, ırk, cinsiyet vb.’ye dayalı ayrımcılık yasağını mutlak bir yasak olarak ele almaktadır. Mahkeme’ye göre, “*Anayasa’nın **mutlak olarak** yasakladığı, yurttaşların kanun karşısında dillerine, ırklarına, cinsiyetlerine (abç), siyasi düşüncelerine, felsefi inançlarına, dinlerine ve mezheplerine göre, farklı muamele görmeleridir. Bunların dışında kanun önünde eşitlik ancak niteliklerde benzerlik ve yasaların getirdiği kurallara uyarlık oranında söz konusu olabilir.*”¹⁰ Ancak görüleceği gibi, bu içtihatların satır aralarında kadınlarla erkekler arasında eşitliğin sağlanmasında ya da başka bir deyişle, ayrımcılığın önlenmesinde ölçü olarak alınacak haklı sınırlama nedenlerinde, toplumsal önyargı ve fiili eşitsizliklere açık kapı bırakan ifadelere rastlamak da mümkündür. Örneğin, 18.3.1926 günlü ve 788 sayılı Memur-in Kanunu’nun 6. maddesinin (“Kadınların memur ve müstahdem olmaları caizdir. Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tesbit olunur”) anayasaya aykırılığı nedeniyle yapılan başvuruya ilişkin kararında¹¹ sözü edilen bu çelişkili yaklaşımın örneğini görmek mümkündür. Bu kararda önce, “*Cinsiyet, kanun önünde eşitliği engelleyen bir sebep değildir*” denirken, hemen ardından “*Kadınların vücut yapıları ve işlerin niteliği bakımından bazı kamu hizmetlerine alınmaması, bu prensibi zedeleyecek nitelikte değildir. Kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi*

⁹ Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, (yayınlanmamış doktora tezi), Ankara, 1989, s. 182.

¹⁰ E. 1967/14, K. 1967/36, kt. 14.11.1967, AYMKD 5 (1972), S. 208. Aynı yönde bkz. E. 1967/52, K. 1968/29, kt. 2.7.1968, AYMKD 6 (1992), S. 218; E. 1967/49, K. 1968 / 60, kt. 5.12.1968, AYMKD 6 (1992), S. 296; E. 1968/12, K. 1968/65, kt. 17.12.1968, AYMKD 6 (1992), S. 308; E. 1980/28, K. 1980/45, kt. 1.7.1980, AYMKD 18 (1981), S. 253.

¹¹ E. 1963/148, K. 1963/256, kt. 25.10.1963, AYMKD 1 (1992), S. 457 vd.

gerektiğinden kadınların vücut yapılarının elverişli olmadığı hizmetlerin her vekâletin memurlarına ait kanunlarda gösterilmesinin anayasaya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.” denmiştir.¹²

Mahkeme çeşitli kararlarında dile getirdiği bu görüşünü 1970 yılındaki bir kararında yerleşik görüş olarak nitelmiş ve bunu şöyle özetlemiştir: “12. maddenin mutlak olarak yasakladığı, kanunların uygulanmasında dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımının gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılmasıdır. Bunun dışında ancak birbirinin aynı olan durumlarda aynı hukuk kurallarının öngörülmesi ve ortaya imtiyazlı bir kişi veya topluluk çıkarılmaması zorunludur. Bir bölüm yurttaşların, durumlarındaki özellik ve ayrılık dolayısıyla haklı nedenlerle başka hükümlere bağlı tutulmaları halinde kanun önünde eşitsizlikten ve bir imtiyazdan söz edilemez.”¹³

AYM bir başka kararında da yerleşik içtihadında dile getirdiği eşitliği, eylemli değil hukuksal eşitlik olarak tanımlamıştır.¹⁴

Mahkeme genel eşitlik ilkesini, içtihat oluşturacak biçimde hemen hemen bütün kararlarında şu şekilde tanımlamaktadır: “Yasa karşısında eşitlik, yurttaşların hepsinin her yönden aynı kurallara bağlı tutulması değildir. Haklı nedenlerin varlığında kimi yurttaşlar başka kurallara bağlı tutulursa bundan eşitlik ilkesinin çiğnenmediği sonucu çıkarılmaz.”¹⁵

Mahkeme, eşitlik ilkesinin istisnalarına belli bazı ilkeler çerçevesinde cevaz vermiştir: 1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu’nun 165. maddesinin, “kadınların aleni duruşmada bulunmalarının yasaklanabileceği” hükmünü, “haklı bir sebebe dayanmadığı” gerekçeyle iptal etmiştir.¹⁶ Bunun yanında “kamu yararı” da sınırlayıcı bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır; ancak Mahkeme aynı kararda “veya başka haklı bir nedene dayanmamış olması” ifadesiyle bu sınırlamanın her somut olayda tekrar incelenmesi gerektiğini, genel bir sınırlama yapmanın mümkün olamayacağını belirtmiş bulunmaktadır.¹⁷ Mahkeme’nin,

¹² Bkz. yukarıda adı geçen karar S. 459. Bu gerekçeye ilişkin karşı oylar da mevcuttur. Karşı oy gerekçelerinden biri, ilgili kanunlarda tayin ve tesbit edilmedikçe kadınların memuriyet ve hizmete alınmalarının mümkün olmayacağı anlamının çıkmasıdır. İkinci gerekçe ise, söz konusu hükmün Anayasa’nın 58. maddesindeki “ödevin gerektirdiği niteliklere sahip olma” şartını genişlettiği ve anayasada yer almayan yeni bir koşul getirdiği ve bunun da kadınlarla erkekler arasında fark gözetmesidir. Son karşı oy nedeni ise, tesbit işinin kadınlara ilişkin olması ve bunun cinsiyete dayalı ayrımcılığı getirmesidir.

¹³ E. 1970/7, K. 1970/23, kt. 12.5.1970, AYMKD 8 (1991), S. 255.

¹⁴ E. 1975/152, K. 1975/202, kt. 21.10.1975, AYMKD 13 (1991), S. 648. Aynı terimin kullanılışı için bkz. E. 1980/28, K. 1980/45, kt. 1.7.1980, AYMKD 18 (1981), S. 253; E. 1986/16, K. 1986/25, kt. 21.10.1986, AYMKD 22 (1987), S. 292.

¹⁵ E. 1985/31, K. 1986/11, kt. 27.3.1986, AYMKD 22 (1987), S. 121.

¹⁶ E. 1963/143, K. 1963/167, kt. 26.6.1963, AYMKD 1 (1992), S. 347.

¹⁷ E. 1981/13, K. 1983/8, kt. 28.4.1983, AYMKD 20 (1985), S. 53: “insanlar arasında yaradılış ve çalışma gücü veya sağlık bakımından veya nitelikçe buna eşit nedenler dolayısıyla pek çok ayırım bulunduğu açık bir gerçektir. Bundan dolayıdır

bir kararında¹⁸ söz ettiği “fiziksel özellikler”in yanı sıra, “biyolojik” ve “işlevsel” farklılıkları da mutlak ayırım yasaklarının haklı istisnaları olarak gördüğü söylenebilir. Ancak bunların tümünün cinsiyet ayrımı yapılabilmesi için haklı bir neden sayılıp sayılamayacağı ve bu istisnanın “biyolojik farklılıklarla” sınırlandırılmasının gerekip gerekmediği aşağıda tartışılacaktır.

Seçkin’in bir kararın gerekçesine ilişkin karşı oyunda haklı olarak belirttiği gibi, *“Eşitsizlik durumları aynı nitelikte bulunan kişilerin başka başka kurallara bağlı tutulmasında dahi söz konusu olabilir ve uygulamada eşitsizlik çoğunlukla bu biçimde ortaya çıkar. Bundan başka Anayasa’nın 12. maddesi, yalnızca orada sayılan dil, ırk, cinsiyet gibi yönler dolayısıyla yapılan hukuki ayrımları değil, bunlardan başka nedenlerle gerçekleştirilecek hukuki eşitsizlikleri dahi yasaklamaktadır. Çünkü Anayasa’nın 12. maddesinin dayandığı ilke, birbirinin aynı olan durumlarda, haklı bir neden yok iken, başka başka hukuk kurallarının öngörülmesinin yasaklanmasıdır.”*¹⁹ Mahkeme’nin, genel eşitlik ilkesiyle sıkı bağlantı içinde olan özgül ayırım yasaklarına getirdiği istisnaların gerçekte maddi eşitlik ilkesinin ihlali niteliğinde olup olmadığı incelenmeye değer bir konudur.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında genel eşitlik ilkesinin istisnalarının olabileceğini belirtmekle birlikte, bunun hukuki ve anayasal sınırlarını belirtmemiş, yasa koyucunun takdir alanını geniş tutma eğilimi göstermiştir. Oysa anayasal ilkeler soyut ve genel normlar koyarken yasama işlemi bu ilkelerin hayata geçirildiği, somutlaştığı hukuk normları olarak karşımıza çıkmaktadır. Kısıtlama ve istisnaların sürekli genel ifadelerle belirtilmesi ve somut ölçü normların geliştirilememesi, Anayasa’nın koyduğu ayırım yasaklarının ihlaline yol açabilecek niteliktedir.

Dünyada feminist hareketin gelişmesi ve bazı kazanımlar elde etmesiyle birlikte, siyaset ve hukuk literatürü “pozitif ayrımcılık” terimiyle tanışmıştır. Bu terim, yukarıda değinilen maddi eşitliğin sağlanmasına, salt şekli eşitliğe sadık kalan uygulamaların yarattığı adaletsizliğin önlenmesine yönelik bir ilkedir. Yaşam koşulları gerçekten eşit ve adil bir rekabeti olanaklı kılacak denli eşitlikçi biçimde biçimleninceye kadar, kadınların aynı mevki ya da iş için yarıştıkları erkekler karşısında desteklenmesi olarak özetlenebilecek bu kurum, çeşitli açılardan eleştirilmiştir.

ki, eşitliği bozan bir kuralın varlığı, ancak o kuralın kamu yararına veya başka haklı bir nedene dayanmamış olması hallerinde ileri sürülebilecektir.”

¹⁸ E. 1963/148, K. 1963/256, kt. 25.10.1963, AYMKD 1 (1992), S. 459.

¹⁹ Üye Recai Seçkin’in “Gerekçenin Yazılışına İlişkin Karşı Oy Yazısı”, E. 1969/8, K. 1969/37, kt. 19.6.1969, AYMKD 7 (1978), S. 361.

Öncelikle, bu yolla erkeklerin anayasa aykırı olarak eşit olmayan muameleye tabi tutulduğu itirazında bulunulmuştur. Diğer bir itiraz ise, bir işin gereklerinin cinsiyetle değil, kişinin yetenekleriyle sınırlı olduğudur. Siyasi partilerin kadın kotaları, politikada şansı olmayan kadınların salt cinsiyetleri dolayısıyla imtiyaz sahibi kılındıkları ve gerçekten politik bir kariyer yapmak isteyen kadınların önünde bir engel olmadığı görüşü ortaya atılmıştır.

Pozitif ayrımcılık tartışmasına son noktanın konduğu ve kurumun itirazsız kabul gördüğü söylenemez. Avrupa Birliği bünyesinde bunun son örneğini, Lüksemburg'daki Avrupa Toplulukları Adalet Divanının 11 Kasım 1997'de verdiği son karar oluşturmaktadır.²⁰ Kadınlar lehine sonuçlanan bu dava ile kotaların kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasında hukuki ve meşru bir araç olduğu ve Avrupa Birliği içinde uygulanacağı ilan edilmiştir. Davanın konusu, Almanya'nın Nordrhein-Westfalen eyaletinde 1989 yılında kabul edilen "kadınların desteklenmesi" yasasıdır. Bu yasaya göre, bir iş sahasında kadınların sayısı erkeklerin sayısından az ise, rakibi olan erkekle aynı niteliklere ve mesleki formasyona sahip kadınlar desteklenir; eğer işe talip olan erkeğin kişisel nitelikleri üstünse, bu kural uygulanmaz. Söz konusu davayı açan kişi de, yasayı çıkaran eyalette bir kadroya öğretmenlik için başvurmuş ve meslektaşı olan kadın, yasadaki koşulları gerçekleştirdiği için kadroya atanmıştır. Bunun üzerine erkek öğretmen, bu yasanın eşitlik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle dava açmış ve Alman idare mahkemesi de yasanın, Avrupa Birliğinin yönergeleriyle bağdaşp bağdaşmadığına karar verilmesi için Divan'a başvurmuştur. Kararda, eşitlik ilkesinin tarihsel ve toplumsal bazı önyargılar nedeniyle günlük hayatta fiili engellerle karşılaştığı ve pozitif ayrımcılığın bu engellerin aşılmasına hizmet ettiği belirtilmiştir. Buna göre, "*Toplumsal gerçeklikte, aynı niteliklere sahip olmaları halinde bile, erkek adayların kadın adaylara tercih edilmesi yönünde bir eğilim mevcuttur. Kadınların iş yaşamındaki rolleri ve yetenekleri konusunda belli bazı önyargılar ve klasik görüşler vardır. Bu nedenle, erkek adayların işe kabulü daha baştan reddedilmediği, tüm adayların yetenekleri objektif değerlendirmeye tabi tutulduğu sürece, eşitliğin sağlanması amacıyla, aynı yeteneklere sahip kadınların desteklenmesi topluluk hukukuna aykırı değildir. (...) Kadınların kariyerlerini daha sık yarıda bırakmalarından, iş saatlerini eviçi ve ailevi yükümlülükleri nedeniyle esnekleştirememelerinden ya da hamilelik, doğum ve emzirme sürelerinden dolayı işe gelememelerinden duyulan korku, kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasının nedenlerindedir.*"

²⁰ Karardan alıntılar ve eleştiriler için bkz. "Quotensieg", EMMA, Jan/Feb 98, Nr.1, s. 30-31; "Judith Reicherzer, "Die Quotenmänner machen Ärger", Die ZEIT [31.10.1997, Nr.45], s.81-82; Margrit Gerste, "Kluge Männer", Die ZEIT [14.11.1997, Nr.47], s. 8.

Bu nedenle, farklı cinslerden adayların aynı niteliklere sahip olmaları, aynı zamanda eşit şansa sahip olmaları anlamına gelmemektedir. Dava konusu eyaletin çıkardığı yasa, bu tür fiili eşitsizliklerin azaltılmasına katkıda bulunabilir. Böyle bir düzenleme, mutlak bir otomatiklikle erkeklerin aleyhine bir hüküm içermediği sürece yönergeye uygundur. Kararda belirtilen, işe almadaki fiili eşitsizliğin, aynı niteliklere sahip olmak için gerekli eğitimin alınmasında ve fırsatların elde edilmesinde de yaşandığı sosyolojik bir gerçektir. Buna rağmen Avrupa Mahkemesinin kadın-erkek eşitliğine ilişkin bu son kararı, pozitif ayrımcılık düzenlemelerine ışık tutacak niteliktedir.

Anayasa Mahkemesinin kadının çalışmasını kocanın iznine bağlayan MK 159. maddesini iptal gerekçesinde²¹ dile getirdiği görüşler, Mahkeme'nin eşitlik konusundaki içtihatlarını geliştirdiğinin ve son yirmi yılın olumlu gelişmelerini izlediğinin göstergesidir. Mahkemeye göre, *“Kadın-erkek eşitliğinin amacı, her iki cinsin benzer ancak eşit olmayan yönlerinin olumlu doğrultuda hukuksal olarak eşit duruma getirilmesidir. Kuşkusuz benzemeyen yönleri için yapılan farklı hukuksal düzenlemeler -örneğin, kadına doğum izni verilmesi gibi- bu eşitliği etkilemez. Zira kadın ve erkeğin benzemeyen yönlerine ilişkin hukuk kurallarının amacı, eşitliği sağlamak değil, her iki cinsin farklı özelliklerine hukuksal alanda çözüm getirmektir.”*²² Bu kararın Mahkeme'nin yeni yerleşik içtihadı olduğunu söylemek için erken olmakla birlikte, Alman Anayasa Mahkemesinin tek istisna nedeni olarak kabul ettiği biyolojik farklılığın Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da tek haklı neden olarak kabul edildiği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesinin istisnaları için belirli ölçütler geliştirmemiş olmakla birlikte Mahkemenin, fiziksel, biyolojik ve işlevsel farklılıklara dayalı farklı düzenlemeleri hukuka aykırı bulmadığı yukarıda belirtilmişti. Anayasa'nın mutlak ayırım yasaklarını düzenleme biçimine bakıldığında, Mahkeme'nin ilkenin istisnalarını genişletici yorumuna katılmak mümkün değildir. Fiili duruma bakıldığında, cinsiyete dayalı ayırım yasaklarının kadınların toplumsal yaşamdaki konumlarının iyileştirilmesine ve kadınların korunması amacına yönelik olduğu anlaşılacaktır. Öden'in haklı olarak belirttiği gibi, *“Belirsiz sınıflamaların bu özel türü söz konusu olduğunda ayırım gözetme yasağının her şeyden önce kadınları korumaya yönelik olduğunu göz önünde bulundurmak ve kadınlara karşı ayırım ile kadınları koruma amaçlı ayrımları özenle ayırt etmek kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkıyor.”* Ancak Öden'in birinci türden ayrımlarda *“zorunlu nedenler, çok önemli toplum yararlarının varlığı”* gibi nedenlerle yapılacak kanuni farklılaşmaların en sıkı denetim öl-

²¹ E.1990/30, K.1990/31, kt.29.11.1990, AMKD 27, s. 48 vd.

²² AMKD 27, s. 55-56.

çülerine tabi tutulması gerektiğine ilişkin görüşüne katılmıyoruz. Çünkü bu nedenler de kamu organlarına anayasa ve yasalarda yer almayan bir takdir yetkisi tanımaktadır. Eşitlik ilkesinin istisnasının tek nedeni, biyolojik farklılıklara dayalı zorunluluklar olabilir ki, bu da sonuçta kadının hamilelik, doğum ve doğum sonrası gibi biyolojik farklılığının olağan sonuçları nedeniyle toplumsal konumunun sarsılmasını, iş yaşamından kopmasını önlemeye yönelik olacaktır. Yani, toplum yararı, toplumsal zorunluluklar gibi, mevcut önyargıların sonucu olan ve bunları besleyen nedenler, cinsiyete dayalı mutlak ayrım yasağının istisnası olamaz.

II. Uluslararası Sözleşmelerde Eşitlik İlkesi

Anayasadaki eşitlik ilkesinin yanı sıra Türkiye'nin taraf olduğu ya da yalnızca imzalamakla yetinip henüz onaylamadığı uluslararası sözleşme ve bildirgelerde de eşitlik ilkesi yer almaktadır. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin²³ başlangıcında, “*erkeklerle kadınların hak eşitliğine olan inançtan*” bahsedilmekte, 1. ve 7. maddelerde genel eşitlikten ve kanun önünde eşitlikten söz edilmekte, son olarak 16. maddesinde evlilik içinde kadın ve erkeklerin eşitliği ilkesi dile getirilmektedir. Bu maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, “*Erkek ve kadın evlenme konusunda, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit haklara sahiptir.*”

1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde²⁴ ise, 12. maddede evlenme hakkı düzenlenirken, 14. maddesinde, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerden yararlanmanın cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin herkes için sağlanacağı belirtilmiştir.

Türkiye'nin 1985'te imzaladığı ancak henüz onaylamadığı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesine Ek 7 No'lu Protokol'de²⁵ de eşlerin eşitliği ilkesine yer verilmektedir. Protokolün 5. maddesine göre, “*Eşler evlenirken, evlilik sırasında ve boşanma durumunda kendi aralarında ve çocuklarıyla ilişkilerinde eşit medeni hak ve sorumluluklara sahiptir. Bu madde, devletleri, çocukların çıkarları için gerekli önlemleri almaktan alıkoymaz.*”

²³ RG 27.5.1949 Sayı: 7217.

²⁴ Türkiye tarafından 4.11.1950'de imzalanmış, 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı yasa ile onaylanmıştır. RG 19.3.1964 Sayı: 8662.

²⁵ Türkiye 22.11.1984 tarihinde imzalanıp 1.11.1988'de yürürlüğe giren bu Protokolü 14.3.1985'te imzalamıştır. Metin için bkz. Süheyl Batum/Necmi Yüzbaşıoğlu, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, 2. baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 1997.

Kadın-erkek eşitliği konusundaki en geniş kapsamlı sözleşme hiç kuşkusuz 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye'nin 24.7.1985 tarih ve 85/9722 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlük kazanan, "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"dir.²⁶ Ama bu sözleşme bazı çekincelerle kabul edilmiştir. Sözleşmenin 15/1 ve II fıkraları ile 16/(c), (d), (f) ve (g) bentlerine, Sözleşme'nin 29. maddesinin 2. paragrafına dayanarak çekince konmuştur. Çekinceli maddelerden olan 16/(g) bendine göre, "*Taraf devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın erkek eşitliği ilkesine dayanarak, 'aile adı', meslek ve iş seçimi dahil karı ve koca için eşit kişisel hakları sağlayacaklardır.*"

Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Sözleşme'nin 15/4 ve 16/(c) ve (d) maddelerinin Medeni Kanun tasarısıyla birlikte çekinceli olmaktan çıkıp çıkamayacağını saptanması için Dışişleri Bakanlığı'na başvurmuştur. CEDAW'ın (Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi) yıllık raporunda, soyadıyla ilgili değişikliğin de çekinceyi kaldıracağı belirtilmiş olmakla birlikte, resmi düzeyde bir girişime dayanak olarak görülmediği söylenebilir.

22 Mayıs 1997 tarihli Medeni Kanun değişikliğinden sonra Türkiye, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne konan bazı çekincelerin ortadan kalktığı düşüncesindedir. Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesine (CEDAW) sunulan dönemsel ülke raporunda²⁷ MK'nin 153. maddesindeki değişikliğin kadın-erkek eşitliğini sağladığı belirtilmektedir. Delegasyonda yer alan Prof. Dr. Yakın Ertürk 16. oturumda yaptığı sunuş konuşmasında Türkiye'nin Sözleşme'nin 15/2 ile 16/1 (c), (d), (f) ve (g) paragraflarına, bunların Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddeleriyle çeliştiği gerekçesiyle çekince koyduğunu belirttikten sonra, bu maddelerin MK mad. 152/11,153/1,153/11,154, 263, mal ayrılığı rejimi ve bunun fiili uygulaması olduğunu belirtmiştir.²⁸ Raporun sunulduğu dönemde henüz tasarı halindeki değişikliklerle birlikte, kadınların eşlerinin soyadlarının yanı sıra kendi soyadlarını da kullanabilecekleri, böylelikle Türkiye'nin koyduğu bu çekincenin ortadan kalkacağı ve ayrımcılığın önlenmiş olacağı belirtilmiştir.²⁹ Ancak açıktır ki, eşlerden yalnızca kocanın soyadının ortak soyadı olarak seçilebilmesini, çocuğun hiçbir biçimde annenin

²⁶ RG 14 Ekim 1985, Sayı: 18898, s. 1-10. Çekinceler için bkz. *Multilateral Treaties Deposited With the Secretary-General*, United Nations, New York, 1997/Status as at 31 December 1996 (ST/LEG/SER.E/15), s. 176.

²⁷ Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'ne (CEDAW) sunulan 2. ve 3. Birleştirilmiş Dönemsel Ülke Raporu, T.C Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, 1997.

²⁸ Bkz. Rapor, s. 46 kenarnotu 47.

²⁹ Bkz. Rapor, s. 47 kn.50; kn.51; s. 121 kn.90.

soyadını alamayacağını öngören ve eşlerin ortak soyadı seçmeden kendi soyadlarını kullanmayı sürdürmelerine olanak tanımayan bir yasal düzenlemenin Sözleşme’de amaçlanan eşitliğin gereklerini yerine getirdiğinden söz edilemez.

III. Medeni Kanun’da Kişilik Hakları ve Eşitlik İlkesi

A. İsim Hakkı

Medeni Kanun’un 23. ve 24. maddeleri “Şahsiyetin Himayesi” başlığı altında kişilik haklarını ve bunun korunmasını düzenlemektedir. Ancak bu iki maddede kişinin hangi varlıklarının bu hakkın kapsamına girdiği belirtilmemiş ya da bunun belirlenmesine ilişkin bir ölçüte yer verilmemiştir. Bunların saptanması öğretiyeye ve yargı içtihatlarına bırakılmıştır. Öğretide bu kişilik hakları hak ve fiil ehliyetleri ile kişisel özgürlükler, beden bütünlüğü ve manevi bütünlük olmak üzere üç ana grupta sınıflandırılmış³⁰ ve başlıca kişi varlıkları olarak hayat, vücut bütünlüğü, onur, şöhret, resim, kişisel surlar ve haberleşme kabul edilmiştir. Kanun’un lâfzından, kişilik haklarının mutlak haklardan olduğu, bunlardan vazgeçilemeyeceği, miras yoluyla başkalarına geçirilemeyeceği anlaşılmaktadır.

Ancak Kanun ismin korunmasını ve değişmesini aynı üst başlık altında fakat ayrı iki maddede (mad. 25 ve 26) düzenleyerek, ismin mutlak kişilik haklarından olduğunu ve özel bir korumayı gereksindiğini belirtmiş bulunmaktadır. Kanun’un bu sistemi medeni hukuk alanındaki eserlere de yansımış ve ismin korunması, kişiliğin korunması başlığından ayrı olarak ele alınmıştır. Öztan ismin ayrıca düzenlemesini, “*ismin bir kimsenin ferdileştirilmesinde çok büyük önem taşımaya ve ismin devamlı muhafazasında hukuki güvenlik açısından büyük yarar olmasına*” bağlamaktadır.³¹

İsim, öz ad ve soyadından oluşur. Soyadı yerine, Medeni Kanun’un bazı maddelerinde ‘aile ismi’ deyimini de kullanılmaktadır (MK 126/1, 141, 153/1, 257/1, 311/1 ve 312/1). Türk hukukunda gerçek anlamda soyadı kurumu yalnızca altmış üç yıllık bir geçmişe sahiptir. Soyadı Kanunu öncesi dönemde Türkiye’de herkesin şöhret ya da lâkap denilen bir tür soyadı vardı ancak bunun kullanılması zorunlu olmadığı gibi

³⁰ S. Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992 s. 250.

³¹ Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku*, 3. baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 1990, s. 143.

hukuki korumanın kapsamında da değildi. 1926 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanunla birlikte, isim üzerindeki hak, hukuki koruma kapsamına alınmış ve özel önemi nedeniyle, kişilik haklarının genel korumasından ayrı olarak 25. ve 26. maddelerdeki özel koruma hükümlerine tabi kılınmıştır. Fakat kullanılması zorunlu olmadığı için soyadının korunmasına ilişkin hükümler etkili bir biçimde hayata geçirilememiştir. Ancak 21.6.1934'te kabul edilip 2.1.1935 tarihinde yürürlüğe giren Soyadı Kanunu³² ile soyadının kullanılması zorunlu hale gelmiş ve hukuki koruma gerçek işlevine kavuşmuştur.³³ Bu kanuna göre, Her Türk bir soyadı taşımaya mecburdur (mad. 1); soyadını seçme görevi, evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir (mad.4). Boşanma ya da evliliğin feshi nedeniyle çocuğun anneye bırakılmış olması halinde bile bu hak çocuğun babasına aittir. Karı ancak kocanın ölmüş ya da vesayet altına alınmış olması halinde bu hakka sahip kılınmıştır. Görüldüğü gibi, kanun dönemin ataerkil toplum yapısını dikkate alarak soyu temsil ettiği düşünülen erkeği, soyun ifadesi olduğu düşünülen soyadını seçmeye yetkili kılmıştır. Bu ataerkil anlayışın diğer bir izdüşümü ise, soyadının ya yalnız olarak ya da (oğlu) ile birlikte kullanılmasını öngören Soyadı Nizamnamesi hükmüdür.³⁴ Evli kadının, kocasının soyadını almasının diğer önemli bir sonucu ise, Nüfus Kanunu'nun 46/III maddesi uyarınca, kocanın soyadının değişmesi halinde kadınının de buna bağlı olarak değişmesidir. Yargıtay da bir kararında, kocanın soyadının değişmesi halinde karının soyadının da 'kendiliğinden' değişmesi gerektiğini, bu gereğin kayden yerine getirilmesinin nüfus idaresine verilmiş idari bir görev olduğunu belirtmiştir.³⁵

İsim hakkı, tüm kişilik hakları gibi, mutlak haklardandır. Bunun anlamı, bunun başkasına devredilememesi, miras yoluyla geçmemesi ve bundan vazgeçilememesidir. Bu mutlak hakkın, aile hukuku alanında kadının aleyhine, nasıl 'nisbi' bir hakka dönüştüğüne aşağıda değinilecektir.

Öğretide ismin en önemli işlevinin, kişinin bir aileye bağlılığını göstermek, onu diğer ailelere bağlı kişilerden ayırmak, kişilerin birbirine karıştırılmasını önleyerek kamu düzenini sağlamak olduğu konusunda bir fikir birliği vardır.³⁶ Buradaki temel

³² 2525 sayılı Soyadı Kanunu, RG 27.12.1934 Sayı: 2741

³³ Türkiye'de soyadının kısa tarihçesi için bkz. Hıfız Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku C.1 Cüz 2 (Şahsın Hukuku)*, 3. baskı, İstanbul, Nurgök Matbaası, 1963, s. 131-132.

³⁴ Soyadı Nizamnamesi, RG 27.12.1934, Sayı: 2891, mad.6.

³⁵ Yargıtay 18. HD E.1995/140, K.1995/9280 kt.26.9.1995, YKD C.22, S. 1, Ocak 1996, s. 80-81.

³⁶ Mustafa Dural, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, 3.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s. 178-179; Zahit İmre, Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması, *Recâi Seçkin'e Arma-*

soru, soyadının hangi aileye bağlılığı gösterdiği, yani anne ve babadan hangisinin ailesiyle bağ kurulduğudur.

Medeni Kanun'un bu konudaki tercihi açıktır. Soyadı, ataerkil anlayışın doğal sonucu olarak, erkeğin ailesine bağlılığı göstermektedir. Bir ailenin kurulmasından başlayarak herkes erkeğin ailesine dahil olmaktadır. Öncelikle kadın, MK 153/1'e göre kocasının soyadını almakta -kendi soyadını da kullanma olanağının tanınması, kocanın soyadını alma zorunluluğu mevcut oldukça fazla önem taşımamaktadır-, ardından MK 259'a göre, nesebi sahih olan çocuk, babanın ismini almaktadır. Bu noktada evli kadınlar ve çocuklar açısından iki sorun ortaya çıkmaktadır: Birincisi, mutlak haklardan olan isim hakkının kadınlar açısından nisbi hale getirilmesi; İkincisi, bir aileye bağlılığı gösteren soyadının çocuk açısından, baba tarafından tek aileyle sınırlandırılarak, annenin ailesiyle olan bağının koparılmasıdır.

Erkek açısından mutlak biçimde korunan isim hakkının kadın açısından nisbi biçimde korunması, kadınların isim hakkının bir "statü ismi" olarak korunduğunu göstermektedir.³⁷ Çünkü kadının ismi evlenme, boşanma, evliliğin feshi, yeniden evlenme gibi her hukuki statü değişikliğinde buna bağlı olarak değişmekte ve bundan bağımsız bir varlık sürdürememektedir. Oysa Medeni Kanun'un 8. maddesine göre, "*Her şahıs, medeni haklardan istifade eder. Binaenaleyh kanun dairesinde haklara ve borçlara ehil olmakta herkes müsavidir.*" Medeni Kanun'un bu maddesiyle kadınlar ve erkekler arasında anayasal eşitlik ilkesi doğrultusunda hukuki eşitliğin sağlandığı söylenebilir. Buna göre, Medeni Kanun'daki hak ve yükümlülükler bakımından kadın ve erkekler arasında bir fark olmamak gerekir. Ancak bu eşitliğin mutlak olmadığı, aile hukuku bölümünde açıkça görülmektedir.

B. Aile Hukukunun Yapısı

Türk medeni hukuk öğretisinde, Medeni Kanun'un hukuki eşitlik ilkesinden, aile hukuku alanında bazı "haklı" nedenlerden dolayı sapıldığı konusunda görüş birliği vardır. Öğreti, bunun nedenlerini açıklamak hususunda çeşitlilik göstermekle birlikte ortak paydaları, bunun hakkaniyete aykırı olmadığı, toplum yapısının bunu gerektir-

ğan, Ankara, 1974, s. 815; Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk*, 2.baskı, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1984, s. 308; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi, *Kişiler Hukuku* Derstleri, 4.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988, s. 60; Öztan, *Şahsın Hukuku*, s. 143.

³⁷ Kavram için bkz. Krüger, "Der Name der Frau nach bürgerlichem Recht", *AcP* 1957, s. 251; Bilge Öztan, "Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Halinde Kadının Soyadı Sorunu", *Oğuzoğlu'na Armağan*, Ankara, AÜHF Yayınları, 1972, s. 430.

diği ve böyle bir sapmayı aile hukukunun zorunlu kılmasıdır. Aile hukukunda kadının haklarının kısıtlanmasının nedeni olarak,

- zorunluluklar, toplumsal gerçekler,³⁸
- kadınların menfaatlerinin korunması,³⁹
- düzenin sağlanması,⁴⁰
- aile bağlarının kuvvetlendirilmesi; düzen, huzur ve uyumun sağlanması; evlilik birliğinin menfaati icabı,⁴¹
- kadının tabii ve içtimai zayıflığı,⁴²
- kadının erkeğe göre farklı yaratılışı,⁴³
- aile içinde iki başlılığın önlenmesi⁴⁴ gösterilmektedir.

Ancak bu nedenler sayılırken, bu nedenlerin niçin eşitlikten sapılmasını haklı gösterdiğine ya da korunmaya çalışılan değerlerin niçin kadınların haklarının kısıtlanmasıyla doğrudan bağlantılı olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamaktadır. Tüm bu nedenler ‘kendinde’ haklı sayılmakta, korunduğu iddia edilen düzen, uyum, varlığı iddia edilen farklı yaratılış sorgulanmadan kabul edilmektedir. Bunun dönüştürülebilir kapasitesi hatta ailenin bu kategoriler içinde düşünülmesinin reddi hiç sözkonusu edilmemektedir.

Bunun, evlenmenin hukuki mahiyetiyle ilgili görüşlerle yakından ilişkisi vardır. Türk hukukunda bu konuda belli başlı üç görüş mevcuttur.⁴⁵

³⁸ Aytekin Ataay, “Bir ‘İnkılâp’ Yapıtı Olarak Medeni Kanun”, *İÜHF* 1982, C.45-47, s. 55; Zahit İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 3.Baskı, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1980, s. 362; Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 1992, s. 653.

³⁹ Ataay, 1982, s. 55

⁴⁰ Ataay, 1982, s. 55

⁴¹ Ataay, 1982, s. 55; Köprülü/Kaneti, *Aile Hukuku*, 2.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 11-12; Saymen/Elbir, *Türk Medeni Hukuku III*. Cilt (Aile Hukuku), 2. baskı, İstanbul, Hak Kitabevi, 1960, s. 128; Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 1992, s. 653.

⁴² Öztan, *Aile Hukuku*, 2. baskı, Ankara, AÜHF Yayınları, 1983, s.7; Saymen/Elbir, *Türk Medeni Hukuku III. Cilt (Aile Hukuku)*, 2. baskı, İstanbul, Hak Kitabevi, 1960, s. 9.

⁴³ Erol Cansel, “Medeni Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk)”, *Medeni Kanun’un 50. Yılı*, Ankara, AÜHF Yayınları, 1977, s. 38.

⁴⁴ Turgut Akıntürk, *Aile Hukuku*, 2. baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s.105; Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 1992, s. 713.

⁴⁵ Bkz. Zevkliler, a.g.e., s. 682.

Sözleşme görüşüne göre, evlenme de diğer sözleşmeler gibi, tarafların birbirine uygun ve karşılıklı iradeleri ile oluşan, taraflara karşılıklı hak ve borçlar yükleyen bir hukuki işlemidir. Ancak aile hukukunun kamu hukukunu da ilgilendirmesi nedeniyle tam anlamıyla bir sözleşmeden değil, kendine özgü bir “aile hukuku sözleşmesinden söz etmek yerinde olacaktır. Çünkü bu alanda şarta bağlı olma gibi kurumlara yer olmadığı gibi, sözleşmenin içeriğini belirleme konusunda da tam anlamıyla bir irade özgürlüğü yoktur.

Kurum görüşü ise, evlenme ile aile denen bir kurumun meydana geldiğini ve bu kurumun kendini oluşturanlardan bağımsız bir varlığa sahip olduğunu ileri sürmektedir. Bu nedenle eşler, kendi çıkarlarından bağımsız çıkarlara sahip olan bu kuruma uygun hareket etmek, onun çıkarlarını kendilerinininkinden üstün tutmak ve kendi keyiflerine göre davranmamak zorundadırlar.

Duguit'nin ortaya attığı şart-tasarruf görüşü ise, evlenmenin kuruluş ve sona erme koşulları ile hukuki sonuçlarının hukuk düzenince belirlendiğini, tarafların evlenme iradelerini açıkladıkları andan itibaren yasadaki bu koşullarla bağlı olduklarını savunmaktadır.

Her üç görüş de Türk hukuk öğretisinde taraftar bulmuştur. Tekinay, evlenme akdi ile evlilik halini ayırarak, ilkinde sözleşme görüşünü, İkincisinde şart-tasarruf görüşünü benimsemektedir.⁴⁶ Ağırlıklı görüş ise, evliliğin “kendine özgü bir aile hukuku sözleşmesi” olduğu yönündedir. Her üç görüş de gerçekliği belli bir oranda dile getirmekle birlikte, özellikle kadınların haklarının yukarıda anılan gerekçelerle kısıtlanmasında ve medeni hakları kullanmadaki eşitlik ilkesinden sapılmasında, kurum görüşünün ağır bastığı ya da zımnen kabul edildiği söylenebilir. Daha önce de belirtildiği gibi, bir kurum hakkında mutlak ve değişmez ölçütler koymak ne denli zorsa, o ölçüde de gereksiz ve anlamsızdır. Yine de bir kurumun düzenlenmesinde tercih edilecek görüşün belli bir tutarlılığa sahip olması ve temel hak ve özgürlüklerin gelişimci çizgisinin arkasına düşmemesine dikkat edilmesi yerinde olacaktır.

C. Aile Hukukunda Soyadı Sorunu

Yasa koyucunun görevi, anayasadaki temel hak ve özgürlükleri somutlaştırmak, anayasada yer alan temel ilkelerin, temel hak ve özgürlüklerin yasalarla uygulamaya

⁴⁶ S. Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, 7.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s. 64-65.

geçirilmesini sağlamaktır. Nitekim Medeni Kanun'daki kişilik hakları da anayasadaki kişi hakları ve ödevlerinin yasalardaki ifadesinden başka bir şey değildir. Yasa koyucu anayasanın çizdiği bu çerçevede hareket etmek zorundadır. Bunu yaparken, bu çerçevenin sınırlarını sonuna kadar kullanabileceği gibi, bunun bir kısmını da yerine getirebilir. Ailenin korunması ve soyadı konusunda yasa koyucunun, anayasal çerçevenin yalnızca bir kısmını kullandığı, hareket alanını tümüyle tüketmediği söylenebilir.

1982 Anayasası'nın "Ailenin korunması" kenar başlıklı 41. maddesine göre, "(1) *Aile Türk toplumunun temelidir. (2) Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ve uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.*" Görüldüğü gibi, anayasa koyucu aileyle ilgili sınırlı bir düzenleme getirmiş ve yasa koyucuya geniş bir takdir alanı bırakmıştır. Aile hukukundaki ortak soyadı yükümlülüğü açısından bakacak olursak, Anayasa'nın bu konuda ne bir emri ne de bir yasağı sözkonusudur. Yani yasa koyucunun bu alandaki tercihi anayasal bir zorunluluktan kaynaklanmamaktadır; bu tamamen kendi takdir yetkisinin bir ürünüdür. Durum böyle olunca, evlilikte ortak soyadının zorunlu olmaktan çıkarılmasıyla, ailenin korunmasıyla ilgili anayasa hükmünün ihlal edilmeyeceği görülmektedir. Çünkü isim birliği, ailenin refahı ve huzuru için anayasal bir zorunluluk olarak görülmemiştir.

Gerçekte son düzenleme, yasa koyucunun tercih ettiği görülen ve doktrinde de kadın aleyhine eşitsizliklerin haklı gerekçesi olarak gösterilen isim birliği ilkesinden bir sapmadır. Çünkü isim birliğinde amaç, aile üyelerinin aynı isim altında toplanmalarıdır. Oysa yeni düzenlemeye göre kadın bu birlikten çıkmakta ve resmi kurumlarda da bu birliğe dahil olup olmadığı anlaşılması zorlaşmış bulunmaktadır. Çünkü örneğin, herhangi bir resmi listede kadın, kendi soyadı öne yazılmış olduğu için, kocanın soyadının baş harfine göre değil, kendi soyadının baş harfine göre yer alacaktır. Bu durumda kocayla ya da çocuklarla bağı kopmuş olmaktadır. Yok eğer kadının ikinci, yani kocanın soyadının önemli olduğu ve buna bakılması gerektiği iddia ediliyorsa, kanun değişikliğinin bir aldatmacadan ibaret olduğunun kabulü gerekecektir. Görüldüğü üzere, bir yandan aile birliğinin isimde birlikle sağlanacağına ısrar etmek, öte yandan da ikili soyadının kadınların eşitlik taleplerine karşılık verdiğini ileri sürerek bunu savunmak bir çelişki oluşturmaktadır.

Düzenlemenin eleştirilecek diğer bir yanı ise, "önceki soyadı" deyiminin, boşandıktan sonra yeni bir evlilik yapan kadınlara, ilk soyadlarını kullanma olanağı tanı-

mamasıdır. Eğer kadın ilk evliliğinde yalnızca kocasının soyadını kullanmış ise, ikinci evliliğinde ya yalnızca yeni kocasının soyadını alabileceği ya da ilk kocasının soyadını, yeni soyadının önüne koyabilecektir. Kadının doğumla kazandığı ilk soyadını ikinci evliliğinde de kullanabilmesi için, ilk evliliğinde iki soyadını (ilk kocasının ve doğumla kazandığı ilk soyadını) birlikte kullanmış olması gereklidir. Böylelikle ikinci evliliğinde Yasa'nın öngördüğü seçim hakkını kullanarak doğumla kazandığı ilk soyadını ikinci kocasının soyadının önüne koyabilecektir. Kısaca özetlemek gerekirse, ilk evliliklerini yeni düzenlemeden önce yapmış olan kadınların, doğumla kazandıkları soyadlarını sonraki evliliklerinde kullanma olanakları fiilen ortadan kaldırılmıştır. Yasa, yeni evlenecek kadınlara çok sınırlı bir hak vermekle yetinmiştir. Bu nedenle, anayasal bir zorunluluktan kaynaklanmayan, ailede isim birliğinin tarafların tercihlerine bırakılması ve bu tercihin de özgürlükçü bir anlayışla birden çok seçeneği içinde barındıracak biçimde yasayla düzenlenmesi en uygun yol olarak görünmektedir.

Medeni Kanun'un değiştirilen 153/I maddesinin ilk halinde de zaman zaman, bu maddenin uygulanması konusunda kuşkular doğmuş ve bunun üzerine öğretilerde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Değişiklik öncesinde sorun, kadınların evlilik öncesi soyadını kullanıp kullanamayacağıydı. Velidedeoğlu, kadının evlenmekle kızlık soyadını kaybetmeyeceğini, boşanmadan sonra kendiliğinden bu ada dönmesinin bunun kanıtı olduğunu belirterek, kadının İsviçre'deki ne benzer biçimde kendi soyadını kocasınınki ekleyebileceğini ileri sürmekteydi.⁴⁷ Buna karşılık Tekinay, kadının evlenme ile kocasının soyadını alacağını, yani kızlık ya da dulluk soyadını bırakmasının zorunlu olduğunu belirtmekteydi.⁴⁸

TMK 153/I'nin değiştirilmesinden önce bu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle pek çok dava açılmış, ama dava mahkemelerinden yalnız bir tanesi iddiayı ciddi bulup Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.⁴⁹ Halen Anayasa Mahkemesi'nde görülmekte olan başvurunun sahibi Av. Oya Ataman, evlenmeden önceki soyadını sürdürememesinin anayasaya aykırı olduğunu iddia etmekteydi. Davasını Anayasa Mahkemesine götüremeyen Av. Ayten Ünal Tekeli ise Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur.⁵⁰

⁴⁷ Velidedeoğlu, a.g.e., s. 135 dn.10.

⁴⁸ S. Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 283.

⁴⁹ Bkz. *Yeni Yüzyıl*, 4.6.1997.

⁵⁰ Bkz. *Yeni Yüzyıl ve Milliyet*, 24.12.1995.

Evlilikte soyadı sorunu, kadın kuruluşları tarafından da sık sık dile getirilmiş ve buna ilişkin çözüm önerileri geliştirilmiştir. İstanbul Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1984 yılında Adalet Bakanlığınca kurulan komisyon tarafından hazırlanan “Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi” başlıklı çalışmanın kadın-erkek eşitliğini yerine getirmeyen hükümlerine alternatif olarak bir Medeni Kanun Değişiklik Tasarısı hazırlamıştır. Bu tasarı 100.000 imza toplandıktan sonra 17 Şubat 1993’te Meclis’e iletilmiştir. Bu tasarıya göre (mad.153), *“Evlenme akdi sırasında kadın kocasının ya da koca karısının soyadını seçme hakkına sahiptir. Bu bildirim evlendirme memuruna yapılır. Eşler evlenme sırasında evlendirme memuruna ya da herhangi bir zamanda nüfus memuruna yapacakları yazılı bir bildirim ile bekârlık soyadlarını da kullanabilirler. Bu takdirde bekârlık soyadı önde yer alır.”*

Bu tasarı, ortak soyadı koşulunu esas almıştır. Eşlerden birinin soyadını ortak soyadı olarak seçme ve bekârlık soyadını buna ekleme olanağının yanı sıra, her iki eşin de ortak bir soyadı saptamadan bekârlık soyadlarını sürdürmeleri olanağına yer verilmemiştir.

Siyasi partilerin Medeni Kanun’da reform önerileri kapsamında soyadı da ele alınmıştır. CHP’nin 11.7.1996 tarihli tasarısına göre, *“Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak, kadın nüfus müdürlüğüne yapacağı yazılı bildirimden sonra, kocasının soyadı ile birlikte kendi aile adını veya evlenme sırasında taşıdığı soyadını da kullanabilir. Bu takdirde aile adı veya evlenme sırasında taşıdığı soyadı önde yer alır.”* Bu tasarı da kocanın soyadını aile adı olarak esas almakta ve kadının soyadının aile adı olarak seçilmesine olanak tanımamaktadır. Ama bekârlık soyadının yanı sıra boşanmış olmasına karşın eski eşinin soyadını kullanmayı sürdüren kadınlara bu adı koruma olanağı tanıdığı için olumlu bir içeriğe sahiptir.

IV. Karşılaştırmalı Hukukta Eşitlik İlkesi ve Evli Kadınların Soyadı

Eşitlik ilkesinin anayasal ifadesi ve bu ilkenin somutlaşmış biçimi olarak isim hakkının ve evlilikte eşlerin soyadının düzenlenmesi açısından dünya ülkelerine bakıldığında, bu konuda birbirinden çok farklı eğilimler olduğu gözlenmektedir. Aynı hukuk çevresinde bulunan ülkelerin bile birbiriyle uyuşmayan düzenlemeleri mevcuttur. Ancak bu çeşitliliğe karşın her ülkenin belli bazı ilkeler doğrultusunda tutarlı olmaya

çalıştığı ve toplumun isim konusundaki geleneklerini yasal düzenlemenin dışında bırakmadığı görülmektedir.

Dikkate değer diğer bir nokta ise, eşitlik ilkesinin devletlerin anayasalarında yer alma biçiminin dar bir yoruma tabi tutulmaması, bu ilke en klasik haliyle yer alsa bile bunun, bir hukuk devletinin doğasına içkin olduğunun kabul edilmesidir. Görüleceği gibi, klasik haklar kataloğu olmayan ülkeler dahi günümüzün temel hak ve özgürlüklerini hukuk düzenlerinin doğal bir parçası kabul etmişler ve bunun gereklerine uygun yasal düzenlemeler yapmışlardır. Bu amaçla ilgili ülkelerin Medeni Kanunlarının soyadına ilişkin düzenlemelerinden önce, anayasal eşitlik ilkesini nasıl düzenlemiş olduklarına kısaca değinilecektir.

Bu doğrultuda diğer ülkelerin yasal düzenlemeleri incelenirken, Almanya'nın özel bir yeri olduğu görülecektir. Çünkü bu ülkedeki mevcut düzenleme hem yasama hem de yargı organının katkılarıyla kırk yıllık bir zaman dilimi içinde geliştirilmiştir. Bu süreçteki temel kaygı ise, anayasadaki kadın-erkek eşitliği ilkesinin tam anlamıyla hayata geçirilmesidir. Bu nedenle, Almanya örneği daha ayrıntılı biçimde ele alınacaktır.

Soyadının Batı Avrupa'daki tarihi, Türkiye'dekinden oldukça eskilere uzanmaktadır. Soyadı ilk olarak Roma İmparatorluğu zamanında kullanılmaya başlanmış, İmparatorluğun yıkılmasından sonra ancak 8. yüzyılda Yukarı İtalya'da yeniden gündeme gelmiştir. 12. yüzyılda Kıta Avrupası'nda yaygınlaşan soyadı, 18. yüzyıla kadar örf ve adet hukukuna terkedilmiş, bu konuda devletin herhangi bir düzenlemesi olmamıştır. Bu zamana dek soyadı ilk olarak soylu sınıflar arasında yaygınlık kazanmıştır. Mirasın paylaşılması ve erkeğe bağlı soyluluk zincirinin doğru biçimde saptanmasında soyadı önemli bir rol oynamıştır. 18. yüzyıl sonundan itibaren devletlerin örgün bir kamu hizmeti ağı kurmaya başlamasıyla (şehir defterlerinin tutulması, vergi listelerinin hazırlanması, seçmen kütükleri ve özellikle zorunlu hale getirilen askerlik hizmeti için listelerin hazırlanması), ticaret hacminin artmasıyla ve hukuki işlemlerin büyük ölçüde yazılı hale gelmesiyle birlikte kişilerin birbirinden ayırt edilebilmesi için soyadı hayati bir önem kazanmıştır. Bu süreçte ataerkil toplum düzeni içinde babasının evinden çıkıp kocasının himayesine giren kadınların, kocalarının ve babasına mirasçı olan ve babanın ailesinin soyunu sürdürececek çocukların da babalarının soyadını alması doğal karşılanmıştır.⁵¹ 20. yüzyıla gelindiğinde Batı Avrupa'daki

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dieter Giesen, *Der Familienname aus rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht*, *FuR* 7993/2, s. 66 vd.; Schwenzler, *FamRZ* 1991/4, s. 391.

fiili ve hukuki durum budur. Aşağıda görüleceği gibi, toplumun değişen yapısı ve kadınların örgütlü talepleri karşısında bu ülkeler, anayasalarındaki eşitlik ilkesini güne uydurmak zorunda kalmışlardır.

A. Roma Hukuk Çevresi⁵²

Fransa: 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın başlangıç kısmında 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ni kabul eden ve buna eklemeler yapan 1946 tarihli Anayasa'ya göndermede bulunularak bu bildiriyle bağlı olduğu ilan edilmektedir. Bildirgenin 1. maddesinde ise tüm insanların eşit haklara sahip oldukları yazılıdır. Anayasa'nın 1. maddesinde de yurttaşların soylarına, ırklarına ya da dinlerine bakılmaksızın kanun önünde eşit oldukları kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi, kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduklarını belirten özel bir hüküm mevcut değildir.

Fransa'da isim hukuku ağırlıklı olarak yasayla değil, örf ve adet hukukuyla düzenlenmektedir. Evlilik, soyadı değişikliğini gerektirmez ve eşlerin ortak bir soyadını sürdürme zorunluluğu yoktur. Kadınlar kocalarının soyadını alma hakkına ya da bu soyadını kendi adlarına eklemeye olanağına sahiptirler. Erkek de kadının soyadını kendi adına ekleyebilir ama onun soyadını alamaz. Diğer eşin soyadını kendi soyadına ekleme hakkı, evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaktadır.

Çocuklar babanın soyadını alır. 1985'ten beri soyadının kullanımında çocuklara, yasal olarak soyadını taşımadığı ebeveyninin soyadını da ek olarak kullanma olanağı getirilmiştir.

İspanya: 1978 tarihli İspanyol Anayasası'nda Türk Anayasası'ndakine benzer bir eşitlik ilkesi benimsenmiştir. 14. maddeye göre, herkes kanun önünde eşittir ve kimseye soyu, ırkı, cinsiyeti, dini, dünya görüşü ya da diğer kişisel ya da toplumsal nitelikleri nedeniyle ayrımcılık yapılamaz ya da ayrıcalık tanınmaz.

Evlilikte eşlerin soyadı yasayla düzenlenmemiştir. İki eş de kendi soyadlarını kullanmayı sürdürebilecekleri gibi, ortak bir soyadı da kararlaştırabilirler. Bunun yanında kadının, kendi soyadına kocasının soyadını ekleme hakkı da vardır.

Çocuk annenin ve babanın soyadından oluşan ikili bir soyadı alır. İlk soyadı babanınkidir; bunun önemi, ikili soyadına sahip çocuğun kendi çocuğuna geçireceği

⁵² Giesen, *FuR* 1993/2, s. 76 vd.; Ingeborg Schwenzer, *Namensrecht im Überblick*, *FamRZ* 1991/4, s. 393.

soyadının bu ilk soyadı olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak çocuk reşit olduktan sonra soyadlarının sırasını değiştirme, böylelikle hangi adının kendi çocuğuna geçeceğine karar verme hakkına sahiptir. Sturm, reşit olduktan sonra bu sıranın değiştirilmesine pek yanaşmadığını, çünkü o zamana dek bu sıranın yerleşik hale geldiğini belirtmektedir.⁵³

B. İskandinav Hukuk Çevresi⁵⁴

1953 tarihli Danimarka Anayasası'nda eşitliğe ilişkin bir düzenleme yoktur; 1975 tarihli İsveç Anayasası'nın 16. maddesinde cinsiyeti dayalı ayrım yasağı getirilmiştir. Buna göre, kadın-erkek eşitliğini sağlamaya, askerlik hizmetine ya da buna benzer bir hizmete ilişkin olmadığı sürece kimse cinsiyetinden dolayı ayrımcılığa tabi tutulamaz. 1919 tarihli Finlandiya Anayasası ise 5. maddesinin ilk fıkrasında kanun önünde eşitliği ve cinsiyete dayalı ayrım yasağının da içinde bulunduğu özgül ayrım yasaklarını düzenlerken 3. fıkrasında, toplumda ve iş yaşamında kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olmalarının desteklenmesini kabul etmektedir.

Danimarka, Norveç, İsveç ve Finlandiya'nın dahil olduğu bu hukuk çevresinde evlilikte ortak soyadı yükümlülüğü kaldırılmıştır. Bu ülkelerde eşler isterlerse ortak bir soyadı kullanabilirler; isterlerse kendi soyadlarını kullanmayı sürdürebilirler. Çocuk ortak soyadını, eğer yoksa, ebeveynlerden birinin soyadını alır. Bu, eşlerin ortak kararıyla gerçekleşir. Eğer eşler bir karara varamazlarsa, çocuk annenin soyadını alır.

C. Anglo-Amerikan Hukuk Çevresi

Birleşik İngiltere Krallığı'nın 1215 Magna Carta'dan başlayarak uzun bir tarihsel süreçte oluşan ve hep birlikte devletin anayasasını oluşturan bağlayıcı hukuki metinleri bulunmaktadır. Bunların en önemlileri Magna Carta (1215), Pctition of Rights (1627), Habeas Corpus (1679), Bili of Rights (1689), Act of Settlement (1701)'dir. Bunların içinde klasik bir haklar kataloğu olmadığı gibi, eşitlik ilkesiyle ilgili bir hüküm de yer almamaktadır. Hukuk düzeni, teamül hukuku (common law) ve yasa hukuku (statute law) arasında paylaşılmıştır. Eşitlik ilkesinin de büyük oranda common law'da gerçekleştirildiği söylenebilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde ise yalnızca se-

⁵³ Fritz Sturm, *Der Kindesname national und international*, Prütting/Rüssmann (Hg), *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts (Festschrift für Gerhard Lüke)*, München, C.H.Beck, 1997, s. 810.

⁵⁴ Giesen, a.g.m., s. 77; Schwenger, a.g.m., s. 392-393.

çim hakkının kullanılmasında ayrımcılık yasağıyla ilgili iki hüküm bulunmaktadır. 1870 tarihli ek 15. madde ırk, renk ve sınıfa dayalı ayrımcılığı yasaklarken, 1920 tarihli ek 19. madde, aktif seçme hakkında cinsiyete dayalı ayrımlara yasak getirmektedir.

Sonuç olarak, genel eşitlik ilkesine ya da özgül ayırım yasaklarına ilişkin başkaca bir düzenleme mevcut değildir.

İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nin dahil olduğu Anglo-Amerikan sisteminde soyadı konusunda tam bir özgürlük söz konusudur. Genel olarak soyadını değiştirmenin tek sınırı hukuki hile amacının varlığı oluşturur. Bu özgürlük, evlilikte kadının soyadında da korunmuştur.

Evli kadın kendi soyadını kullanmayı sürdürebileceği gibi, kocasının soyadını da alabilir. Bunun yanında kendi soyadıyla birlikte kocasının soyadını da kullanabilir. Evliliğin sona ermesi soyadını etkilemez; aynı biçimde evlilik dışı birlikteliklerde de kadın erkeğin soyadını alabilmektedir.⁵⁵

Çocuğun adının belirlenmesi neredeyse tamamen geleneklere bırakılmıştır. Bu doğrultuda genel eğilim, babanın soyadının verilmesidir.

Ancak ebeveynlerin, eşlerden birinin ya da ikisinin birden adlarını çocuğun soyadı olarak seçmeleri hatta adlarının hecelerinden yeni bir soyadı yaratmaları bile olanaklıdır (Bkz. Jech v. Burch davası, 466 F. Supp. 714 D. Hawaii 1979). Bu davada Ale-na Jech ve Adolf Befurt, çocuklarına Adrian Jebef adını vermek istemişlerdi; buna olanak tanımayan Hawaii yasalarına karşı başvurdukları Eyalet Mahkemesinde bu tür bir yasağın ABD Anayasası'nın 14. maddesine aykırı olduğuna karar verilmiştir.

Karar vermeme durumunda eşlerden ikisine de öncelik tanınmamakta, nihai kararı yargıç vermektedir. Ölçüt, çocuğun esenliğidir; çocuğun o güne dek kullandığı adı kullanma süresi, ebeveynlerin tek tek çocukla ilişkisi, çocuğun taraflardan biriyle kalacak olması, velayet hakkına sahip ebeveynin saik ve çıkarları vs. gibi ölçütler yargıcın dikkate alması gereken noktalardır. Yargıç ebeveynlerden birinin soyadının verilmesini kararlaştırabileceği gibi, her ikisinin soyadının da verilmesine karar verebilir.⁵⁶

⁵⁵ Giesen, a.g.m., s. 77.

⁵⁶ Schwenzer, a.g.m., s. 394.

D. Alman Hukuk Çevresi⁵⁷

İsviçre: 1981 yılındaki halkoylaması sonucu, eşit haklara sahip olma ilkesinin anayasada bir temel hak olarak yer almasını takiben, 1988'deki yasa değişikliği sonrası, erkeğin soyadı, aile adının saptanmasında esas oluşturmakla birlikte kadının soyadının da aile adı olarak kararlaştırılmasına sınırlı da olsa bir olanak tanınmıştır. Bunun için “dikkate değer nedenler” gerekmektedir ve kadının soyadının aile adı olarak seçilmesi, soyadı değiştirme usulüne tabidir.

Diğer yandan kadın, kocasının soyadının önüne kendi soyadını koyabilirken, bu hak, kadının soyadının aile adı olması durumunda kocaya tanınmamıştır.

Çocuk, ebeveynlerin aile adını alır. Ortak ve tek soyadı zorunlu olduğundan, iki soyadından oluşan bir soyadının verilmesi mümkün değildir.

Avusturya: 1920 tarihli Avusturya Anayasası'nın 7. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesi benimsenirken, cinsiyetten kaynaklanan ayrımlar da yasaklanmaktadır.

1995'teki yasa değişikliğinden⁵⁸ bu yana evlilikte ortak soyadı yükümlülüğü yoktur. Bunun yanında eşler, kadının ya da erkeğin soyadının ortak soyadı olmasını kararlaştırabilirler.

Ortak soyadı seçmeyen eşler evlenirken, çocukların hangi ebeveynin soyadını alacağını belirtmek zorundadırlar. Eğer bunu yapmazlarsa, çocuğa babanın soyadı verilir.

Yunanistan: 1975 tarihli Yunanistan Anayasası 4. maddesinin ilk fıkrasında tüm yurttaşlarının kanun önünde eşitliğini kabul ettikten sonra, ikinci fıkrasında erkek ve kadın yurttaşların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu belirtmektedir.

Evlilik, soyadı değişikliğine neden olmamaktadır. Eşler kendi soyadlarını kullanabilecekleri gibi, ortak bir soyadı da belirleyebilirler.

Evlilik içi çocukların soyadları, evlilik öncesinde, tüm çocuklar için geçerli olmak üzere belirlenir. Anne ve babanın soyadlarından oluşan ikili soyadı da olanaklıdır. Eğer eşler bir karara varamazlarsa, çocuklara babanın soyadı verilir.

⁵⁷ Schwenzer, a.g.m., s. 392; Sturm, a.g.m., s. 825.

⁵⁸ Das österreichische Namensrechtsänderungsgesetz BGB1.1995/25. 1.5.1995'te yürürlüğe girmiştir.

E. Almanya

1949 tarihli Alman Anayasası eşitlik ilkesini, ‘kanun önünde eşitlik’ kenar başlığı altında üç fıkrada düzenlemiştir. 3. maddenin birinci fıkrasına göre, herkes kanun önünde eşittir. 2. fıkrada, erkek ve kadınların eşit haklara sahip oldukları ve devletin kadınların ve erkeklerin fiili eşitliğinin sağlanmasını destekleyeceği ve mevcut engellerin ortadan kaldırılmasına çalışacağı belirtilmektedir. Üçüncü fıkrada ise aralarında cinsiyete dayalı ayrımcılığın da yer aldığı özgül ayırım yasakları yer almaktadır.

Almanya, 1896 tarihli Prusya Medeni Kanunu’ndan bu yana büyük aşamalar kaydetmiş, eşitlik ilkesi toplumsal talepler doğrultusunda yasamanın gerek doğrudan gerekse yargı dolayımıyla gerçekleşen müdahaleleriyle hayata geçirilmeye çalışılmıştır. Evlilikte eşlerin ve çocukların soyadlarına ilişkin düzenlemeye geçmeden önce, tarihsel gelişme göz atmak yararlı olacaktır.

1896 tarihli yasaya göre, kadın kocasının soyadını taşır (§1355); çocuk da babanın soyadını taşır (§1616).⁵⁹

1957 tarihli “Eşit Haklara Sahip Olma Yasası”yla getirilen değişikliğe göre, aile adı yine kocanın soyadı olmakla birlikte kadına, kocasının soyadına kendi soyadını da ekleyerek kullanma hakkı tanınmıştır.

1963 yılında Federal Anayasa Mahkemesinin (FAYM) evlilikte soyadıyla ilgili ilk kararında davanın konusu, 1957 tarihli yasanın 1355. maddesinin birinci cümlesinde yer alan ortak soyadı yükümlülüğünün kişilik haklarına aykırı olup olmadığıdır.⁶⁰ Mahkeme, ortak soyadı kullanma yükümlülüğünün kişilik haklarını ihlal etmediğine karar vermiştir. Ama davanın konusu olmamakla birlikte ortak soyadının kocanın soyadı olmasının, Federal Anayasa’nın 3. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan eşitlik ve eşit haklara sahip olma ilkelerine aykırı olduğuna ilişkin kuşkularını da dile getirmekle birlikte, bunu davanın kapsamı dışında değerlendirmiştir.

⁵⁹ Evlilik birliğinin doğası ve erkeğin konumu gereği, erkeğin soyadının bu birliği temsil etmesi gerektiği görüşüne dayanarak bu düzenleme daha 1907 yılında Marianne Weber tarafından eleştirilmiştir. Weber, “Hukukun Gelişmesinde Eş ve Anne” (Tübingen, 1907) isimli monografisinde bu maddeye karşı çıkmış, buna gerekçe olarak da, bu maddenin kadın ve çocukların çıkarlarına karşılık erkeklerin ayrıcalıklarını üstün tutmasını göstermiştir. Önerisi ise, çocukların soyadı konusunda eşlere bir seçim hakkının tanınması ve kadının ikili soyadı kullanabilmesinin sağlanmasıdır. Bkz. *Giessen, FuR 1993/2*, s. 69 d.ii.78.

⁶⁰ BVerfGE 17, 168 vd.

1976 tarihli 1. Evlilik ve Aile Hukuku Yasası'na⁶¹ göre, eşler ortak bir soyadı kullanır (mad.1355/1). Aile soyadı olarak karının ya da kocanın soyadı seçilebilir (1355/11 1. cümle). Eğer eşler bir karar vermezlerse, kocanın soyadı, ailenin soyadı olarak kabul edilir (1355/11 2.cümle). Kendi soyadı aile adı olmayan eş, doğum ya da evlilik öncesinde kullanmakta olduğu soyadını aile adına ekleyebilir (1355/111).

Çocuğun soyadı, aile adıdır (mad.1616).

Yasaya göre, 1.4.1953 ile 30.6.1976 arasında evlenmiş olanlar, kadının soyadının da aile adı olarak seçilebilmesi hükmünden yararlanamayacaklardı.

Yasa tasarısında, ortak soyadı zorunluluğuna karşılık eşlerin soyadlarından oluşan ikili bir soyadının da aile adı olarak kullanılabilmesi öngörülüyordu. Ancak bu öneri Federal Meclis'te kabul görmemiştir.

1978'de 1976 tarihli yasanın 1953-1976 arasındaki evlilikleri, yeni düzenlemenin kadının soyadının da aile adı olarak seçilebileceğini öngören maddesinin kapsamı dışında bırakmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla dava açılmıştır. Mahkeme, bu hükmü anayasaya aykırı bulmuş ve bu tarihler arasında yapılan evlilikler için de geçici bir düzenleme öngörmüştür.⁶²

1988 tarihli FAYM kararının⁶³ konusu yine, 1355. maddenin 1. fıkrasındaki ortak aile adı yükümlülüğünün anayasada güvence altına alınmış kişilik haklarına ve insan onuruna aykırı olup olmadığıdır. Mahkeme bunun anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Ancak bunu tartışırken, dava konusu edilmeyen, kocanın soyadının ikincil nitelikteki seçiminin (1355/11 2. cümle) eşitlik ilkesine uygunluğuyla ilgili kuşku- kularını da dile getirmiştir.

1991 tarihli son kararıyla⁶⁴ Mahkeme, bugünkü yasal düzenlemeye büyük ölçüde kaynaklık etmiştir. Davanın konusu, 1355. maddenin 2. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan, kocanın soyadının ikincil olarak aile adı olarak seçilmesi hükmüdür. Mahkeme bu hükmü, anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bulup iptal etmiştir. Yasa koyucu yeni bir yasal düzenleme yapıncaya kadar da kendisi geçici bir düzenleme getirmiştir. Federal Anayasa Mahkemesinin düzenleyici işlem yapma yetkisi olmamakla birlikte bu

⁶¹ 1. Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG) vom 14.6.1976 BGBl.I s.1421

⁶² BVerfGE 48,327.

⁶³ BVerfGE 78,38 vd.

⁶⁴ BVerfGE 84,9 vd.

tür geniş etkisi olan bir düzenleme yetkisini, kendisine Federal Anayasa ve kanunla verilen yetkilerin işlevinden çıkardığı belirtilmektedir.⁶⁵ Yasa koyucu iptal kararında belirtilen ilkeler doğrultusunda yeni bir yasal düzenleme yapıncaya kadar Mahkeme'nin öngördüğü düzenleme şöyleydi:

- Eşler, kadının ya da erkeğin soyadını ortak soyadı seçebilecekleri gibi, evlenmeden önce kullandıkları soyadlarını kullanmayı sürdürebilirler.
- Eşler ortak bir soyadı taşııyorsa, evlilik içi çocuk ya babanın, ya annenin ya da ikisinin soyadlarından oluşturulmuş ikili bir soyadını kazanabilir.
- Eğer çocuğun ebeveynleri bir karara varamazlarsa, çocuk eşlerin soyadlarından oluşturulmuş ikili soyadını alır; soyadlarının sırası kurayla belirlenir.

Mahkeme'nin yasa koyucuya yol gösteren kararı, ismin kişilik hakkıyla sıkı sıkıya ilişkisini ve eşitlik ilkesinin toplumsal değer yargıları karşısında hayata geçirilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin açıklamalarıyla ilerici bir içeriğe sahiptir. Mahkeme'ye göre, bir ilişkinin geleneksel yapısı, eşitsizliği haklı kılamaz. Eğer mevcut toplumsal gerçeklik veri olarak ele alınır, anayasal bir emir olan farklı cinslerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin gerçekleştirilmesi işlevini kaybedecektir. Bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalınmalıdır. Esas olarak bu, kadınların ayrımcılığa uğradığı yerlerde geçerlilik kazanmaktadır, çünkü Anayasa'nın 3. maddesinin 2. fıkrası böylesi ayrımcılığı önleme amacına hizmet etmektedir. (...)

Doğumla kazanılan ad, kişinin bireyselliğinin ve kimliğinin ifadesidir; bu nedenle birey, hukuk düzeninin adına saygı göstermesini ve bunu korumasını talep edebilir. Bir isim değişikliği, çok önemli nedenler olmadıkça talep edilemez. (...)

Çocuğun soyadının evlilik akdi sırasında saptanması sözkonusu olamaz, çünkü böyle bir yükümlülük evlenme özgürlüğünü kısıtlayıcı niteliktedir. Ebeveynlerden birinin soyadının zorunlu olması da anayasal açıdan itiraz konusu edilebilir. Bütün bunlardan sonra ebeveynlerin seçim hakkının varlığı en adil çözüm yolu olarak görünmektedir. İkili soyadı seçme olanağının tanınması, eşlerin karar verememesi hallerini büyük ölçüde ortadan kaldıracığından uygun bir çözüm olacaktır.⁶⁶

⁶⁵ Bkz. Michael Coester, *Verfassungswidrigkeit des Ehenamensrechts*, *Jura* 1991/11, s. 582 dn. 32. Coester bu yetkiyi "implied power" olarak nitelemektedir.

⁶⁶ BverfGE 84,17 ve 22-23.

Yasa koyucu, Mahkeme'nin geçici düzenlemesinden sonra bir düzenleme yapmış ancak görüleceği gibi, Mahkeme'nin geçici düzenlemesinin gerisinde kalmıştır. Bugün de yürürlükte olan Alman Medeni Kanunu'na göre,

- Eşler ortak bir soyadı belirlemekle yükümlüdür; ancak bunu yapmak zorunda değildirler. Eğer ortak bir soyadı kararlaştırmazlarsa, evlilik anındaki soyadlarını kullanmayı sürdürebilirler (mad. 1355/1).
- Aile soyadı, ya kadının ya da erkeğin soyadıdır (mad. 1355/11); ikili soyadı, soyadlarının çok uzun olabileceği gerekçesiyle yasa koyucu tarafından kabul görmemiştir.
- Çocuğun soyadı ya annenin ya da babanın soyadıdır (mad. 1616). İkili soyadı kullanılamaz. Ebeveynler bir ay içinde bir karara varamazlarsa, velayet mahkemesi ebeveynlerden birine seçim hakkını ve bu hakkın kullanılması için belli bir süre verir. Eğer seçim hakkı bu süre içinde kullanılmazsa çocuk, seçim hakkı kendisine verilen ebeveynin soyadını alır.

Alman hukuku kırk yıla yayılan bir süreçte eşitlik ilkesinin optimum noktasını bulmaya çalışmıştır; ancak yasal düzenleme sonrası hukuk literatürüne bakıldığında bu serüvenin bittiği henüz söylenemez. Gerçekten de Alman hukukundaki mevcut düzenleme, farklı çevrelerce değişik biçimlerde yorumlanmaktadır. Bu konuda belli başlı iki taraf vardır: Birincisi, isim hukukundaki dinamikleşmenin, yani seçeneklerin çoğalmasının, ismin kimliği belirleme niteliğini ortadan kaldıracaklarını, bir aileye aidiyeti gösteremeyeceğini ileri sürmektedir.⁶⁷ Karşı tarafta ise, özellikle çocuklara iki eşin soyadından oluşan ikili bir soyadı verilmesi olanağının ortadan kaldırılmasının, ebeveynlerin haklarına bir müdahale olduğunu ve eşlerin ortak soyadı taşımalarının anayasal bir zorunluluk olmadığını, ancak isterlerse, ikili bir ortak soyadı da seçebilmeleri gerektiğini ileri süren görüş yer almaktadır.⁶⁸ Anayasa Mahkemesinin geçici düzenlemesinde yer alan ikili soyadı, iki kişiyle başlayan ve sonrasında çoğalan gönüllü bir birliktelik olarak evliliğin tüm üyelerine saygı ilkesinin gereklerini en iyi biçimde yerine getirmekteydi.

⁶⁷ Gernhuber/Coester-Waltjen, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4. Auflage, München, C.H.Beck, 1994, s. 148.

⁶⁸ Ute Sacksofsky, *Das eheliche Namensrecht-der unendlichen Geschichte dritter Akt*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung*, 1995, s. 98 vd.

V. Değerlendirme ve Öneriler

Karşılaştırmalı hukukta da görüldüğü gibi, evlilikte eşlerin soyadı konusunda tek ve ideal bir örnekten söz etmeye olanak yoktur. Her ülke, ait olduğu hukuk çevresi ve tarihi gelenekleri çerçevesinde kendi modelini geliştirmeye çalışmıştır, ancak hiçbir hukuki düzenleme itirazsız kabul görmemektedir. Bu nedenle tek bir örnek üzerinde ısrar etmek yerine, özgürlükçülük ilkesi temelinde, yasayla birden çok alternatifi sunulması en doğru çözüm olarak görünmektedir. Gelenekler doğrultusunda mevcut düzenlemeyi tercih edecekler olacağı gibi, eşitlikçi taleplerini aile hukuku alanında gerçekleştirmek isteyenler de olacaktır. Kıta Avrupası geleneğine dahil olan Türkiye için bu alanın yasal düzenleme dışında geleneklere terkedilmesi düşünülemeyeceğine göre, yasal çerçevede en geniş seçenekler düzenlenmeye çalışılmalıdır. Özgürlükçü bir düzenlemenin temel unsurlarından birinin, kişilerin iradesine yasalar çerçevesinde en geniş yetkileri tanımak olduğu gözönünde tutulmalıdır.

- Bu doğrultuda evlilikte soyadı için yasa hükmüne dahil edilebilecek seçenekler şöyle sıralanabilir:
- Eşler dilerlerse, ortak bir soyadı seçebilmelidir. Ancak ortak soyadı, zorunlu olmaktan çıkarılmalıdır.
- Her iki eşin de doğumla kazandıkları soyadları ortak soyadı olarak seçilebilmelidir. Bu olanak yalnızca kocanın soyadıyla sınırlandırılmamalıdır.
- Eşlerin ikisinin soyadından oluşan ikili bir soyadı da ortak soyadı olarak seçilebilmelidir.
- Çocuğun soyadı, varsa ortak soyadı, yoksa eşlerden birinin soyadı ya da eşlerin soyadından oluşan ikili bir soyadı olabilmelidir. Bu soyadının sırasının değiştirilmesi ya da tek soyadının seçilmesi, 18 yaşını doldurduktan sonra çocuğun iradesine tabi olmalıdır.

Soyadıyla ilgili reform önerilerine hemen hemen her ülkede yöneltilen ilk itiraz, kamu düzeninin bozulacağı ve bürokrasinin böyle çeşitli alternatifleri içeren bir düzenlemenin altından kalkamayacağı olmaktadır. Bu itiraza Türkiye açısından bakıldığında, bunun pek de gerçekçi olmadığı görülecektir. Çünkü çok 'pratik' ve basit olduğu düşünülen mevcut yasal düzenlemeyle bile nüfus işleri kırsal alanda, özellikle

de Doğu bölgelerimizde etkin biçimde yürütülememektedir.⁶⁹ Bunun toplumsal ve sosyolojik nedenleri bir tarafa bırakılırsa, devletin yapması gerekenin, temel hakları yok sayarak kendince en basit çözümü yeğlemesi değil, nüfus işlerini düzenli ve yaygın hale getirecek altyapıyı hazırlamak olduğu ortadadır.

Medeni Kanun'un soyadı konusunda tek bir çözümü zorunlu kılmak yerine, birden çok olasılığı düzenlemesi ve bunu yasa çerçevesinde tarafların iradesine bırakması en uygun çözüm olarak görünmektedir.

⁶⁹ Bunun yakın tarihli bir tanıklığı için bkz. Pervin Kaplan/Şebnem Aksoy, "Güneydoğu'nun Adaleti Kadınlara Emanet", *Radikal (Yazı Dizisi)*, 4-7 Aralık 1997. "Halkın çoğunluğunun, kadınların hiçbirinin, çocukların ise okula gidene kadar nüfus cüzdanına sahip olmaması, adaletin gecikmesine neden oluyor. Savcılar otopsiye gittikleri kişinin aslında kayıtlara göre hiç yaşamamış olduğunu görüyorlar. Doğmamış bir kişinin ölüm evrakları hazırlanmayacağı için önce kimlik çıkarmak istiyorlar. Ancak anne ve babasının resmi nikahlı olmadığını, annesinin de nüfus cüzdanı olmadığını öğreniyorlar. Bunun üzerine önce anneye nüfus cüzdanı çıkarılıyor, anne ve baba resmi nikahla evlendiriliyor; ölen kişinin kimliği çıkarılıyor, sonra da ölüm evrakı düzenleniyor. Bu durum, kısa süre içinde hazırlanacak "normal bir ölüm" evrakının bile avlarca hazırlanamamasına neden oluyor" (6.12.1997).

Kaynakça

- Akıntürk, Turgut, *Aile Hukuku*, 2. baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975.
- Ataay, Aytekin, *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, 3. baskı, İstanbul, Fakülteler
- Bornhofen, Heinrich, Die Verwaltungsvorschriften zum Familiennamenrechtsgesetz, *Das Standesamt* 1994/5, S. 141-151.
- Bourdieu, Pierre, “Kamuoyu Yoktur”, *Toplumbilim Sorunları*, (çev. Işık Ergüden), İstanbul, Kesit Yayıncılık, 1997, S. 203-215.
- Cansel, Erol, “Medeni Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk)”, *Medeni Kanun’un 50. Yılı*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, S. 23-42.
- Coester, Michael, Das neue Familiennamensrechtsgesetz, *Familie und Recht (FuR)* 1994/1, S. 1-8.
- Coester, Michael, Verfassungswidrigkeit des Ehenamensrechts, *Jura* 1991/11, S. 580-585.
- Çakır, Serpil, *Osmanlı Kadın Hareketi*, İstanbul, Metis Yayınları, 1994.
- Diederichsen, Uwe, Die Neuordnung des Familienrechts, *Neue Juristische Wochenschrift (N/W)* 1994/17, S. 1089-1097.
- Dural, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, 3. baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987.
- Gernhuber/Coester-Waltjen, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4. Auflage, München, C.H.Beck, 1994.
- Giesen, Dieter, Der Familienname aus rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, *Familie und Recht (FuR)* 1993/2, S. 65-81.
- Gören, Zafer, *Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları*, İzmir, 1991.
- Henrich, Dieter, *Familienrecht*, 5. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter Verlag, 1995.
- Hepting, Reinhard, Der Name der ehelichen Familie in der Reform, *Standesamt* 1992/7, S. 201-211.
- İmre, Zahit, *Medeni Hukuka Giriş*, 3. baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980.

- İmre, Zahit, Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması, *Recâi Seçkin'e Armağan*, Ankara, 1974, S. 797-845.
- Kaneti, Selim, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, *Anayasa Yargısı* (6), Ankara, 1989, S. 19-35.
- Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 6. bası, Ankara, AÜHF Yayınları, 1981.
- Kaplan, Pervin/Şebnem Aksoy, *Güneydoğu’nun Adaleti Kadınlara Emanet*, Radikal Gazetesi Yazı Dizisi, 4-7 Aralık 1997.
- Karadeniz-Çelebican, Özcan, *Roma Hukuku*, 4.baskı, Ankara, Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989.
- Köprülü, Bülent, *Medeni Hukuk*, 2.baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, *Aile Hukuku*, 2.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer, *Kişiler Hukuku Dersleri*, 4.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988.
- Öden, Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik ilkesi*, (yayınlanmamış doktora tezi), Ankara, 1989.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1995.
- Özsunay, Ergun, *Medeni Hukuka Giriş*, 5. baskı, İstanbul, Güryay Matbaacılık, 1986.
- Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, 2. baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983.
- Öztan, Bilge, “Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Halinde Kadının Soyadı Sorunu”, Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, S. 421-439.
- Öztan, Bilge, *Şahsın Hukuku*, 3. baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 1990.
- Sacksofsky, Ute, Das eheliche Namensrecht-der unendlichen Geschichte dritter Akt, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung (KritV)* 19.95, S. 94-111.
- Saymen, Ferit H./Elbir, Halid E., *Türk Medeni Hukuku III. Cilt (Aile Hukuku)*, 2. baskı, İstanbul, Hak Kitabevi, 1960
- Schwab, Dieter, Der Name İst Schall und Rauch, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 7992/9, S. 1015-1018.

- Schwenzer, Ingeborg, Namensrecht im Überblick, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1991/4, S. 390-397.
- Staudinger, J. von, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Bd. 4)*, 12. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1993.
- Sturm, Fritz, Der Kindesname national und international, Prütting/Rüssmann (Hg), *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts (Festschrift für Gerhard Lücke)*, München, C.H.Beck, 1997.
- Tekinay, S. Sulhi, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Tekinay, S. Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, 7.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990.
- Tufan, Hülya, “Kamuoyu Araştırmalarının Dayanılmaz Hafifliği”, 2. baskı, *Laiklik (Cogito Dizisi)*, Sayı:1, Yaz 1994, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, S. 183-194.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku C.1 Cüz 2 (Şahsın Hukuku)*, 3. baskı, İstanbul, Nurgök Matbaası, 1963.
- Wagenitz, Thomas, Grundlinien des neuen Familiennamenrechts, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1994/7, S. 409-416.
- Zevkililer, Aydın, *Medeni Hukuk*, 3. baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 1992.



(2. Makale – 2000)

Prof. Dr. Harun TEPE*

*İnsan Hakları ve Anayasalarımız: 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları***

* Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Öğretim Üyesi

** Frankofoni, Yıl: 2000, Sayı: 12, s. 337- 347.



İNSAN HAKLARI VE ANAYASALARIMIZ: 1924, 1961 VE 1982 ANAYASALARI



Harun TEPE*

‘İnsan hakları’ kavramı, ‘demokrasi’, ‘özgürlük’ gibi kimi diğer kavramlarla birlikte kendilerinden sıkça söz edilen, siyasal tartışmaların odağında yer alan bir kavram oldu günümüzde. Bir ülkenin gelişmişlik düzeyi, ekonomik ve siyasal kimi göstergelerden çok insan haklarının korunma düzeyiyle ölçülmeye başlandı. İnsana verilen değerin, insanın kendi değerinin bilincine varmasına ve bunu koruma altına almasına ilişkin talepler olarak insan hakları, insanlığın 20. yüzyılda ulaştığı bilgisel gelişimin bir ürünü olarak görülerek, insan türünün tüm üyelerinin bu haklardan yararlanabilmesinin yolları aranmakta, BM, Avrupa Birliği gibi uluslararası üst kuruluşların üzerinde titredığı konuların başında gelmektedir.

Ülkemiz, dünyada insan hakları tartışmalarının en yoğun biçimde yaşandığı ülkeler arasında yer almakta. İnsan haklarının durumu gerek ülkemiz içinde gerekse ülkemiz dışında sıkça eleştiri konusu olmakta, insan hakları ihlalleri nedeniyle hükümetler suçlanmaktadır. Bu eleştiriler, özellikle ülke dışından gelenler kimi yoğun tepkilere yol açsa da aynı zamanda insan hakları ihlallerinin azaltılması yolunda kimi adımların atılmasını da sağlamış; 1991 yılından sonra kurulan -birisi dışında- tüm hükümetlerde insan haklarından sorumlu bir devlet bakanı yer almış, bu bakanlar hükümetin insan haklarına verdiği öneme ve bakanlığının çalışmasına göre, belli düzeylerde başarılı da olmuşlardır. Bir önceki hükümet döneminde olduğu gibi, bugün de insan haklarından sorumlu bakanlık, gerek insan haklarını önlemeye yönelik kimi

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü, harunt@hacettepe.edu.tr.

yasal düzenlemelerin yapılmasını sağlayarak, gerekse her düzeyde-örgün eğitimde ve çeşitli meslek gruplarının eğitiminde- insan hakları eğitimini yaygınlaştırarak, ülkemizde insan hakları sorunlarının azaltılması ve sonuçta tümüyle ortadan kaldırılması yolunda ciddi bir çaba içindedir. Buna rağmen henüz yolun başında olduğu, alınacak çok yolun, aşılabacak birçok engelin olduğu muhakkaktır.

Ülkemizde insan hakları sorunlarına samimiyetle eğilen, bunların aslında insanlığın sorunları olduğunun, bu arada bu sorunlarla ilgilenen kişinin de sorunları olduğunun farkına varan yönetici ve ilgililerin karşısına çıkan engellerden biri de anayasa ve kimi yasalarımızdır. Birçok açıdan eleştirilen 1982 Anayasası, insan haklarına verdiği yer açısından da eleştirilmektedir. Özellikle 1961 Anayasası ile karşılaştırıldığında, son anayasanın ilkinin de gerisine düştüğü, “insan haklarına dayanma”nın yerini, 1982 Anayasasında “insan haklarına saygı”nın aldığı görülmektedir. Bu yazıda 1961 ve 1982 Anayasaları ile Cumhuriyet döneminin ilk anayasası olan 1924 Anayasası, temel insan haklarına verdikleri yer açısından karşılaştırılarak, bu konuda ülkemizin aldığı -ya da alamadığı- yol ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Bundan önce, insan haklarıyla ilgili tartışmaların en büyük eksikliklerinden birisi olarak görülen ve bu tartışmaların genellikle hukuk ekseninde yapılmasından kaynaklanan ‘insan hakları’nın ne olup ne olmadıkları üzerinde durulacaktır. İnsan haklarıyla ilgili kavramların aydınlatılması ve sınırların çizilmesi, sonra da ‘neden insan haklarını korumamız gerekir?’ sorusuna bir yanıt oluşturan insan haklarının temellendirilmesi, öncelikle yapılması gerekenlerin başında gelmektedir. Kısaca insan haklarının ne olduklarının, neden insanların haklarından söz edildiğinin ve neden bu hakların korunması gerektiğinin ilgili kişilere gösterilmesi gerekmektedir.

I. ‘İnsan Hakları’ Kavramı

Bugün, insan haklarının belli bir kültürün ya da coğrafyanın ürünü olduğu, bu nedenle her kültür ve ulus için geçerli olamayacağına ilişkin kimi eleştiriler dışında, bu eleştirileri yapanlar da içinde olmak üzere, herkes dünyada insan hakları ihlallerinden, bu ihlallerin engellenmesi gerekliliğinden söz etmektedir. İnsan haklarını belli bir kültürün ürünü olarak görenler de zor durumda kaldıklarında insan haklarına sığınmakta, -kendileri için ana amaçlarına ulaşmada bir araç olarak da olsa- kimi haklarına saygı gösterilmesini istemektedirler. Ama “insan hakları” olarak dile getirilen taleplere baktığımızda, insan haklarından çok farklı şeylerin anlaşılabilirliğini,

insan hakları kavramının farklı biçimlerde içinin doldurulduğunu, çok farklı taleplerin insan hakları olarak dile getirilebildiğini görüyoruz.¹ Bu nedenle öncelikle ‘insan hakları’ kavramı üzerinde durulması, insan haklarının ne türden haklar olduğunun ve bunların aynı türden haklar olup olmadığına ortaya konulması gerekmektedir.

“‘Temel haklar’, ‘kişi hakları’, ‘temel kişi hakları’ da denilen insan hakları, insanla ilgili bazı gereklilikleri – insan türünün bir üyesi olan her varlıkla ilgili bazı gereklilikleri – dile getirirler. (...) Bu gereklilikler, insanın değerini koruma istemleri –: yani kişileri sırf insan olduklarından dolayı koruma istemleri – olarak karşımıza çıkarlar” (Kuçuradi 1980: 59-60). İnsanın değerini koruma istemlerinin temelinde ise insanın insan olarak taşıdığı ya da taşıyabileceği kimi olanaklarını gerçekleştirebilmesini sağlama çabası yatar. Bu nedenle “insan hakları, kişilerde insanın olanaklarını koruma istemleri olarak –yani insan olarak olanaklarını geliştirirken hiçbir insanı, doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak *engellememe* (ancak ve ancak *bunda* engellememe) isteminde bulunan pratik ilkeler”dir. (Kuçuradi 1996: 53)

Bu pratik ilkelerin neler olduğu ya da hangi pratik ilkelerin insanın insan olarak olanaklarını geliştirirken engellenmemesini sağlamaya ilgili olduğunun belirlenmesi kimi sorunları da beraberinde getirmektedir. Çeşitli uluslararası belgelere, bildirgelelere baktığımızda ‘temel haklar’ başlığı altına farklı türden hakların sokulabildiğini, kişi hakları ile yurttaş haklarının, bu arada kimi sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal hakların aynı başlık altına konulduğunu görmekteyiz -aynı durum, bizim Anayasamız da içinde olmak üzere, anayasalar için de söz konusudur. Kimi uluslararası belgelerde ise grup haklarının insan hakları olarak nitelendirildiğine, kimi temel hakların ise bu belgelerde hiç yer almadığına tanıklık etmekteyiz.

Bu durum bizi temel hakların temel olmayan haklardan nasıl ayrılacağı, bir hakkı neyin temel hak kılıdığının belirlenmesi sorunuyla hesaplasmaya zorlamaktadır. Temel hak olmanın ölçütünün saptanması gerekmektedir, öncelikle. Bu ise, ölçütün nereye bakılarak, neye dayanarak yapılması gerektiğinin belirlenmesiyle başarılabilir ancak. Bu temellendirme belli bir toplumsal olguya, örneğin günümüzün liberal-demokratik toplumsal düzenine ya da belli bir insan fenomenine, örneğin ahlâka/ahlâksallığa dayanarak yapıldığı gibi, “insanlık olarak başardıklarımıza bakarak edindiğimiz, insanın olanaklarına ilişkin sistematik bilgi ve bu olanakların gerçekleştir-

¹ 10 Haziran 1999 tarihinde Cumhuriyet Gazetesi’nde yer alan –AA-Londra kaynaklı– bir haberde, İngiltere’de Buckingham Sarayı önünde çıplak protesto gösterisinde bulunan 5 kişinin yakalandığı; yakalanan bu 5 kişinin ise 20 kişiden oluşan “Çıplak Olma Hakkı” adlı örgütün üyesi oldukları belirtilmekteydi.

rilebilmesini sağlayan koşulların bilgisi”ne (Kuçuradi 1996: 50) dayanarak da yapılabılır, yapılmakta. Kuçuradi’nin bu temellendirmesinin bize sağladığı ölçütle, insanın olanaklarıyla ilgilerinde farklı gerekleri yerine getiren temel hakları temel olmayan haklardan ayırmak mümkün olmaktadır.

Kuçuradi, ontolojik ve antropolojik bakışının bir başarısı olan bu ölçütle, kişi hakları olarak insan haklarına bakarak, hangilerinin temel haklar olduğunu, hangilerinin olmadığını şöyle ortaya koymaktadır:

Kişi hakları “*her* kişiyle ilgilerinde birbirine bağlı olmakla ve bir bütün oluşturmakla birlikte, *istemler* olarak bazı önemli farklar gösterirler: bu istemlerden bir kısmı insanın olanaklarıyla doğrudan doğruya ilgilidirler; başka bir kısmı bu olanakların geliştirilmesi için genel olarak gerekli önkoşullarla, başka bir kısmı ise *bazı (değişken)* koşullarla ilgilidir. Bunun için ben ‘insan hakları’ terimini, ancak ilk iki tür istemler için kullanmak ve insan hakları kavramına, kişinin güvenliğine ilişkin istemler ve/veya ‘temel özgürlükler’ ile insanın olanaklarını korumanın genel olarak önkoşullarına ilişkin istemleri (sağlık için gerekli yaşama düzeyi, eğitim, çalışma vb. hakları) kapsamak eğilimindeyim” (Kuçuradi 1996: 51).

Görüldüğü gibi, Kuçuradi ‘insan hakları’ kavramını ‘temel haklar’la sınırlamakta, ‘bazı değişken koşullarla’ ilgili olan diğer kişi haklarını bu kavramın dışında tutmaktadır. Başka bir deyişle bir insan hakkı olarak dile getirilen talep, ya doğrudan doğruya insanın olanaklarının gerçekleştirilebilmesiyle ilgiliyse – yani insanın insana özgü etkinlikleri gerçekleştirirken engellenmemesi, kişilere dokunulmaması talebi ise – ya da her kişinin insan olarak olanaklarını geliştirebilmesini sağlayan önkoşullara ilişkin bir talep ise – yani sağlık, eğitim, çalışma gibi kişinin insan olarak olanaklarını gerçekleştiribilmesinin önkoşulları niteliği taşıyan şeylerin sağlanması talebi ise –, bu talep bir temel hak, bir insan hakkıdır. İstem ancak bu nitelikte ise bir temel haktır, bir insan hakkıdır. Ülkeden ülkeye, ülkenin gelişmişlik düzeyine göre farklılık gösteren devletin kişilere tanıdığı sosyal-ekonomik ve bazı siyasal haklar ise insan hakları kavramının dışında kalmakla birlikte, temel hakların, özellikle insanca yaşamının temel koşullarının sağlanmasıyla ilgili olan ikinci gruptaki temel hakların, sağlanmasında çok önemli bir rol oynarlar; çünkü bu tanınan haklar belli bir düzeye erişmedikçe, o ülkede eğitim, çalışma ve sağlıklı yaşama gibi temel hakların sağlanması, sonuçta insanın potansiyel olarak taşıdığı kimi olanakları gerçekleştirmesi de güçleşmektedir.

İnsan hakları kişi hakları olmakla birlikte, bu hakların güvence altına alınmasında ya da korunmasında iş fazlasıyla devletlere düşmektedir. Her iki grupta yer alan haklar devletin yakın ilgisini gerektirmektedir. Ülkenin her yurttaşına eğitim ve çalışma olanağının sağlanması, kişilerin sağlıklı biçimde yaşamlarını sürdürebilmeleri için gereken önlemleri alması beklenen doğrudan devlettir ya da bunları yapmak devletin ana görevleri arasındadır. Devlet bu türden insan haklarının korunmasını gerekli hukuksal düzenlemeleri yaparak, ama bunun yanında diğer sosyal, ekonomik ve siyasal önlemleri de alarak sağlayabilir ancak. Tanınan haklar dediğimiz sosyal, ekonomik ve kimi siyasal hakların devletin alacağı kararlarla, oluşturulan kamu kuruluşlarıyla belli bir düzeyde herkese eşit bir biçimde sağlanmasıyla kişilerin bu türden temel haklarını korumak olanaklı olmaktadır.

Dokunulmazlıklar olarak karşımıza çıkan birinci grup haklar söz konusu olduğunda ise, burada devletten beklenen bu hakların çiğnenmesini önlemek, böyle bir çiğneme ortaya çıktığı zaman da dengeyi yeniden kurmaktır. Bu haklar devlet tarafından verilen haklar olmayıp, ancak kişilerde saygı gösterilebilecek veya çiğnenebilecek haklar olduklarından, devletin bu hakları koruması da ancak onları çiğneme girişimleri olduğunda söz konusu olmaktadır (Kuçuradi 1996: 51). Devlet bu çiğneme girişimlerine karşı önlem almak, gerekli yasal ve kurumsal düzenlemeleri yapmakla yükümlüdür. Kişilerin yaşama hakkı, düşüncelerini açıklayabilme gibi temel haklarının çiğnenmesine izin vermemek devletin varlık nedenlerinin başında gelmektedir. Devletse bunu en başta anayasasıyla, bu anayasa uygun olarak çıkardığı yasalarla sağlar. Bu açıdan ülkelerin anayasaları – ve yasaları – o ülkenin temel haklara ya da insan haklarına -sonuçta da insana, insanın değerine- verdiği önemin birer göstergesidirler.

II. 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında İnsan Hakları

Cumhuriyet Türkiye'sinin anayasalarına bu açıdan bakmak, ülkemizin insan haklarına verdiği önemi, en azından anayasalarımıza yansıdığı ölçüde ortaya koymak, yazının bu bölümde amaçlanan şeydir. Anayasaların ve yasaların insan haklarını korumak veya korunmasını sağlamak için yeterli olmadığını bize gösteren çeşitli uygulamalara rağmen, anayasa ve yasaların insan haklarını temele almalarının, en azından bu haklara saygılı olmalarının önemli olduğu, insan haklarını koruma yolunda atılacak adımlara yolu açtıkları açıktır.

1924, 1961 ve 1982 anayasalarının da insan haklarına verdikleri yer açısından karşılaştırılması da bu bölümde, temel haklar arasında en fazla üzerinde durulan yaşama hakkı ve kişi güvenliğiyle ilgili maddeler ile düşünce ve inanç hak ve özgürlüğüyle ilgili maddelerin karşılaştırılması yoluyla yapılacaktır.

A. “Yaşama Hakkı” ve Kişi Güvenliği

Daha 1876’da çıkarılan kısa bir anayasa olan Kanun-û Esasî’de yaşam hakkıyla ilgili düzenlemeler yer almakta, cana-ırza hiçbir biçimde dokunulamayacağı (madde 71); işkence ve her türlü eziyetin tümünden yasaklandığı (madde 26) ifade edilmektedir. Aynı yasakların Kanun-û Esasî’den daha ayrıntılı bir metin olan *1924 Anayasası’nda* da yer aldığını, can, mal, ırz ve meskenin her türlü saldırıdan korunmaya çalışıldığını (madde 73); işkence, eziyet, müsadere ve angaryanın yasak olduğunun yazıldığını görmekteyiz-ama bu yasakların yanında, serserilere dayak cezasının uygulanabileceğine ilişkin ifadeler de rastlanılmaktadır.

Kişi güvenliğiyle ilgili olarak da 1924 Anayasası’nda “kanunen saptanmış olan hal ve şartlar dışında hiç kimse derdest ve tevkif edilemez” (madde 74) denilmektedir.

1961 Anayasası’nın gerek Başlangıç bölümünde gerekse Genel Esaslar bölümünde, Cumhuriyetin “insan haklarına ve hürriyetlerine” saygılı olduğu vurgulanmaktadır. Daha sonraki Temel Haklar ve Ödevler bölümü ile Kişi Hakları ve Ödevleri bölümlerinde de insan haklarını korumayı, çiğnenmesine engel olma kararlılığını dile getiren maddelere yer verilmektedir.

Temel Haklar ve Ödevler bölümünde bu hakların ‘dokunulmaz’, ‘devredilmez’ ve ‘vazgeçilmez’ olduğu vurgulanarak (madde 10), bu hak ve özgürlüklerin hiçbir biçimde özüne dokunulamayacağı dile getirilmektedir (madde 41).

Yaşama hakkına ilişkin en önemli madde ise ‘kişi dokunulmazlığı’nı dile getiren maddedir (madde 14). Bu maddede “herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahip” olduğu; “kimseye eziyet ve işkence yapılamayacağı”, “insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamayacağı” ifade edilmektedir.

Kişi güvenliğini 1924 Anayasası’na göre daha ayrıntılı biçimde ele alan 1961 Anayasası, tutuklamanın ancak hakîm kararıyla yapılabileceğini, yakalamanın ise ancak suçüstü durumunda ve gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda yapılabile-

ceğini hükme bağlamaktadır. Yine aynı çerçevede, yakalanan ya da tutuklanan kişiye yakalama ya da tutuklama sebebinin hemen yazılı olarak bildirilmesini; bu kimsenin 24 saat içinde hakim karşısına çıkarılmasını ve bu süreden sonra kişinin hakim kararı olmadan özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağını ifade etmektedir. Bu şekliyle yasa maddesinin, özellikle kişinin keyfi olarak yakalanmasını ve nedenini bilmeksizin gözaltında uzun süre tutulmasını yasaklamasıyla, kişi güvenliği yönünde atılmış ileri bir adım olduğu söylenebilir.

Son anayasamız olan 1982 Anayasası'nın hem Temel Haklar ve Ödevler bölümünde hem de Kişi Hakları ve Ödevleri bölümünde insan haklarıyla ilgili hükümler yer almaktadır. Kişi haklarıyla ilgili bölümde “herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” – bu 1961 Anayasası'nın 14. maddesidir – ve “kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan onuruyla bağdaşmayan bir cezaya ve muameleye tâbi tutulamaz” denildikten sonra, yaşama hakkına son verilebilecek durumlar sıralanmaktadır: 1. mahkemelerce verilecek ölüm cezalarının yerine getirilmesi; 2. meşrû müdafa halı; 3. yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi; 4. bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi; 5. bir ayaklanma veya isyanın bastırılması ve 6. sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde yetkili mercinin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda.

Öldürmeye cevaz veren bu istisnaların yaşam hakkına ciddi müdahale niteliği taşıdığı, bunun “kimse insan onuru ile bağdaşmayan bir ceza ve muameleye tâbi tutulamaz” hükmüyle çeliştiği açıktır.

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği başlığını taşıyan 19. madde de ise “herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir” hükmünü getirdikten sonra, bunun istisnaları sıralanmaktadır. “Toplum için tehlike teşkil edenler”in, akıl hastalarının, uyuşturucu madde veya alkol bağımlılarının, ‘serseriler’in, hastalık yayabilecek kişilerin, tedavi, eğitim ve ıslahı için ‘kişi güvenliği’nin askıya alınabileceği ifade edilmektedir.

Yine 1982 Anayasası'nın 1961 Anayasası'na göre kişi güvenliği ve özgürlükler açısından daha geriye düştüğü görülmektedir. Kişinin yakalandıktan sonra hakim önüne çıkarılması için süre 48 saate, toplu suçlarda 15 güne çıkarılmış, bunun bazı durumlarda (sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde) daha fazla uzatılabilmesine imkân verilmiştir.

B. ‘Düşünce Özgürlüğü’ ya da Düşüncelerini Serbestçe İfade Edebilme Hakkı

“Vicdan, düşünce, söz ve yayın hak ve hürriyetlerinin Türklerin doğal hukukundan” geldiği saptamasından hareket eden *1924 Anayasası*, bu hakların korunmasını bir maddeyle (72. madde) düzenlemiştir. Buna göre, kimsenin inanç ve felsefi anlayışından dolayı kınanamayacağı, kişilerin inançlarını yaymada basın sansür edilemeyeceği (basının yayından önce denetlenemeyeceği ve kanun çerçevesinde serbest olduğu) hükme bağlanarak, ülkede düşünce özgürlüğü, düşünceyi basın-yayın yoluyla yayma özgürlüğü sağlanmaya çalışılmaktadır.

1961 Anayasası’nın 19. maddesi “herkesin vicdan, dini inanç ve kanaat özgürlüğüne sahip olduğunu, kimsenin dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı”; 20. maddesi ise “herkesin düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahip olduğunu, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla açıklayıp, yayabileceği”ni ifade etmektedir. Kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı da buna eklenmektedir.

1982 Anayasası da belli amaçlarla kullanılması dışında “herkesin vicdan, dinî inanç ve kanaat özgürlüğüne sahip” olduğunu; kimsenin düşünce ve kanaatleri nedeniyle kınanamayacağını ve suçlanamayacağını, herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına ve toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğunu” ifade etmektedir. Buna karşılık 26. maddenin devamında, kimi durumlarda bu özgürlüklerin kullanılmasının engellenebileceği söylenmektedir: “Bu hürriyetlerin kullanılması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla sınırlanabilir” denilmektedir.

Sonuç

Bazı temel haklara verilen yer açısından üç Anayasamıza bakıldığında, 1924 Anayasasının insan haklarının korunmasına yönelik kimi önemli hükümler taşıdığını, bu açıdan 1982 Anayasası’ndan hiç de geri olmadığını görmekteyiz. Ne var ki, bu anayasamızda gerek maddelerin yeterince açık yazılmaması, gerekse “kanunla belirtilen

hallerde” bu korunmadan vazgeçilebileceğinin ilân edilmesi ve bu hallerin de açıkça dile getirilmemesinin önemli sakıncalar yaratabileceğini düşünmekteyiz.

1961 Anayasası’nda temel hak ve hürriyetlerin “anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlandırabileceği” kabul edilmekle birlikte, bu sınırlandırmaya da bir sınırlandırma getirilmiş, “kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal güvenlik ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunulamaz” hükmünü getirmiştir. Temel haklarla ilgili kimi sınırlandırmaların bu hakların özüne zarar vereceğinin, bu hakları tamamen ortadan kaldıracığının bilincinde olan yasa koyucu, sınırlamaların temel hakların özüne dokunmayacak biçimde yapılmasını emretmektedir.

Bu çok önemli noktanın 1982 Anayasası’nda atlandığını ya da özellikle bir yana bırakıldığını, 1961 Anayasası’nın söz konusu maddesinin bu son Anayasamızda yer almadığını görüyoruz.

Yine 1961 Anayasası 64. maddenin 1. fıkrasında idam cezalarının onaylanmasına ilişkin hüküm dışında, yaşama hakkına zarar verecek hükümler taşımamasına karşılık, 1982 Anayasası’nda yaşama hakkının askıya alınabileceği durumlar sıralanmaktadır.

“Düşünce özgürlüğü”, “konut dokunulmazlığı”, “haberleşme özgürlüğü”yle ilgili hükümler açısından 1961 ve 1982 Anayasaları arasında önemli bir farklılık görülmemektedir. Bu hakların korunmasında boşluklara rastlanmakta, her iki anayasada da bazı durumlarda hakîm kararı olmaksızın “kanunen yetkili mercinin emriyle”, “konut dokunulmazlığı”nın ve “özel hayatın gizliliği”nin ihlal edilebileceği ifade edilmektedir. Ayrıca 1982 Anayasası’nda “kişi hürriyeti ve güvenliğinin korunmayabileceği, kişilerin bu hürriyetlerinin ellerinden alınabileceği durumların sınırları oldukça geniş tutulmuştur. Örneğin bir serserinin göz altına alınabileceği, göz altına alınanların da oldukça uzun bir süre mahkemeye çıkarılmayabileceği hükme bağlanmıştır.

Gerçi temel hakları koruyucu hükümlerin anayasalarda ve yasalarda yer alması tek başına bu korumayı sağlayamaz. İnsanın değeriyle doğrudan doğruya ilgili olan temel kişi haklarının korunması -ya da korunmaması- hem kişiler arası ilişkilerde kişilerin eylemleri ve kararlarıyla, hem de toplumsal düzenlemelerle olur. Birincisi doğrudan doğruya etik bir sorundur; ikincisi ise doğrudan doğruya hukuk sorunu,

dolaylı olarak da etik ve siyasal sorundur; çünkü devletin ana varlık nedeni bunları korumaktır; dolayısıyla her devlet bunları korumakla yükümlüdür.

Hukuk sorunu olarak bakıldığında, bu korumanın iki ayrı yolu görülür. Bu temel kişi haklarından bir bölümünün, ancak çiğnenmek istendiği zaman korunması söz konusudur. Hukuk açısından bu, böyle istemlerin doğrudan doğruya yasalarla güvence altına alınması demektir. Bir devletin, yasalarla, bu hakların çiğnenmesini önlemeğe çalışması, çiğnendiğinde de çeşitli organlarıyla dengeyi yeniden kurmak üzere duruma el koyması demektir (Kuçuradi 1980: 63-64). Devletin en azından dokunulmazlıklar —konut dokunulmazlığı, anlatım özgürlüğü, kişi dokunulmazlığı vb— olarak karşımıza çıkan temel hakların korunmasını sağlamada yasaların, yasal düzenlemelerin önemli yeri vardır. Ama yine yukarıda da ifade edildiği gibi, bir ülkede insan hakları yalnızca yasal düzenlemelerle pek sağlanamaz.

İnsan haklarını korumanın ilk koşulu, insan haklarının ve tek tek hakların ne olduğunu açıkça -bunun bütün gerektirdiklerini görebilecek kadar açıkça- kavramak; ikinci önkoşulu, kendi kendimize -her birimiz kendisini kendisine- insan olarak ilân edecek kadar yürekli olmaktır; bu da kendimizi böyle ilân etmenin, kişi ve insanlık olarak bizim için getirdiği sorumluluğu taşımak ve gereklerini yerine getirmek demektir.

Böyle ortaya konduğunda insan haklarını sorunu, *felsefi, etik ve siyasal* bir sorundur. *Felsefi bir sorundur*; çünkü insan hakları kavramının açıklığa kavuşturulmasına şiddetle ihtiyaç vardır. *Etik bir sorundur*; çünkü günlük yaşamda bu haklara saygı gösteren ya da onları çiğneyen kişilerdir; oylarıyla ya da kamu görevlisi olarak verdikleri kararlarla onların korunmasına katkıda bulunanlar hep kişilerdir. Ayrıca *siyasal bir sorundur*; çünkü bütün yurttaşların insan olarak olanaklarını geliştirmeleri, “korku ve yoksulluktan uzak” yaşayabilmeleri için gerekli koşulları doğrudan veya dolaylı olarak sağlamak, devletin görevidir. Ama devletleri de yöneten kişilerdir. Kişilerin insan olarak olanaklarını görebilecek biçimde eğitimi, insan haklarının korunmasının anahtarıdır. Kişiler felsefe eğitimiyle, insan onurunun nerede tehlikeye düştüğünü görebilecek biçimde eğitilirse ve ne kadar erken yaşlarda eğitilirse (Kuçuradi 1996: 53) insan haklarıyla ilgili sorunlar da o kadar azalacaktır.

Kaynakça

Kuçuradi, İ. (1980). “*İnsan Hakları ve Özgürlük Sorunu*” *Çağın Olayları Arasında, Şiir Tiyatro Yayınları*, Ankara, ss. 50-70.

Kuçuradi, İ. (1996). “*Felsefe ve İnsan Hakları*” *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara, ss. 49-54.



(3. Makale – 2000)

Prof. Dr. Kemal GÖZLER*

*İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstüğü Sorunu***

* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

** Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE Yayını, Ankara, Yıl: 2000, s.25-46.



İNSAN HAKLARI NORMLARININ ANAYASAÜSTÜLÜĞÜ SORUNU



Kemal GÖZLER*

Asıl konumuza geçmeden önce genel olarak “anayasaüstülük (*supraconstitutionnalité*)” kavramını görmek uygun olur.

Anayasa hukuku doktrininde uluslararası hukuk normlarının anayasa normlarına üstünlüğü sorununun da bazen *anayasaüstülük* sorunu altında incelendiği görülmektedir¹. Kanımızca, bu sorun ile iç nitelikteki bazı ilkelerin anayasa normlarına üstünlüğü sorunu arasında açık bir ayırım yapmak gerekir. Louis Favoreu’nün bu konuda kullandığı terimleri ödünç alarak,² birinci soruna “dış anayasaüstülük (*supraconstitutionnalité externe*)”, ikinci soruna ise, “iç anayasaüstülük (*supraconstitutionnalité interne*)” ismini verebiliriz. Profesör Favoreu, *iç anayasaüstülük* başlığı altında, “tali kurucu iktidar tarafından kabul edilen anayasal kanunların millî anayasaüstü normlara uymak zorunda olup olmadığı sorununu”;³ ve *dış anayasaüstülük* sorunu altında da, “anayasal normların ulusalüstü veya uluslararası normlara tâbi olup olmadığı” sorununu incelemektedir.⁴

* Yard.Doç.Dr., Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdarî Bilimler Fakültesi, Bursa. (Lisans-Hukuk: Ankara Üniversitesi; Yüksek Lisans-Kamu Hukuku: Ankara Üniversitesi; DEA-Kamu Hukuku: Bordeaux Üniversitesi; Doktora-Kamu Hukuku: Bordeaux Üniversitesi).

¹ Örneğin bkz. René Chapus, *Cours de droit constitutionnel*, Les Cours du droit, Paris, 1969-1970, s.248 vd.; Louis Favoreu, “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs*, 1993, n°67, s.76-77.

² Favoreu, *op. cit.*, s.76.

³ *Ibid.*, s.74-75

⁴ *Ibid.*, s.76.

Millî anayasaüstü normlar ile uluslararası anayasaüstü normlar arasındaki ortak nokta, bu normlara anayasanın üstünde bir değer atfedilmesidir. Bununla birlikte bu iki tür arasındaki benzerlik bundan ibarettir. Zira bu iki tip anayasaüstü norm, *kaynak* itibarıyla birbirlerinden ayrılırlar: Biraz aşağıda görüleceği üzere ulusal anayasaüstü normlar *pozitif* bir temelden mahrumdurlar. Kendilerine anayasaüstü değer atfedilsin veya atfedilmesin uluslararası hukuk normları *pozitif* bir kaynağa sahiptirler, zira onlar, uluslararası andlaşmalardan veya uluslararası örf ve adetlerden kaynaklanmaktadır.

Ayrıca aşağıda göreceğimiz gibi, iç anayasaüstü normların varlığı konusundaki tartışma tabii hukukçularla pozitivistler arasında cereyan eder. Birinciler bu tür normların varlığına taraftardır. Oysa ikinciler bu tür normların varlığını kategorik olarak reddederler. Zira onlara göre, bu normlar pozitif temelden mahrumdurlar; dolayısıyla hiçbir şekilde, geçerli olamazlar. Buna karşın, eğer uluslararası hukukun üstünlüğü çerçevesinde tekçi anlayışı kabul ediyorlarsa, pozitivistler de dış anayasaüstü normların varlığını kabul edebilirler.

İşte bu nedenlerden dolayı biz burada insan hakları normlarının anayasaüstü sorunu ikiye ayırarak inceleyeceğiz. *Uluslararası* insan hakları normlarının anayasaüstü sorunu ve *ulusal* insan hakları normlarının anayasaüstü sorunu.

I. Dış Anayasaüstülük: Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstü Tezi

Gerek genel olarak uluslararası hukukta, gerek özelde uluslararası insan hakları hukukunda, bu hukukların iç hukuklara üstün olduğu yolunda tezler vardır. Biz ilk önce bu tezleri göreceğiz, daha sonra da bunların eleştirisini yapacağız.

A. Açıklama

Uluslararası insan hakları normlarının anayasaüstü tezini görmeden önce genel olarak uluslararası hukuk normlarının anayasaya üstünlüğü tezini görmekte yarar vardır. Zira ilk tez bu ikinci tezin bir çeşitlemesi niteliğindedir.

Uluslararası hukuk normlarının anayasaüstü tezini çok açık bir şekilde Hans Kelsen savunmuştur. Kelsen'e göre, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü dü-

şüncesinden hareket edilirse, uluslararası andlaşmanın, bu andlaşmayı yapan tarafların bütün iç hukuk kurallarından üstün olduğu kabul edilebilir.⁵

“Bu açıdan, diyor Hans Kelsen, kanunun, hatta anayasanın (abç) karşısında andlaşmanın bir üstünlüğü vardır. Andlaşma olağan kanuna veya anayasaya (abç) aykırı hükümler taşıyabilir. Oysa bunun tersi mümkün değildir. Uluslararası hukuk kurallarına göre, bir andlaşma ancak bir başka andlaşma veya onun tarafından belirlenen bazı olgular gereğince bağlayıcı gücünü yitirebilir. Âkid taraflardan birinin tek taraflı işlemi ile özellikle bir kanun ile bir andlaşmaya son verilemez. Eğer bir kanun, hatta anayasal kanun (abç) bir andlaşmaya aykırıysa, o sakattır, yani uluslararası hukuka aykırıdır. Böyle bir kanun, ilk elden andlaşmaya ve dolaylı olarak da pacta sunt servanda ilkesine aykırı olacaktır.”⁶

Böylece Hans Kelsen’e göre, uluslararası hukuk bütün iç hukuk normlarının, hatta onların içinde en üstünü olan anayasa normlarının, üstünde bulunur.⁷

Dominique Carreau, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünün uluslararası düzeyde bütünüyle tanınmış bir prensip olduğunu belirtmektedir.⁸ 1969 tarihli Andlaşmalar Üzerine Viyana Sözleşmesinin 27’nci maddesi, “bir tarafın andlaşmanın icra edilmemesine gerekçe olarak kendi iç hukukunun hükümlerini ileri süremeyeceğini” hükme bağlamaktadır. Profesör Carreau’nun altını çizdiği gibi, üstünlük prensibi, uluslararası hukukun iç hukuka üstün geldiği anlamına gelir. Bu açıdan iç hukuk normunun anayasal, yasal, düzenleyici veya yargısal nitelikte olmasının hiçbir önemi yoktur.⁹

Uluslararası genel andlaşmalar için ileri sürülen bu prensip, insan hakları alanında akdedilen andlaşmalar ve özelde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için de geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin de anayasa dahil, bütün iç hukuk normları karşısında üstün olduğu söylenebilir. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde Sözleşmenin, niteliği ne olursa olsun bütün iç hukuk işlemlerine üstün

⁵ Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle”, *Revue du droit public*, 1928, s.211.

⁶ *Ibid.*, s.211-212.

⁷ *Ibid.*, s.212.

⁸ Dominique Carreau, *Droit international*, Paris, Pédone, 3. Baskı, 1991, s.42.

⁹ *Ibid.*

geldiği düşünülmektedir.¹⁰ Örneğin Louis Favoreu, “anayasal normların dahi Avrupa normları karşısında boyun eğmeleri gerektiğini” ileri sürmektedir.¹¹ Keza Avrupa İnsan Hakları Divanı üyesi Feyyaz Gölcüklü de, “ulusal anayasa veya yasa koyucusunun Sözleşme normlarına aykırı normlar kabul etmemesi gerektiğini” belirtmektedir.¹² Hatta “anayasal hükümlerin Sözleşmeyle açık çatışması hipotezleri” tasavvur edilmiştir.¹³ Bu durumlarda, Avrupa insan hakları içtihadı, anayasa dahil olmak üzere bütün iç hukuk normlarında değişikliklere yol açabilir.¹⁴

Anayasal kanunlar karşısında uluslararası hukuk normlarının üstünlüğü yolundaki bu düşünceler sadece teoride kalmamış *uluslararası yargı pratiği* tarafından defalarca teyid edilmiştir.

Bu uluslararası andlaşmaların anayasaya üstünlüğü ilkesini teyid eden *uluslararası hakemlik* kararlarına örnek olarak *Montijo* davası (Hakemlik, 26.7.1875) zikredilebilir. Bu vak’ada Kolombiya, Amerika Birleşik Devletleri ile usûlüne uygun olarak yaptığı bir andlaşmanın hükümlerine uymayı kendi Anayasasının engel olduğunu belirterek, andlaşma ile bağlı olmadığını, dolayısıyla kendi Anayasasının uluslararası hukuka üstün olduğunu ileri sürdü. Ancak, bu davada verilen hakemlik kararı, Kolombiya’yı haksız buldu ve açıkça “andlaşmanın anayasaya üstün olduğuna” hükmetti.¹⁵ Diğer yandan Fransa’yı Meksika’ya karşı getiren *Georges Pinson* davasında (Hakemlik, 19.10.1928), Meksika, uluslararası bir andlaşma ile Meksika Anayasası arasındaki uygunluk sorunu ileri sürdü. Hakem, Fransa ile Meksika arasında akdolunan andlaşmanın Meksika Anayasasına üstün geldiğine karar verdi. Hakem bu davada şöyle diyordu: “Uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğüne itiraz edilemez... Ulusal düzenlemeler uluslararası mahkemeler için değersiz değildir; ancak uluslararası mahkemeler onlarla bağlı değildir.”¹⁶

¹⁰ Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l’homme*, Paris, Economica, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1989, s.246.

¹¹ Favoreu, “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *op. cit.*, s.76.

¹² Feyyaz Gölcüklü, “La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux”, Rapport présenté à la VIIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), *Revue universelle des droits de l’homme*, 1990, s.299.

¹³ Gérard Cohen-Jonathan, Jean-François Flauss ve Frédéric Sudre, “Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, s.198.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Fransa-Meksika Karma Tahkim Mahkemesi, Hakem Verzjil, *R.S.A.*, s.327’den nakleden Carreau, *op. cit.*, s.43. Uluslararası hukukun anayasal kanunlar üzerine üstünlüğü ilkesine örnek olarak *Alabama davasını* da zikredebiliriz. Bkz. Carreau, *op. cit.*, s.341.

Uluslararası hukukun anayasal kanunlara üstünlüğünün teyid edildiği uluslararası mahkeme kararlarına ilişkin olarak ise *Dantzig'te Polonya Uyrukular* davasını zikredebiliriz. Bu vak'ada Dantzig serbest şehri, bu şehirde ikamet eden Polonyalılara, onların yararlanması gereken uluslararası andlaşma rejiminin zararına kendi anayasal kurallarını uygulamak istiyordu. 4 Şubat 1932 tarihli danışma görüşünde Milletlerarası Daimî Adalet Divanı, Dantzig şehrinin görüşünü reddetti ve açıkça, uluslararası hukukun yerel anayasal hukuka üstün olduğuna karar verdi. Divana göre, “uluslararası hukukun veya yürürlükteki andlaşmaların kendisine yüklediği mükellefiyetlerden kurtulmak için bir devlet bir başka devlet karşısında kendi anayasasını ileri süremez.”¹⁷ *Avrupa Topluluğu hukuku* çerçevesinde de uluslararası hukukun üye devletlerin anayasalarına üstünlüğü kabul edilmektedir. Avrupa Topluluğu hukukunun ulusal anayasal kanunlara üstünlüğü esası Avrupa Toplulukları Adalet Divanı tarafından teyid edilmiştir. İlk defa, *Costa c. E.N.E.L.* davasında Luxembourg Mahkemesi topluluk hukukunun üye devletlerin iç hukuklarına üstünlüğü prensibini ortaya koydu. Mahkeme, açıkça, Andlaşmadan doğan hukuka, niteliği ne olursa olsun bir iç hukuk metninin yargısal olarak karşı gelemeyeceğini, aksi takdirde, bizzat topluluğun hukukî temelini yıkılacağını teyid etmiştir.¹⁸ Bu şu anlama gelmektedir: Topluluk hukukunun iç hukuk karşısında üstünlüğü her bakımdan geçerlidir. Buradaki iç hukuk normu idarî, kazaî, teşriî ve hatta anayasal düzeyde olabilir.¹⁹ Divan ilk olarak, iç anayasal düzenlemelerin topluluk hukukunu etkisiz kılmak için kullanılmayacağına ve böyle bir eylemin “Topluluk kamu düzeni”ne aykırı olacağına karar vermiştir.²⁰ Daha sonra *Internationale Handelsgesellschaft* davasında Divan, “bir anayasal yapının prensiplerinin Topluluğun bir işleminin geçerliliğini etkilemeyeceğini” belirtmiştir.²¹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, anayasa dahil olmak üzere bütün iç hukuk normlarına üstün olduğu prensibi Avrupa İnsan Hakları Divanı tarafından da teyid edilmiştir. *Open Door ve Dublin Weil Women c. Irlande* davası Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bir anayasa hükmü arasındaki çatışmayı örneklendirmektedir. Bu vak'ada

¹⁷ Milletlerarası Daimî Adalet Divanının 4 Şubat 1932 tarihli Danışma Görüşü, C.P.J.I, Série A/B, no 44, s.24'ten nakleden Carreau, *op. cit.*, s.341.

¹⁸ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 15 Temmuz 1964 tarih ve 6-64 sayılı *Costa c. E.N.E.L.* Kararı, *Recueil*, 1964, s.1160.

¹⁹ Guy Isaac, *Droit communautaire général*, Paris, Masson, 4. Baskı, 1994, s.179. Keza bkz. Carreau, *op. cit.*, s.44; Jean-Claude Gautron, *Droit européen*, Paris, Dalloz, 6. Baskı, 1994, s.145; Jean Boulouis, *Droit institutionnel des communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 4. Baskı, 1993, s.249-250.

²⁰ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 22 Haziran 1965 tarih ve 6-65 sayılı *San Michele* Kararı, *Recueil*, 1965, s.37.

²¹ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 17 Aralık 1970 Tarih ve 11-70 Sayılı *Internationale Handelsgesellschaft* Davası, *Recueil*, 1970, s.1125.

İrlanda Yüksek Mahkemesi, İrlanda Anayasası'nın doğacak çocuğa hayat hakkı tanıyan 40'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasına dayanarak aldığı bir kararın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygunluğu sorunu ortaya çıkmıştır. Bu davada Avrupa İnsan Hakları Divanı, İrlanda Yüksek Mahkemesinin, Birleşik Krallıkta kürtaj yapan klinikler üzerine bilgi alış verişini yasaklayan kararını orantısız buldu.²² Louis Favoreu, bu dava için, Avrupa İnsan Hakları Divanının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dayanarak, çocuk aldırmaı yasaklayan İrlanda Anayasasının hükümlerini, dolaylı olarak etkisizliğe uğrattığını düşünmektedir.²³ Böylece, genel bir şekilde Favoreu, “örneğin ırk veya din nedeniyle ayrımcılık yapacak her anayasal kanununun Strasbourg Mahkemesi tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı ilan edileceğini” tahmin etmektedir.²⁴

B. Eleştiri

Yukarıda görüldüğü gibi genelde uluslararası hukuk normlarının, özelde de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi normlarının anayasaüstülüğü tezini desteklemek için ileri sürülen başlıca iki tip argüman vardır. *Teorik argümanlar*, uluslararası hukuk normlarının anayasal normlar karşısındaki üstünlüğünü, uluslararası hukukun iç hukuk karşısındaki üstünlüğünden çıkarmaktadır. *Pratik argümanlar* ise, uluslararası hukukun üstünlüğü prensibinin uluslararası yargı yerleri tarafından teyid edildiğini belirtmekten ibarettir.

Kanımızca bu argümanlar çürütülebilir niteliktedir. Teorik argümanlardan başlayalım.

1. Teorik Argümanların Çürütülmesi

İlkönce itiraf etmek gerekir ki, genelde uluslararası hukuk normlarının, özelde de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi normlarının anayasaüstülüğü tezi kendi içinde tutarlı bir tezdır. Kendi varsayımlarından sonuçlar çıkarmaktadır. Aslında bu tez, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü prensibinin doğal bir uzantısıdır. Bu prensip

²² Avrupa İnsan Hakları Divanı, 29 Ekim 1992 Tarihli *Open Door ve Dublin Weil Women c. Irlande* Kararı. Bkz. Frédéric Sudre, “L'interdiction de l'avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme” (Note sous Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt du 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande*), *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, s.216-220.

²³ Favoreu, *op. cit.*, s.76.

²⁴ *Ibid.*

kabul ediliyorsa, kaçınılmaz olarak, uluslararası hukuk normlarının anayasa normlarına üstünlüğü prensibi de kabul edilmelidir.

Bununla birlikte, uluslararası hukukun iç hukuk karşısında üstünlüğü sorunu, eğer *düalist anlayış* kabul edilirse, ortaya çıkmaz bile.²⁵ Zira bu anlayışta, iç hukuk ve dış hukuk eşit, *bağımsız ve ayrı* iki sistem oluştururlar.²⁶

Böylece uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü sorunu sadece *monist anlayış* kabul edilirse ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte monist anlayış taraftarları da uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişki konusuna gelince kendi aralarında farklılaşmaktadır. Monist doktrinin bir kısmı *iç hukukun üstünlüğünü*,²⁷ diğer bir kısmı ise *uluslararası hukukun üstünlüğünü*²⁸ kabul ederler.

Acaba uluslararası hukukun üstünlüğü doktrini mi, yoksa iç hukukun üstünlüğü doktrini mi doğrudur? Bu tartışmanın derinliklerine burada inmek konumuzu hayli aşar. Ancak hemen belirtelim ki, uluslararası hukukun üstünlüğü tezinin savunucusu olan Hans Kelsen dahi, bu iki tezin teorik olarak eşit değere sahip olduğunu kabul etmektedir. Ona göre, iç hukukun üstünlüğü tezi de mükemmel olarak meşrudur.²⁹ Kelsen'e göre, bu tezlerden biri veya diğeri birer hipotezden başka bir şey değildir. Bunların aralarındaki tercih, hukuk bilimi zemininde yapılamaz.³⁰

O halde genelde uluslararası hukuk normlarının, özelde de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi normlarının, anayasa normlarına üstünlüğü lehine ileri sürülen *teorik argümanların* çürütülmesine ilişkin olarak, bu tezin ancak uluslararası hukukun üstünlüğü anlayışı ile monist teori kabul edildiği takdirde savunulabileceği söylenebilir. Dolayısıyla bir başka varsayımdan hareket edilirse, uluslararası hukuk normlarının anayasaya üstünlüğü tezi yıkılır. Ve teorik açıdan yukarıda açıklandığı gibi, uluslararası hukukun üstünlüğü varsayımından hareket etmek zorunluluğu yoktur. Her iki teori birer hipotez olarak aynı bilimsel değere sahiptir. Sonuç olarak, teorik düzeyde, uluslararası hukuk normlarının anayasa normlarına üstünlüğü tezi savunulabileceği

²⁵ Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailhier ve Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 4. Baskı, 1992, s.92.

²⁶ Charles Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1970, Cilt I, s.39.

²⁷ Örneğin, Zorn, Kaufman, Wenzel ve ex-SSCB'deki anlayış (Bkz. Rousseau, *op. cit.*, s.42-43).

²⁸ Örneğin, Kunz, Kelsen, Verdross, Scelle (Bkz. Rousseau, *op. cit.*, s.43).

²⁹ Hans Kelsen, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1926, IV, s.313.

³⁰ *Ibid.* Aynı yönde keza bkz. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2e édition de la "Reine Rechtslehre" par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, s.443-449.

gibi, anayasa normlarının uluslararası hukuk normlarına üstünlüğü tezi de mükemmel olarak savunulabilir.

2. Pratik Argümanların Çürütülmesi

Şimdi pratik argümanların eleştirisine geçebiliriz. Uluslararası yargı ve hakemlik kararlarının, genelde uluslararası hukuk normlarının, özelde de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi normlarının, anayasa dahil bütün iç hukuk normlarına üstünlüğü ilkesini teyid ettiği tartışmasız bir gerçektir. Bununla birlikte profesör Dominique Carreau'nun isabetle belirttiği gibi, uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesi sonuçları açısından doğru olarak değerlendirilmelidir. Uluslararası yargı organları, uluslararası hukukun üstünlüğünü teyid etmektedir; ancak bunu yaparken, bu organlar uluslararası hukuka aykırı iç hukuk normunu iptal etmemekte, ama sadece bu normun uluslararası düzeyde “ileri sürülemez, (dermeyan edilemez, *inopposable*)” olduğuna karar vermektedirler.³¹

Eğer uluslararası yargı organları, bir iç hukuk normu ile bir uluslararası hukuk normu arasında çatışma olduğunu tespit ederlerse, iç hukuk normunu iptal etmemekte, sadece onun uluslararası planda dermeyan edilemeyeceğini belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle uluslararası hukuk normuna aykırı olan iç hukuk normunun müeyyidesi “geçersizlik” değil, böyle bir normun uluslararası düzeyde “ileri sürülememesi (*inopposabilité*)” dir.³²

Bu prensip birçok defa uluslararası genel yargı ve hakemlik kararları ile teyid edildiği gibi, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Divanının içtihadlarıyla da kabul edilmiştir.

Bu klasik prensip, ilk defa olarak uluslararası genel yargı ve hakemlik pratiği ile teyid edilmiştir. Daha önce zikredilen *Georges Pinson* davasında Tahkim Mahkemesi Meksika kanunlarının uluslararası hukuka aykırılığını tespit etmekle beraber, onları iptal etmemiştir. Mahkeme sadece onların “uluslararası düzeyde hukukî değerden yoksun” olduğunu ilan etmiştir.³³ Aynı şekilde, *Polonya Yukarı-Silezyası (Haute-Silésie polonaise)* davasında Milletlerarası Daimî Adalet Divanı, bir Polonya kanunu ile Alman-Polonez Cenevre Sözleşmesi arasında bir çatışma olduğunu tespit etmiştir.

³¹ Carreau, *op. cit.*, s.46-47.

³² *Ibid.*, s.47.

³³ *Ibid.*

Bununla birlikte Divan Polonya kanununu iptal etmemiş, ama sadece bu kanunun Almanya'ya karşı “ileri sürülemez (*inopposable*)” nitelikte olduğuna karar vermiştir. Böylece Polonya'nın uluslararası sorumluluğu doğmuştur.³⁴

Bu klasik prensip, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı tarafından da teyid edilmiştir. Zira, bilindiği üzere, bir federal sistemde olduğu gibi, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı mahkum ettiği millî kanunları ve idarî işlemleri iptal veya ilga edemez.³⁵ *Humblet* davasında Divan, topluluk hukukuna aykırılık halinde, “üye devletlerin teşrii ve idarî işlemlerini iptal etme yetkisi olmadığına” karar vermiştir.³⁶ Keza *Enka* davasında Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, “ne millî hukuk kurallarını yorumlamaya, ne de onların topluluk hukukuna aykırılıkları üzerine karar vermeye yetkisi olmadığını”³⁷ bir kez daha ilan etmiştir.

Aynı prensip, yani uluslararası hukuka aykırı iç hukuk normlarının iptal edilemeyeceği prensibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde de geçerlidir. Sözleşme'nin 50'nci maddesine göre, Avrupa İnsan Hakları Divanı, millî hukuk tedbirlerinin Sözleşmeye aykırı olup olmadığını “beyan eder (*declare*).” Ve eğer buna mahal varsa, Divan, “hakkaniyete uygun bir surette mutazarrır olan tarafı tatmin eder (... *la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable*).” Yani Avrupa İnsan Hakları Divanı kararları “bildirici (*déclaratoire*)” niteliktedir.³⁸ Divan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bir iç hukuk normunu iptal edemez.³⁹ Sözleşmesi'nin 53'üncü maddesine göre, Sözleşmeye aykırı olduğu beyan edilen iç hukuk normunu değiştirmek mahkum olan devlete düşmektedir.⁴⁰ *Marckx* davasında Avrupa İnsan Hakları Divanı şu kararı vermiştir: “Bizatihi Divan kararı dava konusu hükümleri iptal veya ilga edemez. *Esas itibarıyla bildirici* nitelikte olan karar, 53'üncü maddeden

³⁴ *Ibid.*, s.48.

³⁵ Isaac, *op. cit.*, s.288.

³⁶ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 16 Aralık 1960 tarih ve 6-60 sayılı *Humblet* Kararı, *Recueil*, 1960, s.1145'den nakleden Carreau, *op. cit.*, s.48. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararlarının otesitesi ve yerine getirilmesi için bkz. Isaac, *op. cit.*, s.288-290.

³⁷ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 23 Kasım 1977 tarih ve 38-77 sayılı *Enka* Kararı, *Recueil*, 1977, s.2213'ten nakleden Carreau, *op. cit.*, s.48.

³⁸ Bu konuda bkz. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, s.204; Yves Madiot, *Les droits de l'homme*, Paris, Masson, 1991, s.200; Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1989, s.285.

³⁹ Sudre, *op. cit.*, s.285.

⁴⁰ Madiot, *op. cit.*, s.200; Sudre, *op. cit.*, s.285. Gerçekten de, Sözleşmenin 54'üncü maddesine göre, Bakanlar Komitesi Divan kararının “icrasına nezaret eder.” Bu “nezaret (*surveillance*)”, iki aşamada cereyan eder. İlk olarak Bakanlar Komitesi, ilgili devleti, kararın sonucunda alınan tedbirleri bildirmeye “davet” eder. İkinci olarak Komite, sadece ve basitçe, devletin 54'üncü maddenin devlete yüklediği görevleri yerine getirip getirmediğini “saptar.” Bu konuda bkz. Sudre, *op. cit.*, s.241.

kaynaklanan yükümlülükten kurtulmak için iç hukukunda alacağı tedbirlerin seçimini devlete bırakmaktadır.”⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Divanı üyesi Feyyaz Gölcüklü'nün isabetle belirttiği gibi, Divan'ın kararları “müeyyideden yoksundur; ama bu kararlara uyulmaması uluslararası hukuk planında devletlerin sorumluluğuna ilişkin tüm unsurları içerir.”⁴²

Görüldüğü gibi, bir normun iç geçerliliği ile o normun uluslararası geçerliliği örtüşmemektedir. Bu nedenle, bir hukuk normunun *iç geçerliliği (validité interne)* ile onun *dış geçerliliği (validité externe)* arasında ayırım yapmak uygun olur.⁴³ Yukarıda zikredilen davalarda görüldüğü gibi, uluslararası yargı organları bir ulusal normun uluslararası hukuka aykırılığını gözlemlediklerinde, sadece bu normun uluslararası düzeyde “ileri sürülemez (*inopposable*)” olduğunu beyan etmektedirler. Böyle bir norm, uluslararası geçersizlikle malûl olsa da, iç geçerliliğini bütünüyle korumaktadır.⁴⁴

Bir iç hukuk normunun uluslararası hukuka aykırı olmasının müeyyidesi, bu normun uluslararası düzeyde ileri sürülememesi (*inopposabilité*) ve gerekiyorsa, böyle bir normu koyan devletin *uluslararası sorumluluğunun* doğmasıdır. Ancak uluslararası düzeyde ileri sürülemez bir norm koyan devletin, bu normu uluslararası hukuka uydurmak için onu ilga etmek veya değiştirmek gibi bir yükümlülüğü yoktur. Eğer devletin bu bakımdan uluslararası sorumluluğu doğacaksa, genellikle bir miktar tazminatın ödenmesi uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesine saygıyı gerçekleştirmeye yetecektir. Böyle bir halde, ulusal norm, uluslararası düzeyde ileri sürülemez olarak kalsa da, iç hukuk bakımından geçerli olmaya devam edecektir.⁴⁵

⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Divanının 13 Haziran 1979 tarihli *Marckx* Kararı, *Cour plénière*, Série A, no 31, s.25, paragraf 56. Keza Avrupa İnsan Hakları Divanı, Sözleşmeye aykırı olduğunu beyan ettiği bir yargı kararını da iptal etmeye kendisini yetkisiz görmektedir (Bkz. AİHD, 24 Şubat 1983 tarihli *Dudgeon* Kararı, Série A, s.59, paragraf 15; AİHD, 25 Nisan 1983 *Pakelli* Kararı, Série A, no 64, bkz. Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 3. Baskı, 1991, s.170).

⁴² Gölcüklü, *op. cit.*, s.301. Feyyaz Gölcüklü, “millî anayasa koyucunun veya kanun koyucunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin normlarına aykırı teşriî işlemler kabul etmemesi gerektiğini” düşünmektedir. Ancak yazara göre, “böyle bir pratikten koruyucu hiçbir müeyyide yoktur. Âkid devletler için bu ahlakî bir yükümlülüktür. Her şey devletin iyiniyet ve kendi isteğiyle sözleşmenin maddelerinin veya Strasbourg organlarının içtihadının doğrudan etkisine boyun eğmesine bağlıdır” (*Ibid.*, s.209).

⁴³ Carreau, *op. cit.*, s.47.

⁴⁴ *Ibid.*, s.50. Uluslararası hukukun üstünlüğü tezini savunan Hans Kelsen de tamamen aynı şeyi söylemektedir: “Bizatihi uluslararası hukuk kendisine aykırı olan devlet işlemlerinin geçersizliğini ilan etmez. Keza, uluslararası hukuk henüz sakat olan işlemlerin bir uluslararası mahkeme tarafından iptal edileceği bir usûl de henüz hazırlanmamıştır. Dolayısıyla bir iç hukuk usûlü sonucunda iptal edilmedikçe geçerli kalırlar” (Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle”, *Revue du droit public*, 1928, s.212).

⁴⁵ Carreau, *op. cit.*, s.51. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, bazen uluslararası hukukun üstünlüğünü sağlamak için iç hukuk normunun değiştirilmesi kaçınılmazdır. Zira ancak sadece bu yolla bazı durumlarda tazmin sağlanabilir. Örne-

Bu nedenle, Louis Favoreu'nün anayasal normların uluslararası veya ulusalüstü normların uygunluğunun bir uluslararası veya ulusalüstü yargı organı tarafından denetlenebileceği yolundaki görüşünü⁴⁶ paylaşmak mümkün değildir. Kanımızca, “ulusal anayasa hükümlerinin ulusalüstü anayasaüstülük kontrolüne tâbi olabileceğini”⁴⁷ söylemek aslında ulusal bir hukuk normunun iç geçerliliği ile uluslararası geçerliliği arasındaki ayrımı bilmezlikten başka bir şey değildir.

Sonuç olarak, uluslararası yargı ve hakemlik uygulamasının, genelde uluslararası hukuk normlarının, özelde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi normlarının, anayasal normlara üstünlüğü prensibinin teyid ettiği bir gerçek olsa da, bu prensibin müeyyidesi, anayasa normunun geçersizliği değil, onun uluslararası düzeyde “ileri sürülmemesi (*inopposabilité*)” dir. Diğer bir ifadeyle, uluslararası hukukun üstünlüğü prensibi uluslararası hukuka aykırı iç hukuk normlarının geçerliliğini etkilemez. Bu normlar uluslararası düzeyde dermeyan edilemese de, iç hukuk bakımından mevcut olmaya devam ederler. Bu da bir normun iç geçerliliği ile dış geçerliliğinin örtüşmediğini göstermektedir.

Diğer yandan genelde uluslararası hukuk normlarının, özelde de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi normlarının anayasa normlarına *üstün* olduğunu söyleyebilmek için, bu *üstünlükten*, hani *hiyerarşiden* ne anlaşılması gerektiğini öncelikle ortaya koymak gerekir.

İlk önce hatırlatalım ki, Kelsenci teoriye göre, hukuk düzeni, yan yana konulmuş normlardan değil, üst üste, alt alta konulmuş normlardan oluşur. Böyle sıralanmış normlardan oluşmuş bütüne “normlar hiyerarşisi” veya “hukuk düzeni piramidi” ismi verilir. Bu piramit içinde, her norm, geçerliliğini kendisinden bir üst derecede bulunan başka bir normdan alır. Eğer bir norm, bu üst norma uygun ise geçerli, aykırı ise geçersizdir. Yani bu hiyerarşinin her katında bulunan normlar, kendi geçerliliklerini bu hiyerarşinin üst katında bulunan normlardan alırlar.⁴⁸

ğın Fas'taki Uyuşmazlık (ressortisant au Maroc) (1952) davasında Fransa için Uluslararası Adalet Divanı Kararına uymanın tek yolu yürürlükteki düzenlemeyi değiştirmekten ibaretti (Carreau, *op. cit.*, s.51-53). Keza, bu tür durumlara, topluluk hukukunda çok sık rastlanır. Bilindiği gibi, eğer Avrupa Toplulukları Adalet Divanı bir millî normun topluluk hukukuna aykırı olduğunu beyan ederse, ilgili devlet, kendi iç hukuk düzeninde, bu aykırılığı gidermek için, söz konusu normun ilgası veya değiştirilmesi de dahil olmak üzere, gereken tüm tedbirleri almalıdır (*Ibid.*, s.52). Bu istisnai hallerde dahi, bir defa daha altını çizelim ki, uluslararası yargıç iç normun geçersizliğine bizzat hükmetmemektedir. Bu nedenle bu istisnai durumlar da yukarıdaki tezimizi çürütmemektedirler.

⁴⁶ Favoreu, *op. cit.*, s.76.

⁴⁷ *Ibid.*, s.77.

⁴⁸ Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.299.

İşte Kelsen'in bu anlayışından hareketle, normlar arasındaki “hiyerarşiyi”, yani “astlık-üstlük ilişkisini”, o normların arasındaki *geçerlilik ilişkisi* ile tanımlayabiliriz. Eğer iki norm arasında geçerlilik ilişkisi varsa, yani bir norm geçerliğini diğer normdan alıyorsa, bunlar arasında hiyerarşi, yani astlık-üstlük ilişkisi vardır. Diğer bir ifadeyle, iki norm arasında hiyerarşi (astlık-üstlük ilişkisi) varsa, bu şu anlama gelir ki alt norm, geçerliliğini üst normdan almaktadır. Dolayısıyla, aralarında hiyerarşi bulunan iki norm arasında bir çatışma söz konusuysa, üst norm tamamen tercih edilir, alt norm ise ya ihmal ya da iptal edilir.

Gerçek anlamda “hukukî” hiyerarşi budur. Hukukçu olarak bizi ilgilendiren hiyerarşi budur. Bunun yanında bir de, tamamen *ahlakî veya siyasî* nitelikte olan bir hiyerarşiden bahsedilebilir. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bazı hükümleri şüphesiz anayasa hükümlerine nazaran çok önemlidir. Bazı kimseler, Sözleşmenin bazı hükümlerinin Türk Anayasasının bazı hükümlerine göre çok daha önemli olduğu kanısına varabilirler. Belki bu kanılarında da haklıdırlar. Ancak bu kanaatten hiçbir hukuksal sonuç çıkmaz. Bizim burada tartıştığımız şey, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “moral” değeri değil, “hukukî” değerinin Anayasaya üstün olup olmadığı sorunudur.

İşte “hukukî” açıdan soruna bakarsak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile anayasa arasında bir hiyerarşi olmadığını görürüz. Zira bu iki metin arasında geçerlilik ilişkisi yoktur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türk Anayasasının üstünde değildir. Çünkü 1982 Anayasası, Türk normlar hiyerarşi tepesinde yer almakta ve geçerliğini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden değil, 12 Eylül kurucu iktidarından almaktadır. O halde 1982 Anayasası Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi altında yer almaz.

Keza, yukarıda açıkladığımız gibi bir normun iç geçerliliği ile uluslararası geçerliliği birbiriyle örtüşmediğine göre, bir uluslararası hukuk normu olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bir iç hukuk normu olan Türk Anayasası arasında bir hiyerarşi ihdas edilmesi mantıken mümkün değildir. Eğer Anayasa'nın bir hükmü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir hükmüne aykırı ise, Strasbourg organları nezdinde ileri sürülemez (*inopposabilité*) bile, Anayasa hükmü geçerli olmaya devam eder. O halde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türk Anayasasının üstünde değildir.

Avrupa İnsan Hakları Divanı, Sözleşme'ye aykırı gördüğü iç hukuk normlarını iptal etmeye başlamadıkça -ki henüz böyle bir şey yapmamakta ve yakın gelecekte yapacağı da tahmin edilmemektedir- bir normun iç geçerliliği ile Avrupa Konseyi

çerçevesinde geçerliliği birbirinden hep farklı olacaktır. Ve eğer bir gün Avrupa İnsan Hakları Divanı, Sözleşme'ye aykırı gördüğü, Türk iç hukuk normlarını iptal etmeye başlar ve Türkiye de buna ses çıkarmaz veya çıkaramaz ise, o gün gerçekten Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türk Anayasası'nın üstünde olmuş olacaktır. Ancak o gün, *üniter* devletten vazgeçilip, Avrupa Konseyi kökenli bir Avrupa *federal* devletine girilmiş olur. Ancak bu durumda da artık, burada tartıştığımız sorun uluslararası insan hakları hukuku normlarının anayasaya üstünlüğü sorunu olmaktan çıkar, federal bir devlette federal anayasanın federe devletin anayasasına üstünlüğü sorununa dönüşür ki, bu tamamıyla bir *iç hukuk* sorunudur ve konumuzun dışında kalır.

Yukarıda varılan sonuç, yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile üye devletlerin anayasaları arasında bir geçerlilik ilişkisi bulunmadığından, bunlar arasında hiyerarşinin de bulunmadığı sonucu aşında pratikte üye ülkelerin anayasal düzenlemeleri ile de desteklenmektedir.

Zira üye devletlerin anayasaları teknik planda, genelde uluslararası andlaşmaların, özelde ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kendi iç hukuk metinleri bakımından değerini belirlemektedir. Üye devletlerin anayasaları, genelde uluslararası andlaşmalara, özelde ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine, ya anayasa ile eşit, ya kanun ile eşit, ya da anayasanın altında ama kanun üstünde değerler vermektedir.

Hollanda, Avusturya gibi ülkelerde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi anayasal değerdedir. *Hollanda Anayasası*'nın 94'üncü maddesine göre, uluslararası andlaşmalar kural olarak anayasal değer taşırlar.⁴⁹ Avusturya'da da 4 Mart 1964 tarihinde yapılan bir Anayasa değişikliği ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne anayasal değer kazandırılmıştır.⁵⁰ Kanunlar bu Sözleşmeye uymak zorundadırlar.

Alman Anayasası'nın 59'uncu maddesine göre ise, federal bir kanun ile onaylanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukuk bakımından bir federal kanun düze-

⁴⁹ Necmi Yüzbaşıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını), Cilt II, Mayıs 1994, Sayı 1, s.28; Henk Lubberdink, "Some Observations on the Role of Constitutional Norms, International Norms andlaşma Legal Principles in the Netherlands Legal system in Respect of the Iviolability of Statute Law", [Report of the Netherlands], VIII. *Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı* (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1990, Cilt 4, s.201; Naz Çavuşoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, Ankara, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayını, 1994, s.94.

⁵⁰ Yüzbaşıoğlu, *op. cit.*, s.28; Çavuşoğlu, *op. cit.*, s.93.

yindedir.⁵¹ İtalya’da da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bir yasayla iç hukuka aktarıldığından Sözleşmenin kanun değerinde olduğu kabul edilmiştir.⁵² İtalyan Anayasa Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin anayasal ya da anayasa benzeri bir değerde olduğu tezini reddetmiştir.⁵³

Fransa, Yunanistan, Kıbrıs ve Portekiz gibi ülkelerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kanunların üstünde ama anayasanın altında değer taşırlar.⁵⁴

İspanya’nın durumu ilginçtir. İspanyol Anayasası genel olarak uluslararası andlaşmalara tanıdığı değerden ayrılarak, insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalara ayrı bir değer vermiştir. Anayasa’nın 10’uncu maddesi, Anayasa’nın hükümlerinin insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere uygun olarak yorumlanması ilkesini benimsemiştir.⁵⁵

II. Türk Hukuk Düzeninde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Değeri Sorunu

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkiye tarafından usûlüne göre onaylanıp yürürlüğe konulmuş bir milletlerarası andlaşmadır. Anayasamızın 90’ıncı maddesine göre ise, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Anayasanın sözü her ne kadar açıksa da bu konuda Türk doktrininde tartışma vardır.

I. Açıklama

Anayasanın sözünden hareket eden Seha L. Meray,⁵⁶ Tahsin Bekir Balta⁵⁷ ve Hüseyin Pazarcı’ya⁵⁸ göre andlaşmalar iç hukukta normlar hiyerarşisinde kanunla aynı seviyede bulunurlar. Kanunla bir andlaşma arasında bir çatışma varsa, bu çatışma *lex posterior derogat legi priori* esasına göre çözümlenir.

⁵¹ Çavuşoğlu, *op. cit.*, s.85.

⁵² *Ibid.*, s.86.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Yüzbaşıoğlu, *op. cit.*, s.28-29.

⁵⁵ *Ibid.*, s.28.

⁵⁶ Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara, 1968, Cilt I, s.132.

⁵⁷ Tahsin Bekir Balta, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye”, *Türkiye’de İnsan Hakları*, Ankara, 1970, s.278.

⁵⁸ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Derstleri*, Ankara, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1985, Cilt I, s.31.

Türk doktrininde Süheyl Batum, Mümtaz Soysal, Edip Çelik, A. Şeref Gözübüyük, Tekin Akılhoğlu ve Necmi Yüzbaşıoğlu tarafından savunulan ikinci bir görüşe göre ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kanunların üstünde bir değere sahiptir.

Süheyl Batum'a göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, “ortak kültürel miras” çerçevesinde düzenlenen kurallardan oluşmuştur. Devletin bilerek imzaladığı böyle bir sözleşmeden devletin daha sonra yapacağı bir kanun ile kurtulabileceği düşünülemez. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi Sözleşmeden sonra yapılan kanunların sözleşmeye uygunluğunu denetleyebilir. Böylece sözleşme Anayasallık bloğunun içine girmiş olur.⁵⁹

Mümtaz Soysal ise, Anayasamıza göre usûlüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmayacağı hükmünden hareketle, uluslararası andlaşmalara “yasalardan daha ayrıcalıklı, dolayısıyla daha üstün bir ağırlık kazandır” dığını düşünmektedir.⁶⁰ Keza yazara göre,

“Bir devlet uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayarak kendisi açısından da hüküm ifade eder konuma getirirken koyduğu çekinceler dışında, sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek ve öngörerek bunu yapıyor demektir. Bu, uluslararası sözleşmelere yasalardan biraz farklı, Anayasaya yaklaşıcı, en azından anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık tanımak oluyor. Uluslararası sözleşme hükümlerinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine göre, o hükümleri de Anayasayla birlikte düşünmek ve Anayasayı onlarla birlikte yorumlamak gerekecektir.”⁶¹

⁵⁹ Süheyl Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, (Basılmamış Doçentlik Tez), İstanbul, 1990, s.32-33'ten nakleden Yüzbaşıoğlu, *op. cit.*, s.33.

⁶⁰ Mümtaz Soysal, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayını, 1986, Sayı 2, s.16.

⁶¹ *Ibid.*, s.16-17. Burada şunu not etmek isteriz ki, bu yazısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kanunların üstünde değere sahip olduğunu ve dolayısıyla kanunların bu sözleşmeye uymak zorunda olduğunu savunan Mümtaz Soysal, bir başka yazısında, “İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Andlaşması” hakkında bu andlaşmanın içeriğinin Türk Anayasasına aykırı olduğunu ve bu Andlaşmanın uygun bulunmasına dair Kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesini ve iptal edilmesi gerektiğini savunmaktadır (Mümtaz Soysal, “Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1997, no 14, s.171-187). Usûlüne göre yürürlüğe girmiş bir uluslararası andlaşmanın uygun bulunmasına dair kanunun daha sonraki bir tarihte Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi, daha önceden usûlüne göre yürürlüğe girmiş bulunan uluslararası andlaşmanın uluslararası geçerliliğini etkilemez. Onay kanunu iptal edilse bile, böyle bir uluslararası andlaşma uluslararası hukuk bakımından Türkiye’yi bağlamaya devam eder. Değişen hiçbir şey olmaz. İşin teknik yanı bir tarafa, aynı yazarın Avrupa ülkeleriyle yapılan bir andlaşma konusunda bir şey, İslam ülkeleriyle yapılan andlaşma

Edip F. Çelik ise, genel olarak uluslararası andlaşmaların kanun değerinde olduğu tezinin kabul edilemeyeceğini düşünmektedir. Eğer andlaşma kanun hükmünde sayılır ve bu andlaşma ile kanun arasında çatışma olursa, bu çatışma *lex posterior* esasına göre çözümlenir. Oysa Çelik'e göre, andlaşma ile sonraki kanun çatışırsa *lex posterior* esasını uygulanamaz. Örneğin Türkiye'nin sınırlarını belirleyen Lozan Barış Andlaşması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin kabul ettiği bir kanunla değiştirilemez⁶². Edip F. Çelik'e göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de sonradan yürürlüğe konulacak bir kanun ile değiştirilemez. Yazar bu sonuca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özelliğinden hareketle varmaktadır. Zira ona göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa Konseyi üyelerinin "ortak malvarlığını" ve "gerçekten demokratik bir rejimin temelini" oluşturur.⁶³ Yazara göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1'inci maddesi de bu sonuca götürmektedir. "Gerçekten de, diyor yazar, bu birinci madde ile Devletler Sözleşme'nin içerdiği hak ve özgürlükleri *tanıma yükümü altına girmemişler; tanışlardır*. Bu iki terimin anlamları farklıdır.⁶⁴ Bu madde uyarınca taraflar, hak ve özgürlükleri *tanımayı yükümlenmemekte; bunları tanımaktadır* ve böylece Devletlerce bir kere onaylandıktan sonra, hazırlanan metin yasaların ya da anayasaların değiştirilmesini gerektirmeyecek, tümüyle Devletlerin mevzuatına girmiş olacaktır.⁶⁵ Diğer bir ifadeyle birinci madde ile üye devletlere, Sözleşmeye aykırı düzenlemeler yapmamayı kabul etmişlerdir.⁶⁶

A. Feyyaz Gölcüklü ve *A. Şeref Gözübüyük*'e göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kanunların, hatta Anayasanın da üstündedir. Yazarlara göre, Sözleşmenin Anayasaya aykırılığı iddia edilemez. Bunun doğal sonucu ise, Sözleşme Anayasaya aykırı olsa bile uygulanır. Zira, "Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen Sözleşme'nin yasaya aykırılığı nedeniyle uygulanamaması Anayasanın getirdiği sisteme ters düşer. Sözleşmeden sonra yürürlüğe giren bir yasanın Sözleşmeyi değiştirebileceğini kabul etmek, çelişkili bir yaklaşım olur."⁶⁷ Keza yazarlara göre,

konusunda ise tamamen başka bir şey ileri sürmesi, formalist bir hukukçunun hayal sınırlarını zorlayan içeriksel ve ideolojik bir yaklaşım örneğidir.

⁶² Edip Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl 9, 1988, Sayı 1-3, 50-51.

⁶³ *Ibid.*, s.51.

⁶⁴ *Ibid.*, s.52.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Feyyaz Gölcüklü ve A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2'nci Baskı, 1996, s.20.

“uluslararası hukuk bakımından da Sözleşme Türkiye’yi bağlayan bir andlaşmadır. Sözleşme bu yönden de bir yasa ile değiştirilemez. Andlaşmalar kendi koydukları kurallara göre bozulabilir ya da değiştirilebilir. Sözleşme bozulmadıkça, bir yasa ile tek yanlı olarak değiştirilemez. Sözleşmeden sonra çıkan Anayasa, ya da yasa ile ne açıkça, ne de üstü kapalı bir biçimde Sözleşmede değişiklik yapma olanağı yoktur. Bu gibi durumlarda sözleşme yürürlüktedir; hukuksal sonuçlarını hem ulusal hukukta, hem uluslararası hukukta doğurmaya devam eder.”⁶⁸

Tekin Akıllıoğlu da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “anayasal değer”de, hatta “anayasa üstü” konumda olduğunu düşünmektedir.⁶⁹ Yazara göre, Anayasa’nın eksenini oluşturan “insan haklarına saygı” ilkesi sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin değil, fakat bütün uluslararası insan hakları normlarının anayasal değerde sayılmasını zorunlu kılmaktadır.⁷⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine anayasal hatta anayasaüstü değer veren diğer bir yazar da *Necmi Yüzbaşıoğlu*’dur. Yazara göre,

“Anayasanın 2’nci maddesinin ‘insan haklarına’ yollama yaptığı da göz önüne alındığında, Anayasanın özellikle bu 2’nci ve 15’inci maddelerini birlikte yorumundan çıkan sonuç, insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaların, uluslar-üstü hukuk kuralı olarak, Türk hukuk düzeninde de en üstte yer aldığıdır. Başka bir ifadeyle, Türk hukuk düzeninde kurallar kademelenmesinde, Avrupa insan hakları hukuku ve bu nitelikteki insan hakları belgeleri anayasaüstü değer taşır.”⁷¹

2. Eleştiri

Yukarıdaki yazarların görüşlerinin bir kısmı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ne kadar önemli olduğunu vurgulamaktadır. Onlara göre, muhtemelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi falan hükmü 1982 Anayasasının filan hükmünden daha değerli-

⁶⁸ *Ibid.*, s.20-21.

⁶⁹ Tekin Akıllıoğlu, “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını), Cilt I, Mayıs-Eylül 1991, Sayı 2-3, s.41-42.

⁷⁰ *Ibid.*, s.41. Aynı yönde Tekin Akıllıoğlu, “La place et la valeur des normes internationales des droits de l’homme dans le droit interne turc”, *Revue des droits de l’homme* (Publié par le Centre des droits de l’homme de la Faculté des Sciences politiques de l’Université a’Ankara), Vol I, No 1, s.39-42; Tekin Akıllıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt XLIV, Temmuz-Aralık 1989, no 3-4, s.155-173.

⁷¹ Yüzbaşıoğlu, *op. cit.*, s.34.

dir. Ancak yazarların bu bakış açısı hukukî değil, tamamen *moral*dir. Şüphesiz yazarlar, bu kanaatlerinde haklı da olabilirler. Ancak bu kanaatlerinden hiçbir hukuksal sonuç çıkmaz. Bizim burada tartıştığımız şey, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “moral” değeri değil, “hukukî” değeri, yani Türk Anayasasına hiyerarşik üstünlüğüdür. “Hukukî” anlamda hiyerarşinin nasıl tanımlandığını ise yukarıda gördük.

Yukarıdaki yazarların düşüncelerinin diğer bir kısmı esas itibarıyla uluslararası hukukun iç hukuk karşısında üstünlüğü yolundaki genel prensibin, özelde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygulanmasından ibarettir. Yukarıda açıkladığımız gibi uluslararası hukukun üstünlüğü prensibinin müeyyidesi, uluslararası hukuka aykırı olan iç hukuk normlarının iptali değil, bu normların uluslararası düzeyde ileri sürülememesi (*inopposabilité*) dir. Yukarıdaki yazarlar bu hususu görmezlikten geldikleri gibi, bir normun *iç geçerliği* (*validité interne*) ile *uluslararası geçerliliği* (*validité internationale*) kavramlarından da tamamen habersiz görünmektedirler. Yukarıda açıkladığımız gibi, bu iki kavram birbirinden tamamen farklıdır. İç geçersizliğin müeyyidesi o normun iç yargı organları tarafından iptalidir. Uluslararası geçersizliğin müeyyidesi ise, iç veya uluslararası yargı organları tarafından iptal değil, o normun uluslararası düzeyde ileri sürülememesi (*inopposabilité*) nden ibarettir.

Oysa yazarlar, bir Türk kanununun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olmasından dolayı, yani dış geçerliğinin sakat olmasından dolayı Türk Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi gerektiği yolunda üstü örtülü düşünceler ileri sürmektedirler. Anayasa Mahkemesi kanunların iç geçerliliğini denetlemektedir. Bir iç yargı organı, uluslararası geçerliliğinin sakat olmasından hareketle bir iç hukuk işlemini iptal edemez. Bir devletin iç yargı organları geçerli hukuk kurallarını uygulamakla yükümlüdürler. Eğer bir gün yukarıdaki düşünceleri izleyerek Türk Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğu gerekçesiyle bir kanunu iptal ederse, Türk kanunlarıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında bir hiyerarşi kurulmuş olur. Bu iptal kararı, Türk kanunlarının geçerliliklerinin artık Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklandığı anlamına gelir ki, bu Türkiye’nin Anayasa Mahkemesi marifetiyle üniter niteliğinden vazgeçip “Avrupa İnsan Hakları Federal Devleti”ne tek taraflı olarak iltihakı anlamına gelir. Mahkeme marifetiyle böyle bir tek taraflı iltihak Dünya hukuk literatüründe büyük bir yenilik oluşturacaktır. Türkiye’nin üniter niteliğinden vazgeçip bir federasyona iltihakı, Türkiye Cumhuriyetinin egemen bir devlet olarak sonu demektir.

3. Görüşümüz

Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türk Anayasası arasında bir hiyerarşi yoktur. Çünkü bunların arasında bir geçerlilik ilişkisi yoktur.

Anayasamızın 90'ıncı maddesine göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türk hukuk düzeni bakımından kanun değerindedir. İç hukukumuz bakımından bir kanun gibi uygulanır. Dolayısıyla *iç hukuk tekniği açısından* Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1982 Anayasasının üstünde değil, altında yer alan bir norm olarak işleme tâbi tutulur.

O halde Türkiye'de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi normlarına aykırı anayasal düzenlemeler olursa bu düzenlemeler iç hukuk bakımından geçerli olurlar. Zira iç hukuk bakımından Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine nazaran *lex superior*'dur. Keza Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bir kanun değerinde olduğuna göre, bu Sözleşmenin hükümlerine aykırı kanun hükümleri olursa, bu kanun hükümleri de geçerli kalır. Bunların arasında çatışma olursa, Türk mahkemeleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihmal edip *lex posterior* olan kanunu uygulamak durumundadırlar.

Özetle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı Anayasa ve *lex posterior* kanun hükümleri *iç hukuk* bakımından geçerlidirler. Ama Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı Anayasa ve kanun hükümleri *uluslararası planda* geçersizdirler. Yani Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde yaptığı taahhütlerden kurtulmak için kendi Anayasa ve kanun hükümlerini *Strasbourg organları nezdinde* ileri süremez. Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bu düzenlemeler yüzünden Türkiye'nin *uluslararası sorumluluğu* doğabilir. Diğer bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı anayasal ve yasal düzenlemeler yapmanın müeyyidesi bu düzenlemelerin iç hukuk bakımından geçersizliği değil, uluslararası hukuk bakımından geçersizliğidir.

Türkiye bireysel başvuru hakkını ve Avrupa İnsan Hakları Divanı yargı yetkisini tanıdığına göre, Türkiye'nin uluslararası hukuk bakımından sorumluluğu zaten müeyyidelendirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Divanı, Sözleşmeye aykırı normlar ihdas ettiği için, bu normlardan zarar gören lehine, Türkiye'yi tazminat ödemeye mahkum edebilmektedir. Ancak Türkiye'nin sorumluluğu uluslararası hukuk açısından bundan ibarettir. Avrupa İnsan Hakları Divanı şimdiye kadar bir Türk iç hukuk normunu iptal etmiş değildir. Bundan sonra da iptal edecek değildir. Avrupa İnsan Hakları

Divanının yapmadığı bir şeyi, Türk Anayasa Mahkemesinin yapabileceğini düşünmenin bir anlamı yoktur. Şüphesiz, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile verdiği sözlere yerine getirmesi *pacata sunt servanda* ilkesinin bir gereğidir. Ancak bu ilkenin uygulanması siyasi bir sorundur. Böyle bir sorunun takdiri yargıya değil, yasama ve yürütme organına aittir. Türk hukuk normlarının Avrupa insan hakları hukuku normlarına daha büyük ölçüde uydurulması yönündeki meşru arzunun muhatabı Anayasa Mahkemesi değil, Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Bakanlar Kuruludur.

II. İç Anayasaüstülük: Bazı İnsan Hakları Prensiplerinin Anayasaüstülüğü Tezi

Bu tezin ilk önce açıklamasını, sonra da eleştirisini yapacağız.

A. Açıklama

Acaba köken olarak anayasanın dışında bulunan, ama anayasaüstü bir değere sahip insan hakları prensipleri var mıdır?

İlkönce şunu not edelim ki, anayasaüstülük sorunu, insan hakları prensiplerine *hukuk kuralı* niteliğinin atfedilmesiyle başlar. Diğer bir ifadeyle, Georges Vedel'in isabetle belirttiği gibi, bazı etik ilkelerin veya bir politik *credonun* parçası olan prensiplerin *moral* olarak anayasadan daha değerli olduğunu söylemekte hiçbir sakınca yoktur.⁷² Ancak insan hakları ilkelerinin anayasaüstü değer taşıdığını savunanlardan bazıları, bu insan hakları prensiplerinin *moral* değerlerini açıklamakla yetinmemekte, onlara ayrıca *hukukî* değer de atfetmektedirler. İşte tartışma bu noktada başlamaktadır. Bizim insan haklarının *moral* değerinin anayasanın üstünde yer aldığı yolundaki düşünceye bir itirazımız yoktur. Bizim itirazımız, insan hakları prensiplerinin *hukuken de* anayasanın üstünde yer aldığı görüşünerdir.

Örneğin Serge Arné'ye göre, "insan onuruna saygı" veya "ayrımcılık yapılmaması" ilkesi o derece de önemlidir ki, bu ilkelerin ihlal edilmesi "medeni olan her insanı isyan ettirir."⁷³ Eğer Serge Arné bunu demekle kalsaydı, hiçbir problem çıkmayacaktı. Ama yazar, daha ileri giderek, bu prensiplere bir *hukukî statü* de atfetmek-

⁷² Georges Vedel, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", *Pouvoirs*, 1993, n° 67, s.80.

⁷³ Serge Arné, "Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité", *Revue du droit public*, 1993, s.474.

tedir.⁷⁴ Zira, Arné “anayasaüstülüğü” bile, “anayasaüstülük, ‘norm’ olarak nitelenen bazı prensip ve kuralların anayasanın içeriğine üstünlüğüdür”⁷⁵ şeklinde tanımlamaktadır. Yani Serge Arné “insan onuruna saygı” gibi birtakım prensipleri “hukuk normu” olarak görmektedir. Aslında Serge Arné’de bu konuda hiçbir üstü kapalı yan yoktur. O, bu prensiplere, “ilk önce *moral*, sonra da *hukukî* değer atfedileceğini” açıkça yazmaktadır.⁷⁶

Serge Arné örneğinde görüldüğü gibi, insan haklarının anayasaüstülüğü kavramı basit bir doktrinal spekülasyon değildir. Georges Vedel’in isabetle gözlemlediği gibi, bu anayasaüstülük kavramı bir “işlemsel etki (*effet opératoire*)”ye sahiptir.⁷⁷ Bu “işlemsel etki” çiftedir ve şu iki önermeyle özetlenebilir:

1. Kurucu iktidar anayasaüstü insan hakları prensiplerini ne değiştirebilir, ne de ilga edebilir.
2. Anayasa yargısı organları anayasaüstü insan hakları prensibi ile bir anayasa normu çatıştığında birincisini uygulamalı ikincisini ise ihmal etmelidir.⁷⁸

Bu “işlemsel etki”, Serge Arné ve Stéphane Rials’ın açıklamalarından izlenebilir. Serge Arné anayasaüstü prensiplerin hiçbir aykırılığa ve sınırlandırmaya tahammül edemeyeceklerini iddia etmektedir.⁷⁹ Ona göre, kurucu iktidar dahi bu anayasaüstü prensipleri kabul etmek zorundadır.⁸⁰ Stéphane Rials, daha da ileri giderek “asli kurucu iktidar diye bir şeyin olamayacağını, sadece bir “anayasaüstü kurulmuş kurucu iktidar (*pouvoir constituant ‘supraconstitué’*)”ın olabileceğini iddia etmektedir.⁸¹ Tali kurucu iktidar konusunda ise Serge Arné ve Stéphane Rials, bu iktidarın hiçbir anayasaüstü ilkeyi değiştiremeyeceğini yazmaktadırlar.⁸²

Şimdi doktrinde ileri sürülmüş anayasaüstü değerde olduğu iddia edilen insan hakları prensiplerini daha yakından görelim.

⁷⁴ *Ibid.*, s.475-480

⁷⁵ *Ibid.*, s.461. İtalikler bize ait.

⁷⁶ *Ibid.*, s.477.

⁷⁷ Vedel, “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *op. cit.*, s.80.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Arné, *op. cit.*, s.474.

⁸⁰ *Ibid.*, s.481.

⁸¹ Stéphane Rials, “Supraconstitutionnalité et systématique du droit”, *Archives de philosophie du droit*, 1986, s.65.

⁸² Arné, *op. cit.*, s.481; Rials, *op. cit.*, s.65.

Her şeyden önce belirtelim ki, insan haklarının anayasaüstülüğü tezini savunan yazarlar arasında somut olarak hangi prensiplerin anayasaüstü değerde olduğu konusunda bir uzlaşma yoktur. Bu bakımdan “anayasaüstü insan hakları prensipleri”nin tam listesini yapmak mümkün değildir. Aslında bu tamamen normaldir. Zira, bu prensipler pozitif bir metinden kaynaklanmadığına göre, her yazar bu prensipleri serbestçe tasavvur etmekte özgürdür.

Kimi yazarların insan haklarının anayasaüstülüğü konusundaki düşünceleri açıkça tabii hukuk kökenlidir. Örneğin anayasayı değiştirme iktidarının sınırlı bir iktidar olduğunu savunan İsviçreli anayasa hukukçusu Jean Darbellay’a göre, bu iktidar siyasi toplumun iyiliği için mevcuttur. Ve siyasi toplum da insanın iyiliği için vardır. O halde anayasayı değiştirme iktidarı, “insanın temel doğal eğilimlerine” karşı yeni anayasa normları kabul edemez. Anayasayı değiştirme iktidarı da tabii hukuka tabidir.⁸³ Böylece yazar, insanın tabii eğilimlerinin, insanın tabiatından kaynaklanan prensiplerin anayasanın üstünde bulunduğunu ve kurucu iktidar tarafından dokunulamaz olduklarını düşünmektedir. Ancak bu prensiplerin neler olduğu konusu tartışmalıdır. Yazar bireysel özgürlüklerin de değiştirilemez olup olmadığı sorusunu sorup,⁸⁴ buna kesin bir yanıt vermemekle birlikte, akıl dışı, çok açık bir adaletsizlik getiren ve tabii hukuka aykırı anayasa değişikliklerinin mümkün olmadığını belirtmektedir.⁸⁵

Serge Arné “temel hakların mantık gereği anayasanın üstüne yerleştirilmesi” gerektiğini ileri sürmektedir.⁸⁶ Ona göre, insan onuruna saygı ilkesi tamamen anayasaüstü değerdedir.⁸⁷ Bu ilkeden yola çıkarak yazar, insanın fiziki varlığına dokunulmaması, insanın manevi varlığına yönelik aşağılayıcı muamele yapılmaması, insan yaşamına ve keza özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi ilkelerinin anayasaüstü değerde olduğunu düşünmektedir.⁸⁸ Yine yazar, kişi güvenliği ile bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkını da aynı nitelikte görmektedir.⁸⁹

⁸³ Jean Darbellay, “L’initiative populaire et les limites de la révision constitutionnelle”, *Revue du droit public*, 1963, s.735-736.

⁸⁴ *Ibid.*, s.737, 738.

⁸⁵ *Ibid.*, s.738.

⁸⁶ Arné, *op. cit.*, s.469.

⁸⁷ *Ibid.*, s.474.

⁸⁸ *Ibid.*, s.474.

⁸⁹ *Ibid.*, s.475.

Stéphane Rials da “temel hakların anayasa koyucu iktidarın iradesinin üstünde” olduğunu iddia etmektedir.⁹⁰

Anayasanın insan haklarına tâbi olduğu tezi çok açık bir şekilde René Château tarafından savunulmuştur. Yazara göre, her demokrasi, anayasa yapma iktidarını sınırlandırma eğilimindedir. Bireysel özgürlükler, yurttaşların medeni eşitliği gibi temel ilkelere hiçbir anayasa değişikliği dokunamaz. Yazar, anayasanın dokunamayacağı bu temel ilkelerin başında insan haklarının geldiğini düşünmektedir. Ona göre, “gerçek bir demokraside, insan hakları her şeyin, her iktidarın, hatta kurucu iktidarın bile üzerindedir.”⁹¹

Maryse Baudrez anayasanın değiştirilmesi konusunda, halkın kendi kendisiyle sınırlı olduğunu, veya en azından bireyin, yani halkı oluşturan üyelerin hakları ile sınırlı olduğunu yazmaktadır.⁹²

B. Eleştiri

İnsan hakları prensiplerinin anayasaüstülüğü konusundaki bu tezleri gördükten sonra şimdi onların eleştirisine geçeceğiz.

Her şeyden önce anayasaüstü insan hakları prensiplerinin varlığı tezi, ancak tabii hukuk anlayışı kabul edilirse savunulabilir. Georges Vedel’in isabetle belirttiği gibi, eğer anayasaüstüğe kabul edilebilir bir anlam verilmek isteniyorsa, ona ne ad verilirse verilsin, yargı organlarını tabii hukukun egemenliği altına sokmak gerekir.⁹³ Anayasaüstülük taraftarı olan Stéphane Rials’ın “anayasaüstülüğün tabii hukukun değişik bir şeklinden ibaret olduğunu”⁹⁴ itiraf etmesi bu bakımdan ilginçtir. Dahası Stéphane Rials, anayasaüstülük kavramının “tabii hukukçu anayasacıların bu disiplinin diğer sanatkarlarıyla iletişim” aracı olduğunu belirterek⁹⁵ bu kavramın yerindeli-

⁹⁰ Rials, *op. cit.*, s.64.

⁹¹ René Château, *Introduction à la politique: cours d'initiation sociale, civique et humaine*, Paris, Publications Chateaubriand, Tarihsiz, s.484.

⁹² Maryse Baudrez ve Jean-Claude Escarras, “La révision de la Constitution italienne: doctrine et complexité des faits”, in *La révision de la constitution*, (Journées d’études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l’Association française des constitutionnalistes), Paris, Economica, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1993, s.141.

⁹³ Vedel, “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *op. cit.*, s.87.

⁹⁴ Rials, *op. cit.*, s.59-60.

⁹⁵ *Ibid.*, s.60.

ğini açıklamaktadır. Zira onlar için anlaşılabilir bir kavram olan anayasaüstülük, tabii hukukçulara mahsus kavramlar içinde bir yer alabilir.⁹⁶

Anayasaüstülük teorisine en yıkıcı eleştirileri yöneltenlerden birisi hiç şüphesiz Georges Vedel'dir. Yazara göre, “anayasaüstü hukuk normları kavramı mantıksal olarak inşa edilemez bir kavramdır.”⁹⁷ Zira, “anayasaüstülük, saf halde, anayasanın üstünde ama anayasa tarafından ifade edilmeyen kuralların olduğunu, ve bu kuralların keşfedilmesinin ve uygulanmaya konulmasının yüksek bir yargı organına ait olduğu varsayımına dayanır.”⁹⁸ Bu ise, bu yargı organının kurucu iktidar yetkisini ele geçirdiği anlamına gelir. Bu durumda yazılı anayasa kurallarının “anayasaaltılığı” ve bazı ilkelerin “anayasaüstülüğü” ortaya çıkacaktır.⁹⁹ Böylece anayasaüstülük, oluşumu, üyelerinin seçimi ve statüsü açısından hiçbir zaman meşru olarak kurucu iktidar yetkisine sahip olamayacak bir organa bu kurucu iktidar yetkisinin fiilen verilmesi anlamına gelir.¹⁰⁰

Georges Vedel'e göre, “anayasaüstülük demokratik düzen için de tehlikelidir”¹⁰¹. Bu kavram az çok uzun vadede demokratik dengeleri sarsacaktır¹⁰². Demokratik denge, diyor Georges Vedel, değişik organları karşılıklı olarak sınırlandıran bir yetki paylaşımı üzerine dayanır. “Ama bu paylaşılmış yetkiler şebekesinin ötesinde, demokratik egemenliğin paylaşılmadan icra edileceği bir hukukî yerin mevcut olması gerekir. İşte bu yer kurucu iktidarın yeridir.”¹⁰³

Diğer bir ifadeyle, “sadece kurucu iktidar asli egemenliği bütünüyle elinde bulundurur.”¹⁰⁴ Anayasa yargısının meşruluğunun temeli, kurucu iktidarın şu ya da bu anayasa normunu değiştirebilmesi veya anayasa yargısı organına onun beğenmediği bir yorumu empoze edebilmesi olgusunda yatar.¹⁰⁵

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*, s.87.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*, s.92.

¹⁰² Georges Vedel, “Shengen et Maastricht: à propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991”, *Revue française de droit administratif*, 1992, s.179.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Vedel, “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *op. cit.*, s.93.

¹⁰⁵ *Ibid.*, s.94.

Vedel'e göre, bu şemaya, anayasaüstülük mitinin ithali sistemin tümünden bozulmasına yol açar.¹⁰⁶ Böylece “egemen tahtan düşürülecek”¹⁰⁷ ve kurucu iktidar artık ilksel bir iktidar olmayacaktır. Bu durumda kurucu iktidar, meşruluk şartlarına tâbi olacaktır. Oysa meşruluğu tanımlayacak ve tecessüm ettirecek iktidar, bu kurucu iktidardır. Kısacası, anayasaüstülük “kurucu iktidarı tahrip etme makinesi” haline gelecektir.¹⁰⁸

Diğer yandan, Georges Vedel, anayasaüstülüğün “hakimler hükümetine” yol açacağını belirtmektedir. Ona göre, anayasa yargısı organında bir kanunun iptali için dava açan azınlık milletvekilleri davalarını kabul ettirmek için anayasaüstülük argümanına başvuruyorlarsa, kanunun kaderi, anayasa yargısı organını bu anayasaüstülük argümanını kabul edip etmemesine bağlıdır.¹⁰⁹

Georges Vedel'e göre, anayasa yargısı organının, bir takım prensiplerin anayasaüstülüğü tezinin cazibesine kapılması, ona meşruluğunu kaybettirecektir. Hangi ustalık kullanılırsa kullanılsın, sözde anayasaüstü olan prensip, hiçbir yerde yazılı değildir, hiçbir yerden anlaşılamaz. O bireysel psikolojinin temsilinden başka bir şey değildir. Parlak ama boş bir söz (*phraséologie majesteuse*) den başka bir şey olmayan kişisel kanaatler adına bir kanun onaylanacak veya iptal edilecektir. Anayasa yargısı organı, kendini hukukun asli kaynağı, ilk normatif güç, açıkçası egemenliğin gasıbı haline getirecektir.¹¹⁰

Vedel'e göre anayasaüstülük, tarihin belirli bir döneminde insanlığın artık kendisine dokunulması mümkün olmayan kesin değerler sistemini yarattığı yanılsamasına dayanır.¹¹¹

Hans Kelsen'in tabii hukukun dinî ve metafizik bir niteliğe sahip olduğunu belirtmesi gibi,¹¹² Georges Vedel de, anayasaüstülük teorisinin dinî karakterde olduğunu belirtmektedir:

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*, s.95.

¹¹⁰ *Ibid.*, s.95-96.

¹¹¹ *Ibid.*, s.94.

¹¹² Hans Kelsen, “La justice et droit naturel”, Trad. par Etienne Mazingué, in *Le Droit naturel, Annales de philosophie politique*, t.III, (Institut international de philosophie politique), Paris, P.U.F., 1959, s.69-70.

“İnsana yaratılmış bir statü veren inançlar sisteminde, Yaratıcı tarafından empoze edilmiş kurallar topluluğunun mevcut olduğu tasavvur edilebilir. Ama eğer insan, yaratılmamış bir tabiatın çocuğu ise, binlerce yıl boyunca kendisinin yaratıcısı yine insandır. İnsanın kendisinin çizdiği model dışında, izleyeceği bir model yoktur.”¹¹³

Kanaatimiz

Kanaatimizce, anayasaüstü insan hakları prensipleri sorununu hukuk normlarının geçerliliği şartları açısından incelemek gerekir. Bu normlar, hukuk normlarının geçerliliği şartlarını taşıyorlarsa geçerlidirler, yok eğer taşıyorlarsa hukukî değerden yoksundurlar. O halde anayasaüstü olduğu iddia edilen insan hakları prensiplerini “hukukî geçerlilik (*validité juridique*)” testine tâbi tutalım.

Bunun için öncelikle hukuk normlarının geçerliliği şartlarını görmek gerekir. Ancak bu şartları burada incelemek konumuzu aşar. Biz hukuk normlarının geçerliliği şartları konusunda *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*¹¹⁴ başlıklı çalışmamıza yollama yaparak, orada ulaştığımız sonuçlara göre, bir işlemin hukuk normu olarak geçerli olması için şu koşulları yerine getirmesi gerektiğini söyleyelim:

1. *Maddî Varlık*: Bir işlemin hukuk normu olarak geçerli olabilmesi için her şeyden önce o işlemin madden var olması gerekir. Maddî varlık ile o işlemin somut taşıyanının, yani bir belgenin, tek kelimeyle bir *instrumentum*’un varlığı anlatılmak istenmektedir.¹¹⁵

2. *Normatiflik*: Hukuk normlarının geçerliliğinin ikinci şartı normatifliktir. Normatiflik, bir işlemin bir emir, yasak veya izin içermesi demektir. Ancak bu emrin, yasağın veya izinin konusu bir beşeri davranış olmalı ve bu emir, yasak veya izin yine beşeri irade tarafından konulmuş olmalıdır.¹¹⁶

3. *Hukukîlik*: Hukukîlik, bir hukuk normunu diğer sosyal davranış kurallarından ayıran özellik olarak tanımlanır. Hukuk düzenine hukukîlik vasfını veren şey, bu düzenin beşeri davranışın *cebri* düzeni olmasıdır.¹¹⁷

¹¹³ *Ibid.*, s. souve 94-95.

¹¹⁴ Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.

¹¹⁵ Gözler, *op. cit.*, s.27.

¹¹⁶ *Ibid.*, s.28-41.

¹¹⁷ *Ibid.*, s.41-53.

4. *Aidiyet*: Bir normun, hukuk normu olarak geçerli olabilmesi için o normun belirli bir hukuk düzenine ait olması gerekir. Bunun için ise, o normun, kendisinden üst bir normun öngördüğü usûlle konulmuş olması gerekir.¹¹⁸

5. *Minimum Etkililik*: Yukarıdaki dört koşulu taşıyan norm hukuken geçerlidir. Ancak geçerliliğini yitirmemesi için minimum bir etkililiğe de sahip olması gerekir. Hiç uygulanmamış ve kendisine hiç uyulmamış bir norm yukarıdaki dört koşulu taşısa da geçerli değildir. Böyle bir norm metrukiyete düşmüştür.¹¹⁹

Şimdi bu koşullar açısından anayasaüstü değerde olduğu iddia edilen bu insan hakları prensiplerinin geçerliliğini sınavalım.

Kanımızca, anayasaüstü değer taşıdığı iddia edilen insan hakları prensipleri bu koşullardan ilkinin, yani maddi varlık koşulunu bile yerine getirmemektedir. Zira bu insan hakları prensipleri hiçbir hukukî belgede, metinde yer almazlar. Onların *instrumentum*'ünü ihdas etmek tamamen imkânsızdır. Bu prensipler nerede bulunmaktadır? Onların içeriğini nasıl tanıyabiliriz? Hangi belgeye, hangi resmi gazeteye, hangi düstura bakarak onları saptayabiliriz? Bu sorulara hiçbir cevap verilemez. Çünkü bu prensipler herhangi bir yerde kayıtlı değildir.

Örneğin Stéphane Rials'ın ileri sürdüğü “temel hakların anayasa koyucunun iradesine üstün olduğu” prensibi nerede yazmaktadır? Keza Serge Arné'nin ileri sürdüğü “insan onuruna saygının anayasaüstülüğü ilkesi” nerede bulunmaktadır? Stéphane Rials ve Serge Arné belki “insanın kalbinde” yahut “doğasında” diye cevap vereceklerdir. Ama her halükarda, bize en ufak bir belge, bir metin gösteremeyeceklerdir. Zira bu prensipler bir beşeri irade tarafından konulmamışlardır. Oysa hukuk normu beşeri iradenin yarattığı bir şeydir. Diğer bir ifadeyle *konulmamış* bir şey norm değildir; *normatiflik* niteliğinden yoksundur. Aslında, bu “anayasaüstü insan hakları prensipleri” bizatihi tabii hukukçu yazarlar tarafından “konulmuştur.” Böylece bu yazarlar sadece olağan kanun koyucunun yerine değil, aynı zamanda, insan haklarının prensiplerinin anayasaüstülüğü teorileri sayesinde, kurucu iktidarın yerine geçmektedirler.

Özetle, tabii hukukçu yazarların tasavvur ettiği bu “anayasaüstü” insan hakları prensipleri hukukî değerden yoksundurlar; zira hukukî geçerliliğin birinci şartı olan

¹¹⁸ *Ibid.*, s.89.

¹¹⁹ *Ibid.*, s.89-99.

maddi varlık şartını bile yerine getirememektedirler. Madden mevcut olmayan bu prensipler hiçbir hukukî değere sahip olamaz. Bu prensipler hukukî geçerliliğin ilk koşulunu bile yerine getirmediklerinden hukukî geçerliliğin diğer koşullarını yerine getirip getirmediklerini ayrıca tartışmak gereksizdir. Zira bu koşullar alternatif değil, kümülatiftir.

Sonuç olarak, “anayasaüstü” diye nitelendirilen insan hakları prensipleri, maddi varlıktan yoksun oldukları için hukukî değerden mahrumdurlar. Bu prensipler aslında hukukî değil, etik ve politik niteliktedir. Hukuk alanına sokulmadıkça da, isteyen herkes bu prensiplere istediği *moral* değeri atfetmekte serbesttir.

Son olarak şuna işaret edelim ki, hukuk alanında ileri sürülen anayasaüstü insan hakları prensiplerinin mevcudiyeti tezi, sanıldığı gibi masum bir doktrinal spekülasyon değildir. Bu tezin *iki pratik sonucu* vardır. Eğer bazı insan hakları prensiplerinin anayasaüstülüğü kabul edilirse, *bir kere* kurucu iktidarın anayasa yapma ve anayasayı istediği gibi değiştirme yetkisi sınırlandırılmış olacaktır. *İkinci olarak* da eğer Anayasa Mahkemesi anayasaüstü bir takım insan hakları prensiplerinin bulunduğu inanırsa, bu prensiplere aykırı gördüğü kanunları, hatta anayasa değişikliklerini iptal edebilecektir. Bazı insan hakları prensiplerinin anayasaüstülüğünü savunan yazarlar, bu savundukları prensiplerin içeriğinin ne kadar yüce, ne kadar kutsal olduklarının altını çizerler. Ama nedense teorilerinin yukarıdaki iki pratik sonucunu görmezden gelirler. İnsan hakları prensiplerinin anayasaüstülüğü teorisinin bu iki pratik sonucunun da vurgulanması gerekir. Çünkü birinci sonuç anayasal sistemimize tamamen aykırıdır; ikinci sonuç ise ülkede devrim yapılması anlamına gelir.

Zira bir takım insan hakları prensiplerinin anayasaüstülüğü kabul edilirse, Türkiye’deki kurucu iktidar, artık 12 Eylül askeri müdahalesi ertesinde ortaya çıkan ve seçmenlerin çoğunluğu tarafından halkoylaması ile tasvib edilen asli kurucu iktidar olmaktan çıkacak, bu prensipleri kim formüle ediyorsa o kurucu iktidar olacaktır. Bu prensiplerin cazibesi ortadadır: Onları formüle eden kişi, bir ihtilal yapan kişi kadar otorite sahibi olacaktır.

Bazı insan hakları prensiplerinin anayasaüstülüğü teorisinin *ikinci pratik sonucu* ise Anayasa Mahkemesine bu sözde prensiplere aykırı olan kanunları, hatta anayasa değişikliklerini iptal ettirtmektir. Eğer bir gün Anayasa Mahkemesi, kendisine bu yön-

de yapılan telkinlere kapılır ve bir kanunu 1982 Anayasasında yazmayan bir insan hakları prensibine dayanarak iptal ederse, hatta daha da ileri giderek, bir anayasa değişikliğini böyle sözde anayasaüstü insan hakları prensibine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal ederse, o gün Anayasa Mahkemesi, meşruluğunu yitirecektir. Böyle bir durumda, Anayasa Mahkemesi sadece yasama iktidarını değil, aynı zamanda kurucu iktidarı da gasbetmiş olacaktır. Diğer bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi kurulmuş bir organ olmaktan çıkacak, kurucu bir organ haline gelecektir. Anayasa Mahkemesi üyeleri de o gün ellerine asli kurucu iktidarı geçirmiş olacaklardır. Asli kurucu iktidarın kullanılması, hukukî anlamda devrim demektir. Şüphesiz bir hukuk düzeni, devrimin tersidir; ona imkân tanımamalıdır.

İnsan haklarının anayasaüstülüğü teorisi ile Anayasa Mahkemesine zaman zaman bu yönde telkinlerde bulunmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi bu telkinlere şimdiye kadar itibar etmemiştir. Bundan sonra da itibar etmeyeceği tahmin edilebilir.

Türk hukuk sisteminde birçok insan hakkı, kanunlar ve anayasa ile tanınmıştır. Anayasamızın 13 ve 15'inci maddeleri insan haklarını güvenceli bir sisteme bağlamıştır. İnsan hakları konusunda birçok prensip hukuk düzenimizde zaten yasal, hatta anayasal değere sahiptir. Bu anayasal ve yasal değer ile yetinilmeyip, bazı insan hakları prensiplerine bir de anayasaüstü değer tanınması yolundaki teşebbüs hukuken meşru değildir.

Kaynakça

AKILLIOĞLU (Tekin), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt XLIV, Temmuz-Aralık 1989, no 3-4, s.155-173.

AKILLIOĞLU (Tekin), “La place et la valeur des normes internationales des droits de l’homme dans le droit interne turc”, *Revue des droits de l’homme* (Publié par le Centre des droits de l’homme de la Faculté des Sciences politiques de l’Université d’Ankara), Cilt I, No 1, s.39-42.

AKILLIOĞLU (Tekin), “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını), Cilt I, Mayıs-Eylül 1991, Sayı 2-3, s.39-42.

Arné (Serge), “Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles? Contribution à l’étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité”, *Revue du droit public*, 1993, s.459-512.

BALTA (Tahsin Bekir), “Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ve Türkiye”, *Türkiye’de İnsan Hakları*, Ankara, 1970, s.278 vd.

BATUM (Süheyl), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, (Basılmamış Doçentlik Tezi), İstanbul, 1990 (Görülmemiştir: Yüzbaşıoğlu, *op. cit.*, s.33’ten naklen zikredilmektedir).

Baudrez (Maryse) ve Escarras (Jean-Claude), “La révision de la Constitution italienne: doctrine et complexité des faits”, in *La révision de la constitution*, (Journées d’études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l’Association française des constitutionnalistes), Paris, Economica, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1993, s.139-154.

Berger (Vincent), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Paris, Sirey, 3. Baskı, 1991.

Boulouis (Jean), *Droit institutionnel des communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 4. Baskı, 1993.

Carreau (Dominique), *Droit international*, Paris, Pédone, 3. Baskı, 1991.

Château (René), *Introduction à la politique: cours d’initiation sociale, civique et humaine*, Paris, Publications Chateaubriand, (Tarihsiz).

Cohen-Jonathan (Gérard), Flauss (Jean-François) et Sudre (Frédéric), “Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, s.197-222.

COHEN-JONATHAN (Gérard), *La Convention européenne des droits de l’homme*, Paris, Economica, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1989.

ÇAVUŞOĞLU (Naz), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, Ankara, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayını, 1994.

ÇELİK (Edip F.), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl 9, 1988, Sayı 1-3, s.47-56.

Dinh (Nguyen Quoc), Daillier (Patrick) et Pellet (Alain), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 4. Baskı, 1992.

Favoreu (Louis), “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs*, 1993, n°67, s.71-77.

Gautron (Jean-Claude), *Droit européen*, Paris, Dalloz, 6. Baskı, 1994.

GÖLCÜKLÜ (A.Feyyaz) ve GÖZÜBÜYÜK (A.Şeref), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2’nci Baskı, 1996.

GÖLCÜKLÜ (Feyyaz), “Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi”, (Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu), *VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı* (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1990, Cilt 4, s.225-285.

Gölcüklü (Feyyaz), “La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux”, Rapport présenté à la VIIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), *Revue universelle des droits de l’homme*, 1990, s.295-302.

GÖZLER (Kemal), *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.

Isaac (Guy), *Droit communautaire général*, Paris, Masson, 4. Baskı, 1994.

Kelsen (Hans), “La garantie juridictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle”, *Revue du droit public*, 1928, s.197-257.

Kelsen (Hans), “La justice et droit naturel”, Trad. par Etienne Mazingué, in *Le Droit naturel, Annales de philosophie politique*, t.III, (Institut international de philosophie politique), Paris, P.U.F, 1959, s.1-123.

Kelsen (Hans), “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, 1926, IV, s.232-326.

Kelsen (Hans), *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2e édition de la “Reine Rechtslehre” par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

LUBBERDİNK (Henk), “Some Observations on the Role of Constitutional Norms, International Norms and Legal Principles in the Netherlands Legal System in Respect of the Inviolability of Statute Law”, (Report of the Netherlands), *VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı* (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1990, Cilt 4, s.197-207.

Madiot (Yves), *Les droits de l’homme*, Paris, Masson, 1991.

MERAY (Seha L.), *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara, 1968, Cilt I, s.132.

ÖMER (İbrahim) Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul, Afa, 1993.

PAZARCI (Hüseyin), *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Ankara, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1985.

Rials (Stéphane), “Supraconstitutionnalité et systématicité du droit”, *Archives de philosophie du droit*, 1986, s.57-76.

ROUSSEAU (Charles), *Droit international public*, Paris, Sirey, 1970, (tome I).

SOYSAL (Mümtaz), “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayını, 1986, Sayı 2, s.7-18.

SOYSAL (Mümtaz), “Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1997, no 14, s.171-187.

Sudre (Frédéric), “L’interdiction de l’avortement: le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l’homme”, (Note sous Cour européenne des droits de l’homme, Arrêt du 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande*), *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, s.216-220.

- Sudre (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1989.
- Vedel (Georges), “Shengen et Maastricht: à propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991”, *Revue française de droit administratif*, 1992, s.173-184.
- Vedel (Georges), “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs*, 1993, n° 67, s.79-97.
- YÜZBAŞIOĞLU (Necmi), “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını), Cilt II, Mayıs 1994, Sayı 1, s.26-38.



(4. Makale – 2001)

Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU*

*Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde
Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi***

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

** Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 2001, Cilt: 17, Sayı: 1, s. 41-70.



TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ VE İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI ÇERÇEVESİNDE AF, ŞARTLA SALIVERME, DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİ



Sibel İNCEOĞLU*

Giriş

Günümüzde neredeyse bütün anayasalar ve uluslararası sözleşmeler eşitlik ilkesine yer vermektedir. Bu ilke modern hukuk sistemlerinde hukuk devletinin en önemli parçası olarak görülmektedir.

Eşitliğin, ancak hukuk devletinin güvence araçlarıyla birlikte korunma imkanına kavuşabildiği doğru olmakla birlikte, eşitliğe ilişkin düşüncelerin yeni olduğu söylenebilir. Örneğin, Antikçağda dahi eşitlik dileği dile getirilmiştir. Platon, kadın erkeğin gördüğü işi görebilir mi sorusunu cevaplarırken şöyle diyor: “Dazlak kafalılarla saçlı olanlar bir yaradılıştadır mıdır? Aynı dersek, dazlak kafalılar kunduracı olunca, saçlı olanlara kunduracılık yaptırmamız gerekir, ya da tersine... kadınla erkek arasındaki fark sadece kadının doğurması, erkeğin de tohum salmasından başka bir şey değil ise, üstünde durduğumuz konuda kadınla erkeğin ayrılığını hesaba katmayacağız. Bekçilerimizin karlılarıyla birlikte aynı işleri görmeleri gerektiğini ileri süreceğiz.”¹

* Yrd. Doç. Dr., MÜHF Anayasa Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, sibel.inceoglu@marmara.edu.tr

¹ Platon, Devlet, çev. Sabahattin Eyüboğlu - M. Ali Cimcoz, Remzi kitabevi, 7. b., İstanbul 1992, (Beşinci kitap 454 c ve e), s. 142.

Fakat ne Platon'un tam olarak bir eşitlik savunucusu olduğunu, ne bu tür dileklerin, o dönemde eşitlik ilkesinin yaşama geçirildiğini gösterdiğini ne de tersi fikirlerin örneğin köleliği meşrulaştırıcı fikirlerin savunulmadığını söylememiz mümkün değildir. Nitekim Platon ve Aristoteles hiyerarşik bir evren ve insanların eşitsizliği temeline dayanmışlardır. Aristoteles bir üretim aracı olan köleliğin doğallığını güçlü bir biçimde savunurken esasında üretim biçiminin sonucu olan mevcut düzeni meşrulaştırmaktadır.² Eski Yunanda eşitlik, "vatandaşlar arası eşitlik", "bilgeler arası eşitlik" gibi eşitsizliğin eşitlik sözcüğü ile ifade edildiği sınırlı bir eşitlik olmuştur.³

Antikçağda şehir devletlerin yıkılmasından sonra İmparatorluk döneminde iki sorun evrensel bir düşüncenin savunulmasına destek olmuştur. Birincisi, kökenlerin ve geleneklerin farklılıklarını tek bir belirleyicinin yönetimi altında bir arada tutacak "bir dünya görüşü" oluşturma zorunluluğu,⁴ ikincisi ise şehir devletin güvenlik duygusunun yok olmasıyla, geniş ve yabancı bir dünya ile karşılaşmanın yarattığı yol göstericilik ve yardım ihtiyacı olmuştur. Bu geniş dünyada yalnız bırakılmış insan, birey olma bilincine yönelmiştir,⁵ bu bilincin referansları Stoa öğretisindeki evrensel eşitlik ve özgürlük olmuştur. İlk defa Stoa öğretisinde eşitlik evrensel bir ilke olarak dile getirilmiştir. Bu öğretinin en önemli düşünürü Seneca, insanı sadece insan olduğu için, öz bakımından eşit ve saygı değer kabul etmekle birlikte, efendilerin kölelere dostça nazik davranmaları gerektiğini öğütlemekten ileri gitmemiş, kölelerin düzeni yıkmaması için, mevcut düzeni meşrulaştıran bir araç sunmuştur.⁶

Her tarihsel dönem ve her toplum kendine ait üretim biçimleri ve değerlerinin yansıması sonucu farklı eşitlik anlayışlarını içermiştir. Antikçağ için örneğin vatandaşlar arası eşitlikten söz edilirken, ortaçağ için "tanrı önünde eşitlik"ten,⁷ burjuva devrimi sonrası "yasa önünde eşitlik"ten, sanayi devriminden sonra da, kanun önünde eşitliği tamamlayan, sosyal devletin ürünü olan "fırsat eşitliği"nden söz edilebilir.

Bu çalışma fırsat eşitliğini değil, "yasa önünde eşitlik", "yasaların eşit koruması", "hukuki eşitlik" ya da "ayrımcılık yasağı" olarak çeşitli şekillerde ifade edilen eşitliği

² Bkz. Aristoteles, Politika, çev. Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, 4. b., İstanbul 1993, (Kitap I Bölüm 4-5), s. 12-14.

³ Alaeddin Senel, "Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi", Yavuz Abadan'a Armağan, AÜSBF yay., Ankara 1969, s.257.

⁴ Bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları, Kent Devletinden İmparatorluğa, İmge Kitabevi, Ankara 1994, s. 398-400.

⁵ Jacques Choron, Death and Western Thought, Colliers Book press, 2. ed, New York 1973.

⁶ Bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları – Levent Köker, İmparatorluktan Tanrı Devletine, İmge Kitabevi yay., Ankara 1991, s. 66-70.

⁷ A. Şenel, a.g.m. s. 259.

ele almaktadır. Yasa önünde eşitlik ilkesinin temelleri 17. ve 18. yüzyıllarda laik doğal hukuk öğretilerinde bulunmakla birlikte, tam anlamıyla yasa önünde eşitliğin sağlanabilmesi için 20. yüzyılı beklemek gerekecektir. Çeşitli bildirilere ve anayasalara yasa önünde eşitlik 18. yüzyılda girmiş, fakat bu kavram uzun süre kağıt üstünde kalmıştır. Örneğin, eşitlik 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin en önemli ilkelerinden biridir, fakat 1791 Anayasası genel oy ilkesini kabul etmemiş, seçme hakkının kullanılabilmesi için vergi ödeme şartını getirmiştir.⁸ Bu sonuç, 1789 devriminin burjuva kazanımlarıyla sonuçlandığını düşünecek olursak şaşırtıcı değildir. Eşitlik ilkesinin kağıt üzerinde kaldığına ilişkin diğer örnek ise, 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu ve sonrasında Meşrutiyet dönemidir. Fermanla açıkça yasa önünde eşitlik ilkesi yer almasa da keyfi işlemlere yer verilmeyeceği, ayrımcılık yapılmayacağı çeşitli şekillerde ifade edilmiş,⁹ fakat 1876 Anayasası'nda sadece erkeklere seçme hakkı tanınmıştı.¹⁰ Bu nedenlerle yasa önünde eşitlik ilkesinin ancak 20. yy'da gerçekten uygulanır bir ilke olmaya başladığını ve anayasa mahkemelerinin yaygınlaşmasıyla, uluslararası sözleşmelerde yer verilip denetim altında tutulmasıyla güvencelendiğini söylemek yanlış olmaz.

I. Eşitlik İlkesine İlişkin Düşünceler

Eşitlik iki şeyin aynı, özdeş ya da bir olduğu şeklinde anlaşılabilmekte ise de hukuki eşitlik, gerçek eşitlikle aynı şey değildir, dolayısıyla eşitlik ilkesinden söz ederken, doğadaki hiçbir şeyin veya durumun tıpatıp aynı olmadığı bilinmekte, eşitsizliğin varlığı kabul edilmektedir. Eski Yunan Düşünürü Herakleitos'un dediği gibi, aynı ırmağa iki kez giremeyiz, çünkü ikinci girişimizdeki sular ilk girişimizdeki değildir; hatta aynı ırmağa bir kez bile giremeyiz; daha adımımızı atarken, yalnız sular değil, biz de değişmekteyiz.¹¹ İki insanın veya durumun eşit olduğu söylendiğinde, sadece belirli yönlerden eşit olduğu, diğer yönlerin ele alınan konu, amaçlanan şey açısından ilişkisiz olduğu kabul edilmektedir. “Bütün insanlar eşittirler” önermesi, sadece insanlar “insan doğasına” sahip olduklarından, “insan onuru” açısından eşittirler anlamında bir içeriğe sahip olmakta, bu önerme insanların özellikleri, içinde buldukları durum ve ihtiyaçları açısından farklı olduklarını inkar etmemektedir. Aksi halde, her

⁸ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta yay., 7. b., İstanbul 1995, s.534-537.

⁹ Bkz. Bülent Tanör, *Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri*, Der yay., 2. b., İstanbul 1995, s. 70-74.

¹⁰ Bkz a.g.e., s. 127.

¹¹ A. Şenel, a.g.m., s. 243.

kes eşittir önermesinden yola çıkıp, bir kişinin ihtiyacı olmamasına, özellikleri veya durumu farklı olmasına rağmen diğerlerine uygulanan (yükümlülük veya yarar getiren) kuralın aynını ona da uygulamak gibi bir durum ortaya çıkabilir ki bu daha fazla eşitsizliğe neden olur. Örneğin, vergi yükü miktarını herkes için sabit tutup, çok geliri olan ile az geliri olan arasında ayırım gözetmeyerek aynı miktarda vergi almak gibi mali güçteki farklılığa aykırı bir durum yaratılabilir veya bedenen sakatlığı bulunan birini askerlik hizmetini yerine getirmeye zorlamak gibi doğal farklılığa aykırı akıl dışı bir yükümlülük getirilebilir.

O halde mutlak eşitlik söz konusu değildir, insanın içinde bulunduğu durumu, özellikleri ve ihtiyaçları açısından farklılıklar vardır. İnsanların özellikleri, durumu ve ihtiyaçları arasındaki benzerlikleri ise siyasi iktidar kategorize ederek diğer bir deyişle sınıflandırarak tanımlar. Dolayısıyla eşitlikten söz ederken, diğerlerinden ayrılan ortak özellikleri ve kendi içinde benzerlikleri nedeniyle sınıflandırılan grubun, kendi içindeki eşitliğine, dolayısıyla tutarlılığına ve bu grubun dışında kalanlardan ayrılcı ölçütlerine dikkat çekilmektedir.

Sınıflandırmanın nasıl yapıldığı önemlidir. Bu noktada kanunun amacının belirlenmesi gereklidir ve sınıflandırma kanunun amacı bakımından benzer durumda olanların tümünü kapsayan, bu amaçla uyumlu ölçütlere dayalı bir sınıflandırma olmalıdır. Yasama amacının ne olduğu kanunun ve sınıflandırma hükmünün metninden, kanunun gerekçesinden ve yasama organında açıklanan görüşlerden anlaşılabilir gibi, yasama tarihi ve kanunun yöneldiği amaçları ortaya koyabilecek bilgi ve belgeler de göz önünde tutularak belirlenebilir.¹² Kanunun somut bir amaca hizmet edip etmediği, amacın meşru, kamu yararına yönelik veya anayasada belirtilmiş özel amaçlardan biri olup olmadığı; belli bir gruba yükümlülük veya yarar getiren kuralın söz konusu amaçla bağlantılı olup olmadığı, diğer bir deyişle sınıflandırıcı özelliklerin yasama amacı ile bağlantılı olup olmadığı, bu amaca hizmet edip etmediği; amaçla araç arasında oranlılık olup olmadığı eşitlik açısından tartışılması gereken konulardır.¹³

Kanunun amacı kamu yararına veya Anayasada belirtilen amaçlardan birine uygun olmak zorundadır. Fakat kamu yararını kesin bir biçimde tanımlamak, bir kanunun kamu yararına olup olmadığını değerlendirmek oldukça güçtür, kamu yararı

¹² "Developments in the Law-Equal Protection", Harvard Law Review, 1969, V. 82, s. 1077 in A. Merih Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, (doktora tezi) Ankara 1989, s. 231-232.

¹³ Detaylı bilgi için bkz. A. M. Öden, a.g.e., s. 231-266

kavramı, içinde bulunulan şartlara ve döneme göre değişir ve siyasi tercihleri yansıtır, siyasi tercihler ise seçilmiş kişilerin inisiyatifindedir. Bir kanunun amacının kamu yararına olup olmadığı tarzında bir denetim Anayasa Mahkemesinin kendini kanun koyucu yerine koyması, yerindelik denetimi yapması sonucunu doğurabilir. Dolayısıyla, ancak kamu yararının ortaya konulması açık bir biçimde mümkün değilse, böyle bir denetim söz konusu olabilir,¹⁴ yapılan kanunun amacı açıkça fark edilebilecek düzeyde, özel belli bir grubun çıkarlarını gözetiyor ve bir ayrımcılığı hedefliyorsa amaç açısından denetim devreye girebilir.¹⁵ Örneğin, Anayasa Mahkemesinin (AYM), 6195 sayılı “CHP’nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkındaki Kanun” un iptali bu tür bir denetimi gerektirmiştir.¹⁶

Amaç meşru ve kamu yararına olsa dahi, ikinci tartışılması gereken konu amaç ile sınıflandırmanın birbiriyle ilişkili olup olmadığıdır. Sınıflandırma olası amaçlarla ilişkili değil, bu amaçlara hizmet etmiyorsa eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilir. Bu noktada sınıflandırıcı özelliklere dikkat çekilmek zorundadır. Örneğin, 2556 sayılı Hakimler Yasasının göreve kabul için gereken şartlardan biri olan yabancı ile evli olmama şartını 1961 Anayasası’nın 58 ve 12. maddelerine aykırı bulmuştur. 12. madde eşitlik ilkesini, 58. madde de yine eşitlik ilkesinin bir görünümü olan kamu hizmetlerine girmede “görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım gözetilemeyeceğini” kurala bağlamıştır. Yasa ise, göreve uygun olmayanları sınıflandırmış, yabancı ile evli olan grup hakimlik mesleğine uygun bulunmamıştır. AYM iptal kararında şöyle diyor: “(...) açık bir gerekçeye rastlanmamakla birlikte söz konusu hükmün, günün siyasal ve ahlaki değer yargılarının etkisiyle yasalarda yer aldığı ve özellikle Devlet sırlarının korunması kaygısından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Oysa, yabancı ile evli olmamanın hakim adaylığı görevinin gerektirdiği bir nitelik sayılması olanaksızdır. (...) Öte yandan söz konusu niteliği (yabancı ile evli olmama) Devlet sırlarının korunması nedeniyle de açıklamaya olanak yoktur. Yabancı ile evli olanlar Devlet sırlarını koruyamazlar biçiminde bir varsayım da ileri sürülemez. Nitekim Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu olan yedek subaylar için yasa ile öngörülmüş olan bu yoldaki hak kısıtlamalarının, sonradan yürürlükten kaldırılmış olması ve “Memurin Kanunu”ndaki kısıtlayıcı hükümlerin Devlet Memurları Yasasında yer almamış bulunması, yasa koyucunun Devlet sırlarını görevleri gereği yakından bilme ve öğrenme olanağı olan kamu görevlilerinin

¹⁴ Erdoğan Teziç, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, Fakülteler matbaası, İstanbul 1972, s. 114-119.

¹⁵ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin yay., Ankara 2000, s. 386-387.

¹⁶ E. 1963/124, K. 1967/20, K.T. 27/6/1967, AYMKD S. 1, s. 432.

yabancılarla evlenmelerini olağan gördüğünü ve bu durumu, bir ödev niteliği olarak değerlendirmedini açıkça ortaya koymaktadır.”¹⁷

Başka bir kararında AYM yine amaç araç ilişkisinden yola çıkmaktadır. İmar Kanununun bazı maddelerinin iptaline ilişkin kararında, kanunun 27. maddesinde yer alan ve bazı yapılar için yapı ruhsatı alınmasına istisna getiren hükmü diğer Anayasa maddeleri yanında eşitlik ilkesine de aykırı bulmuştur. AYM şöyle demektedir: “Yasanın gerekçesinde ‘yapı ruhsatı konusunda yeni bir anlayışla belli ölçüdeki binaların ruhsata tabi tutulmaması kolaylığı getirilmiş’ denilmekle yetinilmektedir (...) ruhsatla sağlanmak istenen nihai amacın kamu yararı olduğunda duraksamaya yer yoktur. O halde bu konuda getirilecek bir istisna kuralının kamu düzeni, güvenliği ve esenliğini zedelememesi ve kamu yararının gerçekleşmesini engellememesi gerekir. (...) bu ayrıcalığın; kamu düzeni, güvenliği gibi gerekçelerle getirilmiş olan ruhsat alma zorunluluğundan ayrılmayı gerektirecek haklı bir nedene dayandığı ileri sürülemez.”¹⁸

Eşitlik ilkesi çerçevesinde amaç ve araç ilişkisinin diğer bir unsuru da amaç ve araç arasında ölçülü bir oranın bulunmasıdır. Anayasa Mahkemesi bu ölçütü de kullanmaktadır. 3270 sayılı Kanununun 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanununun 52. maddesini değiştirerek, seçime katılan TBMM’de grubu bulunan ve temsil edilen partilere radyo ve televizyonda propaganda yapma açısından kademeli olarak, diğer partilerin konuşma sürelerinden fazla süreler getirmiştir. AYM bu konuyla ilgili şöyle diyor: “(...) partilere farklı süreler tanınması haklı nedene dayandıkça eşitlik ilkesine aykırılık oluşmaz. Düzenleme, bir önceki seçimlerde öbür partilere oranla daha büyük seçmen kitlesinin güvenini kazanmış partilere avantaj sağlamaktadır. (...) (düzenlemedeki) büyük fark, kabul edilebilir ölçünün aşılmasıyla eşitliğe aykırı görülebilirdi. Oysa makul ölçünün aşıldığını gösterir bir durum yoktur. Propaganda konuşmalarının seçime katılma durumunda partiler için aynı olması, sonraki fazlalıkların değişkenliği, parti güçlerinin oranına göre aykırılık oluşturmamaktadır (...) getirilen değişiklikteki aşırı olmayan ölçüler eşitliğe aykırılık savına kanıt gösterilemez. Düzenlemeyle partiler arasında bir ayırım değil büyüklüklerine göre fark yaratılmıştır.”¹⁹

Diğer yandan, bir sınıflandırma somut amacı açısından benzer durumda olanların tamamını kapsamıyorsa eksik kapsamlıdır. Eksik kapsam, kişilere yararlar sağla-

¹⁷ E.1979/19, K.1979/39, K.T. 9/10/1979, AYMKD, S. 17, s. 299.

¹⁸ E.1985/11, K. 1986/29, KT 11/12/1986, AYMKD, S. 22, s. 462.

¹⁹ E. 1986/17, 1987/11, KT. 22/5/1987, AYMKD, S. 23, s. 227-8. Benzer konuda bkz. E. 1973/37, K. 1975/22, KT. 25/2/1975, AYMKD, S. 13, s. 132-3.

yan bir kanunun, aynı yararı onun amacı ışığında benzer durumda bulunan diğer kişilere de sağlamaması veya yükümlülükler getiren bir kanunun, aynı yükümlülükleri onun amacı ışığında benzer durumda bulunan diğer kişilere de getirmemesi halinde söz konusu olmaktadır.²⁰ Bu durumun tersi de düşünülebilir, eğer bir sınıflandırma somut amacı açısından benzer durumda bulunmayanları da kapsıyorsa, benzer durumda olanlardan daha genişçe aşkın kapsamlıdır. Aşkın kapsam, yararlar sağlayan bir kanunun, amacı ışığında ondan yararlanmalarını gereken kişilere de yararlar sağlaması veya yükümlülükler getiren bir kanunun, yöneldiği amaçlarla ilişkili olmayan kişilere de yükümlülükler getirmesi halinde ortaya çıkmaktadır.²¹ Eşitlik ilkesi benzer durumda olanlara eşit davranılmasını gerektirdiği için, eksik veya aşkın yapılmış bir sınıflandırma eşitlik ilkesine aykırı olabilecektir. Bu tür sınıflandırmaları Anayasaya aykırı bulan Anayasa Mahkemesi kararları da bulunmaktadır.²²

Eşitlik ilkesinin bu türden sıkı denetimi keyfi bir sınıflandırma yapılmasını engellemeye yöneliktir ve bir anlamda hukuk devletinin keyfiliğe karşı bireyi korumasının bir aracıdır.

II. Eşitlik İlkesinin Türk Anayasa Hukuku Açısından Değerlendirmesi

A. 10. Maddenin İçeriği

Eşitlik ilkesi kişileri keyfi muameleye maruz kalmaktan koruyan demokrasi ve hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisidir. Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesine aykırılığın aynı zamanda hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturduğunu kabul etmektedir.²³ Eşitlik ilkesi bir yandan hukuk kurallarının genel olmasını (şekli eşitlik), bir yandan da kişilere eşit davranılmasını gerektirir (maddi eşitlik).²⁴

²⁰ "Developments, a.g.e., s. 1084, Evans G., "Bening Discrimination and the Right to Equality", Federal Law Review, 1974, V. 6, s. 44, Forde, M. "Equality and the Constitution", Irish Jurist 1982, V. 17, s. 314, Tussman, J.-Tenbroek, J., "The Equal Protection of the Laws", California Law Rev., 1949, V. 37, S. 3, s. 347-348 in A.M. Öden, a.g.e., s. 267.

²¹ "Developments..., a.g.e., s. 1086, Evans, a.g.m.,s. 43-44, Forde, a.g.m., s. 314-315, Tussman-Tenbroek, a.g.m., s. 351-354 in A.M. Öden, a.g.e., s. 280.

²² Örneğin, Eksik sınıflandırma için bkz E. 1966/1, K. 1966/21, K. T. 19/4/1966, AYMKD, S. 4, s. 151-154; aşkın sınıflandırma için bkz. E. 1971/58, K. 1972/22, K.T. 9/5/1972, AYMKD S. 10, s. 381-383. Eksik ve aşkın sınıflandırma hakkındaki detaylı bilgi ve Anayasa Mahkemesi Kararları için bkz. A. M. Öden, a.g.e., s. 267-284.

²³ E. 1991/34, K. 1991/34, KT 8/10/1991, AYMKD S. 27, C. II, s. 579-580.

²⁴ E. Özbudun, a.g.e., s. 137; Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997, s. 79.

Türk Anayasa hukukundaki gelişmelere baktığımız zaman bu ilkenin 1876, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer aldığını görürüz. Fakat 1961 ve 1982 Anayasaları haricinde Anayasaya uygunluk denetimi yapılamadığı için gerçek güvencenin 1961 Anayasası ile getirildiğini söylememiz gerekir.

1982 Anayasasında, eşitlik ilkesi 10. maddede düzenlenmiştir. 10. madde şöyle demektedir:

“Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.”

10. maddenin ilk iki fıkrası hemen hemen aynı içeriğe sahip bir biçimde 1961 Anayasasının 12. maddesinde yer almıştır. Tek fark “ve benzeri sebeplerle” ifadesinin 12. maddede yer almamasıdır. Üçüncü fıkra ise 82 Anayasasının bir ürünüdür, bu fkr ile hem kanun koyucu hem de kanun uygulayıcıları muhatap alınmakta, eşitlik ilkesine uyma emri verilmektedir. Diğer bir deyişle eşitlik yükümlülüğü getirilmektedir.²⁵ Fakat üçüncü fıkra olmasaydı dahi, zaten tersinin anlaşılması mümkün değildir, dolayısıyla 61 Anayasasının böyle bir yükümlülük getirmediğini, 82 Anayasasının bunu sağladığını söylemek mümkün değildir. Çünkü 61 Anayasasının 8. maddesi ve 82 Anayasasının 11. maddesi, Anayasa hükümlerinin (özel-tüzel) kişileri ve tüm kamu otoritelerini bağladığını zaten açıkça beyan etmektedir.

61 ve 82 Anayasasındaki düzenleniş biçimlerindeki diğer bir fark, eşitlik ilkesi, 61 Anayasasında Temel Hak ve Ödevler Kısmında düzenlenmişken, 82 Anayasasında Birinci Kısımda Genel Esaslarda düzenlenmiş olmasıdır. Maddenin gerekçesinde, bu maddenin demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil ettiği, insanın, doğuştan, insan olması sebebiyle bir değeri olduğu ve bu nedenle herhangi bir niteliğe ve ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamayacağı, kanunların uygulanması bakımından da hiçbir fark gözetilemeyeceği belirtilmektedir. Dolayısıyla eşitlik ilkesinin Genel Esaslar Kısmındaki devletin kuruluş unsurları ve dayanaklarından biri olduğunu söylemek gereklidir, tıpkı 2. ve 5. maddelerde belirtilen demokrasi, hukuk

²⁵ Bülent Tanör – Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi yay., İstanbul 2001, s. 115.

devleti ve insan hakları gibi. Bu ilkenin Genel Esaslarda yer alması eşitliğin iki yönü olduğu, hem bir temel ilke hem de bir temel hak olduğu görüşünü çürütmez,²⁶ aynı zamanda bir hak olarak savunulmasını güçlendirir.

10. maddenin birinci fıkrası iki şeye dikkat çekmektedir. Birinci fıkrada hem genel olarak herkese uygulanacak olan yasa önünde eşitlik ilkesi yer almakta, hem de dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç din, mezhep ve benzeri sebeplere dayanarak ayırım yapılmamasını özel olarak belirtmektedir.

Altı çizilerek belirtilen sebepler eşitlik ilkesinin çekirdek alanıdır. Anayasa bu özelliklere dayalı bir sınıflandırmanın diğer özelliklere dayalı sınıflandırmalara göre çok daha sıkı bir denetim altında tutulacağını vurgulamaktadır. Bu tür sebeplere dayalı bir sınıflandırmanın fiili eşitsizlik durumunda bulunan ve koruma gerektirebilecek grubun (kadınlar gibi) bu eşitsiz konumunu dengelemek amacıyla yapılması mümkündür (olumlu-pozitif ayrımcılık), olumlu ayrımcılık eşitlik ilkesine aykırılık olarak anlaşılmalıdır, çünkü tersi bir durum fiili eşitsizliği korumak anlamına gelebilir.

İkinci fıkrada ise hiçbir kimseye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz denilerek, ayrıcalık (imtiyaz) yasağı getirilmektedir. Bu hüküm için de, olumlu ayrımcılık açısından yukarıda belirtilenler tekrarlanabilir. Örneğin fiili eşitsizlik içinde yer alan bazı kesimlere sosyal hakları öncelikli olarak tanımak ayrıcalık yaratmak anlamına gelmez, olumlu ayrımcılık mümkündür.²⁷

B. Eşitlik İlkesinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu

1) Anayasa Mahkemesinin Kararlarına Genel Bakış

Eşitlik ilkesi, pek çok demokratik ülkenin Anayasa Yargısında²⁸ ve ileride değişinecek olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında mutlak bir eşitlik olarak algılanmamaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesini mutlak olarak görmemektedir. Diğerlerinden farklı özellikleri, durumu ve ihtiyaçları olanların kamu yararı amacına uygun olarak sınıflandırılması, farklı yarar ve yükümlülükler getiril-

²⁶ Aynı yönde B. Tanör-N. Yüzbaşıoğlu, s. 114.

²⁷ Bkz. a.g.e., s. 114-115.

²⁸ Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, Afa yay., İstanbul 1999, s. 113-114.

mesi, özel düzenleme konusu yapılması olağandır, hatta bazen gereklidir de. Önemli olan yukarıda eşitlik ilkesine ilişkin söylenenlere uygun düzenleme yapılabilmesidir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında 10. madde yorumlanırken iki bakış açısı daha sık bir biçimde ön plana çıkmaktadır:

(a) Anayasa Mahkemesi aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağını, değişik hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulmasının bir aykırılık oluşturmayacağını belirtmektedir.²⁹ Diğer bir deyişle, benzer özelliklere sahip olanlar için bir sınıflandırma yapılabilir ve diğerlerinden farklı düzenlemeye tabi tutulabilir ve benzer durumda olanların tümünün aynı kurallara tabi olması gereklidir. Anayasa Mahkemesi 10. maddeye ilişkin bu yorumunu pek çok kararında şu şekilde tekrarlamıştır: Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesini getiren 10. maddesiyle güdülen amaç, aynı durumda bulunan kimselerin yasalarca aynı işleme tabi tutulmasını sağlamak ve yurttaşlara yasa karşısında dil, ırk, renk cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayrımlı davranılmasını önlemektir;³⁰ Yasa koyucunun benzer durumlara benzer çözümler getirmesi asıldır;³¹ (Eşitlik ilkesi), benzer nitelik ve durumda olanlar arasında farklı uygulamayı engeller; ayrı nitelik ve durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulmasını zorunlu kılmaz; Kimi kurum ve kuruluşları, statü farkı nedeniyle, belli bir konuda öbürlerinden ayrı tutmak, ayrı düzenlemeye bağlı kılmak ya da genel bir düzenlemenin kapsamı dışında bırakmak, onlara ayrıcalık tanımak değil, durumlarındaki değişiklik gereği olan bir uygulamadır.³²

(b) Anayasa Mahkemesine göre, 10. madde, aynı durumda bulunan kişilerin arasında haklı nedene dayanmayan ayrımları önlemeyi amaçlayarak eşitliği sağlamaktadır.³³ Kimi yurttaşların başka hükümlere bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise eşitlik ilkesinin ihlalden söz edilemez.³⁴ (Durum ve konumlarındaki) özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı de-

²⁹ E. 1988/4, K. 1989/3, T. 12/1/1989, AYMKD S. 25, s. 6-8.

³⁰ E. 1986/16, K. 1986/25, T. 21/10/1986, AYMKD S. 22, s. 291-293. E. 1986/11, K. 1986/26, T. 4/11/1986, AYMKD S. 22, s. 314-316.

³¹ E. 1986/11, K. 1986/26, T. 4/11/1986, AYMKD, S. 22, s. 314-316.

³² E. 1988/16, K. 1988/8, T. 19/4/1988, AYMKD S. 24, s. 97-98.

³³ E. 1989/14, 1989/49, T. 19/12/1989, AYMKD S. 25, s. 450.

³⁴ E. 1987/3, K. 1987/13, T. 22/5/1987, AYMKD S. 23, s. 269. E. 1987/1, K. 1987/18, T. 11/9/1987, AYMKD S. 23, s. 306-308.

ğil, geçerli kılar.³⁵ (Eşitlik ilkesi) durumlarındaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak, yasalarla farklı uygulamalar getirilmesini engellemez.³⁶ İtiraz konusu kurallarla getirilen düzenlemenin (...) ayrı (farklı) olmasının haklı bir nedeninin olup olmadığının belirlenmesi gerekir.³⁷ Anayasa Mahkemesine göre, kamu yararı ve haklı nedenin, “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili”, “makul ve adil” olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir.³⁸ Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, haklı neden kavramını somutlaştırıcı ölçüler olarak, “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve ereklere uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler” gibi değişik ifadeler kullanmıştır. Haklı neden kavramının genel bir tanımını vermek mümkün değildir, kanundaki sınıflandırmanın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı ancak o kanunun somut içeriği göz önüne alınarak belirlenebilir.³⁹

Haklı neden testi bir anlamda, sınıflandırma ile kanunun amacı arasındaki bağı, ilişkiyi ortaya koymakta, sınıflandırmanın amaca hizmet edip etmediğini, oranlı olup olmadığını da belirlemektedir.

Burada sırası gelmişken ABD Yüksek Mahkemesinin uyguladığı makul neden testi ile, Anayasa Mahkemesinin haklı neden testinin benzerliği üzerinde de durmak gerekir.⁴⁰ Fakat hemen belirtmelidir ki Yüksek Mahkeme söz konusu testi daha belirgin bir şekilde somutlaştırmıştır. Yüksek Mahkeme makul neden testini şöyle açıklıyor: “Devletin federal devlet emeklileri ile federe devlet emeklilerini farklı vergilendirmesine izin verilip verilmediğini belirlemek için, farklı muamelenin “iki sınıf arasındaki belirgin farklılıklarla” doğrudan ilgili olup olmadığı ve “bu farklılıkların söz konusu muameleyi haklı kılmadığı” araştırılmalıdır. (...) Bunun için, Devletin iki benzer grupta yer alan emekliler arasında ayırım yapmada haklı bir sebebi bulunup bulunmadığı değil, bu gruplar arasında herhangi bir farkın bulunup bulunmadığı gösterilmelidir. (...) Ne kadar önemli olursa olsun, Devletin ayırmacı bir vergiden beklediği

³⁵ E. 1988/3, K. 1989/4, T. 18/1/1989, AYMKD S. 25, s. 29-32. 1988/36, K. 1989/24, T. 2/6/1989, AYMKD S. 25, s. 264-265.

³⁶ E. 1992/22, K. 1992/40, T. 17/6/1992, AYMKD S. 31, C. 1, s. 33-34.

³⁷ E. 1991/17, K. 1991/23, T. 19/7/1991, AYMKD S. 27, C. 2, s. 480-481.

³⁸ E. 1991/13, K. 1992/10, T. 19.2.1992, AYMKD S. 30, C. 1, s. 101.

³⁹ E. Özbudun, a.g.e., s. 139.

⁴⁰ Bkz. Billur Yaltı Soydan, “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 119, Ağustos 1998, s. 106

faydanın, ayrımcı muameleye tabi tutulan iki grubun niteliğinin araştırılması ile hiç bir ilgisi yoktur.”⁴¹

Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda, çeşitli konuların eşitlik ilkesi denetimine konu olduğunu görmekteyiz. Örneğin, AYM, sadece semavi dinlere koruma getiren TCK 175. maddeyi değerlendiren kararında, devletin kendisine ait cezalandırma hakkını kullanırken bireyler arasında inançlarına göre ayırım yapılmasını Anayasaya aykırı görmüştür.⁴² AYM, zina suçunun oluşumunda evli erkekle, evli kadın arasında, erkek lehine var olan ayırımı Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur.⁴³ Bu iki karar eşitlik ilkesinin çekirdek alanı ile ilgilidir. Başka bir kararında, evlilik dışı çocukla, evlilik içi çocuk arasında miras yönünden ayırım yapılmasını Anayasaya aykırı bulmuştur.⁴⁴

Fakat bu belirtilen kararlarının yanı sıra AYM'nin eşitlik ilkesine aykırı bulmadığı ve çok eleştiri aldığı kararları da vardır.⁴⁵ Örneğin AYM, fahişelerle ilgili kararında, suçun fuhuşu kendisine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemin iffetli bir kadına karşı yapılmış olması durumunda görülen zarar eşit sayılmaz demiştir.⁴⁶ Ceza kanunları toplumsal ve bireysel zarar oranında cezaları belirler ve bu kamu yararının bir gereğidir. Fakat, mağdurun özel yaşamının ortaya çıkan manevi ve bedensel zararlar ne gibi bir ilgisi olduğu, mağdurun özel yaşamının cezaya nasıl bir hafifletici veya ağırlaştırıcı etki edebileceği anlaşılabilir bir muammadır.

⁴¹ “In determining whether the State’s inconsistent treatment of federal and state retirees is permissible, the relevant inquiry is whether the inconsistency is **directly related to and justified by “significant differences between two classes”** The State’s claimed interest in hiring qualified civil servants through the inducement of a tax exemption for retirement benefits is irrelevant to this inquiry, since it merely demonstrates that the State has a rational reason for discriminating between two similar groups of retirees without demonstrating any differences between those groups themselves... **The State’s interest in adopting the discriminatory tax, no matter how substantial, is simply irrelevant to an inquiry in to the nature of the two classes receiving inconsistent treatment**”, US Supreme Court, *Davis v. Michigan Dept. of Treasury*, 489 U.S. 803 (1989), Aynı zamanda bkz., US Supreme Court, *Phillips Co. v. Dumas Independent School Dist*, 361 U.S. 376 (1960). In B. Yaltı Soydan, a.g.m., s. 106-107.

⁴² E. 1986/11, K. 1986/26, T. 4/11/1986, AYMKD S. 22, s. 314-316

⁴³ E. 1996/5, K. 1996/34, T. 23/9/1996 AYMKD S. 32, C. 2, 8s. 04-808ve E. 1998/3, K. 1998/28, T. 23/6/1998, RG S. 23638, T. 24/3/1999

⁴⁴ E. 1987/1, K. 1987/18, T. 11/9/ 1987, AYMKD S. 23, s. 306-308.

⁴⁵ B. Tanör-N. Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 115-116.

⁴⁶ E. 1988/4, K. 1989/3, T. 12/1/1989, AYMKD S. 25, s. 6-8

2) 3713 Sayılı Terörle Mücadele Yasasının Şartla Salıverilmeyi Kolaylaştıran Hükmüne İstisna Getiren Düzenlemesine İlişkin Anayasa Mahkemesinin Yorumu

12.4.1991 gün ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'nın geçici 1 ve geçici 4. maddesi, 4616 sayılı Şartla Salıverilme, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunuyla ve kanunun istisna getiren madde 1/5 hükmüyle bazı benzerlikler taşımaktadır, dolayısıyla bu hükmeye ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı önemli bir ışık tutmaktadır.⁴⁷

Terörle Mücadele Yasasının geçici 1. maddesine göre, 8.4.1991 gününe kadar işlenen suçlar nedeniyle verilen ölüm cezaları yerine getirilmeyecek ve bu durumda olanlar 647 sayılı Yasanın 19. maddesinin öngördüğü 30 yıl yerine on yıllarını; yaşam boyu özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olanlar 20 yıl yerine 8 yıllarını; özgürlüğü bağlayıcı diğer cezalara mahkum olanlar, hükümlülük sürelerinin yarısı yerine 1/5'ini çekmekle şartla salıverileceklerdir. Fakat aynı kanunun geçici 4. maddesinde sayılan suçları işleyenler hakkında bu kanunun geçici 1. maddesi hükümleri uygulanmaz.

Geçici 4. maddedeki düzenleme ile hem bu Kanunda terör suçlarından sayılan eylemler sonucu bazı suçları işlemiş olanlar,⁴⁸ hem TCK kapsamındaki bazı suçları işleyenler ilgili madde numaraları belirtilerek⁴⁹ ve ilgili bölümü belirtilerek⁵⁰ 1. maddenin kapsamı dışında tutulmuşlar, hem de bazı kanunlar belirtilerek bu kanunlarda düzenlenmiş suçları işleyenler yine kapsam dışı bırakılmışlardır.⁵¹ Belirtilen madde,

⁴⁷ Terörle Mücadele Kanununa ilişkin değerlendirme ve AYM'nin bu konudaki kararı için bkz. Burhan Kuzu, "Terörle Mücadele Kanunu ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı", Hayri Domaniç'e Armağan, İÜHF yay., İstanbul 1995, s. 317-347.

⁴⁸ Geçici 4/1-a: Bu Kanunda terör suçlarından sayılan eylemler sonucu memur ve kamu görevlilerini görevlerini ifa ederken veya sıfatları kalkmış olsa bile bu görevlerini yapmalarından dolayı öldürülenler veya öldürmeye teşebbüs edenler ile bu suçlara iştirak edenler

⁴⁹ Geçici 4/1-b:TCK'nın 125, 146 (son fıkra hariç), 403, 404/1, 405, 406, 407, 414, 416/ilk, 418. maddelerine giren suçları işleyenler

⁵⁰ Geçici 4/1-c: TCK'nın ikinci Kitabının "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler" başlıklı üçüncü babında yer alan hükümlere hareket edenler ile...

⁵¹ Geçici 4/1-c: (...) Bankalar Kanununa aykırı hareketle bankalardan haksız ve usulsüz para alanlar, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanun hükümlerine muhalefet ederek menfaat temin edenler; usulsüz, yolsuz ve gerçek dışı işlemlerle ihracat, ithalat ve yatırım teşvikleri suretiyle vergi iadesi, prim, kredi, faiz farkı ve benzeri adlarla kamu kaynaklarında haksız menfaat temin edenler, yukarıda belirtildiği şekilde haksız, usulsüz ve yolsuz olarak sağladıkları menfaat karşılıkları ve bunların fer'ilerini zamanasına bakılmaksızın ödemedikleri takdirde; Geçici 4/1-d: Askeri Ceza Kanununun 55, 56, 57, 59. maddelerine giren suçları işleyenler

istisna tutulan bu suçları işleyenler hakkında farklı şartla salıverilme kuralları getirilmiştir. Geçici 1. maddedeki kurallardan farklı olarak, geçici 4. maddede belirtilen suçları işleyenler hakkında, maddede sayılan suçlar dolayısıyla verilen ölüm cezaları yerine getirilmez. Bu hükümlüler hakkında ölüm cezasına hüküm giyenler 20 yıllarını, müebbet ağır hapis cezasına hükümlüler 15 yıllarını, diğer şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkum edilmiş olanlar hükümlülük süresinin 1/3'ünü çektikleri takdirde iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve talepleri olmaksızın şartla salıverilirler.

Geçici 4. madde ile bazı suçları işlemiş olanlar için, geçici 1. maddedeki düzenlemeden ayrılan ve daha ağır koşullara bağlanan bir düzenleme getirilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine hem iptal davası (ana muhalefet partisi sıfatıyla Sosyal Demokrat Halkçı Parti tarafından) açılarak⁵² hem de görülmekte olan dava sırasında taraflardan birinin itiraz yolu ile Anayasaya aykırılığı iddia etmesiyle⁵³ çeşitli başvurular gelmiştir. Bu başvurularda geçici 4. maddenin Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi daha önce verdiği bazı kararlarda⁵⁴ belirttiği gibi önüne gelen düzenlemenin ismiyle bağlı değildir, hukuksal niteliğine bakarak o düzenlemeyi değerlendirebilir.⁵⁵ Dolayısıyla bir yasada şartla salıverilme ismi yer alsın da içerik olarak ilgili düzenleme bir af yasası özelliği gösteriyorsa, bu düzenlemeyi bir af yasası olarak kabul edip Anayasal denetimini buradan hareketle de yapabilir. Fakat ilgili düzenleme infisahi şarta bağlı toplu özel af⁵⁶ özellikleri de göstermesine rağmen Anayasa Mahkemesi şartla salıverilme ve af kurumlarını tarif ettikten sonra geçici 1 ve geçici 4. maddenin daha çok şartla salıverilme özelliği taşıdığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi şöyle demektedir: Geçici maddelerin ortak özelliği, şartla salıverilme için “iyi hal”in aranmamasıdır. “İyi hal” koşulunun aranmaması, 4. madde ile getirilen düzenlemeye bir yönüyle şartlı af görünümünü vermekte ise de, (a) isteme

⁵² E. 1991/18, 1992/20, T. 31/3/1992, AYMKD S. 28, C. I, s. 232 vd.

⁵³ E. 1991/15, K. 1991/22, T. 19/7/1991, RG, T. 31/7/1991, S. 20946; E. 1991/34, K. 1991/34, T. 8/10/1991, AYMKD S. 27, C. II, s. 571 vd; E. 1991/36, K. 1991/35, T. 8/10/1991, RG, T. 12/7/1991, S. 21079.

⁵⁴ E. 1990/25, K. 1991/1, T. 10/1/1991, RG, T. 5/3/1992, S. 21162; E. 1991/6, K. 1991/20, T. 3/7/1991, RG, T. 8/3/1992, S. 21165

⁵⁵ Bkz. Sibel İncoğlu-Atilla Nalbant, “Kriz Hukuku mu, Hukukun Krizi mi?”, Argumentum, Ağustos 1992, Y. 3, S. 25, s. 392.

⁵⁶ Özel af [TCK m. 98] cezayı ortadan kaldırır veya azaltır veya değiştirir. Belli bir kişiye yönelik olmayabilir toplu olabilir, aftan yararlananın belli bir süre suç işlememesi şartına bağlanmış olabilir. Dönmezer – Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. III, İstanbul 1985, s. 302-304.

bağlı olmadan şartla salıverilmeden söz edilmesi, (b)cezanın bir bölümünün çektirilmesinin gerekliliği ve (c) daha önemlisi Türk Ceza Yasasının 17. maddesindeki koşulların oluşması durumunda şartla salıverilme kararının geri alınması olanağının bulunması, öngörülen düzenlemenin “af”tan çok şartla salıverilmeye benzediğini, kendisine özgü bir nitelik taşıdığını göstermektedir.”⁵⁷

Anayasa Mahkemesi, ilgili hükmün hukuki değerlendirmesini yaptıktan sonra, iptal davası yoluyla gelen E. 1991/18, K. 1992/20 sayılı davada, geçici 4. maddenin 1. fıkrasının çeşitli bentlerini incelemiştir. Daha önce itiraz yoluyla önüne gelen anayasaya aykırılık itirazlarına ilişkin davalarda, Anayasa Mahkemesi, Terörle Mücadele Yasasının geçici 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendini ve (b) bendini; 146 (son fıkra hariç),⁵⁸ 403, 414 ve 418/2 maddeleri⁵⁹ yönünden aşağıda belirteceğimiz gerekçeleri aynen kullanarak iptal etmiştir. Bu nedenle bu davada sadece geriye kalan hükümler incelenmiştir. Bu davada Anayasa Mahkemesi (b) bendinin TCK 404/1, 405, 406, 407, 416/ilk, ve 418/1 maddeleri yönünden Anayasaya aykırılık sorununu inceleyip iptal kararı verirken eşitlik ve hukuk devleti ilkeleri açısından değerlendirme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen çeşitli kararlarında olduğu gibi eşitlik ilkesini tarif etmiş ve eşitlik ilkesinin mutlak eşitlik anlamına gelmediğini, haklı nedenlerin bulunması durumunda farklı uygulamalara olanak veren bir ilke olduğunu, aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme getirilmesinin anayasaya aykırılık oluşturacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi daha sonra maddenin bu ilkeler ışığında yorumuna geçmiştir.

Anayasa Mahkemesi şöyle demektedir: “(...) cezanın infazı suçlunun topluma uyum sağlamasını ve topluma yeniden kazandırılmasını amaçlar. Bu amacın gerçekleştirilmesi, suça bağlı kalmadan ayrı bir programın uygulanmasını gerektirir. (...) Bu program, suça göre değil, suçlunun infaz süresince gösterdiği davranışlarına ve gözlenen iyi durumuna göre düzenlenecektir. Bu da infazın, mahkumların işledikleri suçlara göre bir ayırma gidilmeden, aynı esaslara ve belirli bir programa göre yapılmasını ve sonuçlarının gözlenmesini gerektirir. Aynı miktar cezayı alan iki hükümlüden birinin sırf suçunun türü nedeniyle daha uzun süre ceza çektikten sonra

⁵⁷ E. 1991/18, 1992/20, T. 31/3/1992, AYMKD S. 28, C. I, s. 321.; (a), (b), (c) şeklindeki ayırım yazara aittir.

⁵⁸ E. 1991/15, K. 1991/22, T. 19/7/1991, RG, T. 31/7/1991, S. 20946

⁵⁹ E. 1991/34, K. 1991/34, T. 8/10/1991, AYMKD S. 27, C. II, s. 571 vd.; E. 1991/36, K. 1991/35, T. 8/10/1991, RG, T. 12/7/1991, S. 21079

şartla salıverilmesi, cezaların farklı çektirilmesi sonucunu doğurur ve bu iki mahkum arasında eşitsizliğe neden olur. (...) Böylece, infaz yönünden eşit ve aynı durumda bulunan mahkumlar arasında şartla salıverme bakımından ayrı uygulama, Anayasanın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesine uygun düşmemekte ve bu ayrılığın haklı bir nedeni de bulunmamaktadır.”⁶⁰

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesi ile bağlantılı olarak bu düzenlemenin Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ile de çeliştiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi şöyle demektedir: “Suç türünden, suçlunun kişiliğinden ayrı, tümüyle uygulama-yararlanma eşitliği kapsamına giren “indirim”de ayrıklık ve ayırımı getirmek, yasa koyucunun kesinleşmiş hükümden önceki evreye dönük suça ve suçluya göre uygulama öngörmesi “şartla salıverme” kavramının hukuksal niteliği ile çelişir. (...) Böylece, sonraki Yasanın bir tür geçmişi kapsayan, kimi hükümlüler bakımından çekilecek cezayı farklılaştırıp ağırlaştırarak Anayasanın eşitlik ilkesine ve Anayasanın “hukuk devleti” ilkesine de ters düşer. Dava konusu kuralların bu yönden de iptali gerekir.”⁶¹

Anayasa Mahkemesi belirtilen bu gerekçelerle, infaz aşamasında bütün mahkumların eşit durum ve statüde oldukları ve suçun türüne göre bir ayırım yapılamayacağını belirtip, belirtilen maddeleri iptal etmesine rağmen, aynı kararda geçici 4. maddenin 1. fıkranın (c) ve (d) bentleri ile (b) bendinin 125. maddesi yönünden anayasaya aykırı olmadığını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi aynı kararın 125. madde yönünden anayasaya aykırılığın incelendiği bölümünde daha önceki değerlendirmelerinin tam tersi bir değerlendirme yapmaktadır ve şöyle demektedir: “Suç ve ceza yönünden sınırları belirtilen bir takdir alanı, ceza sisteminin tamamlayıcı bölümünü oluşturan infaz hukuku için de geçerlidir. Bu nedenle yasa koyucu, şartla salıverilmede hükümlünün yararlanma koşullarını, suç türüne göre ayırım yaparak zaman içinde toplumun gelişmesine göre serbestçe farklı biçimde takdir edebilir. (...) TCK’nın 125. maddesinde belirtilen suçları işleyenlerin daha uzun süre cezaevinde tutularak şartla tahliyesini öngören dava konusu kuralda yasa koyucuyu farklı düzenleme yapmaya iten haklı neden vardır. (...) Toplum düzeni ve kamu yararı gözetilerek suç türüne göre ayırım yapılmış ve bazı hükümlülerin şartla salıverilmesi için cezae-

⁶⁰ E. 1991/18, 1992/20, T. 31/3/1992, AYMKD. S.28, C. I., s. 324.

⁶¹ A.g.k., s. 324-325.

vinde geçirecekleri süre daha uzun tutulmuştur. Belirtilen nedenlerle iptal isteminin reddi gerekir.”⁶² Aynı nedenlerle geçici madde 4/1-c ve d’yi de iptal etmemiştir.

Yekta Güngör Özden ve Yalçın Acargün karşı oy gerekçelerinde bu çelişkili duruma dikkat çekmiş ve haklı olarak şöyle demişlerdir: “(...) çok kısa bir sürede bir tür karar değişikliğini gerektirecek hiçbir hukuksal neden olmadığını da vurgulamak istiyoruz. Ağır bir çelişki saydığım(ız) yeni kararın içeriği, iptali istenen kuralın, daha önceki iptal kararlarının konusunu oluşturan kurallardan dayanak, kapsam, erek ve amaç yönleriyle hukuksal nitelik bakımından da hiçbir ayırım taşınamaması karşısında doyurucu olmaktan uzaktır. (...) Bir yasayı genelde Anayasaya aykırı kılan nedenin, o yasanın aynı maddesinde sayılan suç türlerine göre değişmesinin hukuksal bir yanı yoktur. Bu durumda hiçbir ayırım gözetilmediği, hiçbir değişik uygulama yapılmadığı gerçeğine gölge düşecektir. (...) Çoğunluk oyuyla oluşan ve öncekiyle çelişen karar yargı yönünden olumlu bir örnek değildir.”⁶³

III. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açısından Değerlendirme

A. Sözleşmenin 14. Maddesinin İçeriği

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 14. maddesi şöyle demektedir: “Bu sözleşmede tanınan herhangi bir hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasi ya da başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır.”

14. maddede düzenlenen ayırım gözetme yasağı bağımsız bir eşitlik ilkesi değildir, sınırlı bir koruma sağlamaktadır. 14. madde, “bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma (...) ayırım gözetilmeksizin herkes için sağlanır” diyerek sözleşmenin diğer maddeleriyle bir bağı olması gerektiğini belirtmektedir. 4. Protokol hazırlanırken Danışma meclisi genel bir eşitlik ilkesini sözleşmeye dahil etmek istemişse de, bu teklif Uzman Komitesi tarafından ertelenmiş ve bu sözleşmede tanınan haklar

⁶² A.g.k, s. 325-326.

⁶³ A.g.k., s. 342-343.

açısından ayrımcılığın ön plana çıkarılması gerektiği üzerinde durulmuştur.⁶⁴ Fakat nihayet 12. Protokol ile genel ayrımcılık yasağı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) sisteminin bir parçası haline gelme yolundadır.

26 Haziran 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine ek 12. Protokolü kabul etmiştir. Bu yeni Protokol, sadece İHAS’da tanınan haklar açısından ayrımcılık yasağı değil bağımsız genel bir ayrımcılık yasağı öngörmektedir. Protokolün 1. maddesi şöyle demektedir:

“1. Hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır.

2. Hiçbir kamu otoritesi paragraf 1’de belirtilenler gibi sebeplere dayanarak hiç kimseye karşı ayrımcılık yapamaz.”

Bu maddenin 1. paragrafı 14. madde ile nerede ise aynı ifadeye sahiptir, tek farkı “bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma” ifadesi yerine “hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma” ifadesine yer verilmesidir.

12. Protokolün başlangıcında, Avrupa Konseyi üye devletlerinin bu Protokolü imzalarırken amaçlarının ne olduğu belirlenmektedir. Üye devletler, herkesin hukuk önünde eşit olduğunu ve hukukun korumasından eşit olarak faydalanma hakkı olduğunu öngören temel ilkeyi dikkate almaktadırlar ve herkes için eşitlik ilkesini geliştirmeye yönelik bir adım atarak genel bir ayrımcılık yasağının İHAS aracılığıyla uygulanmasını amaçlamaktadırlar.

12. Protokolü Açıklayıcı Raporda⁶⁵ da İHAS’ın 14. maddesinin, gerek İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 1 ve 7. maddelerinden gerekse Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 26. maddesinden farklı olarak, genel bir ayrımcılık yasağı ve eşitlik öngörmediği üzerinde durulmuş, bağımsız bir ayrımcılık yasağı düzenlemek için bu protokolün hazırlandığı belirtilmiştir. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi uluslararası insan hakları hukukunun temel prensibi olduğu için bu konuda özel bir dikkat gösterildiği üzerinde durulmuştur.

⁶⁴ P.van Dijk-GJ.H. van Hoof, Theory and Practice of The European Convention on Human Rights, 3. ed., Kluwer Law International press, 1998, s. 711.

⁶⁵ <http://www.conventions.coe.int>

4 Kasım 2000’de, İHAS’ın imzalanmasının 50. yıl dönümünde, Protokol Sözleşmeye üye ülkelerin imzasına açılmıştır, yürürlüğe girmesi için en az on üye devletin onaylaması gerekmektedir. Şu ana kadar içinde Estonya, Romanya, Rusya, Slovakya, Slovenya, Makedonya, Ukranya gibi İHAS’a çok yakın bir geçmişte, 90’lı yıllarda, taraf olan ülkelerin de bulunduğu 26 ülke tarafından imzalanmış, fakat henüz hiçbirisi tarafından onaylanmamıştır. İHAS’a 1954’ten beri taraf olan Türkiye 12. Protokolü imzalayanlar arasında henüz yoktur.

İlgili Protokol henüz yürürlüğe girmediği için (Türkiye de zaten taraf olma iradesini henüz göstermediğinden), konumuz açısından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 14. maddesi ele alınacaktır.

B. 14. Maddenin Sözleşmenin Diğer Maddeleri ile İlişkisi

Anayasamızda her alan yaza önünde eşitlik ilkesi aynı sözcüklerle İHAS 14. maddede yer almamakla birlikte, ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi iç içe geçmiş kavramlardır. Eşitlik ilkesi eşit statüde olanlara eşit bir biçimde davranılmasını ve eşit olmayan statüdekilerin de farklı muamele görmesini gerektirir; bu gereklere, objektif ve makul bir neden olmaksızın uymamak ayrımcılık yaratmak şeklinde yorumlanmaktadır⁶⁶. Nitekim, aşağıda değinilecek olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ayrımcılık yasağını, bu şekilde yorumlama yoluna gitmektedir.

14. madde, “bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma (...) herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır” diyerek sözleşmenin diğer maddeleriyle bir bağı olduğunu belirtmektedir. O halde şu soruları sormak mümkündür, 14. madde bağımsız bir karaktere sahip midir, diğer bir deyişle Sözleşmenin diğer maddelerinden bağımsız olarak bir işlevi olabilir mi? Özerk midir, yoksa ancak sözleşmedeki haklardan biri ihlal edilirse mi 14. madde de ihlal edilebilir, diğer bir deyişle 14. maddenin sadece tamamlayıcı bir niteliği mi vardır.

Komisyon ve Mahkeme kararları 14. maddeyi geniş yorumlamaktadır. Sözleşmedeki diğer haklardan tamamen bağımsız olarak uygulanması mümkün değildir, ayırım gözetildiği iddia edilen konu muhakkak sözleşmede tanınan haklardan birinin kapsamına girmelidir. Fakat bununla birlikte, 14. maddenin ihlal edilmiş kabul edilebilmesi için bağımlı olan hakkın da ihlal edilmiş olması gerekmektedir.

⁶⁶ 12. Protokol Açıklayıcı Rapor’un 15 nolu paragrafı, <http://www.conventions.coe.int>

Dolayısıyla, örneğin 3713 ve 4616 sayılı yasalara ilişkin olarak şunlar söylenebilir, şartla salıverme kapsamı dışında bırakılan suçlar madde 5/1-a'da yer alan özgürlük ve kişi güvenliği hakkı ile ilgilidir ve bu hakla bağlantılı olarak 14. madde gündeme gelmektedir. Madde 5/1-a (kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi), tek başına söz konusu yasayla ihlal edilmiş sayılamaz, çünkü kişi 5/1-a'ya uygun olarak yetkili mahkeme tarafından mahkum edilerek usulüne uygun bir biçimde hapsedilmiştir. Komisyon Türkiye'ye ilişkin *Gündoğan* kararında⁶⁷ ve *X-İsviçre* kararında,⁶⁸ Sözleşmenin şartla salıvermenin uygulanmasını veya daha önce verilmiş şartla salıvermenin sürdürülmesini güvence altına almadığını belirtmektedir. Fakat, bu durum madde 5/1-a'daki kişi özgürlüğü hakkının ayrımcı olarak uygulandığı iddiasının ele alınmayacağını göstermez.

Madde 5/1-a doğrudan ihlal edilmemiş olsa da yukarıda belirttiğimiz gibi madde 5/1-a, madde 14 ile birlikte ele alındığında Sözleşme kapsamında bir ihlal olup olmadığı tartışılabilir. Örneğin Komisyon, *Robert N. Nelson v. Birleşik Krallık* kararında, İskoçya ile İngiltere ve Wales'deki çocuk suçluların şartlı salıverme kuralları arasında farklılıklar olduğu, dolayısıyla İskoçya'da ayrımcılık yapıldığı iddiasını incelemenin yanı sıra, suçlunun yaşından dolayı bir ayırım yapılmış olup olmadığı iddialarını da değerlendirmiştir. Başvuru kabul edilmez bulunmakla birlikte, bu iddiaların 5. madde ile bağlantılı olarak 14. madde kapsamında olduğu yorumu yapılmıştır. Bu davada, büyüklere özgü şartla salıverme kuralları ile küçüklerinkinin farklı düzenlenmesine ilişkin olarak, bu farklılığın haklı bir nedene dayandığı ve orantılı bir tedbir olduğu belirtilmiştir. Bölgesel farklılığa ilişkin olarak ise, bölgesel farklılıktan kaynaklanarak ayrı kurallarla düzenleme yapıldığı ve bu bölgesel farklılığın başvurunun kişisel statüsüyle ilişkili olmadığı belirtilerek, başvuru kabul edilemez bulunmuştur.⁶⁹ Türkiye'ye ilişkin *Gündoğan* davasında da benzer yorumu bulmak mümkündür, Komisyon 3713 sayılı kanunun şartlı salıverme için farklı düzenlemeler öngörmesine ilişkin verilen bu kararda, Sözleşmenin 14. maddesinin, 5. maddenin güvencesi altındaki hakların ayrımcı bir biçimde uygulanmasını yasakladığını belirtmekle birlikte, davada Sözleşmenin 26. maddesinde belirtilen 6 aylık başvuru süresi geçirildiği için esasa girerek inceleme yapmamış ve başvuruyu kabul edilmez bulmuştur. Bu davada başvuru, iç hukukta Anayasa Mahkemesine SHP tarafından açılan iptal davasının sonuçlanmasını beklemiş ve kararın resmi gazetede yayınlanmasından sonra başvuru-

⁶⁷ *Gündoğan c. Turquie*, Req. No. 22259/93, 1 Decembre 1993, <http://hudoc.echr.coe.int>

⁶⁸ *X v. Switzerland*, Appl. No.7648/76, 6 December 1977, DR 11, s. 190.

⁶⁹ *Robert B. Nelson*, Appl. No. 11077/84, 13 Octobre 1986, DR 49, s. 173-175.

rusunu yapmıştır. İHAM'a göre, Türk hukukunda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru söz konusu değildir, dolayısıyla Anayasa Yargısı 26. madde anlamında tüketilmesi gereken bir yol değildir, yasa yürürlüğe girdiği gün kesinlik kazanmaktadır, çünkü yasa hükmü kişinin cezaevinde iyi halli olup olmadığına bakılmaksızın ve başka bir yetkilinin kararına gerek olmaksızın doğrudan uygulanabilmektedir. 26. madde kesin kararın verildiği tarihten başlayarak 6 ay içinde başvurulabileceğini öngörmektedir, dolayısıyla yasanın yürürlüğe girdiği tarih 6 aylık sürenin başladığı tarihtir. İlgili davada ise bu süre geçirilmiştir.

C. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 14. Madde Yorumu

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Anayasa Mahkemesi gibi mutlak bir ayırım yasağı aramamaktadır. Her farklı uygulama 14. maddeye aykırı olarak düşünülemez. İlk olarak, bu konudaki ana kriter “eşit durumdakilere eşit muamelenin” yapılmasıdır. Fakat, kıyaslanan iki durum arasında eşitlik yoksa, o zaman, başka bir kriter karşımıza çıkmaktadır: “(a) ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki, (b) kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık.” Diğer bir deyişle, varolan eşitsizlik nedeniyle farklı, fakat amaçla ilişkili ve oranlı muamele yapılması 14. madde ile uyumludur.

İHAM ilk olarak, ayırimcılık yapıp yapılmadığını anlamak için, dava konusu edilen durumun (sınıflandırmanın), kıyaslanan durumdan (sınıflandırmadan) farklı veya eşit olup olmadıklarına bakmaktadır. Örneğin, *Van der Musselle* davasında Belçikalı avukatlar, doktorlar, dişçiler, eczacılar gibi diğer meslek gruplarına kıyasla farklı muamele gördüklerini, çünkü dişçiler, doktorlar gibi kamu hizmeti yönü olan bir hizmeti görmelerine rağmen, bu benzer durumdakilerden farklı olarak adli yardıma ihtiyaç duyan kişilere ücretsiz hizmet verme yükümlülüğünde olduklarını ve bunun 14. maddeye aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Fakat İHAM, bu örnek verilen meslek grupları ile avukatlığın aynı statüde kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Mesleğe giriş koşulları, görevlerinin niteliği, bu görevleri icra ediş biçimleri bakımından aralarında temel farklılıkların olduğunu ve aynı hukuki statüde olmadıklarını belirtmiştir.⁷⁰

⁷⁰ Van Der Musselle v. Belgium, 23 November 1983, Seri A No. 70, EHRR 6, p. 163; Johnston v. Ireland kararı da benzer bir yaklaşımı sunmaktadır, 18 December 1986, Seri A No. 112, EHRR 9, p. 203.

İHAM yukarıda belirtildiği gibi önce “kıyaslanabilirlik testi” uygulamaktadır. Diğer bir deyişle iki durum birbirine benzemekte midir sorusunu cevaplandırmaktadır. Baktığı diğer kriter ise, bu farklı uygulama veya düzenlemeyi gerekli kılacak “haklı bir neden” olup olmadığıdır. “Haklı neden testi” meşru bir amaç güdülüp güdülmediği anlamında değildir, ilgili tasarruf yapılırken kamu yararı gibi meşru bir amaç güdülebilir, fakat güdülen amaç ile kullanılan araç arasında orantılı bir ilişkinin olması gerekmektedir.

Belçika’da Eğitim Dili Davasında İHAM şöyle diyor: “Bir tasarruf, kendi başına Sözleşme’de belirtilen hak ve özgürlüklere uygun olabilir, ancak bu tasarruf 14. madde ile birlikte okunduğunda, ayrımcılık niteliğine sahip olduğu gerekçesiyle Sözleşme’de belirtilen bir hakkı ihlal edebilir (...) Sözleşmenin 14. maddesi hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanamaz. Belirli bir farklılaşma, hiçbir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele prensibinin ihlal edildiği kabul edilir. (...) Makul bir sebebin varolup olmadığı, (a) ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki, (b) kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık, söz konusu toplumun yaşamını belirleyen hukuki ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilebilir.”⁷¹

Görüldüğü gibi İHAM’ın ayrımcılık yasağına ilişkin belirtilen kriterleri, daha önce ele alınan AYM’nin kullandığı kriterlerle örtüşmektedir. Fakat, her somut olayda İHAM tarafından haklı bir neden olup olmadığı, içinde bulunulan toplumla bağlantılı olarak, başvuruya konu olan tasarrufun amacı ve sonucunun arasındaki ilişki, amaçla araç arasındaki ilişkinin orantılılığına bakılarak, ayrımcılık yapılarak bir kısıtlama getirilip getirilmediği değerlendirilecektir. Dolayısıyla, kriterlerin somut olaya uygulanmasında farklılıklar olma ihtimali her zaman vardır.

İHAM, bugüne kadar pek çok kararında 14. madde açısından değerlendirme yapmıştır, bunlardan bazılarında da ihlal kararı çıkmıştır. Örneğin *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı* kararında, Mahkeme Birleşik Krallık’taki göçmenlik kurallarını değerlendirmiştir. Birleşik Krallık’ta yasal olarak ikamet eden bir kadının resmen evli olduğu eşi için Birleşik Krallık’a gelme ve kalma izni alması, bir erkeğin eşi için izin almasından daha zor koşullara bağlanmıştır. Hükümet bu tasarrufun amacının kendi iş gücü pazarını korumak olduğunu savunmuş ve kamu menfaati olduğunu belirtmiştir,

⁷¹ Belçika’da Eğitim Dili Davası, çev. Osman Doğru, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C. I, ed. Osman Doğru, ed yrd. Sibel Inceoğlu, Hasan Kemal Elban, İstanbul Barosu yay. İstanbul 1998, s. 39.

fakat bu gerekçede belirtilen amaç meşru bulunmakla birlikte, haklı bulunmamıştır, çünkü amaç ile söz konusu tasarruf birbiriyile orantılı değildir.⁷²

Diğer bir örnek Belçika hukukuna ilişkin *Marckx* kararıdır. Belçika hukukunda meşru ve gayrı meşru çocuklar miras açısından hukuk planında eşit değildir, burada da haklı bir neden olmadığı kanaatine varılmıştır.⁷³

Diğer bir örnek *Gaygusuz – Avusturya* kararıdır. Bu davada bir Türk Vatandaşı Cevat Gaygusuz 1971-1984 tarihleri arasında aralıklı olarak Avusturya’da çalışmış, bazen işsizlik bazen sağlık nedenleriyle çalışmamış ve bu arada işsizlik ve sağlık sigortasından yararlanmış. 1986-1987 arasında da işsizlik tazminatı almış, fakat bu aylığı alma süresi dolduğu için, aylığını acil yardım biçiminde almak için başvurduysa da, bu tür aylık alabilmesi için vatandaşlık şartı olması gerekçesiyle talebi reddedilmiştir. Başvurucu İHAM önünde, söz konusu kanunun Avusturya vatandaşları ile yabancılar arasında sözleşmeye aykırı bir biçimde ayırım yarattığını iddia etmektedir, çünkü yapılan farklı muamelenin hiçbir objektif ve makul haklı sebebi bulunmamaktadır, çünkü işsizlik sigortası fonuna Avusturya vatandaşı olan çalışanlarla aynı ölçüde katkı payı ödemiştir. İHAM’a göre başvurucu, acil yardımı hak etme konusunda Avusturya vatandaşlarına benzer durumdadır, farklı muamele “objektif ve makul bir sebebe” dayanmamaktadır.⁷⁴

Türkiye’ye karşı açılmış 8/7/1999 tarih ve 24919/94 başvuru numaralı *Gerger kararı*⁷⁵ konumuz açısından ilginçtir. Yukarıda incelenen 3713 sayılı yasanın başka bir yönü açısından yapılan bir başvurudur. Başvurucu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasından hüküm giymiş ve yasanın 17. maddesi gereğince şartla salıvermeden yararlanmış. Başvurucu, Ceza Kanunu çerçevesinde hüküm giyenlerin şartla salıvermeden yararlanmaları için cezalarının yarısını çekmeleri aranırken, ilgili yasa nedeniyle, kendisinin cezanın dörtte üçünü çekmek zorunda kaldığını, bu farkın Sözleşmenin 14. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Hükmü, Terörle Mücadele Kanunundaki bir suçtan mahkum olanların bu tür suçların çok ciddi olması nedeniyle şartla salıverilmelerine sınırlama getirildiğini belirtmiştir.

⁷² Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom, 28 May 1985, Seri A No. 94, EHRR 7, p. 471.

⁷³ Marckx v. Belgium, 13 June 1979, Seri A No 31, EHRR 2, p. 330.

⁷⁴ İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C. III, çev. Osman Doğru, ed Osman Doğru, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2000, s. 94-95.

⁷⁵ Gerger v. Turkey, [appl. no. 24919/94], 8 July 1999, <http://hudoc.echr.coe.int>

İHAM iddianın madde 5/1-a ile bağlantılı olarak 14. maddenin kapsamına girdiğini belirttiikten sonra 14. maddeye aykırılık bulmamıştır. Mahkeme şöyle demektedir: “Yasanın amacı terörist suçları işleyenleri cezalandırmaktır ve bu yasa çerçevesinde suç işleyen herkes, şartla salıverme açısından, olağan yasa çerçevesinde cezalandırılanlardan daha aleyhte muamele görecektir. Bundan şöyle bir sonuç çıkmaktadır, yapılan ayırım farklı insan grupları arasında yapılmamış, yasamanın bu tip suçların ağırlığına ilişkin görüşüne göre farklı suç tipleri arasında yapılmıştır.” Burada teröre ilişkin suçların niteliğinin ağırlığı açısından bir sınıflandırma yapılmasını İHAM haklı bulmaktadır. İHAM’ın bu bakış açısı, AYM’nin 3713 sayılı yasanın 17. maddesini Anayasaya aykırı bulmayan kararı ile çakışmaktadır.⁷⁶

IV. 4616 Sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar Şartla Salıverilme Dava ve Cezaların Ertenmesine Dair Kanunun Eşitlik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi

4616 sayılı Yasa, toplumun pek çok kesiminin ve özellikle mağdur ve mağdur yakınlarının haklı eleştirilerine rağmen çıkmıştır. Bu yasa şartla salıverme ve ertelemeden söz etse de toplum yasayı bir af yasası olarak görmektedir. Affin toplumsal barışa hizmet etmesi açısından önemli bir yeri olduğu yadsınmaz, fakat bu yetkinin siyasi suçlar, basın suçları gibi suçlara ilişkin olarak toplumsal şartların değişmesi nedeniyle kullanılması daha savunulabilen bir yaklaşım iken⁷⁷, hemen hemen bütün suçları kapsayıcı bir biçimde kullanılmasının toplumsal barıştan çok toplumsal rahatsızlığa neden olabileceği söylenebilir.

4616 sayılı Yasanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Söz konusu kanun mahkumiyet hükmünde öngörülen toplam cezanın 10 yıla kadar olan kısmının infaz edilmemesini, eğer kalan ceza varsa bu kalan kısmın infaz hükümlerine göre infaz edilmesini öngörmektedir. Görülmekte olan ve sanığa isnat edilen suçun soyut cezasının üst sınırının 10 yılı aşmadığı hallerde de davanın veya hükmün veya hükmün kesinleşme-

⁷⁶ E. 1991/18, 1992/20, T. 31/3/1992, AYMKD, S. 28, C.I, s. 317-8. Fakat, hemen şunu da belirtmek gerekir ki, şartla salıverme işlenen suçun niteliğine değil, hükümlünün islah olmasına, cezaevinde iyi davranmasına dayanan bir kurum olduğundan, işlenen suçunun niteliği göz önüne alınarak bu şekilde özel süreler öngörülmesi yerinde değildir. Bkz. Nur Centel, “Şartla Salıverme”, Hukuk Araştırmaları, MÜHF yay., C. 7, S. 1-3, 1992-1993, s. 49.

⁷⁷ Affin kabul sebepleri için Bkz. Çetin Özek, “Umumi Af”, İÜHF, C. XXIV, S. 1-4, 1959, s. 144-147.

sinin ertelenmesini hükme bağlamaktadır. Kanun şartla salıverme ve tecil (erteleme) olmak üzere iki kurumu düzenlemektedir. Bu kurumların Ceza Hukukundaki klasik anlamıyla düzenlenmediği açıktır.⁷⁸

Şartla salıvermede esas olan cezanın bir kısmının infaz edilmesi ve hükümlünün bu süre içinde iyi halli olmasıdır, böylece mahkum hem cezaevi koşullarına uymaya zorlanacak hem de cezanın bir bölümünü cezaevinde geçirdiğinden, çıktığında tekrar dönmeye gayret edecektir.⁷⁹ Söz konusu kanunda ne cezanın bir kısmının infaz edilmesi şartına, ne de belirli bir sürenin iyi halli geçirilmesi şartına bağlı bir şartla salıverme yoktur. Kanunun, davanın veya hükmün veya hükmün kesinleşmesinin ertelenmesini düzenleyen kısmı ise, kısa süreli hürriyeti cezaların olumsuz etkisini ortadan kaldırmak ve ilk kez suç işleyen ve ilerde de suç işlemekten imtina edeceğine dair mahkemede kanaat uyandıran kişileri hapislihanenin kötü koşullarıyla tanıştırmama amacını güden klasik erteleme kurumu ile sadece isim açısından benzemektedir.⁸⁰ Yasa, bir yönüyle şarta bağlı özel af özellikleri göstermekte, diğer yönüyle de 1924 Anayasasının 26. maddesinde yer almış olan ve TBMM'nin takibat ve cezanın tecili biçimindeki yetkisinin kullanılmasına benzemektedir.⁸¹ Bu özellikleri ile Sui generis, kendine özgü bir yasadır. Bu nedenle eşitlik açısından, klasik anlamda af,⁸² tecil,⁸³ şartla salıverme⁸⁴ kurumlarını düzenleyen hükümlere ilişkin AYM kararları ile sınırlı düşünerek sonuca ulaşmak güç görünmektedir.

3713 sayılı yasanın geçici 1 ve 4. maddeleri de sui generis bir düzenleme getirmişti. Anayasa Mahkemesi, 3713 sayılı yasanın geçici 4. maddesini denetlediği kararında ve daha önce bazı kararlarında yaptığı gibi, 4616 sayılı yasanın hukuki niteliğini tespit edecektir. 4616 sayılı yasa şartla salıverme açısından, 3713 sayılı yasa gibi hükümlünün iyi halli olmasını aramamakta, 3713 sayılı yasadan farklı olarak ise

⁷⁸ Hamide Zafer, "4616 Sayılı ve 8.12.2000 Tarihli 23.Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunun Değerlendirilmesi", 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunun Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu yay., İstanbul 2001, s. 48.

⁷⁹ Bkz. N. Centel, a.g.m., 43-56: İlhan Akbulut, "Şartla Tahliye", İÜHF, Yıl. 1995-96, C. LV, S. 1-2, 173-175.

⁸⁰ H. Zafer, a.g.m., s. 49. Ertelme kurumu için bkz. Emin Artuk-Caner Yenidünya, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Ertelme Müessesesi", Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, 55-69.

⁸¹ 1924 Anayasasındaki takibat ve cezanın tecili kurumunu Özek "bir af nevi" olarak yorumlamaktadır. Bkz. Ç. Özek, a.g.m., s. 139.

⁸² E. 1978/67, K. 1979/14, KT 13/3/1979, AYMKD, S. 17, s. 108-114.

⁸³ E. 1979/37, K. 1980/26, KT 29/4/1980, AYMKD, S. 18, s. 174-175; E. 1977/3, K. 1977/19, KT. 24/3/1977, AYMKD, S. 15, s. 251; E. 1985/32, K. 1986/9, KT 11/3/1986, AYMKD, S. 22, s. 99.

⁸⁴ 3713 sayılı yasanın terör suçlarına yönelik şartla salıvermeyi düzenleyen 17. maddesine ilişkin AYM'nin incelemesi bkz. E. 1991/18, 1992/20, T. 31/3/1992, AYMKD. S.28, C. I., s. 317-318.

şartla salıverme açısından cezanın bir bölümünün çekilmiş olmasını zorunlu görmemektedir. 4616 sayılı yasanın, bir af kanunu olup olmadığını Anayasa Mahkemesi değerlendirecektir, fakat 3713 sayılı yasayı incelemesi sırasında yaptığı yoruma benzer bir yorum yapması halinde, ayırık tutulan bütün suçlar açısından eşitlik tartışılır hale gelecektir. İnfisahi şarta bağlı af olarak kabul edilmesi halinde ise Anayasanın 14. maddesi kapsamında sayılan ve Anayasanın 87. maddesi gereğince af çıkarılması mümkün olmayan TCK 125-174 arasındaki Devletin şahsiyetine karşı cürümlerden kapsam dışı tutulanların eşitlik açısından incelenmesi mümkün değildir. Fakat böyle bir ihtimal eşitlik ilkesi açısından fiilen daha büyük bir sorun ortaya çıkaracaktır, çünkü yine Anayasanın 14. maddesine girmesine rağmen kanun kapsamına alınan aşağıda belirtilecek olan suçları (örn. Terörle Mücadele Kanunu 4616 yasanın kapsamındadır) işleyenler kanunun imkanlarından yararlanmış olacaklardır.

4616 sayılı yasa, 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenmiş suçları işleyen veya işlemiş olma şüphesi altında olanlar için, 1. maddesinin 1, 2, 3, ve 4. bentlerinde yukarıda belirtilen bazı temel kurallar çerçevesinde şartla salıverme, dava ve cezaların ertelenmesi imkanını getirmiştir. Fakat, aynı maddenin 5. bendinde ise bu imkanın bazı suçları işleyenler için sağlanmayacağı belirtilerek istisna tutulan suçlar saptanmıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi eşitlik ilkesi aynı durum veya statüde olanların sınıflandırılabilirliğini, bu durumda olanların aynı kurallara tabi tutulmasını ve uygulanacak kurallar açısından bir ayrılık getirmek için haklı bir neden olmasını gerektirir.

Yasaya ilişkin eşitlik açısından bir değerlendirme yapılabilmesi için önce yasanın amacını belirlemekte yarar vardır. Yasanın genel gerekçesinde “toplumda meydana gelen sosyal ve ekonomik değişimlerin, suçların çeşitlerinin ve miktarının artmasında etken olduğu görülmektedir. Bu suçları işleyenlerin topluma yeniden kazandırılmaları ve toplumla bütünleşmeleri bakımından, 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenen suçların infaza esas olan cezalarının toplamından on yıl indirim yapılmaktadır. (...) Buna karşın bazı suçlar, kamu düzeni ve kamu güvenliğiyle yakın ilgileri nedeniyle kapsam dışı bırakılmıştır.” Konuyla ilgili olarak Adalet Bakanının, TBMM Anayasa Komisyonunda yaptığı konuşma E. 1/792, K. 6 sayılı ve 18/12/2000 tarihli Anayasa Komisyonu Raporunda yer almaktadır. Adalet Bakanı şöyle demektedir: “(...) Kanun koşulsuz bir af getirmemektedir. Anayasa Mahkemesi Terörle Mücadele Kanununun geçici 1 ve 4’üncü maddeleri ile ilgili değerlendirmelerinde şartla salıverme ile özel af arasında benzerlik olduğunu belirtmekle birlikte şartla salıvermenin ayrı bir kurum olduğunu ifade etmiştir ve bu düzenlemelerin de şartla salıverme olduğunu belirtmiş-

tır. (...) Eşitlik aynı konumda olanlar için söz konusudur. Farklı durumda olanlar için söz konusu değildir. Yasa koyucu suçun niteliği ile toplumda uyandırdığı vahamet nedeniyle takdirini farklı kullanabilir ancak infaz bakımından aynı durumda olanlar için farklı uygulama öngörülemez.”⁸⁵ Anayasa Komisyonu Raporunda ayrıca, “Afla ilgili olarak toplumda bir beklenti oluşmuştur. Suç işleyenlerin toplumda bir yer alması ve uyumlu hale gelmelerinin sağlanması bir zorunluluktur. Bu kişilere kendilerini düzeltme ve toplumla uyumlu hale gelme fırsatı tanınmalı, hukuk bu sosyal ihtiyaca imkan vermelidir” denmektedir.

Hem yasanın gerekçesinde hem de Anayasa Komisyonu raporunda yasanın amacının “suç işleyenlere kendilerini düzeltme imkanı verilmesi ve topluma kazandırılmalarının sağlanması” anlaşılmaktadır. Bu amacın meşru, kamu yararına olduğu açıktır, her ne kadar başka yollarla da bu amaca ulaşmak mümkün ve belki de toplum için daha tercih edilir idiyse de, yasama takdirini belli şartlar çerçevesinde suçluları salıvererek, cezalarını erteleyerek veya sanıkların davalarını erteleyerek bu amaca ulaşmak yolunda kullanmıştır. Dolayısıyla bu kanundan yararlanacak olanlar kanunun amacı açısından sanık veya hükümlü statüsündedirler ve ortak özelliklere sahiptirler, aynı hukuksal durumdadırlar.

Fakat diğer yandan yasanın 1. maddenin 5. bendinde bazı suçları işleyenler, sanık veya hükümlü olmaları anlamında kanundan yararlanacaklarla aynı hukuksal durumda olmalarına rağmen, ayrı tutularak farklı özellikleri olduğu ve bu kanunun amacına uygun olmadıkları öngörülmektedir. O halde bu noktada haklı bir neden olup olmadığına bakmak gerekir.

Bu farklı muamelenin yasal gerekçesi olarak “bazı suçlar, kamu düzeni ve kamu güvenliğiyle yakın ilgileri nedeniyle kapsam dışı bırakılmıştır” denmiştir. Fakat, kamu düzeni ve güvenliği gibi meşru bir amaca ulaşmak için seçilen yöntemin amaçla ilişkili objektif bir kritere dayanması, makul bir ölçüyü taşıması gerekmektedir, diğer bir deyişle ayrı tutulan grubu tutulmayanlardan ayırıcı belirgin farklılıkların olması gerekmektedir. Oysa kanunda ayrı tutulan suçlar demetine bakıldığında, bu suçların ayrı tutulmasını haklı kılacak objektif bir değerlendirmeden söz etmek güç görünmektedir. Suçun niteliği veya cezası o suçun kamu güvenliği ile yakından ilgili olup olmadığını gösteren objektif kriterlerdir, cezalara ilişkin kanunlar bu nedenle suçlar arasında ayırımlar yapmış ve cezalar açısından da kademelenmiş bir sistem

⁸⁵ İnfaz bakımından aynı durumda olanlar için farklı uygulama öngörülemez dendiğinden hemen önce yasa koyucunun takdirini farklı kullanabileceği yönündeki ifadenin nasıl birbirleriyle bağdaştığını belirlemek güçtür.

getirmiştir, kamu düzenini ağır bir biçimde ihlal eden suçlarla, daha az ihlal edenler arasında toplumsal uzlaşmalar sonucu makul, objektif ölçülerde ayrımlar yapılmıştır. Oysa ilgili yasaya bakıldığında, ne suçun niteliği açısından ne de suçun öngörülen cezası açısından, ayrı tutulan suçların kendi aralarında belirgin bir benzerlik olmadığı gibi ayrı tutulan suçlar ile tutulmayan suçlar arasında da suçun niteliği veya cezası gibi ayırıcı objektif bir kriter, makul bir ölçü bulunmamaktadır. Bu açıdan, çoğu Cumhurbaşkanının yasayı geri gönderme gerekçesinde de belirtilen aşağıdaki örnekleme kanununun pek fazla objektif kriter kaygısı taşımadan hazırlandığı görüşünü desteklemektedir.

Suçun niteliği yönünden, örneğin, Yasanın 5(a) bendinde Anayasanın 14. maddesi kapsamında olması nedeniyle affedilmeyecek suç niteliğinde olan TCK 125-157, 161, 162, 168, 171 ve 172. maddeleri ayrı tutulurken, yine Anayasanın 14. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasının Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünü bozmaya yönelik örgüt kurma, yönetme ve propaganda suçları ve TCK'nın birinci babında yer alan devletin şahsiyeti aleyhine işlenen madde 125-174 arasındaki bazı suçlar bu kanun kapsamına alınmıştır.

Bu açıdan verilebilecek diğer bir örnek, TCK'daki ırza tasaddi eylemleri nedeniyle mağdurun ölümüne sebebiyet veren faile müebbet hapis cezası öngörülen 418. maddesi ayrı tutulurken, kaçırılan kimsenin ölümüne neden olanlar için yine müebbet ağır hapis cezası yaptırımı öngörülen 439. maddedeki suçu işleyenler yasadan yararlanmaktadırlar. Diğer yandan, ırza geçip öldüren TCK 450. madde çerçevesinde kanundan yararlanacak ama sadece ırza geçen (md. 414-416) yararlanamayacaktır. Başka bir örnek, TCK 240. madde çerçevesinde memuriyet görevini kötüye kullananlar aftan yararlanamayacak, fakat nüfuz ve tesir altında karar veren yargıçlar 213. madde kapsamında olduğu için, askeri bir işin ifasında görevini kötüye kullananlar da Askeri Ceza Kanununun 144. maddesi kapsamına girdiği için yararlanabileceklerdir. Diğer bir örnek, TCK 452. maddesinde yer alan kastı aşan adam öldürme suçlarını işleyenler 4616 sayılı yasanın imkanlarından yararlanacak, fakat Askeri Ceza Yasasının kastı aşan adam öldürmeyi düzenleyen 118. maddesindeki suçu işleyenler yararlanamayacaktır.

Suçun cezası açısından da, istisna tutulan suçların kendi aralarında bir benzerlik olmadığı gibi, istisna tutulmayanlardan ayırıcı objektif bir kriter bulmak da zordur. Örneğin, eylemlerin ağırlığı düşünülüp, kamu düzenini bozup, kamu vicdanını rahatsız edici nitelikte olması nedeniyle TCK'da idam cezası öngörülen mevsuf adam

öldürme suçunu düzenleyen 450. madde veya yine aynı nedenlerle müebbet hapis cezası öngörülen 374. 382, 439, 449, 499. maddeler; 24-30 yıl ağır hapis cezası öngörülen 448, 451, 452, 468, 470, 471, 497. maddeler kapsama alınırken, bunlara kıyasla TCK'nın 191, 298, 366. maddeleri gibi çok hafif cezalara yer veren bazı suçlar kapsam dışı tutulmuştur. Tehdit suçunu düzenleyen TCK'nın 191. maddesinin birinci fıkrası yedi günden altı aya, ikinci fıkrası altı aydan iki yıla kadar hapis cezası üçüncü fıkrası ise yalnızca para yaptırımını öngörmektedir, firara ilişkin 298. madde ilk fıkrada iki aydan altı aya kadar, ikinci fıkrasında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörmektedir, resmi artırma-eksiltmeye hile karıştırma suçunu düzenleyen 366. madde ilk fıkrada üç aydan bir seneye, ikinci fıkrada bir seneden üç seneye kadar hapis cezası öngörmektedir.

Sonuç

Bütün bu belirtilenler ışığında, şartla salıverilme, dava ve cezaların ertelenmesine ilişkin yasanın, ayrı tutulan hükümler açısından Anayasa ve İnsan Hakları Sözleşmesinin eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin hükümleriyle uyumlu bir düzenleme getirdiğini söylemek güçtür. Bazı suçlar kapsam dışı bırakılarak benzer hukuksal durumda olanlar farklı hukuki düzenlemelere tabi tutulmuşlardır. Bu ayrım yapılırken de ne suçun niteliği ne de cezası yönünden her hangi bir objektifliğe veya makul bir ölçüye de yer verilmemiştir. Son olarak, eşitlik ilkesi ile ilişkili olmamasına rağmen şunları da söylemeden geçmemek gerekir. 4616 sayılı yasa başka yönlerden de sorunlu bir yasadır. Bir kere, mağdurların haklı olarak tepkilerini çekmektedir, toplum suç faillerinin bırakılmasını onaylamamaktadır. Ayrıca, bu yasadan yararlanmayı reddetmek imkanı da olmadığından, kişiye davasının sonuçlandırıp beraat kararı alma şansı tanınmamakta, zan altında bırakılmaktadır, bu durumda kalan kişinin haksız yere tutuklandığı gerekçesiyle tazminat talep etme hakkı da ortadan kalkmaktadır. Diğer yandan davaların ertelenmesi kurumu çerçevesinde, kişi yasadaki belirtilen sürelerde tekrar suç işleyecek olursa, yıllar sonra tekrar ara verilen davaya devam etmek gibi yargılanma açısından sorunlu bir durum yaratılmıştır. Bu durumdaki kişilerin dosyaya girmemiş lehine olabilecek delillerin durumu belirsizdir. Bu süre zarfında kişinin suçsuzluğunu kanıtlayabilecek delillerin kaybolmaması nasıl sağlanacaktır, ölen tanıklar olduğu takdirde ne olacaktır? Üzerinden yıllar geçtikten sonra kişinin bırakılan yerden devam edilerek yargılanması, kişinin adil yargılanmasını da etkileyecektir.



(5. Makale – 2001)

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN*

*İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek:
Açık ve Mevcut Tehlikenin Tehlikeleri***

* Anayasa Mahkemesi Başkanı

** Liberal Düşünce, Sayı: 24, Güz-2001, s. 14-22.



İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARINI YENİDEN DÜŞÜNMEK: “AÇIK VE MEVCUT TEHLİKE”NİN TEHLİKELERİ



Zühtü ARSLAN*

Bir arkadaşına yazdığı mektupta Wittgenstein şöyle diyor:

““Kesinlik”, “olasılık”, “algılama” gibi kavramlar üzerine *hakkıyla* düşünmenin ne kadar zor olduğunu biliyorum. Ancak, yaşamın ve diğer insanların yaşamları üzerine gerçekten dürüstçe düşünmek ya da düşünmeye *çalışmak* çok daha zordur. Buradaki problem bu tür şeyler üzerine düşünmenin *eğlenceli değil*, kesinlikle nahoş olmasıdır. Ve bir şey nahoş olduğunda, o *en* önemli şeydir.”¹

Wittgenstein’in gerçekte bir komünist hatta Sovyet ajanı olduğunu iddia eden Kimberley Cornish, belki birçoğumuzu şoke etmiş olabilir.² Ancak bu tartışmalı ve birazda komplocu iddia bile, yukardaki sözlerin gücünü sarsmaya yetmez. İfade özgürlüğü üzerine dürüstçe düşünmek, Wittgenstein’in ifade ettiği gibi, kesinlikle “eğlenceli” bir iş değildir. Tersine, “rahatsız edici”, “nahoş” hatta “pis” bir iştir. İfade özgürlüğünün sınırları üzerine düşünmeye gelince bu “nahoşluk”, özgürlükçü ruhlar için “can sıkıcı” bir hale dönüşebilir. Bu riskin farkındayım. Ancak ifade özgürlüğüyle

* Yrd. Doç. Dr., P.A. Güvenlik Bilimleri Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ N.Malcolm, *Ludwig Wittgenstein; A Memoir*, Oxford: Oxford University Press, 1958, s.39.

² K.Cornish, *Linz Yahudisi-Hitler ve Wittgenstein: Akıl Üzerine Gizli Savaş*, (Çev: Ö. Ünsal), İstanbul: Doğan Yayıncılık, 2000.

İlgili uluslararası bir sempozyumun ilk oturumunda özgürlükten ziyade sınırlarından bahsetmenin geçerli nedenlerinin de olduğuna inanıyorum.

Bir kere, Türkiye'nin siyasal/hukuksal mekanında, sınırlamalar her zaman özgürlüklerden önce gelmektedir. Anayasamız, daha hiçbir özgürlükten bahsetmeden bütün özgürlükler için geçerli olan sınırlamalara yer vermektedir. Aynı şekilde, Türkiye'nin siyasal/hukuksal mekanı özgürlük ve demokrasi kavramlarıyla tam olarak tanışmadan bu kavramların "istismar"ını ön plana çıkarmaktadır. Biz demokrasinin daha "demo(s)"unu bile görmeden, onun halktan korunması gerektiğini ifade eden "militan" demokrasiyle tanıştırıldığımız bir vasatta yaşıyoruz. Sanırım böyle bir ortamda kavramsal düzeyde sınırlamalardan bahsetmek en azından "gerçekçi" bulunacaktır.

Bu girizgahtan sonra Bildirimin planıyla ilgili de birkaç kelime söylemek istiyorum. Bildiri iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, çok kısaca ifade özgürlüğünün geç modern zamanlarda kazandığı yeni anlam ve önem üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde de bu yeni kavrayış çerçevesinde ifade özgürlüğünün sınırlarının yeniden değerlendirilmesi gerektiği vurgulanacaktır. Bildirinin temel argümanı şudur: İfade özgürlüğünü sağlam temellere dayandıracak olan bir paradigmatik dönüşüm gerçekleştirilmeden, "liberal" olduğu söylenen sınırlama kriterlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu çerçevede, ideolojik devletlerde "açık ve mevcut tehlike" kavramının, ifade özgürlüğünün korunması önünde "açık ve mevcut bir tehlike"ye dönüşebileceğini savunuyorum.

"Ve"nin "ya/ya da"ya Üstünlüğü ve İfade Özgürlüğü

Thomas Kuhn, "*Bilimsel Devrimlerin Yapısı*" adlı kitabında, paradigmalara bilimsel çalışmalardaki belirleyici rolüne dikkat çeker. Kuhn'a göre bilim topluluklarının benimsedikleri paradigma, bilimsel alana hakim olan kanun, teori ve uygulamaların örneklerini temsil eder. Paradigmalara öngördüğü modeller de, sonuç itibarıyla bilimsel gelenekleri yaratırlar.³ Bilimsel paradigmalara sosyal ve siyasal olguları

³ T. S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: University of Chicago Press, 1970, s. 10. Fritjof Capra da paradigmayı "bir toplumun kendini organize etme şekline temel teşkil eden gerçeklik vizyonunu oluşturan değerle-

ve anlayışları da etkilediği bilinmektedir. Bu anlamda, belki biraz indirgemeci olma ihtimaline karşın, birbirleriyle karşıt iki paradigmadan söz edilebilir. Bunlardan birincisi, 19. yüzyılda hakim olan “mekanist paradigma”, diğeri de 20. yüzyılda ve günümüzde geçerli olan “quantum paradigması”dır. Mekanist anlayış, Newton ve Descartes’in düşüncelerinden beslenen “ya/ya da”cı kesinliği ifade etmektedir. Bu paradigmada bir şey ya “doğru” ya da “yanlış”tır; ya “iyi” ya da “kötü”dür. İfade özgürlüğü bakımından, “mekanist paradigma”nın en önemli sonucu, “tek-doğru” anlayışına kapı aralamış olmasıdır. Gerçekten “ya/ya da”cı anlayışın sosyal ve siyasal düzlemdeki en tehlikeli yansıması “tek-doğru” inancıdır. Bu inanç, “tek-doğru”ya inanmayanları dönüştürebiliyorsa dönüştürmeyi, değilse yok etmeyi gerektirmektedir. “Tek-doğru” etrafında toplumu şekillendirme çabası olan toplum mühendisliği de “ya/ya da”cı anlayıştan beslenmektedir. Amin Maalouf, *Yüzüncü Ad*’da tek-doğru anlayışının ve gerçek tekelciliğinin sonuçlarını şöyle ifade eder: “Senin için iyi olan, başkaları için de iyidir; gerçek senin elindeyse, yolunu yitirmiş koyunları doğru yola getirmen gerekir, hangi yolla olursa olsun.”⁴ Bir Musevi’nin ağzından çıkan bu ifadelerde “sürü” ve “çoban” metaforunun tesadüfen kullanılmadığını düşünüyorum. Bu metafor, Foucault’nun iktidar teknolojisinin gelişiminde önemli bir yere sahip olduğunu söylediği ve özellikle İbraniler tarafından geliştirilen “pastoral” iktidar geleceğinden yani çoban-kral anlayışından esinlenmektedir.⁵ Pastoral iktidarda, çoban-kral kendisine Tanrı tarafından emanet edilen “sürü”nün esenliğinden sorumludur. Burada “sürü”den ayrılanları takip edip doğru yola getirmek, yani yeniden “sürü”ye katmak çoban-kralın asli görevlerindedir. Modern dönemlerde de siyasal seçkinler, “yoldan çıkan”ları doğru yola getirmek için kimi zaman beyin yıkama ve propaganda gibi yöntemleri, kimi zaman da şiddet yöntemini, çoklukla da her iki yöntemi birlikte kullanırlar.⁶

rin algılamaların ve düşüncelerin toplamı” olarak tanımlamaktadır. F. Capra, *Uncommon Wisdom*, London: Flamingo, 1989, s.20.

⁴ A. Maalouf, *Yüzüncü Ad: “Baldassare’in Yolculuğu”*, Çev: S. Rifat, İstanbul: YKY, 2000, s.75.

⁵ M. Foucault, *Özne ve İktidar*, çev: I. Erdüden ve O. Akınhay, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2000, s.29.

⁶ Isaiah Berlin, “tek-doğru” anlayışını tarih boyunca yaşanan utanç verici katliamların baş sorumlusu olarak görür. Berlin’e göre “Adalet, ilerleme, gelecek nesillerin mutluluğu veya bir ulusun, ırkın ya da sınıfın kurtuluşu veya kutsal misyonu, hatta toplumun özgürlüğü için bireylerin feda edilmesini isteyen özgürlüğün kendisi gibi büyük tarihi ideallerin mabetlerinde insanların boğazlanmasından tek bir inanç sorumludur. Bu inanç, bir yerlerde, geçmişte ya da gelecekte, kutsal vahiyde ya da bir düşünürün zihninde, tarihin ya da bilimin açıklamalarında ya da bozulmamış iyi bir insanın sade yüreğinde, nihai tek bir çözümün olduğu inancıdır.” I. Berlin, “Two Concepts of Liberty”, *Four Essays on Liberty*, Oxford: Clarendon Press, 1969, s.167.

Tek-doğru anlayışı, ideolojik devletin de temelidir. İdeolojik devlet, toplumu doğruluğundan şüphe edilmeyen ilkeler etrafında şekillendirmek ister. Burada ifade özgürlüğünün sınırı, ifadelerin resmi söyleme uygunluğuyla belirlenir. Resmi söylemi savunan ya da ona aykırı olmayan görüşlerin ve düşüncelerin ifadesi doğal olarak serbesttir. Dahası bu düşünceler, icazetli ve imtiyazlıdır; siyasal otorite, tahakkümünün yeniden üretilmesine önemli bir katkıda bulunan bu düşünceler karşısında oldukça cömerttir. Bu düşüncelerin kitlelere ulaşması ve etkili olması için her türlü yardım ve teşvik yapılır. Bu yardımlar, kötü ve şer güçler karşısında "doğru"nun korunması ve yüceltilmesi düzleminde meşrulaştırılmaktadır. Bu nedenle, "ya/ya da"cı paradigma, etik ve siyasal alanda birbirine zıt ikilemlerin üretilmesi ve beslenmesini gerektirmektedir. İyi/kötü, doğru/yanlış, ilerici/gerici, aydınlık/karanlık, yurtsever/vatan haini gibi kategorik zıtlıklar kurulu düzenin devamını sağlamada araçsal öneme sahiptirler. Bu ikilemlerden birisi, oryantalist söylemin de araçlarından olan, "medeni/barbar" şeklindeki kategorileştirme. "Özgürlük Üstüne"nin yazarı John Stuart Mill de bir çok yerde bu ikilemin tuzağına düşer. Mill'e göre özgürlük sadece ileri, medeni toplumların sahip olması gereken bir değerdir. Oysa barbar toplulukların özgürlüğü kullanmaları gereksizdir. Dahası Mill'e göre gelişimlerini tamamlamıyacak kadar "barbarlar için despotizm meşru bir yönetim şeklidir."⁷ "Barbarlar için yaşasın despotizm" anlayışının, farklı versiyonlarının farklı coğrafyalarda uygulandığını biliyoruz. "Önce çağdaşlaşma sonra demokrasi" sloganı da bu topraklarda yaşayan insanların aşına oldukları yaklaşımı yansıtmaktadır. Bu yaklaşımların altında, pozitivist, ilerlemeci ve dönüştürücü özgürlük anlayışı yatmaktadır. Ancak bu anlayış miadını doldurmuştur artık. "Ya/ya da"cı paradigma yerini yeni bir paradigmaya bırakmıştır. Bu kuantum paradigmasıdır.

Kuantum paradigması, hakikatin çok boyutlu olduğunu savunur. Schöridenger'in deneyi en azından olasılık düzleminde bir şeyin aynı anda hem doğru hem de yanlış olabileceğini gösterdi bize. Schöridenger'in kedisi, kutuyu açıp bakıncaya kadar hem "ölü" hem de "diri"dir. Bu hiç kuşkusuz bilimsel alanda Kuhn'un ifadesiyle bir devrimdir. Tartışmalı ve aydınlatılmamış yanlarına karşın,⁸ Kuantum fiziği paradigmanın dönüşümünü göstermektedir. Yeni bilimsel paradigmayı belirleyen ya da sem-

⁷ J. S. Mill, *Utilitarianism, On Liberty, and Considerations on Representative Government*, London: J. M. Dent & Sons. Ltd, 1972, s.73.

⁸ Bkz. I. Prigogine, *Kesinliklerin Sonu*, Çev: S. Sarı, İstanbul: Sarmal Yayınevi, 1999, s.44.

bolize eden kelime “ya/ya da” değil, “ve”dir.⁹ Bu yeni paradigmanın sosyal ve siyasal alana yansımaması da mümkün değildir. Kuantum toplumu, hiç kimsenin hakikat tekeline sahip olmadığı çoğulcu bir toplumdur. Bu çoğulculuk, hakikatin çok boyutlu olduğu varsayımına dayanmaktadır. Ancak kuantum gerçekliği, postmodernistlerin kaçınılmaz olarak bizi sürükledikleri “sosyal ve siyasal relativizmi” haklı çıkarmaktadır. “Hakikatin durumsallığı” düşüncesi “her şey mübahır” (anything goes) ile formüle edilebilecek olan sosyal ve ahlaki relativizme hatta nihilizme kapı aralayabilir. Özellikle postmodern söylemde ifadesini bulan “hakikat karşıtlığı” aslında paradoksaldır. Eğer sabit bir doğru ya da anlam yoksa, “hakikat yoktur” sözü de aynı şekilde hakikat dışıdır, doğru olamaz. Kısaca, hakikatin reddi de son kertede bir hakikat iddiasıdır.¹⁰ Bu zor paradoksu kuantum gerçeği çözmeye çalışır. Kuantum fiziğinde herhangi bir durumda kendisini gösteren “hakikat”, bu durumun daha derin ve daha gerçek imkanının sadece görünen bir boyutudur. Başka bir deyişle, durumsallık çok boyutlu hakikatin sadece bir yüzünü görmemizi sağlayan bir araçsallık işlevi görür. Zira kuantum gerçekliğinde görünenin ardında daima bir şeyler vardır.¹¹ Bu nedenle, postmodernistler relativizmle kol kola hakikatin mezarını kazarken, Kuantum paradigması hakikati dışlamamakta, “farklılıkta birlik” parolasıyla farklı hakikat iddialarını bir arada yaşatmayı amaçlamaktadır. Fakat itiraf etmek gerekir ki, epistemolojik anlamda ‘hakikat’ sorunu çetrefil bir sorundur. Konumuz açısından şu kadarı söylenebilir: İster hakikatin durumsal olduğu, ister çok boyutlu olduğu kabul edilsin, ifade özgürlüğü her iki durumda da çok önemli bir rol oynamaktadır. Nitekim, Hobbes’un Wittgenstein’in “dil oyunları” teorisini çağrıştıran şu ifadeleri “ifade” - “hakikat” ilişkisine açıklık getirmektedir: “*Doğru ve yanlış, şeylerin, değil konuşmanın özellikleridir. Ve konuşmanın olmadığı yerde ne hakikat ne de yanlışlık/yalan vardır.*”¹²

Kuantum toplumunda, devlet tek-doğru etrafında “yoldan çıkanları” yola getiren bir aygıt değildir. Dolayısıyla, kuantum toplumunda siyasal tarafsızlık ilkesi belirleyici bir yere sahiptir. Devlet, “iyi” vatandaş üretme makinesi değil, vatandaşların kendi “iyi” anlayışlarını geliştirebileceği bir sosyal ve siyasal vasatı sağlamakla yükümlü bir

⁹ Wassily Kandinsky’nin “ya/ya da” karşısında “ve”yi konumlandırışı ve savunusu konusunda bkz. U. Beck, *Siyasallığın İcadı*, Çev : N. Ütner, İstanbul: İletişim Yayınları, 1999, ss.9-22.

¹⁰ H. Lawson, “Stories about Stories”, H. Lawson ve L. Appignanesi (ed.), *Dismantling Truth: Reality in the Post-Modern World*, London: Weidenfield and Nicolson, 1989, içinde s.xxvii.

¹¹ D. Zohar ve I. Marshall, *The Quantum Society: Mind, Physics and a New Social Vision*, London: Flamingo, 1994, s. 23.

¹² T. Hobbes, *Leviathan*, London: J. M. Dent & Sons Ltd, 1914, s. 15.

aygıttır.¹³ Burada ön plana çıkan kavram adalettir. Adalet, çarpıtmalara müsait doğasına rağmen, çoğulcu bir toplumsal ve siyasal yapının üzerine bina edilebileceği bir değeri ifade etmektedir. Rawls'un deyimiyle, "adalet, bütün sosyal kurumların ilk erdemi"dir.¹⁴ Dolayısıyla "iyi" anlayışları karşısında önceliğe ve üstünlüğe sahiptir. Siyasal tarafsızlığın teorik temelini oluşturan "adaletin iyiyeye önceliği" önermesinin başlı başına bir "iyi" anlayışının ürünü olduğu doğrudur. Bu anlamda da, hiçbir değer diğer karşısında önceliğe ve üstünlüğe sahip olmaması olarak tanımlanan "çoğulculuk"la bağdaşmadığı yönündeki itirazlar haklılık payı taşıyabilir.¹⁵ Ancak hemen belirtmek gerekir ki, "hakkaniyet olarak adalet" düşüncesi, metafizik çağrışımlardan uzak ve daha çok prosedürel anlamda, "çoğulcu" bir toplumsal ve siyasal yapıya katılımı mümkün kılan bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada temel hedef, "iyi" anlayışlarının dayatmaya ve "hakikat tekelciliği"ne dönüşmesini engellemektir. Bunun da ön koşulu, gerçeğin ve iyinin tek boyutlu olmadığını en azından siyasal düzlemde kabul etmekten geçer.

İfade özgürlüğü bakımından bu, geniş bir yelpazenin varlığı anlamına gelmektedir. Herkesin karşısında kıyama durmak zorunda olduğu ortak bir "ideoloji" olmadığı için, her türlü görüş ve düşüncenin ifadesi doğal olarak serbesttir. Kuantum toplumunda, hiçbir düşünce "yanlış" ya da "aykırı" olduğu gerekçesiyle dışlanamaz. *Handyside* kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vurguladığı gibi, ifade özgürlüğü, sadece "hoşa giden" düşünceler için değil, "Devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şoke eden ya da rahatsız eden" görüşler için de geçerlidir. Strasbourg Mahkemesi, bu yaklaşımını "çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük" temelinde haklılaştırmaktadır.¹⁶ Ancak belirtmek gerekir ki başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere hemen hemen bütün insan hakları belgeleri, ifade özgürlüğünü sınırlı bir hak olarak görmüşlerdir. Zaten ifade özgürlüğüyle ilgili temel problemler de daha çok bu özgürlüğün sınırları konusunda ortaya çıkmaktadır. İfade özgürlüğünün sınırları nasıl belirlenecek? Uygulamada bir ifadenin bu sınırları aştığı

¹³ Bu konuda bkz. Z. Arslan, "Anayasal Devlerin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (II)", *Liberal Düşünce*, Güz 99, Sayı 16, s. 5-19.

¹⁴ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1973, s. 3.

¹⁵ Bu konuda bkz. J. Kekes, *The Morality of Pluralism*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1993, s. 198 vd.

¹⁶ *Handyside v. United Kingdom*, 7.12.1976, (1979-80), 1 ECHR 737, par.49. Ayrıca bkz. *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, par. 42, 43.; *Socialist Party and others v. Turkey*, par. 41.; (*ÖZDEP v. Turkey*, par. 37.

hangi ölçütlerle tespit edilecek? Biz burada sadece “açık ve mevcut tehlike” ölçütüne değineceğiz.

İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütü

Bilindiği gibi, “açık ve mevcut tehlike” (clear and present danger) Amerikan Yüksek Mahkemesinin geliştirdiği bir ölçüttür. İlk kez 1919’da Yargıç Holmes tarafından dile getirilen bu kritere göre, ifade özgürlüğüyle ilgili her davada bakılması gereken şey, “kelimelerin açık ve mevcut bir tehlike yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmadığıdır.”¹⁷ Eğer, kullanılan kelimeler açık ve mevcut bir tehlike oluşturuyorsa, bu noktada ifade özgürlüğü sınırlanmalıdır. Tehlikenin muhatabı bireyler ve toplumdur. Bir başka deyişle, eğer bir ifadenin açıklanması bireyler ya da toplum için açık ve mevcut bir tehlike yaratıyorsa bu ifadenin açıklanması sınırlanabilir. Bireylere yönelik zarar konusunda çok fazla tartışma yoktur. İftira, küfür ve onur kırıcı ifadeler hemen her hukuk sisteminde müeyyideye bağlanmıştır. Burada temel sorun toplum çıkarlarına yönelik tehlikenin ya da zararın tespit edilmesidir. Ancak bu kolay değildir. Toplumun çıkarları farklı dönem ve koşullarda farklı şekillerde yorumlanabilir, ifade özgürlüğünün keyfi bir şekilde sınırlanmasını önlemek için “tehlike” nitelendirilmiştir. Bu tehlike bir yandan “ciddi” ve “somut” olacak diğer yandan “açık” ve “mevcut” olacaktır.¹⁸ Açıklık, şüpheye ya da vehimlere yer bırakmayacak şekilde tehlikenin ortada olmasıdır. Tehlikenin mevcudiyeti ise, kullanılan kelimelerin zarar yaratma olasılığının kesine yakın olmasını ifade etmektedir. Burada olasılık kaçınılmazlık derecesinde yüksektir. Yargıç Holmes, tehlikenin açık ve mevcut olması durumunu hınca hınç dolu bir tiyatrodan yalan yere “yangın var” diye bağırılması örneğiyle açıklamaktadır. Böyle bir ortamda, “yangın var” kelimelerinin yaratacağı panik ve dolayısıyla tehlike açık ve mevcuttur. Ancak kelimelerin ifade edildiği koşullar da önemlidir. Aynı tiyatrodan oyun gereği “yangın var” diyen aktörün sözleri doğal olarak “açık ve mevcut tehlike” kapsamında değerlendirilmeyecektir. Ancak uygulamada bütün olaylar, tiyatro örneğinde olduğu gibi bir açıklık ve kesinlik taşıyor. *Terminiello* davasındaki yaklaşım bu tespiti doğrulamaktadır. Katolik rahip

¹⁷ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919).

¹⁸ *Terminello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).

Peder Terminiello, Chicago'da 800 kişilik bir topluluğa konuşur. Konuşmasında komünistleri ve kendi tabiriyle "siyonist yahudileri" kıyasıya eleştirir. Bir grup bu konuşmayı protesto eder ve olaylar çıkar. Bunun üzerine Peder tutuklanır ve mahkum edilir. Yüksek Mahkeme, "açık ve mevcut tehlike" kriterini kullanarak bu mahkumiyeti Anayasaya aykırı bulur. Mahkemeye göre, ifade özgürlüğünün işlevlerinden biri de tartışmaya yol açmasıdır. Dolayısıyla, konuşmanın huzursuzluğa yol açması hatta insanları kızdırması bu işlevin bir gereğidir. Mahkemenin kararındaki şu ifadeler çarpıcıdır: "Konuşma sıklıkla provakatif ve meydan okuyucudur. O ön yargılara ve daha önce oluşmuş kanaatlara saldırabilir ve bir düşünceyi kabul ettirmek için alışılmadık önemli etkiler doğurabilir. Bu nedenle, sınırsız olmamakla birlikte ifade özgürlüğü, sadece kamusal rahatsızlığın, kızgınlığın ve huzursuzluğun ötesinde ciddi ve somut bir zararın açık ve mevcut tehlikesi gösterilmedikçe sansür edilip cezalandırılmaz."¹⁹ Öte yandan bu karara muhalif olan Yargıç Jackson'a göre Peder Terminiello'nun konuşmasının yarattığı şiddet ve ayaklanma tehlikesi "açık" ve "mevcut"tur.²⁰ Görüldüğü gibi "açık ve mevcut tehlike" ölçütü, kullanılan siyasal ve hukuksal iklime, hatta yargıçların dünya görüşlerine göre değişiklik arz etmektedir.

ABD'deki tehlike özellikle 20. yüzyılın ilk yarısında demokratik düzene yönelmiş olan "komünist" tehdittir. Amerika'da siyasal seçkinlerin bu tehdite karşı tavırları yasaklayıcı ve kısıtlayıcı politikalar olarak yansımıştır.²¹ Smith Kanunu, siyasal muhalefeti bastırma amacıyla çıkarılmış, şiddet ve zor kullanarak hükümeti devirmeyi savunan görüşleri cezalandırmayı öngörmüştür. Amerikan Yüksek Mahkemesinin Smith Kanunu'na yönelik tavrı, "açık ve mevcut tehlike" ölçütünü de şekillendirmiştir. *Dennis* davasında, Mahkeme Smith Kanunu'nu ve bu kanuna dayanılarak Komünist Parti üyesi 11 kişi hakkında verilen mahkumiyet kararını Anayasaya uygun bulmuştur. Yüksek Mahkemeye göre, ifade özgürlüğünün kullanımı sonucu oluşacak kötülüğün yoğunluğunun/ağırlığının, oluşacak tehlikeyi önleme amacıyla yapılan sınırlamayı haklılaştırması gerekir. Somut olayda, zamanı geldiğinde ya da durum müsait olduğunda şiddet yoluyla düzeni yıkmak için harekete geçecek bir muhalif grubun düşüncelerini yayması ve kendi üyelerini indoktrine etmesi, "açık ve mevcut tehlike" kriterinin korumaya çalıştığı çıkarlardan birisi olan toplumun kendini

¹⁹ T. Eastland (ed.), *Freedom of Expression in the Supreme Court: The Defining Cases*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2000, s.89.

²⁰ *Ibid.*, s.92.

²¹ Bu konuda bkz. D. G. Barnum, *The Supreme Court and American Democracy*, New York: St.Martin's Press, 1993, s.134.

koruması önünde ciddi bir tehlikedir. Yüksek Makemeye göre “Komplonun varlığı, bizzat tehlike oluşturmaktadır. Eğer, tepkinin bütün muhtevası hazır durumdaysa, Hükümetin katalizör ilave edilinceye kadar beklemesini isteyemeyiz.”²² Yargıç Douglas’ın “karşı oyu” açık ve mevcut tehlike ölçütünün çok daha sınırlı uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Douglas’a göre, ifade özgürlüğünün kısıtlanması sadece “korku”ya dayandırılmaz. Komünist Parti’nin propagandasının başarılı olmasının “açık ve mevcut tehlike” yaratacağı şüphelidir. Yargıç Douglas’a göre okuma-yazma oranı düşük, demokratik geleneğin yerleşmediği kimi ülkelerde düşüncelerini açıkladıkları için insanların yargılanıp mahkum edilmeleri anlaşılabilir. Ancak Amerika’da komünistler, “istenmeyen düşüncelerin sefil tacirleri” konumundadırlar ve “malları da satılmamaktadır.” Dolayısıyla, Komünist Parti’nin bu ülke için tehlike olduğu yargısı yalnızca ‘korku’ ve ‘panik’ten kaynaklanabilir. Sonuç olarak, Yargıç Douglas’a göre, ifade özgürlüğü “propagandası yapılan kötülüğün ya da zararın kaçınılmazlığı noktasında açık ve nesnel delillere dayanmayan bir tehlike gerekçesiyle kurban edilmemelidir.”²³

Yates davasında Yüksek Mahkeme, “açık ve mevcut tehlike” kriterine yeni bir boyut kazandırmıştır. Burada “konuşma” ile “eylem” arasında net bir ayırım yapılmıştır. Mahkeme’ye göre Smith Kanunu’nun yasakladığı “soyut düşünce açıklaması” değil, “somut eylem”lerdir. Daha açık ifadeyle bu kanun, “hükümetin yıkılması gerektiği soyut düşüncesini” değil, “hükümetin zor yoluyla yıkılmasını öngören somut eylemler”i yasaklamaktadır. Yüksek Mahkemenin bu kararı McChartist döneme hakim olan anti-komünist histerinin de sonunu hazırlamıştır.²⁴ Yüksek Mahkeme, 1969 yılında verdiği bir kararda “açık ve mevcut tehlike” kavramının ifade özgürlüğünü daha iyi koruyacak şekilde geliştirmiştir. Buna göre bir ifadenin sınırlanabilmesi için onun aynı zamanda “hukuk dışı bir eyleme kışkırtması ya da bu eylemi doğurması” gerekir.²⁵ Bundan sonra da Yüksek Mahkeme ifade özgürlüğüyle ilgili birçok davada bu

²² Eastland (ed.), *Freedom of Expression in the Supreme Court*, s. 115.

²³ *Ibid.*, s. 120.

²⁴ Barnum, *Supreme Court and American Democracy*, s. 138.

²⁵ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Bu davada Ku Klux Klan lideri olan Clarence Brandenburg bir gösteri sırasında “Zenciler Afrika’ya, Yahudiler de İsrail’e dönmelidir.” şeklinde bir konuşma yapmıştır. Bunun üzerine Brandenburg mahkum edilir. Yüksek Mahkeme oy birliğiyle bu mahkumiyetin anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkemenin görüşüne katılmakla birlikte Yargıç Douglas, “açık ve mevcut tehlike” testini eleştirir. Ona göre tiyatrodan yalan yere “Yangın var!” diye batırılması “konuşma ile eylemin iç içe geçtiği” klasik bir durumu ifade eder. Burada söz ile eylem birbirinden ayırtamayacağı için, meydana gelen eylemden dolayı kişi sorumlu tutulabilir. Douglas’a göre bu gibi istisnai durumlar dışında konuşma cezalandırılmaz. Şöyle devam eder Yargıç Douglas: “Soyut düşüncelerin savunulması

kriteri uygulamıştır. Ne var ki, özgürlükçü bir yaklaşımla yorumlanmasına rağmen, "açık ve mevcut tehlike" kriteri özellikle olağanüstü dönemlerde ifade özgürlüğü için tehlike olma potansiyeline sahiptir.²⁶ Kriterin soyut ve bulanık doğası, baskı dönemlerinde muhalif düşüncelerin bastırılmasını haklılaştırıcı bir işlev görebilir. Nitekim, kimileri onu ifade özgürlüğünün genel bir sınırlama testi olarak "kabul edilemez" bulmaktadır.²⁷ Ancak yine de bu kriter, Amerika sınırlarının dışına taşmış, bir çok ülkenin yargı sisteminde kullanılan bir ölçüt haline gelmiştir. Dahası bu ölçüt, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de bazı kararlarında yer bulabilmiştir.²⁸

Türk Anayasa Mahkemesi ve "Açık ve Mevcut Tehlike" Kriteri

Yukarıda "açık ve mevcut tehlike"nin baskı dönemlerinde kısıtlayıcı bir işlev görebileceğini belirtmiştik. Ancak bazı siyasal mekanlarda bu kriter olağan dönemlerde bile kısıtlamaların haklılaştırılması için kullanılabilir. Türkiye'de Anayasa Mahkemesinin bir kısım kararlarında bu ölçütü kullanıp uygulaması tespitimizi doğrulamaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesinden farklı olarak, Türk Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü ve onun bir biçimi olan örgütlenme özgürlüğü konusunda genellikle sınırlayıcı bir yaklaşım benimsemektedir. Bunun bir nedeni 1982 Anayasasının otoriter bir nitelik taşıması ve ifade özgürlüğü konusunda aşırı sınırlamalara yer vermesidir.²⁹ Oysa bilindiği gibi ABD Anayasasında ifade özgürlüğünü sınırlayan bir hüküm bulunmamaktadır.³⁰ Elbette anayasanın metni önemlidir, ancak son keredede "Anayasa, yargıçlar ne diyorsa odur."³¹ Dolayısıyla asıl sorun, yorumlanması ve uygulanması gereken metinlerden değil, bir yorum topluluğu olan Anayasa Mahkemesinin kabul ettiği hukuksal paradigmadan kaynaklanmaktadır. Bu paradigma,

ile siyasal eylemin savunulması arasında kesinlikle bir anayasal çizgi söz konusu değildir. Müdafaanın/propagandanın kalitesi inancın derinliğine bağlıdır; ve hükümetin bu inanç ve vicdan mabedini işgal etme yetkisi yoktur." Bkz. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444(1969), Eastland (ed), *Freedom of Expression in the Supreme Court*, s.194.

²⁶ Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı*, s.76.

²⁷ T. I. Emerson, *Toward A General Theory of the First Amendment*, New York: Vintage Books, 1966, s.53.

²⁸ Örneğin bkz. *Geger v. Turkey*, (Application No: 24919/94), 8 Temmuz 1999. Yargıç Bonello'nun çoğunluk görüşüne katılan ayrı gerekçesi.

²⁹ Bu konuda bkz. R. Sunay, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara: LDT Yayınları, 2001.

³⁰ Bkz. W.W.Van Alstyne, *Interpretations of the First Amendment*, Durham, N.C.: Duke University Press, 1984, ss.22-23.

³¹ Barnum, *The Supreme Court and American Democracy*, s.vii.

“ya/ya da”cı, pozitivist ve dönüştürücüdür. Anayasa Mahkemesi için ifade özgürlüğü Anayasada belirtilen resmî söylemle sınırlıdır. “Anayasa ideolojisine aykırı görülen düşüncelerin ve örgütlenmelerin hayat hakkı bulması mümkün değildir. Bütün siyasi partilere aynı ideolojik elbiseyi giydirmeye çalışan Mahkeme, bazı kararlarında bu girişimini “açık ve mevcut tehlike” kriterini kullanarak haklılaştırma yoluna gitmektedir. *Sosyalist Birlik Partisi* davasında, Anayasa Mahkemesi kapatma kararını aynı zamanda “açık ve mevcut tehlike” kriterine dayandırmıştır. Mahkemeye göre “ırk ayrımcılığının aracı durumuna düşen partinin” tüzük ve programındaki görüşleri ile parti yetkililerinin yaptıkları açıklamalar, “Türkiye Cumhuriyeti için yakın ve görülebilir bir tehlike oluşturmaktadır. Böyle bir tehlike içinde bulunan bir devletin de, ülkesi ve ulusuyla bütünlüğünü koruması en doğal hakkıdır.”³² Mahkeme, bu tehdidin sadece “düşünce” düzeyinde kalmadığını aynı zamanda “yasaklanan sakıncalı eylemleri kışkırtma, katkı ve destek niteliğinde faaliyetler”den kaynaklandığını vurgulamaktadır.³³ Mahkeme, “yakın ve görülebilir tehlike” ölçütünü *Demokrasi ve Değişim Partisi* kararında da kullanmıştır. Bu davada da programında “Kürt dilinin toplumsal yaşamın her alanında ve resmi işlemlerde serbestçe kullanılması..., Kürt kimliğinin tüm sonuçlarıyla Anayasa ve yasalarla garanti altına alınması” gibi görüşlere yer veren Parti’nin bu düşünceleri “yakın ve görülebilir bir tehlike” olarak değerlendirilmiştir.³⁴ Görüldüğü gibi, tehlikenin “düşünce” düzeyinde kalması ya da “eylem”e dönüşmesi sonucu değiştirmemektedir. Daha da önemlisi partinin düşüncelerinin neden “tehlike” oluşturduğu da kararlarda açıklanmamaktadır. İsimlerini bile Türkiye’de yaşayan çoğu insanın bilmediği bu partilerin daha faaliyete bile geçmeden nasıl olup da “bölünmez bütünlük” önünde “açık ve mevcut tehlike” oluşturdukları sorusu tartışılmalıdır. Aslında bireylerin ifade ve örgütlenme özgürlüğünün karşısında “devletin kendini koruması” gibi son derece soyut ve bulanık bir söylemi konumlandıran bir yargısal anlayış, kaçınılmaz olarak farklı ya da aykırı görüşleri bu söyleme yönelik bir tehdit olarak algılayacaktır.

Türkiye’de akademisyenlerin önemli bir kısmı “açık ve mevcut tehlike” kriterinin Anayasa Mahkemesince kullanılması gerektiğini savunmaktadır.³⁵ Ancak kanaatimce, Türkiye’de siyasal ve hukuksal paradigma değişmeden “açık ve mevcut

³² E.1993/4 (Siyasi Parti - Kapatma), K.1995/1, K..T.19.7.1995, *AMKD* 33/2, s.635.

³³ Bu konudaki lehte ve aleyhte görüşlerin özlü bir anlatımı için bkz. Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı*, ss. 256-258.

³⁴ E. 1995/1 (Siyasi Parti - Kapatma), 1996/1, K.T.19.3.1996, *AMKD* 33/2, s.724.

³⁵ Bu konudaki lehte ve aleyhte görüşlerin özlü bir anlatımı için bkz. Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı*, ss.256-258.

tehlike” kriterinin kullanılması son derece yanlıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin yukarıda değinilen iki kararı bu görüşümüzü desteklemektedir. Amerika’nın 1950’li yıllarda yaşadığı “histerik” dönemin süreklileştirildiği, muhalif her unsurun “tehlike” olarak algılandığı ve farklı olan her şeyin “aynılaştırıldığı” bir ortamda bu kriterin neye hizmet edeceği açıktır. “Korkular” ve “vehimler”in gerçekleri maskeleydiği bir siyasal mekanda, “açık ve mevcut tehlike” ölçütü korkunun esiri olacaktır. Türkiye’de makro siyaset Schmittçi anlamda “dost/düşman” karşıtlığına dayandığı için “dost” olmayan herkesin ve her kesimin düşüncelerini açıklaması “açık ve mevcut tehlike” olarak algılanacaktır. Dolayısıyla, bu kriterin kullanılması “ötekilerin” “bizleştirilerek” toplumsal ve siyasal yapının homojenleştirilmesinde önemli bir rol oynayabilir.

Sonuç Yerine:

Özgürlük Korkusunu Yenmek

İfade özgürlüğüyle ilgili sınırlandırmaların büyük ölçüde “özgürlük korkusu”yla bağlantılı olduğunu söyleyebiliriz. Bu korku, sadece yönetici elitlerin özgürlüğün kurulu düzenleri ve hegemonyaları sarsmasından korkmasıyla sınırlı değildir. Bunun ötesinde bireysel ve toplumsal düzlemde hissedilen bir korkuyla karşı karşıyayız. Erich Fromm, bu korkuyu çok iyi teorize etmiştir. Ona göre, düşüncelerimizi ifade etme özgürlüğü ancak kendi düşüncelerimize sahip olabildiğimizde bir anlam kazanır. Başka deyişle, ifade özgürlüğünün dışsal otoriteden azade olması, ancak içsel psikolojik durumun bireyselliğimizi oluşturma ve geliştirmeye imkan vermesiyle gerçekleşebilir.³⁶ Bireyselliğin önündeki en önemli psikolojik engel de özgürlük korkusudur. Güçsüzlük, yalnızlık ve yabancılaşmanın doğurduğu bu korku, beraberinde özgürlükten kaçışı getirmektedir. Bu da siyasal düzlemde, özgürlükten kaçan insanlara teslimiyet ve kitleyle özdeşleşme dinginliğini öneren otoriterizmin limanında demir atmayla sonuçlanmaktadır.

Özgürlük korkusunun kuvvetli bir şekilde kök saldırdığı bir toplumda “açık ve mevcut tehlike” kriterinin keyfi bir şekilde yorumlanması ve uygulanması bir olasılığın ötesinde kaçınılmaz bir sonucu ifade eder. Zira böyle bir ortamda bizzat özgürlük

³⁶ E. Fromm, *The Fear of Freedom*, London: Ark Paperbacks, 1984, ss.207-208.

korkulan tehlikedir. Özgürlük korkusu, “öteki” korkusuyla da eklemlenerek büyür. Dolayısıyla, yapılması gereken özgürlük korkusundan kurtulmaktır. Yükseklik korkusu gibi özgürlük korkusunu yenmek de yoğun bir terapiyi gerektirmektedir. Bu toplumsal terapi ifade özgürlüğünün geleceği için kaçınılmazdır. Bu terapinin başlangıç noktası da, galiba özgürlüğün korkulması gerekmeyen bir şey olduğuna insanları inandırmaktır. Bu bağlamda Amerikan Yüksek Mahkemesinin liberal yargıçlarından Hugo Black’in bir sözünü aktarmak isabetli olacaktır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasına şiddetle karşı çıkan Yargıç Black, bir karşı oy yazısını şu cümleyle bitirmişti: “Özgür olmaktan korkmamalıyız.”³⁷ Ben de daha fazla uzatmamak için diyorum ki, biraz daha özgür olmanın kimseye, hatta ondan korkanlara bile zararı olmaz.

³⁷ 366 U.S. 82, 116. Aktaran: R. Collins ve D.Skover, *The Death of Discourse*, Colorado: Westview Press, 1996, s.213.



(6. Makale – 2002)

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ*

*Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve
Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları***

* Anayasa Mahkemesi Üyesi

** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl: 2002, Cilt: 57, Sayı: 2, s. 17-40.



TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE OBJEKTİF SINIR KAVRAMI VE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN OBJEKTİF SINIRLARI

The Concept of Objective Limitation on Fundamental Rights
and Freedoms and the Objective Limitations of the Freedom of
Expression



Yusuf Şevki HAKYEMEZ*

Özet

Liberal demokrasilerde temel hak ve özgürlüklerin sanki her zaman ve her koşulda sınırsız olduğu biçiminde bir yanlış algılamaya rastlanabilir. Oysa bu doğru değildir. Çünkü her özgürlüğün kendi yapısından kaynaklanan objektif sınırları vardır ve bu sınırların bir hukuki metinde açıkça belirtilmesine de gerek yoktur. İşte bu çalışmada genel olarak temel hak ve özgürlüklerin objektif sınırları kavramı ve bunun düşünce özgürlüğü üzerindeki görünümü incelenmeye çalışılmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin objektif sınırları konusu ağırlıklı olarak Federal Almanya örneği üzerinde, düşünce özgürlüğünün objektif sınırları konusu ise Amerika Birleşik Devletleri örneği üzerinde ele alınmıştır. Bu konu aslında ülkemizde yeterli düzeyde ele alınmış değildir ve yanlış anlama ve değerlendirmelere de konu olabilmektedir. Nitekim 1982 Anayasasının “temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması” başlığını taşıyan 14. maddesi bunun açık kanıtıdır. İftira,

Abstract

It is common to come across a misconception as if there were no limitations of fundamental rights and freedoms in a liberal democracy. However it does not reflect the fact since every fundamental right and freedom has its inherent objective limitations which are not necessarily indicated in legal documents. The aim of this paper is to generally indicate the concept of objective limitations of the fundamental rights and freedoms and to discuss the freedom of expression in this context. To do that, the practice of the Federal Republic of Germany considering the objective limitations of the fundamental rights and freedoms and of the United States of America in relation to the objective limitations on the freedom of expression is examined. In fact, these issues have not sufficiently taken their places in the Turkish doctrine and this situation may cause misunderstanding and misinterpretation of the notion. Article 14 of the 1982 Constitution under the heading of “prohibition of abuse of funda-

* Yrd. Doç. Dr., Karadeniz Teknik Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi.

hakaret, ırkçılık, şiddete çağrı, kişilik haklarına saldırı ve benzeri ifadelerin yasaklanabilmesi için aslında bunun Anayasada belirtilmesine bile gerek yoktur.

mental rights and freedoms” should be seen as a clear evidence of this fact. For example, it is not necessary to introduce any provision providing prohibitions with regard to the notions of insulting, slander, apartheid, incitement to violence etc. in a constitutional document since they are not regarded as consisting of the objective limitations of freedom of expression.

Giriş

Çağdaş demokrasilerde özgürlüklerin sahip olduğu imtiyazlı konuma bakıldığında, günümüzde rejimin demokratik niteliğinin bireylere sağlanan özgürlüklerin serbestisi ile yakından ilgili bir hale gelmiş olduğu gözlemlenmektedir. Ancak bu süreçte, özgürlüklerin sınırlandırılması noktasında bazı sorunların ve yanlış anlamaların olması mümkündür. Kimi ülkelerde özgürlükler, demokratik bir toplumda olması gerekenden fazla sınırlandırılırken; diğer bazı ülkelerde ise böyle bir sorun yaşanmamaktadır.

Özgürlüklere yönelik sınırlamaların boyutu ülkelerin rejiminin demokratik niteliğini de etkilemektedir. Liberal demokrasiyi benimseyen ülkelerde temel hak ve özgürlükler daha geniş bir serbestiye sahiptirler. Hatta düşünce özgürlüğü gibi kimi özgürlükler sadece çok istisnai durumlarda sınırlamaya tabi tutulmaktadır. Bu noktada bazı özgürlüklerin “mutlak” niteliğe sahip olduğu ve rejimin özgürlükçü niteliğinin de özgürlükler konusundaki bu mutlaklıkla yakından ilişkili olduğu düşünülmektedir.

Ancak bu mutlaklığa rağmen özgürlüklerin norm alanına bakıldığında yine de her özgürlüğün kendi yapısından kaynaklanan bazı sınırlarının olduğu görülmektedir. Bunlara “özgürlüklerin objektif sınırları” denilmektedir. İşte bu çalışmada önce genel olarak “objektif sınır” kavramı ve daha sonra bunun düşünce özgürlüğü üzerindeki görünümü irdelenmeye çalışılmıştır. Düşünce özgürlüğünün ele alınmasının en önemli nedeni bu özgürlüğün demokrasilerdeki ayrıcalıklı konumundan kaynaklanmaktadır. Demokratik ülkelerde en az sınırlandırılması gereken özgürlüklerden biri olarak düşünce özgürlüğünün de kendi yapısından kaynaklanan objektif sınırları vardır. Bu sınırlar ağırlıklı olarak ABD örneği üzerinde incelenmiştir. Çünkü ABD, bu konuda özellikle Yüksek Mahkemenin 1940’lı yıllarda verdiği kararlardan sonra önemli bir mesafe almıştır. Farklı ülkeler ve Türkiye’deki duruma da yeri geldikince

değnilmiştir. Konunun mukayeseli hukuk bağlamında ele alınması ile bir ölçüde ül-kemizdeki bu konuda yapılan tartışmalara da katkı sağlanabilecektir.

A. Özgürlük ve Sınırlama İlişkisi

Liberal demokrasilerdeki klasik özgürlük anlayışında temel hak ve özgürlükler hep “sınırsız” (mutlak) bir niteliğe sahip olarak düşünülür ve bu anlayışta özgürlüğün içeriği sahibi tarafından istenildiği gibi belirlenebilir. Aslında bunun temelinde doğal hukuk düşüncesi yatar (Sağlam, 1982: 129). Doğal hukuk ve toplum sözleşmesi çerçevesinde özgürlüklerin günümüzde kazandığı boyutta, birtakım özgürlüklerin devletten önce de var olduğu ve bu özgürlük sahibi bireylerin kendi iradelerini birleştirerek devleti oluşturdukları fikri egemendir. Bu anlayışta devlet bireylerin özgürlüklerini sağladığı sürece meşrudur ve devletin en önemli görevi de budur. İşte böyle bir durumda birey sanki kendi iradesiyle oluşturduğu devlet karşısında sınırsız özgürlüğe sahipmiş gibi görülür. Bu anlayış etkisini 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nde göstermiştir. Bu belgedeki özgürlük anlayışında bireyler, doğuştan sahip olduğu özgürlükleri hiçbir kısıtlamaya uğramadan, dilediği gibi kullanabilecektir. Dolayısıyla özgürlük mutlak, sınır tanımayan bir niteliğe sahip olacaktır. Bireyciliğin sonucu olan bu özgürlüğün önüne çıkan tek sınır başkalarının özgürlüğüdür (Akin, 1987: 399).

Aslında günümüz liberal demokrasilerindeki özgürlük anlayışı böyle değildir. Ancak bundan günümüz demokrasilerinde özgürlüğün öneminin ikinci plana itildiği sonucu da çıkarılmamalıdır. Burada vurgulanmaya çalışılan önemli bir nokta özgürlüğün sahibi olan bireyin tek başına değil; toplumun içinde yaşadığı gerçeğidir. Bireylerin toplum halinde yaşama zorunluluğu dikkate alındığında, tüm bireylerin mümkün olduğunca özgür biçimde hareket ettiği, ancak bununla birlikte aynı zamanda belli bir düzenin, dirlik ve esenliğin sağlandığı bir ortamın da oluşturulması gerekir. Yani günümüzde özgürlük birey için yine çok önemlidir; ancak bireyin toplumsal bir varlık olduğu gerçeği de göz ardı edilmemelidir (Anayurt, 1988: 132). Nitekim tarihsel süreç içerisinde bu özgürlük anlayışı da 1848 devrimi ile birlikte benimsenmiş ve böylece bireylerin özgürlüklerini toplum halinde yaşarken dengeli biçimde kullanmaları esası yerleşmeye başlamıştır (Akin, 1987: 398).

Aslında toplum hayatına bakıldığında gerçekten özgürlüklerin zorunluluk olması durumunda birçok yönden sınırlandırılmaları gerekebilir. Bununla birlikte öncelikle

belirtmek gerekir ki her özgürlüğü aynı gerekçe ile sınırlandırmak bazen çok yanlış sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle her bir özgürlüğün yapısına ve niteliğine göre gerekli olan toplumsal koşulların varlığı halinde sınırlandırılması ancak amacına uygun sonuç verebilir.

Toplum hayatında bireylerin özgürlüklerinin çok değişik gerekçelerle sınırlandırılması mümkündür. Öncelikle 1789 Bildirgesinde belirtildiği gibi başkalarının özgürlüğü bireylerin kendi özgürlük sınırlarını tayin etmede önemli bir ölçüttür. Bunun yanında kamu düzeninin korunup kollanması, milli güvenliğin sağlanması, suçların önlenmesi ve benzeri nedenlerle de zorunluluk olması durumunda özgürlükler sınırlandırılabilir. Bu durum toplumsal yaşayışın doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla özgürlüklerin bu koşulların sağlanması amacı ile bir düzene sokulması ve böyle bir sınır içinde tutulması gerekir (Akin, 1987: 398-399).

Bu noktada “özgürlük” ile “kamu düzeni” kavramları arasında var olan temel bir ilişki karşımıza çıkmaktadır. Dengeli özgürlük anlayışında bireyler, başkalarının özgürlüklerine saygılı, kamu düzenini bozmayacak bir özgürlük anlayışına sahip olmalıydılar. Gerçekten başkalarının özgürlüklerinin gözetilmediği ve kamu düzeninin sağlanmadığı bir ortamda bireylerin özgürlüklerini kullanıp rahat bir şekilde yaşayabilmeleri mümkün değildir. Bu koşulların sağlanmadığı bir ortam karmaşasının hüküm sürdüğü bir durum ortaya çıkarır. Dolayısıyla bireylerin özgürlükleri başkalarının özgürlükleri ile ve kamu düzeninin sağlanması gerekçesiyle sınırlandırılabilir. Bu noktada özgürlük ile düzen kavramları birbirine zıt kavramlar olarak değil; birbirlerini tamamlayan kavramlar olarak kabul edilmelidirler (Çeçen, 2000: 93-99). Düzenin sağlanması adeta özgürlüğün varlığı ve bireyler açısından bir anlam ifade etmesi için vazgeçilmez bir araç haline gelmektedir (Anayurt, 1998: 133).

Genel olarak liberal demokrasilerdeki özgürlük anlayışı belli gerekçelere dayanarak bazı özgürlükleri sınırlasa da, aslında bu gerekçeler bahane edilip özgürlüklerin aşırı biçimde sınırlandırılmasından sakınılmalıdır. Çünkü böyle bir durum özgürlüğün amaç olduğu liberal demokrasinin mantığı ile çelişir. Sınırlı özgürlük anlayışına rağmen liberal demokrasilerde kamu düzeninin sağlanması gerekçesiyle hiç sınırlandırılmayacak olan ya da diğer birtakım özgürlüklere göre daha az sınırlandırılacak olan özgürlükler vardır. Sınırlama aşamasında bu konulara özen gösterilmelidir.

B. Genel Olarak Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Objektif Sınır Kavramı

1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması

Liberal demokrasilerde özgürlüğün her bakımdan sınırsız olamayacağı gerçeğinden hareketle günümüz demokrasilerinde özgürlüklerin çeşitli nedenlerle sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu konuda yaygın olan uygulama özgürlüklere yönelik sınırlama nedenleri, bu sınırlama sürecindeki uyulması gereken ilkeler ve sınırlamanın sınırı niteliğindeki unsurların anayasalarda belirtilmesi biçiminde olmaktadır. Bu durum katı anayasa sistemine sahip olan ülkelerde bireyler için özellikle devlet iktidarını kullananlara karşı bir güvence oluşturur. Böylece basit çoğunluklar anayasadaki güvenceleri ortadan kaldıramayacaklardır. Aynı biçimde anayasa yargısının da bu basit çoğunluğun çıkardığı yasal anayasaya uygunluk açısından denetlemesi ile önemli bir güvence daha bireylerin özgürlükleri açısından devreye girmiş olmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda konumuzla ilgili önemli olan nokta bu konuda anayasalarda yer alan sınırlama nedenleridir. Bu konuda, değişik ülke anayasalarında farklı tercihlere yer verildiği görülmektedir. Çoğu demokratik ülke anayasalarında ve uluslararası insan hakları belgelerinde temel hak ve özgürlükler kendi düzenledikleri maddelerde belirtilen özel sınırlama nedenlerine dayalı olarak sınırlandırılabilirler. Uygulanan diğer bir formülde ise özgürlükler için hem kendi düzenledikleri maddelerde belirtilen özel sınırlama nedenleri vardır; hem de tüm temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak anayasaya sokulmuş genel sınırlama nedenleri vardır. Ülkemizde 03-10-2001 tarihli Anayasa değişikliğine kadar olan durum bu şekilde idi.¹ Ancak bu tarihte kabul edilen yeni 13. madde ile olumlu bir adım atılarak özel sınırlama sistemine geçilmiştir. Yeni madde bu konuyu şu şekilde düzenlemektedir:” Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu

¹ Bu konuyla ilgili olarak Ekim 2001 tarihli değişiklikten önce genel sınırlama kuralı niteliğinde olan Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen dokuz tane sınırlama nedeni (devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, genel ahlakın, kamu yararının ve genel sağlığın korunması) Anayasa'da yer alan özgürlüklerden hem niteliği gereği daha fazla sınırlandırılabilen grev hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve konut hakkı için hem de niteliği gereği çok zor sınırlandırılabilen, hatta hiç sınırlandırılmayacak olan düşünce ve kanaat özgürlüğü ve yaşama hakkı için de geçerli olabilecekti. Böylece bu madde Yasa Koyucuya özgürlükleri daha kolay sınırlandırma konusunda önemli imkanlar vermekteydi.

sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”²

Özel sınırlama nedenleri Anayasada belirtilen özgürlüklerin kendi düzenlendikleri maddelerde yer alan ve yalnızca ilişkin oldukları haklar için geçerli olan sınırlama nedenleridir (Uygun, 1992: 133). Örneğin 1982 Anayasası'nın “Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti” ile ilgili 23. maddesinde belirtilen “Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.” hükmündeki her bir sınırlama nedeni sadece yerleşme özgürlüğü ile ilgili olan özel sınırlama nedenleridir.

Niteliği gereği sınırlandırılması mümkün olan özgürlüklerin hangi gerekçelerle sınırlandırılacağını öngören özel sınırlama nedenlerinin anayasalarda yer alması ve özgürlüklerin ne aşamaya kadar sınırlandırılacağına belirtilmesi genel sınırlama nedenlerine göre çok daha avantajlı bir durum yaratır. Böylece hiç sınırlandırılmayacak olan özgürlükler için sınırlama nedenine yer verilmemiş olur.

Bu kademeli ve farklılaşmış sınırlama sisteminden genel sınırlama sistemine geçilerek ülkemizde insan hakları sorunu da sürekli olarak gündemde kalmıştır. Genel sınırlama sistemine geçilen 1971 Anayasa değişiklikleri sonrası ve benzer niteliğe sahip 1982 Anayasası dönemleri insan hakları standardı açısından yoğun eleştirilerin yapılmasına neden olmuştur. Bu nedenle sınırlı özgürlük anlayışı olsa bile en doğru tercih özel sınırlama nedenleri ile ortaya çıkan kademeli ve farklılaşmış sınırlama sistemidir. Genel sınırlama sistemi ise özellikle kimi dönemlerde yasa koyucunun anlayışına bağlı olarak belki de liberal demokrasilerdeki sınırlı özgürlük anlayışının amacını çok fazla aşan kısıtlı bir özgürlükler rejimi karşımıza çıkarabilir. Bu bağlamda Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan yukarıda bahsedilen değişiklik bu sorunları ortadan kaldırma konusunda atılmış önemli bir adım olarak değerlendirilmelidir.

2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Objektif Sınırları

Anayasada ya da ilgili kanunlarda herhangi bir özgürlüğe yönelik hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa bile özgürlüğün kendi yapısından kaynaklanan kimi sınırları vardır. İşte temel hak ve özgürlüklerin kendi yapılarından kaynaklanan bu

² 03-10-2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkındaki Kanun için bkz. 17 Ekim 2001 tarih ve 24556 (Mükerrer) sayılı *Resmî Gazete*.

sınırlar onların “sınırlı” niteliğini karşımıza çıkarır. Bu nedenle kavram olarak “temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması” ile “temel hak ve özgürlüklerin sınırlılığı” aynı şey değildir (Gözler, 2000: 173-174).

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlılığı, “sınırlama”dan farklı olarak, anayasada belirtilen genel ya da özel sınırlama nedenlerine dayanmaz. Çünkü sınırlılık özgürlüğe dışarıdan sokulmaya çalışılan bir kısıtlama değil, bizzat o özgürlüğün kendisinden kaynaklanan bir durumdur (Gözler, 2000: 174). Dolayısıyla özgürlüğün objektif (nesnel) sınırı özgürlüğe yasa ile getirilen sınırlamadan şu noktada ayrılmaktadır: Yasal sınırlama belli bir temel hakkın koruduğu alana dışarıdan girilmesi ve bu özgürlük alanının belirtilen sınırlama nedenleri ile daraltılmasını sonuçlandırır. Dolayısıyla sınırlama kurucu (konstitütif) bir nitelik taşır (Sağlam, 1982: 33). Temel hakların sınırlılığı ise özgürlüklerin yapısından kaynaklandığına göre bunların Anayasa ya da yasada belirtilmesi pek fazla bir önem taşımaz. Bu sınırlar pozitif hukuk metinlerinde belirtilse de, belirtilmese de zaten vardır. Bu nedenle de özgürlüğün objektif sınırlarının belirtilmesi sadece açıklayıcı (deklaratif) bir nitelik taşır; yoksa hak alanında yeni bir daralma meydana getirmez (Gözler, 2000: 174).

Temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak getirilecek olan sınırlamaların da bu nedenle objektif sınır kavramı dikkate alınarak düşünülmesi gerekir. Nitekim ülkemizde de A.Ü. Siyasal Bilgiler ve Hukuk Fakültelerinin birlikte hazırlamış olduğu ‘Gerekçeli Anayasa Önerisi’nde de temel hak ve özgürlüklere yönelik genel bir sınırlama maddesinin olmaması gerektiği; bunun yerine her özgürlüğün kendine özgü niteliğine uygun olarak özel sınırlama nedenlerine göre sınırlandırılması gerektiği belirtilen 11. maddesinin gerekçesinde özgürlüklerin objektif sınırlarına vurgu yapılmaktaydı. Burada her özgürlüğün belli bir somut alanda belli bir yaşam ilişkisine anayasal güvence getirmesi anlamında nesnel sınırlara sahip olduğu belirtilmektedir³ (Gerekçeli Anayasa, 1982: 28).

Genel olarak temel hak ve özgürlüklerin objektif sınırları konusu en yaygın biçimde Federal Alman doktrininde ve yargı kararlarında incelenmiştir. Bu konuda öncelikle Alman Federal İdare Mahkemesinin geliştirdiği “içkin sınır anlayışı”na işaret etmek gerekir. Burada Mahkeme temel hakların sınırlandırılmasında “genel toplum yararı” kaydını kullanmaktaydı. Mahkeme’nin bir kararında bu durum şu şekilde ifade edilmişti: “Temel hakların kullanılması ile diğer temel haklar ya da toplumun

³ Bu konuda ayrıca bkz. (Kanadoğlu, 2000: 24-25).

varlığı için zorunlu olan hukuki değerler tehlikeye düşürülüyorsa, bu kullanımın talep edilemeyeceği temel hakların özünde vardır” (Kanadoğlu, 2000: 13). Toplumsal değerlere öncelik tanıyan Alman Federal İdare Mahkemesinin bu “içkin sınır anlayışı” aslında belirsizliği dolayısıyla her türlü kötüye kullanıma açık kapı bıraktığından temel hakları korumaktan uzaktır. Üstelik Mahkeme bu görüşü o denli ileri götürmüştür ki “kaçınılmaz zorunluluk” halinde temel hakların özü bile bir sınırlama engeli olmaktan çıkarılmıştır (Sağlam, 1982: 34-35). Eğer Mahkemenin görüşü kabul edilirse toplum yararı gerekçesiyle temel hakların özü bile sınırlandırılabilir ki bu durum özgürlüklerin yapısından kaynaklanan objektif sınır anlayışı ile gerçekten çok ciddi biçimde çelişmektedir.

Oysa objektif sınır anlayışının en önemli özelliği her özgürlüğün geçerlilik muhtevasının nereye kadar uzandığını belirtmesidir (Gözler, 2000: 174). Başka bir deyişle bu anlayış, hiçbir sınırlama nedeni belirtilmemiş olsa bile bir özgürlüğün hangi alanları kapsadığını ve hangi alanlarda yapısından ileri gelen sınırlar olduğunu ortaya koymaya çalışır. Dolayısıyla nesnel sınır anlayışı eşyanın tabiatından kaynaklanan bir sınırlılık olarak kabul edilmelidir (Sağlam, 1982: 139).

Temel hakların objektif (nesnel) sınırlılığı konusunda en önemli görüşler Federal Almanya’da Friedrich Müller tarafından geliştirilmiştir. Müller temel hakların geçerlilik muhtevasını ölçüt olarak alıp şöyle bir model ortaya koymaktadır: Hiçbir temel hak uçsuz bucaksız anlamında sınırsız değildir. Hakkın sınırsız olamayacağı onların norm alanlarının nesnel sınırlılığının bir sonucudur. Her temel hak normatif yapısı gereği ancak belli bir nesnel alanda geçerlidir.⁴

Özgürlüklerin objektif sınırları her bir özgürlük için farklıdır. Örnek vermek gerekirse; toplantı özgürlüğü barışçı ve silahsız saldırısız olmak zorundadır. Düşünce özgürlüğünün başkalarına açıkça hakaret etme ve sövüp saymayı bünyesine almadığı açıktır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi de bir kararında dilekçe hakkının hakaret

⁴ Friedrich Müller, *Positivität der Grundrechte*, Berlin, 1969, s. 55-87’den aktaran: (Sağlam, 1982: 47). Alman doktrininde Ridder de objektif sınır anlayışı konusunu ele almıştır. Hatta Ridder’e göre içkin sınır bilimindeki anlayış da temelde objektif sınır anlayışından kaynaklanmaktadır. Bkz. (Sağlam, 1982: 52). Gerçekten özgürlüğün sınırlılığı konusunda sadece “objektif sınır”lar değil, bunun yanında “içkin sınır”lar ya da “Anayasal sınırlar biçiminde başka anlayışlara da işaret edilmektedir. Bkz. (Sağlam, 1982: 32-53; Gözler, 2000: 174-176). Ancak bu farklı anlayışlar arasında pek önemli ayrılıklar yoktur. Bu tür ayırımı yapanların bile bunun farklılıklarını net biçimde ortaya koymadıkları düşünüldüğünde bu çalışmada özellikle içkin sınır anlayışını da objektif sınır anlayışı ile birlikte ele almanın ve her ikisinin de aynı şeyi kastettiğini söylemenin bir yanlış sayılmayacağını belirtmek gerekir. Ancak burada son olarak kastettiğimiz içkin sınır anlayışının Alman Federal İdare Mahkemesinin geliştirdiği içkin sınır anlayışı ile aynı kapsamda olmadığını, daha ziyade objektif sınır anlayışına benzediğini belirtmek gerekir.

ve tehdit içeren ifadelere imkan tanımadığını belirtmiştir (Sağlam, 1982: 50). Bunun gibi bir kararında Türk Anayasa Mahkemesi savunma hakkının objektif sınırlarını şu şekilde açıklamıştır: “İddia ve savunma sınırı içinde kalan hakaretin suç teşkil etmesi olayda hakaret kastının bulunmamasına değil, adaletin tam olarak yerine getirilmesi sebebine dayanır. Bu bakımdan bu serbestlik davanın aydınlığa kavuşmasına, diğer bir deyimle hakkın meydana çıkmasına yol açma amacına hizmet etmelidir. Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara ancak böyle başvurulmuş olur. Fakat bir dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında zorunluluk bulunmayan yani davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkmasında etkili olmayan hakaretlerde bulunulmasında elbette meşruluk vardır denilemez.”⁵

Sonuç olarak pozitif hukuk metinlerinde bir özgürlüğün sınırlandırılması konusunda hiçbir hüküm bulunmasa bile özgürlüğün yapısında kendinden kaynaklanan kimi sınırların mevcut olduğunun bilinmesi gerekir. Alman doktrininde ve uygulamasında yaygın biçimde işlenen bu konunun Türkiye açısından da önemli olduğu yadsınmaz. Bu nedenle insan haklarının normatif yapısı ile ilgili çalışmalarda bu konulara yer verilmesi gerekir ve yargı kararlarında da bu konu işlenmelidir. Çünkü 1982 Anayasası gibi bazı özgürlükleri olması gerekenden daha fazla sınırlamayı amaçlayan bir hukuksal metinde aslında özgürlüklerin bünyesinde zaten var olan bazı objektif sınırların bile sınırlama nedeni olarak öngörüldüğü gözlemlenmektedir. Anayasa'nın 14. maddesi bir yönüyle bu amaçla getirilmiştir.

C. Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları

Temel hak ve özgürlüklerin objektif sınırları konusu ağırlıklı olarak Federal Almanya'da ele alınmış olmasına rağmen, sadece bir özgürlük bağlamında, düşünce özgürlüğü bağlamında ABD doktrini ve özellikle Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi içtihatları Federal Almanya'nın önüne geçmiştir. Bu nedenle düşünce özgürlüğünün objektif sınırları konusu ağırlıklı olarak Amerika Birleşik Devletleri örneği üzerinde ele alınacaktır.

İlk bakıldığında Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın düşünsel özgürlükler konusundaki hükmünün oldukça mutlak bir nitelik taşıdığı görülür. 1787 tarihli ABD Anayasası'na 1791'de dahil edilen Birinci Ek Değişiklik Maddesine göre; “Kongre,

⁵ E.S.: 1963/163, K.S.: 1965/36, K.T.: 8-6-1965, AYMKD Sayı: 3, s. 169.

bir din kuran veya bir dinin gereklerinin serbestçe yerine getirilmesini yasaklayan, söz ve basın özgürlüğü ile vatandaşların şikayetlerini hükümete bildirmek için dilekçe verme haklarını ve barışçıl toplanmalarını kısıtlayan hiçbir yasa çıkaramaz” (Gürbüz, 1981: 36).

Görüldüğü gibi bu metin düşünce özgürlüğünü yasa ile sınırlayabilecek yegane organ olan Kongre’ye kesin bir buyrukla sınırlamama konusunda bir mesaj vermektedir. Bu mutlaklığa rağmen ABD doktrini ve uygulaması özellikle 1920’lerden itibaren düşünce özgürlüğü (freedom of speech)⁶ konusunda çok yoğun tartışmaların içerisine girmiştir. Bu sayede Anayasa’daki bu sade hüküm çok değişik yorumlara tabi tutulmuştur. Özellikle konumuzla ilgili olarak aşağıda daha ayrıntılı açıklamalardan fark edileceği gibi, düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarının olduğu hem doktrinde hem de uygulamada mahkeme kararları ile açıklanmıştır.

ABD Anayasal pratiğinde düşünce özgürlüğü herkese, her istediğini, her yerde ve her zaman, başkalarını incitecek şekilde ifade etme imkanı vermez. Uygulamada düşünce özgürlüğünün sınırlandırıldığı bazı temel noktalar vardır. Bunlar ağırlıklı olarak yıkıcı-bozguncu fikirlerin ifadesi ve kamu düzenini tehdit eden ifadelerle ilgilidirler (Brigham, 1984: 40-45). Toplum halinde yaşayabilmek için bazı temel konularda bireyler arasında bir mutabakatın olması gerekir. Bu temel noktalarda mutabakat sağlandıktan sonra toplumun barışçıl biçimde geliştirilmesi konusundaki tartışmalara imkan sağlanmalıdır. Toplumun sağlıklı gelişimi konusundaki bu tartışma özgürlüğüne rağmen devlet kuramlarına yönelik yakın ve ciddi tehditlerin olması durumunda bu biçimdeki ifadelerin de sınırlandırılabilmesi gerekir (Brigham, 1984: 51). Ancak bu noktadaki sınırın çok hassas olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim ABD uygulamasında özellikle 1950’lerde bu sınır çok fazla devletin korunması lehine kaydırıldığı için özgürlükler zedelenmişti. Buna rağmen daha sonra bu sorun aşılmıştır.⁷

ABD’de, Anayasal düzeyde düşünsel özgürlüklerin mutlaklığına rağmen, bu özgürlükler, kamu düzeni, kamu barışının sağlanması ve özel hakların korunması bağlamında da çeşitli sınırlamalara tabi tutulabilir. Bu noktada da bir anayasal sorun ortaya çıkmaz. Örneğin kamu düzenini koruyup sağlamak amacıyla düşüncelerin

⁶ ABD’de düşünce özgürlüğünün karşılığı olarak hukuki metinlerde, mahkeme kararlarında ve doktrinde genellikle Türkçe’de “konuşma özgürlüğü” ya da “söz özgürlüğü” anlamına gelen “freedom of speech” kullanılmaktadır. Ancak ülkemizde düşünce özgürlüğü tanımı daha fazla kullanıldığı için ABD uygulaması ele alınırken “konuşma özgürlüğü” değil, yine de “düşünce özgürlüğü” kavramı kullanılacaktır. Düşünce özgürlüğünün ifade özgürlüğünü de kapsadığı öncelikle kabul edilecektir.

⁷ ABD’de düşünce özgürlüğüne yönelik bu sınırlamalar konusunda geniş bilgi için bkz (Kramer, 1982: 46-52).

açıklanması ile ilgili bir özgürlük olan toplantı ve gösteri yürüyüşünün izne bağlanması Anayasaya aykırı olamaz (Brigham, 1984: 55).

Düşünce özgürlüğü konusunda yukarıdaki açıklamaların dışında bir başka temel konu da özellikle 1940'lı yıllardan itibaren karşımıza çıkmaktadır. Birtakım düşünce açıklamalarının hiçbir biçimde korunamaması ile ilgili olan bu konudaki öncülüğü ABD'li Zechraiah Chafee yapmıştır. Özgürlükler konusundaki liberal görüşleri ile tanınan Chafee'ye göre hukuken korunan ve hukuken korunmayan düşünce açıklamaları ayırımı yapılmalıdır ve müstehcen, küfür, iftira, şeref ve haysiyet kırıcı ve saldırgan nitelikte birtakım düşünce açıklamaları vardır ki bunlar hiçbir zaman düşünce özgürlüğünün hukuksal korumasından faydalanamazlar (Chafee, 1948: 150). İşte ABD'de Chafee'nin öncülüğünü yaptığı bu ayırım düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarını ortaya koymaya çalışmaktadır.

ABD doktrinindeki bu ayırımı uygun olarak Federal Yüksek Mahkeme (Supreme Court) de konuyu ilk kez 1942 yılında verdiği *Chaplinsky v. New Hampshire* kararında ele almış ve daha sonra da sürekli biçimde kullanmıştır.

Bu karara esas olan olayda Walter Chaplinsky adındaki bir Yehova Şahidi, kendi tarikatıyla ilgili broşürler dağıtırken New Hampshire'de, yarattığı rahatsızlık nedeniyle polis tarafından karakola götürülmek istenmiştir. Bu esnada Chaplinsky'nin polise söylemiş olduğu ifadeler üzerine olay en son Yüksek Mahkemenin önüne gelmiştir. Kendisini yakalayıp karakola götürmeye çalışan polise, "Siz Allah'ın belası gangstersiniz, belalı faşistsiniz, tüm hükümet olarak faşist ya da faşistlerin ajanısınız." biçiminde hakaretler yapması üzerine bu kişi New Hampshire Kanunlarında yer alan ve hakaret içeren sözleri suç sayan hükmü ihlal ettiği gerekçesiyle mahkum edilmiştir. Bunun üzerine Chaplinsky söylediği sözlerin ABD Anayasası'nın düşünce özgürlüğü ile ilgili maddesi tarafından korunduğunu belirterek davayı ABD Federal Yüksek Mahkemesinin önüne getirmiştir. Mahkeme ise oy birliği ile vermiş olduğu kararda bu kişinin itirazını reddederken ilk kez düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarının varlığını şu şekilde ifade etmiştir: "Düşünce özgürlüğünün her zaman ve her durumda mutlak bir niteliğe sahip olmadığı belirtilmelidir. İyice tarif edilmiş ve kapsamı dar tutulmuş bazı düşünce açıklamaları vardır ki bunların ifadesinin önlenmesi ve cezalandırılması hiçbir anayasal sorun doğurmaz. Bunlar bayağı, müstehcen, küfür, iftira, şeref ve haysiyet kırıcı nitelikte olan ya da bu biçimde olmaya meyilli olan sözlerdir ki bunlar toplumsal barışı aniden bozmaya yatkındırlar. Bu biçimdeki

ifadelerin düşüncelerin açığa vurulması biçiminde esaslı bir amacı olmadığı gözlemlenmelidir ve bunlar gerçeğe ulaşma yönünde hiçbir toplumsal katkı sağlamayan, ahlakilik ve düzeni sağlama noktasında hiçbir toplumsal yararı olmayan ifadelerdir” (Harrison/Gilbert, 1996:13-14).

Kararda ayrıca düşünce özgürlüğünün objektif sınırları olarak kabul edilen bu kategorinin içerisine ne tür sözlerin gireceğini aslında sıradan bir insanın bile ayırt edebileceği belirtilmektedir. Bu karardan sonra ABD doktrininde bu biçimdeki hukuken korunmayan ifadeler için “fighting words” kavramı kullanılmaktadır (Brigham, 1984: 59).

Bu kararın en önemli özelliği, yukarıdaki aktarılan kısımdan da anlaşılacağı gibi düşünce açıklamalarının, gerçeğe ulaşma noktasında bir katkı sağlayan ve bu nedenle de hukuken korunması gereken düşünceler ve gerçeğe ulaşma noktasında hiçbir katkı sağlamayan ve hukuken korunmayan düşünce açıklamaları biçiminde ikiye ayırmış olmasıdır (Tedford, 1985: 209).⁸ Burada hukuken korunan düşünceler gerçeğe ulaşma noktasında bir katkı sağlayan haberler, gazete yazıları, makaleler, toplumsal sorunlara yönelik konuşmalar, siyasal kampanyalarda yapılan tartışmalar ve benzeri ifadelerdir. Hukuken korunmayan düşünceler ise aşağılayıcı, müstehcen, iftira niteliğinde olan, küfür içeren sözler, provakasyona neden olmasa da suçlayıcı ifadeler, şiddeti tahrik eden ifadeler ve benzerleridir (Tedford, 1985: 211).

ABD Yüksek Mahkemesi “fighting words” ile ilgili olarak daha sonra 1949 yılında *Terminiello v. Chicago* ve 1951 yılında *Feiner v. New York* Kararlarında da *Chaplinsky* kararındaki ayırımı sürdürmüş ve bu tarihten itibaren değişik biçimlerde düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarını kararlarında kullanmaya devam etmiştir.⁹ Ancak özellikle 1960’lı yıllardan itibaren ABD’deki özgürlükçü protesto hareketleri ve Vietnam Savaşı karşıtı gösteriler bağlamında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Yüksek Mahkeme protestonun yeri, zamanı ve şekli ile ilgili olarak provokasyon neden olup olmadığına bakarak kimi olaylarda serbestiyi tanıırken, diğerlerinde cezalandırma yoluna gidebilmiştir (Tedford, 1985: 215).

⁸ İlginçtir ki bu kararı da Mahkemenin en liberal üyelerinden biri olan Frank Murphy yazmıştır. Bkz. (Brigham, 1984: 59). Bu durum hukuken korunmayan düşünce açıklamalarını doktrinde Mahkeme kararından önce ilk kez ortaya koyan liberal görüşlerin ile tanınan Chafee’nin durumuna benzemektedir.

⁹ ABD Federal Yüksek Mahkemesinin bu biçimdeki kararları için bkz. (Harrison/Gilbert, 1996:11-147).

ABD doktrininde bir düşüncenin hukuken korunma görememesi yani “fighting words” kapsamında sayılabilmesi için şu üç koşulun bir arada bulunması gerektiği savunulmaktadır: Bu sözlerin topluma zarar vermesi, toplumsal barışın bozulmasına etki edebilir nitelikte olması ve düşüncenin açıklanması biçiminde temel bir amacı olmaması gerekir (Sigler, 1975: 70). Bu üç koşulun birlikte olması durumunda ancak bu nitelikteki düşünce açıklamaları hukuksal korunmadan faydalanamaz.

1. İftira, Küfür ve Haysiyet Kırıcı Sözler

Düşünce özgürlüğünün objektif sınırları bağlamında hukuken korunmayan düşünce açıklamaları olarak iftira, küfür ve haysiyet kırıcı sözler ile kişilere yönelik olarak yapılan eleştirileri birbirinden ayrı tutmak gerekir. Eleştiri makul sınırlar içerisinde kaldığı sürece hiçbir zaman yasaklanamaz. Bununla birlikte tamamen iftira niteliğinde olan, kişileri küçük düşürmeye, onları karalamaya yönelik ifadeler ve kişilere yönelik küfürler düşünce özgürlüğünün norm alanı içerisinde sayılamazlar.

İftira ve onur kırıcı sözler aslında daha ziyade düşüncelerin özel bir açıklama biçimi olan basın özgürlüğü bağlamında ele alınmalıdır. Çünkü günümüzde bu nitelikteki sözler genellikle kitle iletişim araçları aracılığıyla sarf edilmektedirler. Burada bireylerin sahip olduğu şan ve şöhretleri ya da başka bir deyişle kişilik hakları ve şeref ve haysiyetleri korunmaya çalışılmaktadır (Brigham, 1984: 60). Dolayısıyla buradaki temel sorun düşünce özgürlüğü ile kişilik hakları arasındaki ilişkide karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar kişilik hakları korunmaya çalışılıyorsa da burada açıklanan düşüncelerin her zaman özgürlüğün objektif sınırları dışında kaldığını ve bu nedenle yasaklanması gerektiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Nitekim kamuyu ilgilendiren bir yön olduğu zaman ABD’de kişilik hakları ile ilgili düşünce açıklamaları yine de Anayasal korumadan faydalanabilmektedirler. Bu koşul altında düşünce özgürlüğü kişilik haklarından daha üstün konumda sayılmaktadır (Kanadoğlu, 2000: 59-60).

Bununla birlikte doğrudan doğruya başkalarının şeref ve haysiyetine müdahale eden düşünce açıklamaları, yazı veya resimler tamamen düşünce özgürlüğünün korumasının dışında sayılmalıdır.¹⁰ Nitekim bu konuda 1982 Anayasası’nda “Düşüncüyü Açıklama ve Yayma Hürriyeti” ile ilgili 26. maddenin ikinci fıkrasında şu şekilde bir objektif sınır belirtilmektedir: “Bu hürriyetlerin kullanılması (...) başkalarının şöhret veya haklarının (...) korunması (...) ama (cı)yla sınırlanabilir.” Bunun basın

¹⁰ Kişilik hakları ve düşünce özgürlüğü arasındaki çatışma konusunda Türk ve Alman hukuku uygulaması için bkz. (Kanadoğlu, 2000: 59-70).

yoluyla işlenmesi durumunda da durum aynıdır. Hatta bu konuda kişilik hakkı ihlal edilen bireye Anayasa'nın 32. maddesinde düzeltme ve cevap hakkı tanınmaktadır. Bu konuda 32. madde şu hükmü getirmiştir: “Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir.”

Burada siyasetçilere ve özellikle de devlet yöneticilerine yönelik eleştiri sınırının özel kişilere nazaran çok daha geniş kapsamda kabul edilmesi gerektiğini belirtmek gerekir. Çünkü bu kişiler demokratik yönetimi gerçekleştirme sürecinde aktif rol alan ve dolayısıyla halk için bağlayıcı kararlara imza atan kişilerdir. Bu nedenle bunların özel yaşamlarındaki bazı noktaların kamuoyu tarafından, siyasal yönü olmayan kişilere göre daha ayrıntılı biçimde öğrenilmesinde ve dolayısıyla açıklanmasında bir sakınca olmamalıdır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu durumu *Castells* kararında şu şekilde ifade etmiştir: “Müsaade edilebilir eleştiri sınırı özel kişilere nazaran hükümet üyeleri ve politikacılar için daha geniş kabul edilmelidir. Demokratik bir sistemde hükümetin icraatları ve yanlışları sadece yasama ve yargı otoritelerinin değil, aynı zamanda basın ve kamu oyunun da incelemesine tabi olmalıdır.”¹¹

2. Müstehcenlik İçeren İfadeler

Aslında müstehcenlik içeren şeyler sadece soyut ifade değil, belki de ondan daha fazla, resimler, çeşitli araçlar, filmler ve benzerleri olabilir. Bu konularda ABD Federal Yüksek Mahkemesinin içtihatlarına bakıldığında genellikle objektif sınır kapsamında belirtilmiş olsa da müstehcenlik konusunda mutlak bir tutumunun olmadığı görülmektedir (Randall, 1977: 169). Bu durum aslında müstehcen olarak nitelendirilebilecek bir ifade, resim ya da simgede, değişik kişiler açısından, bir mesajın verilmesinin amaçlanması, saf cinselliğin ön plana çıkarılması ya da sanatsal bir boyutun varlığı gibi farklı değerlendirmelerin yapılabilmesi ile ilgilidir. Gerçekten müstehcenlik özellikle günümüzde izafi bir kavram haline gelmiştir. Değişik kişiler farklı bakış açılarıyla olaya yaklaşarak aynı resmi müstehcen olarak da algılayabilir ya da normal bir resim olarak da görebilir.

Aslında ABD Yüksek Mahkemesi müstehcenlik sorunuyla ilk kez 1950'li yıllarda *Burstyn v. Wilson* kararıyla tanışmıştır ve zamanla bu nazik konuda ortaya koyduğu test-

¹¹ *Case of Castells v. Spain*, Application Number: 11798/85, Date: 23-04-1992, Paragraph: 46. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulamasında eleştiri özgürlüğünün kapsamı ve sınırları konusunda geniş bilgi için bkz. (McBride, 1998: 76-82).

ler aracılığıyla sorunu çözmeye çalışmıştır. Mahkeme 1957 yılındaki *Roth v. United States* kararıyla “Roth testi” olarak anılan bir test geliştirmiştir. Bu kararı yazan Yargıç William Brennan’ın geliştirdiği bu teste göre, sıradan bir insanın ayırt etme ve değerlendirme yeteneğiyle müstehcenliğe karar verilebileceği belirtiliyor. Ayrıca müstehcenliğe konu materyalin bir bütün olarak değerlendirilerek karar verilmesi gerektiği, yoksa sadece seksüel olarak odaklanan yönlerin ele alınıp değerlendirme yapılmaması gerektiği belirtiliyor (Brigham, 1984: 62). Yargıç Brennan’a göre saf müstehcen ifadeler Anayasanın korumasından faydalanamazlar (Pritchett, 1984: 88-89).

Mahkeme 1973 yılında verdiği *Miller v. California* Kararı’nda müsaade edilebilir müstehcenliğin sınırını, “Miller testi” ya da “çağdaş standart” (the contemporary standard) olarak adlandırılan testte daha farklı biçimde ortaya koymuştur. Bu kararda Mahkeme düşünce özgürlüğünü ihlal etmeyecek biçimde müstehcenlik standardını çizmeye çalışmıştır. Buna göre müstehcen sayılan materyaller eyalet kanunlarında özellikle şehevi arzulara hitap eden şeyler olarak tanımlanmalıdır. Bu materyallerde ciddi bir sanatsal, edebi, siyasal veya bilimsel bir değer bulunmamalıdır (Pritchett, 1984: 91; Brigham, 1984: 64; Randall, 1977: 170). Demek ki Mahkemenin geliştirmiş olduğu bu yeni teste göre müstehcenlik saf bir biçime dönüştürülürken, materyaldeki sanatsal, bilimsel ve benzeri önemli noktalar bunun müstehcen sayılmaması zorunluluğunu ortaya koyacaktır. Bu yönüyle söz konusu test daha çağdaş bir test olarak kabul edilmelidir. Gerçekten bazı sanatsal eserlerde Roth testinin kullanılması ile sıradan bir insanın bu eserler üzerinde yanlış değerlendirme yapması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla Mülter testi bu konuda daha rasyonel değerlendirme yapma imkanı sağlamaktadır.

3. Nefret İçeren Konuşmalar

ABD’de “hate speech” olarak anılan bu konuşmaların ayırt edici özelliği toplumun önemli bir kesimine mesaj vermeye yönelik olarak gerçekleştirilen sıra dışı, hükümetin belli politikalarını çok sert biçimde eleştiren ve karşısına bir kitleyi hedef olarak alan girişimler olmasıdır (Epstein/Yvalker, 1995: 279). Bu gruba uluslar, dinler, ırklar arasında nefret yaratmaya, ayrımcılığa, şiddete ve savaş kışkırtıcılığına yönelik ifadelerin girdiği söylenebilir. Bu ifadelerin tümünün ortak özelliği toplumun önemli bir kesiminin hoşnutsuzluğunu bünyesinde taşımasıdır.

Burada nefret içeren konuşma ile hukuk dışı yöntemlerle gerçekleştirilen düşünce açıklamasını birbirinden ayrı tutmak gerekir (Bird, 2000: 403). Birincisi düşüncenin

içeriğine yönelik bir şeydir; İkincisi ise düşüncenin açıklanması yöntemine ilişkin bir özelliği vurgulamaktadır. Aşağıda görüleceği üzere özellikle ABD’de nefret içeren konuşmalar bazı durumlarda yasaklanmamakta; fakat hukuk dışı yöntemlerle gerçekleştirilen düşünce açıklamaları her zaman yasaklanabilmektedir. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi, Ku Klux Klan üyesi Charles Branderburg ile ilgili kararda bu kişinin konuşmasının ırksal içeriğinden dolayı değil, hukuk dışı yöntemleri savunması dolayısıyla cezalandırıldığı belirtilmiştir (Harrison/Gilbert, 1996: 29-37).

Nefret içeren konuşmalar içerisinde en fazla sorun doğurmanın ırkçı nitelikteki olduğu bilinmektedir. Savaş kışkırtıcılığı içeren ifadelerin yasaklanması düşünce özgürlüğü kapsamında düşünülemez. Ancak ırksal nitelikteki konuşmalarda bazen belli mesajların verilmesi amaçlanmış olabilir ve bu mesajlar düşünce özgürlüğü ile de ilişkilendirilebilir. Bu konuda ABD oldukça zengin bir içtihadı sahiptir. Diğer demokratik ülkeler ABD’ye göre oldukça katı bir tavır içerisinde dirler. ırkçı söylemler, belli bir ırka ya da etnik kökene ait olan kişilerin bu özellikleri dolayısıyla aşağılanması, hakarete uğramasını ve toplumda bu kişilere karşı bir nefretin uyanmasını sağlayacak niteliktedirler (Batur Yamaner, 2001: 127).

Rodney A. Smolla’ya göre aslında ABD Anayasası ırkçı konuşmaları yasaklama konusunda açık bir hüküm taşımaz; sadece ırk ayrımcılığına yönelik icraatları yasaklar. Uygulamadaki yasaklamalar da bu ayrıma uygulamalardan kaynaklanmaktadır (Smolla, 1992: 163). ABD’de ırksal nitelikteki konuşma ve gösterilere karşı Mahkemenin içtihadı bu nitelikteki ifadelerin gerçekleştiği somut olaylar üzerinde ve mümkün olduğunca hem düşünce özgürlüğünü korumaya, hem de ırklar arasında muhtemelen ortaya çıkabilecek bir nefreti önlemeye yönelik biçimde gerçekleşmektedir. 1951 yılında verdiği *Feiner v. New York* kararında Yüksek Mahkeme ırkçı konuşmaların ancak toplumda açık ve mevcut tehlike yaratması durumunda yasaklanabileceğini belirtmiştir (Harrison/Gilbert, 1996: 19-29).

Chicago’da, Arthur Terminiello adındaki anti-komünist, ırkçı ve Yahudi karşıtı bir kişinin Yahudilere ve komünistlere yönelik yapmış olduğu sert içerikli ve ırk ayrımına yönelik konuşmalar, oradaki insanlar üzerinde yaptığı rahatsızlık gerekçesiyle cezalandırılmıştır. Bunun üzerine bu kişi Federal Yüksek Mahkemeye davayı götürmüştür. Mahkeme 1951 yılında Terminiello’nun mahkumiyet kararını 4’e karşı 5 oy ile bozmuştur: Bu kararda Mahkemenin düşünce özgürlüğü konusundaki görüşü çok ilginçtir: “Bizim hükümet sistemimizde düşünce özgürlüğünün önemli bir işlevi

tartışmaya davet edici olmasıdır. Huzursuzluğa neden olduğu ve bu nedenle de halkı heyecanlandırıp kızdırdığı ve onlarda hoşnutsuzluk yarattığı durumlarda gerçekten görevini en iyi biçimde yerine getirmiş olur. Böylece değişik önyargıları da yıkar (...) Bunun ötesine, mutlak olmasa da, ciddi bir zarar konusunda açık ve mevcut bir tehlikeye yaratmadıkça sansür ve cezalandırmaya tabi tutulamaz. Bundan daha fazla sınırlayıcı neden Anayasamızda yoktur. Bunun alternatifi, hakim siyasal ya da toplumsal gruplar, yasama ya da yargı organlarından herhangi birinin düşünceleri tekdüze hale getirmesine yol açabilir” (Tedford, 1985: 212-213; Epstein/Walker, 1995: 258).

Yüksek Mahkeme 1977 tarihli *National Socialist Party v. Skokie* kararında ırkçı nitelikteki ifadelerle siyasal nitelikteki ifadeler arasında hassas bir sınır çizmiştir. Davaya esas olan olay Chicago'nun Skokie adlı semtinde, aralarında II. Dünya Savaşında Nazi toplama kamplarında bulunanların da yer aldığı Yahudilerin yoğun olduğu bir yerde gerçekleşmiştir. Burada Nazi yanlısı Amerikan Nasyonal Sosyalist Partisi adlı bir grubun gerçekleştirmek istediği gösterinin yasaklanması üzerine yargı yoluna başvurulmasından sonra, olayın Yüksek Mahkemeye intikal etmesi sonucu Mahkeme bu kısıtlamayı reddetmiş ve Nazilerin bile Skokie gibi Yahudilerin yoğun olduğu bir yerde bu tür bir gösteri yapabilmelerinin onların anayasal hakkı olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme nazizmin sembolü olan ve özellikle Yahudilere onların çektiği acıları hatırlatan “swastika” adındaki suçlayıcı ve barışı bozucu sembolü gösterilerinde kullanmalarının hukuken korunamayacak (fighting words) sembolik ifade kapsamına girdiğini belirterek, bu sembolü taşımanın Anayasal korumadan faydalanamayacağı belirtilmiştir (Epstein/Walker, 1995: 279; Smolla, 1992: 54-55).

İrkçi konuşmalar konusunda Batı Avrupa'daki kimi ülkeler ABD'ye göre daha katı kurallar getirmişlerdir.¹² Örneğin, Federal Almanya'da normalde değer yargıları düşünce özgürlüğünün koruma alanında olmasına rağmen, Hitler döneminde yaşanan Yahudi soykırımının inkarı 1994 yılında yapılan bir değişiklikle kamusal barışı ihlal etmeye elverişli olması gerekçesiyle yasaklanmıştır. Anayasa Mahkemesi ise önüne

¹² Batı Avrupa'daki ırksal söylemlerin yasaklanması konusunda genellikle Yahudilerin soykırımı uğradıklarını inkarın yoğun biçimde yasaklandığı görülmektedir. İrk ayrımcılığını yasaklama konusunda sadece Yahudilere yönelik olan ırk ayrımcılığını yasaklama yerine her türlü ırk ayrımcılığını yasaklayan ceza kanunlarının tesis edilmesi daha doğru olur. Benzer görüş için (Batur/Yamaner, 2001: 130). Çünkü özellikle günümüzde bu tür yasaklamalarla toplumsal barışın korunması amaçlanıyorsa bu bağlamda Batı'da sadece Yahudilere değil, belki de onlardan fazla Türklere ya da kimi ülkelerde tüm yabancılara yönelik istenmeyen muameleler yapılmaktadır. Yahudilere yönelik olan uygulamalar Nazi iktidarı döneminde yoğundu. Günümüzde ise diğer ırklara karşı da insan onuru ile bağdaşmayan muamelelerin kimi gruplarca yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle belli ırklara yönelik olan söylemleri yasaklayıp diğerlerine yönelik hüküm getirmemek eşitlik ilkesi ile ve özellikle düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarının mantığı ile bağdaşmaz.

gelen bu konuda Yahudi soykırımının inkarını (diğer adıyla Auschwitz yalanlarını), doğru olmadığı ispatlanmış iddianın ileri sürülmesi kategorisi içinde değerlendirmiş ve düşünce özgürlüğünün korumasından faydalandırmamıştır (Kanadoğlu, 2000: 47). Bunun gibi Fransa’da da 1972 yılında ırk ayrımcılığı, 1990’da ise II. Dünya Savaşı öncesi Nazi katliamının varlığının inkarı yasaklanmıştır. Bu ikinci kanunun ihlali durumunda para ve hapis cezalarının yanında bu kişinin beş yıla kadar seçilme hakkına bir engel getirilmesi de yer almaktadır (Bird, 2000: 411-412). Irkçı konuşmalar ve Yahudi soykırımı gibi konularda görüldüğü üzere ABD’deki uygulama Avrupa’dakinden ve özellikle de Fransa’dakinden çok daha liberaldir (Bird, 2000: 399). Mahkeme burada gerçekten düşüncenin korunması gereken ve korunmayacak olan yönlerini somut olaylar düzeyinde ele alıp tespit etmektedir. ABD’de, bir görüşe göre nefret içeren konuşmalar aslında tasvip edilmeyen sözler olsa da açık bir toplumda bunlar yasaklama ile değil, düşünce bazında ikna ile aşılmalıdır (Smolla, 1992: 169).

Sonuç olarak düşünce özgürlüğünün objektif sınırları dışında kaldığı belirtilen kategoriler içerisindeki her şeyin her zaman hukuksal korumadan faydalanamayacağına rahatlıkla söylenemeyeceğini belirtmek gerekir. Çünkü bu biçimde kabul edilen ifade veya sembollerde bile kimi zaman bir mesajın verilmesi ya da bir düşüncenin değişik ve ilginç biçimlerde de ifade edilmesi amaçlanabilmektedir. Bu noktada yasaklama konusunda dikkatli olmak gerekir. Aksi durumda düşüncelerin ifadesine yönelik aşırı sınırlar getirilmiş olabilir.

D. 1982 Anayasası’nda Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları Ne Biçimde Öngörülmüştür?

1982 Anayasası’nın “Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti” ile ilgili 26. maddesinde bu özgürlüğün objektif sınırları bağlamında bazı hususların var olduğunu belirtmiştik. Maddenin ikinci fıkrasında düşünce özgürlüğünün başkalarının şöhret veya haklarının korunması amacıyla sınırlandırılabilirliği belirtilmektedir. Bunun dışında düşünce özgürlüğün düzenlendiği maddede başka bir objektif sınır belirtilmemiştir.

Bununla birlikte Anayasa’nın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılması” ile ilgili 14. maddesi, Anayasa’daki tüm özgürlükler ile ilgili bir hüküm olarak bu maddede sıralanan nedenlerle özgürlüklerin kötüye kullanılmayacağını belirtir.

mektedir. Maddedeki düzenlemeler bir yönüyle de düşünce özgürlüğünün objektif sınırları ile ilgilidir. Ancak aşağıda görüleceği üzere bu hüküm bir başka açıdan düşünce özgürlüğünün norm alanını daraltan bir özelliğe de sahiptir.

Aslında temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması ile ilgili bir düzenleme ilk kez 1961 Anayasası'nda 1971 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa'ya sokulmuştur. Getirilen bu yenilik şu ifadeleri içeriyordu: "Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devleti'nin ülkesi ve milletleriyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılmaz." Bu hüküm ve 1982 Anayasası'nın benzer nitelikte olan 14. maddesi aslında temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da sınırlanmadıkları takdirde sınırsız olacakları biçimindeki bir yanılgıdan dolayı Anayasa metnine dahil edilmiştir (Sağlam, 1982: 135; Özbudun, 1995: 86). Oysa 1961 Anayasası'nın ilk şeklinde böyle bir hüküm olmamasına rağmen, Özbudun'un da belirttiği gibi, Anayasa Mahkemesi düşünce özgürlüğü açısından bazı objektif sınırların olduğunu şu şekilde belirtmişti: "Düşünce ve kanaat hürriyetinin kapsamı içine Anayasa'nın dayandığı insan hakları, milli dayanışma, sosyal adalet, fert ve toplumun huzur ve refahı gibi temel ilkeleri yıkmaya ve yok etmeye varacak düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması serbestisinin de dahil bulunduğunu kabule imkan tasavvur olunamaz."¹³

1971 yılında Anayasaya sokulan bu hükümlerle Sağlam'a göre aslında belli eylemlere yönelik kasıtların dikkate alınması ile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına ilişkin yasaklar getirilmektedir Maddede belirtilen "ortadan kaldırma" bir eylemdir ve bu zaten temel hakların koruma alanı içinde olamaz. Dolayısıyla da bu madde temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kalan belli kullanım biçimlerini hukuki disiplin altına almaya çalışan, özgürlüklere yönelik yeni bir sınırlama boyutu getirmeyen bir hükümdür (Sağlam, 1982: 135).

1982 Anayasası'nın 14. maddesine bakıldığında, maddenin ilk şeklinde ve 17 Ekim 2001 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan değişik şeklinde de madde başlığında "temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması" yer aldığına göre burada özgürlüklerin kötüye kullanım biçimlerinin yasaklandığı akla gelmektedir. Hiçbir kötüye kullanım özgürlüklerin hukuken korunan alanı içerisinde yer alamayacağına göre

¹³ Karar için bkz. E.S.: 1963/25, K.S.: 1963/87, K.T.: 8-4-1963, AYMKD Sayı: 1, s. 227. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki tutumu hakkında bkz. (ÖZBUDUN, 1995: 85-86).

14. maddedeki ifadelerin özgürlük alanında bir daralma etkisi göstermeyeceği, bu nitelikteki ifadelerin sadece açıklayıcı (deklaratif) nitelikte kalacağı söylenebilir (Gözler, 2000: 174). Nitekim Federal Alman doktrininde de kötüye kullanılmış temel hak uygulamaların önleme ya da yasaklamasının anayasa ile korunan özgürlük alanına müdahale sayılmayacağı kabul edilmektedir.¹⁴ Ele aldığımız bu hükmün kötüye kullanım ile ilgili konuları düzenlediğini, bu nedenle de özgürlüklerin norm alanını sınırlamadığını kabul etmekle birlikte bu konuda doktrinde bir fikir birliğinin olduğu söylenemez. Bu konudaki değişik görüşler aslında farklı ama kendi içerisinde de tutarlı gerekçelere sahiptirler. Bu nedenle bunları biraz daha ayrıntılı biçimde ele almak gerekir. Ancak önce değişiklikten önceki şekli ve daha sonra şu anda yürürlükte olan yeni hali ile ilgili olarak konuyu ele almak gerekir:

Özbudun'a göre bu madde belli eylemleri yasaklamaktadır. Burada belirtilen "bozmak", "tehlikeye düşürmek", "yok etmek", "sağlamak" veya "kurmak" eylemleri ile özgürlüklerin kullanılması arasında bir nedensellik bağının bulunması durumunda özgürlükler kötüye kullanılmış sayılır ve bunların yasaklanması mümkün olur (Özbudun, 1995: 87).

Kanadoğlu'na göre ise bu maddenin temel hak ve özgürlüklerin norm alanına müdahale etmediği, sadece temel hak ve özgürlüklerin objektif sınırları dışında kalan hususları düzenlediği sonucuna varmak güçtür. Çünkü bu maddenin getiriliş nedeni temel hakların ve özeldede düşünce özgürlüğünün doğal kullanım alanlarının daraltılmasıdır (Kanadoğlu, 2000: 27). Nitekim bu amaçlar doğrultusunda yasal düzeyde Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesi ve Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesi Anayasa'ya uygun olmaktadır.¹⁵

Tanör'e göre de mevcut haliyle 14. madde düşünce suçlarının Anayasal sığınağı konumundadır ve 13. madde gibi bir genel sınırlama kuralıdır ve özellikle düşünce özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Bu madde sadece eylem kastı ya da kışkırtmayı değil, düşünceyi de yasaklamaktadır. Nitekim Tanör, Anayasa Mahkemesinin düşünce suçlarını Anayasaya uygun bulurken 14. maddeyi referans göstermesini bu görüşünü destekleyen bir gerekçe olarak göstermektedir (Tanör, 1994: 205).

¹⁴ H. Gallvas'ın bu görüşü için bkz. (Kanadoğlu, 2000: 13).

¹⁵ Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesi ile Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesinde belirtilen suçlar ve birbirlerinden olan farkları ve 312. maddenin uygulanışı için bkz. (Gökçen, 2001:16-25).

Erdoğan'a göre ise bu madde fiilen resmi ideolojiyi benimsemeyen her türlü düşünsel, sivil ve siyasal oluşumları yasaklamakta, bunların varlık ve etkinlik imkanlarını büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla bu madde sadece kötüye kullanma biçimindeki eylemleri değil, doğrudan doğruya düşünceleri de yasaklamaktadır; bu nedenle bir düşünce yasağı maddesidir (Erdoğan, 2001a: 129-127).

Bu konuda, maddenin eski haliyle ilgili en ayrıntılı ve tatminkar açıklamayı Uygun yapmıştır. Uygun'a göre 14. madde temel hak ve özgürlüklerin belirli kullanım biçimlerini "kötüye kullanma" olarak nitelendirip yasaklamaktadır. Ancak bu maddenin düşünce özgürlüğünün norm alanını daraltıp daraltmadığını tespit edebilmek için bunu Anayasa'nın Başlangıç kısmındaki ifadelerle birlikte yorumlamak gerekir. Çünkü Anayasa'nın ne şekilde yorumlanacağı konusunda Başlangıçta belirtilen ifadeler belirleyici olacaktır. Başlangıç kısmındaki 'bu Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi" ifadesi ile "hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesi ile bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerin (...) karşısında korunma göremeyeceği" ifadeleri ile birlikte Anayasa'nın 14. maddesinin yorumlanması durumunda, bu maddenin düşünce özgürlüğünün belli kullanım biçimlerini daralttığı, bu nedenle bu özgürlük konusunda bir anayasal yasaklama hükmü olduğunu söylemek mümkündür (Uygun, 1992: 66-71).

Gerçekten 14. madde temel hakların kötüye kullanımını düzenleyen bir madde olarak kabul edilip değerlendirildiğinde bunun Ekim 2001 tarihli değişikliklerden önce düşünce özgürlüğünün koruma alanı dışında kalan belli kullanım biçimlerini yasakladığını söylemek mümkündür. Ancak gerek Anayasa Mahkemesinin bu maddeye verdiği anlam ve önem ve bu madde hakkında doktrinde belirtilen sakıncalar paralelinde yasal düzeyde yer alan düşünce suçları ve gerekse de Anayasa'nın otoriter ruhu ve Başlangıç kısmı ile 14. maddenin birlikte oluşturduğu blokun dikkate alınıp değerlendirilmesi bu maddenin düşünce özgürlüğünün norm alanını kısıtladığı sonucuna varmamızı sağlamaktadır. Dolayısıyla bu bakış açısıyla yaklaşıldığında 14. maddenin konumuzla ilgili olarak özellikle düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarını belirten "deklaratif" bir kural olmaktan öteye başka bir anlamı ve etkisi vardır. Yani madde bu niteliği dolayısıyla sadece objektif sınır getirmemekte, soyut düzeyde kalsa bile belli düşünce açıklamalarını yasaklamaktadır.

14. maddenin gerekçesine bakıldığında özgürlüklerin norm alanlarını daralttığını ifade eden bu şekildeki çağrışımlar akla gelmektedir. Madde gerekçesinde, en başta,

“Bu maddenin birinci fıkrasıyla, hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması önlenmektedir.” denilmektedir. Daha sonra ise bazı temel hakların norm alanını daralttığı izlenimini veren şu ifadelere yer verilmektedir: “Fıkra da hak ve hürriyetlerin ne gibi kötü kasıtlarla kullanılamayacağı sayım yolundan gösterilmiştir. Her ne kadar, önceki maddede yer alan genel ve özel nedenlerle gerçekleştirilen sınırlamalar, hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını önleyebilir ise de; bazı hallerde kanun hükümlerine uygun olarak kullanılan bir hürriyetin esasında başka bir kasıt gütmesi ve bu kasıtın da fıkra da belirtilen yasak amaçlara yönelik bulunması her zaman mümkündür. Mesela, Türkiye’de Türkçe’den başka bir dille yayımlanan süreli yayının bölücülük; yahut dini yayının mezhep ayırımı yaratmak kasını gütmesi gibi.”¹⁶ Dolayısıyla bu gerekçe de verilen örnekteki düşünceleri basın yolu ile ifade etmede kanunla yasaklanmış bir dille yayının yapılamaması objektif bir sınır sayılamaz; olsa olsa bir sınırlamadır ve böylece ilgili özgürlüğün norm alan 14. maddede belirtilen belli kullanım biçimleri bağlamında sınırlandırılmaktadır.

Ancak 2001 Anayasa değişiklikleri ile bu konuda kısmen olumlu yönde bir değişikliğin yapılmış olduğu söylenebilir. Çünkü bu değişikliklerle bir kere Anayasa’nın Başlangıç metninin beşinci fıkrasındaki “hiçbir düşünce ve mülahaza” ibaresi “hiçbir faaliyet” biçiminde değiştirilmiştir. İkinci olarak 14. maddedeki “tehlikeye düşürmek”, “yok etmek”, “kurmak amacıyla kullanılamazlar” biçimindeki ifadeler yerine “bozmayı” ve “ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz” ifadesi getirilmiş ve böylece bu nitelikteki “faaliyet”ler yasaklanmıştır. Üçüncü olarak düşüncelerin açıklanması ve basın özgürlüğündeki kanunla konulabilecek dil yasağı kaldırılmıştır. Bu sayede artık önceki durumdaki gibi rahat bir yorumla özellikle Başlangıç metnindeki ifadenin soyut düşünceleri de yasakladığı sonucuna varmak kolay değildir. Ancak her ne kadar “faaliyet” kavramı hem Başlangıçta hem de 14. maddede belirtile de bunun içerisine düşünce açıklamalarının sokulmadığını açıkça söyleyebilmek gerekir. Bu durum Başlangıç ve 14. maddenin yeni şekli için yine de çok açık değildir. Bu nedenle “faaliyet” kavramı yerine “eylem” kavramının konulması daha isabetli olabilirdi.¹⁷ Dolayısıyla 14. maddenin düşün-

¹⁶ Gerekçe için bkz. [Akad/Dinçkol, 1998: 83].

¹⁷ Doktrinde benzer değerlendirme bu yenilik açısından Erdoğan tarafından şu şekilde yapılmıştır: “Temel hakları belli bir ‘amaçla kullanmak’ ile onları [amaçlayan] ‘faaliyette bulunma’ şeklinde kullanmak ifadeleri arasında normatif değer bakımından pek fark yoktur. Çünkü, her iki halde de fail güttüğü amaca bağlı olarak cezalandırılabilir. Oysa, kötüye kullanma şu veya bu amacın güdülmesi durumunda değil, güdülen amaç ne olursa olsun, kişilere veya kamuya somut bir zarar verilmesi durumunda söz konusu olur. Bundan dolayı, doğru ibarenin ‘amaçlayan (...) yıkıcı, bozucu, ortadan kaldırıcı eylemler’ biçiminde olması gerekirdi.” Bkz. Erdoğan, 2001b: 2).

ce özgürlüğü açısından objektif sınırı aşabilen ve yeni sınırlamalar getirebilen yönü özgürlükçü yorumlarla aşılabilirse de, bu maddenin bazen özgürlüklerin sınırını daraltmada yine de bir Anayasal dayanak olarak kabul edilmesi ihtimal dahilindedir. Maddenin başında yer almaya devam eden “Anayasa’da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri” biçimindeki ifade, bu otoriter yorumu Anayasa değişikliğinden sonra düşünce özgürlüğü açısından yine de akla getirmektedir.

Sonuç

Temel hak ve özgürlüklere en geniş serbestiyi tanıyan ülkelerde bile bunların sınırsız bir niteliğe sahip olduğu söylenememektedir. Çünkü her özgürlüğün kendi yapısından kaynaklanan objektif sınırları vardır. Bu sınırlar bağlamında özgürlüklerin hukuksal korumadan faydalanamayacak olan yönleri mevcuttur.

Özgürlüklerin kendi yapısında var olan bu sınırların pozitif hukuk tarafından düzenlenmesi önemli değildir. Açıkça belirtilmemiş olsa bile aslında bu nitelikteki sınırların var olduğu bir gerçektir. Bu nedenle kimi pozitif hukuk belgelerinde bu nitelikteki sınırların belirtilmesi söz konusu özgürlüklere yönelik olarak yeni bir sınırlamanın getirildiği biçiminde yorumlanmamalıdır. Bu biçimdeki bir kural sadece var olan bir durumun açıklanması olarak kabul edileceğinden yeni bir sınırlama sayılamaz. Dolayısıyla da özgürlükler açısından sadece açıklayıcı (deklaratif) bir nitelik taşır. Nitekim Federal Alman doktrininde, özgürlüklerin kendi yapılarından kaynaklanan sınırlarının olduğu hem yargı kararlarında hem de doktrinde belirtilmiştir. Bu noktada genel olarak objektif sınır konusunun en geniş biçimde bu ülkede işlendiğini belirtmek gerekir.

Mutlak niteliğe sahip olması noktasında en fazla adından bahsedilen özgürlüklerden birisinin, yaşama hakkından sonra düşünce özgürlüğü olduğu düşünüldüğünde, demokratik bir ülkede acaba bu özgürlüğün de kendi yapısından kaynaklanan sınırların olup olmadığı açıkça ortaya konulmalıdır. Böylece düşünce özgürlüğünün hukuken korunan ve korunmayan yönlerinin neler olduğu da belirlenmiş olacaktır. Bu çalışmada ağırlıklı olarak bu konu açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Düşünce özgürlüğünün kendi yapısından kaynaklanan objektif sınırlarının olup olmadığı en geniş biçimde Amerika Birleşik Devletleri’nde ele alınmıştır. Bu ülkenin konumuzla ilgili önemli bir özelliği düşünsel nitelikli özgürlükler konusunda

Anayasasında hemen hemen bütün demokratik ülkelerden daha mutlak bir nitelik öngörmüş olmasıdır. Bu özgürlüklere tanıdığı mutlaklığa rağmen Amerika Birleşik Devletleri'nde, hem doktrinde hem de Yüksek Mahkeme içtihatlarında düşünce özgürlüğünün yine de her türlü düşünce açıklamalarını korumadığı ve belli özelliklere sahip ifadelerin Anayasal korumadan faydalanamayacağı belirtilmiştir. Bu dengeli ve toplumsal barışın sağlanabilmesi için gerekli bir yaklaşımdır.

Düşünce özgürlüğünün objektif sınırları dışında kalan iftira niteliğindeki konuşmalar, ırksal ve dinsel nefreti körükleyen ifadeler, müstehcenlik içeren söz, yazı ve resimler gibi konular aslında hukuken korunamayacak olan alanlar olarak belirtilse de bunun sınırlarının çok iyi çizilmesi gerekir. Çünkü bu objektif sınırlar bağlamında cinsellik, nefret içeren konuşmalar ve benzeri kimi konularda aslında kimi ifadeler hukuken korunabilmelidir. Örneğin, müstehcenlik gibi kimi alanlarda göreceli bir durum söz konusu olabilir. Bir resim veya sanat eseri kimilerine göre basit bir müstehcen materyal olarak nitelendirilebilirken, diğer bir kesime göre önemli bir sanat eseri sayılabilir. Bu konulardaki yasaklamalarda bu hususlara dikkat edilmelidir.

Aslında ırksal nefreti artırmaya yönelik olan ifadelerin yasaklanması konusunda da değişik ülkelerde farklı uygulamalar olabilmektedir. Nitekim günümüzde, Batı Avrupa'da, geçmişte yaşanan Nasyonal Sosyalist uygulamaların etkisi ile ırksal nefrete yönelik ifadeler daha katı biçimde yasaklanırken, ABD'de bu konuda daha liberal bir tavır sergilemektedir. Bu durumda objektif sınır kavramı değişik ülkelerde ırksal nefreti tam olarak kapsamayabilmektedir. Aslında burada ırkçı nitelikteki bir konuşmanın hukuken korunan ve korunmayan yönlerinin açıkça ortaya konulması gerekir. ABD Federal Yüksek Mahkemesi bu konuda vermiş olduğu kararlarda isabetle bu ayrımı yapabilmektedir.

Ülkemizde düşünce özgürlüğünün objektif sınırları konusu Anayasal düzeyde bazı ciddi sorunları beraberinde taşımaktadır. Özellikle Ekim 2001 Anayasa Değişikliklerinden önceki duruma bakıldığında Anayasa'nın 14.maddesi temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını düzenlerken, bu alanda bazı düşünce açıklamalarının da kötüye kullanma olarak niteleyerek sınırlandırabilmekteydi. Anayasa'nın özgürlükler konusundaki otoriter ruhuna uygun olarak bu madde bazı düşünce suçlarına imkan sağlayabilmekteydi. Değişiklik sonrası yeni hükmün bu sorunu tam olarak çözdüğü rahatlıkla söylenemez. Bu nedenle 14. maddenin objektif sınır kavramı dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi gerekir. Hatta, objektif

sınırların özgürlüğün yapısından kaynaklandığı düşünöldüğünde bunların pozitif bir hukuk metninde düzenlenmesine bile gerek yoktur. Bu bakış açısından hareketle soruna yaklaşıldığında yeni 14. maddenin birinci fıkrasının Anayasa'dan çıkarılması daha isabetli olabilir.

Kaynakça

- AKAD, Mehmet / DİNÇKOL, Abdullah (1998), *1982 Anayasası: Madde Gereğçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları* (İstanbul: Alkim Yayınları).
- AKIM, İlhan (1987), *Kamu Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 5. Bası).
- ANAYURT, Ömer (1998), *Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti* (İstanbul: Kazancı Yayınları).
- BATUR YAMANER, Melike (2000), *Uluslararası Hukukta Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu* (İstanbul: İÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- BIRD, Karen L. (2000), “Racist Speech or Free Speech? A Comparison of the Law in France and the United States”, *Comparative Politics* (Vol: 32, Number: 4, July 2000): 399-417.
- BRIGHAM, John (1984), *Civil Liberties and American Democracy* (Amherst: Congressional Quarterly Press).
- CHAFEE, Zechraiah (1948), *Free Speech in the United States* (Harvard University Press, Fourth Printing).
- ÇEÇEN, Anıl (2000), *İnsan Hakları* (Ankara: Gündoğın Yayınları, 3. Basım).
- EPSTEİN, Lee / WALKER, Thomas G. (1995), *Constitutional Law for a Changing America* (Washington: Congressional Quarterly İnc., Second Adition).
- ERDOĞAN, Mustafa (2001a), *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset* (Ankara: Liberte Yayınları, 3. Baskı).
- ERDOĞAN, Mustafa (2001b), “Anayasa Değışikliğı Üstüne”, *Açık Toplum* (E-dergi), (<http://www.iiberal-dt.org.tr/at/at-me32.htm>, 04-10-2001): 1-6
- Gereğçeli Anayasa önerisi* (1982, (Ankara: AÜSBF Yayınları).
- GÖKÇEN, Ahmet (2001), *Halkı Kın ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü* (Ankara: Liberal Düşünce Topluluğı Yayınları).
- GÖZLER, Kemal (2000), *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Yayınları).
- GÜRBÜZ, Yaşar (1981), *Anayasalar* (İstanbul: Filiz Kitabevi).
- HARRİSON, Maureen / GILBERT, Steve (Editors) (1996), *Freedom of Speech Decisions of the United States Supreme Court* (California: Excellent Books).

- KANADOĞLU, O. Korkut (2000), *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması* (İstanbul: Beta Yayınları).
- KRAMER, Daniel C. (1982), *Comparative Civil Rights and Liberties* (New York: University Press of America).
- McBRIDE, Jeremy (1998), ‘Judges, Politicians and the Limits to Critical Comments’, *European Law Review*, Human Rights Survey: 76-82.
- ÖZBUDUN, Ergun (1995), *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, Dördüncü Baskı).
- PRITCHETT, Herman (1984), *Constitutional Civil Liberties* (New Jersey: Prentice Hall Inc.).
- RANDALL, Richard S. (1977), ‘Erotica and Community Standards: The Conflict of Elite and Democratic Values’, WASBY, S. L. (Ed.), *Civil Liberties: Policy and Policy Making* (London: Yayınevi belirtilmemiş): 169-178.
- SAĞLAM, Fazıl (1982), *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özünü* (Ankara: AÜSBF Yayınları).
- SIGLER, Jay A. (1975), *American Right Policies* (Illionese: The Dorsey Press).
- SMOLLA, Rodney A. (1992), *Free Speech in an Open Society* (New York: Alfred A. Knopf Inc.).
- TANÖR, Bülent (1994), *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu* (İstanbul: BDS Yayınları, III. Baskı).
- TEDFORD, Thomas L. (1985), *Freedom of Speech in the United States* (New York: Random House).
- UYGUN, Oktay (1992), *1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi* (İstanbul: Kazancı Yayınları)



(7. Makale – 2003)

Prof. Dr. Nihat BULUT*

*Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu Mu?**

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2003, Cilt: 52, Sayı: 2, s. 173-197.



KÜRESELLEŞME: SOSYAL DEVLETİN SONU MU?



Nihat BULUT*

Giriş

19. yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkan ve 20. yüzyıl boyunca önemli bir gelişme gösteren sosyal devlet, getirmiş olduğu sosyal refah uygulamaları ve geniş bir kamu hizmeti demetiyle, özellikle, sanayi toplumlarında ortaya çıkan zayıf kesimlerin insan onuruna yaraşır bir yaşam standardına kavuşmasını amaçlamış ve bu konuda hayati bir rol oynamıştır. Bu bağlamda sosyal devlete, kapitalizmin reforme edilmesi¹ ve sanayi kapitalizmi ortamının yoksul kesimlerinin siyasal, toplumsal ve ekonomik alana adaptasyonun sağlanması açısından bakılabilir.

Ne var ki 20. yüzyılın sonuna doğru sosyal devletin getirmiş olduğu sosyal refah uygulamaları ciddi eleştiri ve tartışmalara konu olmuştur. Bu eleştiri ve tartışmaların en önemli noktasını ise, sosyal refah uygulamalarının sürekli artması ve kamu bütçesi açısından önemli bir yük durumuna gelmesi oluşturmuştur. Buna göre, devletin ulusal ekonomi içindeki etkinliği artmış ve bu durum, onun görevlerini hakkıyla yerine getirmesine engel teşkil etmiştir. Çözüm, ulusal ekonomide serbest piyasa sistemini güçlendirmek ve devletin iktisadi ve sosyal etkinliklerini azaltmaktır. 1970'lerde orta-

* Yrd. Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Roy C. Macridis/Mark Hulliung. **Contemporary Political Ideologies**, Harper Collins Collage Publishers, New York, 1996, s. 62.

ya çıkan ve 1980'lerde yoğun bir biçimde uygulama alanı bulan özelleştirme uygulamaları bu çerçevede anlam kazanacaktır.

Nitekim serbest piyasa ekonomisini güçlendirilmeyi ve devletin ulusal ekonomi içindeki payını asgariye indirmeyi amaçlayan özelleştirme, 1980'li yılların favori kavramı olacak; fakat 1990'lı yıllara gelindiğinde, yerini bir başka favori kavrama, küreselleşmeye bırakacaktır. Küreselleşme ile birlikte serbest piyasa ekonomisinin güçlendirilmesi yine gündemdedir; ama bu kez hedef bütün dünyadır. Devlete gelince, artık onun ulusal ekonomideki payının küçültülmesi yeterli olmayacaktır; çünkü küreselleşme devletin siyasi varlığını da tartışmaya açacaktır.

Bu çalışmada önce sosyal devletin anlamı, amacı ve ortaya çıktığı tarihsel ortam ele alınacak, ardından da bütün dünyayı bir pazar olarak gören ve faaliyet alanı olarak devletleri değil, bölgeleri ve tüm dünyayı esas alan küreselleşme olgusunun, sosyal devleti ne şekilde etkilediği üzerinde durulacaktır.

I. Sosyal Devlet

A. Sosyal Devletin Anlamı ve Amacı

Vatandaşların sosyal durumlarıyla ilgilenen ve onlara asgari bir yaşam düzeyi sağlamakta görevli olan sosyal devlet (refah devleti),² “insan onurunun”³ korunmasını amaçlar. Bunun sosyal adaleti sağlamaktan geçtiğine inanır ve bu yüzden devletin sosyal ve ekonomik yaşama aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören bir anlayışı ifade eder.⁴ Bu yönüyle o, 19. yüzyılın, liberal felsefeden esinlenen ve devletin görevlerini dışarıya karşı savunmaktan ve yurt içinde düzen ve güvenliği sağlamaktan ibaret gören; devletin ekonomik yaşama müdahalesini gereksiz, hatta ekonominin doğal kanunlarının işleyişini bozacağı için zararlı bulan, “jandarma devlet” anlayışından ayrılır.⁵

² Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Y., İstanbul, 1986, s. 224.

³ İnsan onuru, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır [Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 66/132, K: 66/29, KT: 28.6.1966, **AMKD**, sy .4. s. 187].

⁴ Kuşkusuz, bugün için, buradaki müdahale kavramını devletin bizzat üretim faaliyetlerine katılması biçiminde anlamamak gerekir. Sosyal devlet, özel mal ve hizmetleri kimin ürettiği ile değil, bölüşümde adaletin sağlanması ve geniş kitlelerin yaşam düzeyinin yükseltilmesi ile ilgilidir. Bkz. Nihat Bulut, “Özelleştirme Uygulamaları Karşısında Sosyal Devlet İlkesini Yeniden Düşünmek”, A.Ü. **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:3, Sayı: 1. 1999, s. 36.

⁵ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Y., Ankara. 1995, s. 99.

Jandarma devlet anlayışı, 19. yüzyılın klasik demokrasi ve hukuk devleti kavramları içinde anlam kazanır. Bu anlayış çerçevesinde kişisel ve siyasal haklar güvence altına alınmış, devlet sınırlandırılıp hukuka bağlı kılınmış; fakat ekonomik yaşam sözü konusu olduğunda, ekonomik liberalizmin bir gereği olarak, bireyler piyasa koşullarının serbestliğine bırakılmıştır. Batı toplumlarının, kurulan bu yeni düzenin sağladığı ortamda, sanayileşmelerini büyük ölçüde gerçekleştirme fırsatını yakaladıkları bir gerçektir.⁶ Fakat sanayileşme gelir ve servet eşitsizlikleri yaratmak ve sınıf çatışmalarını yoğunlaştırmak gibi önemli sorunları da beraberinde getirmiştir.

Kurulan liberal düzen, klasik hakların güvence altına alınması ve devletin sınırlandırılıp hukuka bağlanması açısından son derece olumludur. Fakat sanayi ortamının toplumsal koşulları, çok geçmeden, bu düzenin yetersiz olduğu gerçeğini ortaya çıkaracaktır. Gerçekten ekonomik liberalizmin mutlak bir biçimde uygulanması, sanayi ortamının ürünü olan işçilerin yaşam koşullarını gittikçe zorlaştırmış, liberal düzenin temel özelliklerinden birisi olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, zaten dezavantajlı durumdaki işçileri daha da kötü bir duruma itmiştir. Sonuçta, liberalizmin, bireylerin mutlak ekonomik özgürlüğü anlamında, aşırı bir ilke olarak uygulanması, sanayileşmiş ülkelerde işçi-işveren mücadelesini, hem düşünsel hem de eylemsel alanda yoğunlaştırmıştır.⁷

Bireyin mutlak özgürlüğüne inanan ve dolayısıyla sanayi devriminin doğurduğu toplumsal tezatları aldırılmayan klasik liberal anlayışa karşı getirilen eleştiriler, sosyal devletin düşünsel temellerini atmış ve onun uygulamaya geçmesini sağlamaya çalışmıştır. Bu yeni anlayış çerçevesinde devlete biçilen konum, artık özgürlükler konusunda pasif kalmakla yetinmemek, yani vatandaşlara kişisel ve siyasal haklar tanıyarak bir yana çekilmemek; aksine sosyal ve ekonomik haklar dolayısıyla bir takım faaliyetlerde bulunmak olmuştur. Marxizm öncesi sosyalist düşünce,⁸ Marxist

⁶ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Y., Bursa, 2000, s. 138.

⁷ Adil İzveren, "Sosyal Devlet", **Danıştay Dergisi**, Sayı, 18/19, s. 36-37.

⁸ Fourier, Owen ve Saint-Simon gibi Marksizim öncesi sosyalist düşünürler, sosyal sorunları ön plana alarak bunları çözmeye çalışmışlar ve tüm insanların aynı olanaklara sahip olabilecekleri bir toplum düzeni kurmayı ortak sorun olarak görmüşlerdir. Fakat bu düşünürler, temelde üretim ve üretim araçları sorunuyla uğraşmayarak, bilimsel dayanaktan yoksun düzenler öngörmüşler ve sonuçta ütopyik kalmakla itham edilmişlerdir, Marxizm öncesi sosyalist düşünce için bkz. Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**. Beta Y., İstanbul, 1989, s. 261-276.

düşünce⁹ ve daha sonra ortaya çıkan sosyal reformcu düşünce¹⁰ hep bu bağlamda değerlendirilmesi gereken düşüncelerdir ve bu düşünsel ortamda, sanayi kapitalizminin önünde başlıca iki seçeneğin bulunduğunu söylemek mümkündür. Ya toplumun güçsüz kesimleri siyasal ve sosyal arenanın dışına itilecek ve böylece dışlayıcı bir tutum takınılacak, ya da devlete sosyal bir nitelik kazandırılarak, dahil edici bir rol üstlenilecekti.

Birinci seçenek, hem işçi sınıfının yükselen gücü karşısında önemli riskler taşımakta, hem de Batı demokrasilerinin benimsemiş oldukları hukuk devleti ilkesinin amaçlarıyla bağdaşmamaktaydı. Çünkü hukuk devleti, son tahlilde, insanın kişiliğinin korunmasını amaçlayan bir sistemdi. Fakat sanayi kapitalizminin koşulları kişiliğin korunmasının devletin sınırlandırılması ve bireylerin klasik haklarla donatılmasıyla mümkün olmadığını göstermiştir. İşte tam bu noktada ikinci seçenek devreye girmiştir. Buna göre, hukuk devletinin amaçladığı kişinin korunması olgusu, ancak devletin sosyal bir nitelik kazanmasıyla mümkün olacaktır.

Bu yaklaşımla birlikte Batı demokrasilerinde devlet, 19. yüzyılın ortalarından itibaren, sosyal ve ekonomik alanda olup bitenlere karışmayan, pasif niteliğinden sıyrılacak ve bireyin gerçek anlamda özgür olabilmesinin devletin müdahalesiyle gerçekleşebileceğine inanarak, bu konuda tedbirler almaktan kaçınmayacaktır. Bu, klasik liberal devletin soyut özgürlük anlayışından, özgürleştirme anlayışına¹¹ geçildiğinin kanıtıdır ve devlet bu çerçevede sosyal haklar aracılığıyla herkese insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlamayı görev bilecektir.

B. Sosyal Devletin Gelişimi

1848 Fransız Anayasası, sosyal devlet anlayışının kendini anayasal düzeyde ortaya koyduğu ilk anayasa olmuştur. Anayasa aile, çalışma, mülkiyet ve kamu düzenine da-

⁹ Klasik demokrasinin soyut özgürlük kavramına karşılık, Marxist anlayış özgürleştirme kavramını çıkarmakta ve böylece insanın özgür olup olmamasını, doğuştan kişiliğinde taşıdığı varsayılan hakların güvence altına alınmasına değil, içinde yaşadığı koşulların değiştirilmesine bağlamaktadır. İşçi sınıfı elindeki devlet gücünü kullanarak özgürlüğün işleyebileceği gerçek koşulları hazırlayacak, yani bir şeyler yaparak, kişinin özgürlüğünü sağlayacaktır. Marxist özgürlük anlayışı için bkz. Ayferi Göze, **Liberal Marksist Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 75 vd.

¹⁰ Reformcu düşünce, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile somutlaşan liberal anlayışın ya da hukuk devleti ilkesinin, sosyal haklarla tamamlanmasını savunan düşüncedir. Bkz. Ernest Huber, "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet", **AÜHFD**, C.XXVII, sy. 3-4, 1970, s.35.

¹¹ Özgürleştirme, hakların ayırım gözetilmeksizin uygulamaya taşınabilmesi ve kâğıt üstünde kalmaktan kurtularak etkinliklerinin sağlanabilmesi için bir takım mali, ekonomik kaynakların seferber edilmesidir. Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol, **Genel Kamu Hukuku**, Der Y., İstanbul,2002.S. 206-207.

yalı bir toplumda; özgürlük, eşitlik ve kardeşliğin egemenliğini öngörmüş; eğitim hakkı, yoksullara yardım... gibi düzenlemeler getirmiş ve insan hakları teorisinde önemli bir değişikliğe yol açarak, sosyal hukuk anlayışının ifadesi olmuştur.¹² Bu anlayış çerçevesinde devlet, artık özgürlükler konusunda pasif kalmakla yetinmeyecek, yani vatandaşlara kişisel ve siyasal haklar tanıyarak bir yana çekilmeyecek; aksine sosyal ve ekonomik haklar dolayısıyla bir takım faaliyetlerde bulunmak zorunda kalacaktır.

20. yüzyıl ise sosyal devlet anlayışının ağırlığını iyice artırdığı bir zaman dilimine işaret etmektedir. Almanya'da Weimar Anayasası, daha 1919 yılında, getirmiş olduğu hükümlerle bu alanın en yetkin örneğini teşkil etmiştir. Anayasa, bir yandan, getirmiş olduğu koruma rejimi ile sağlık, çalışma, aile ve meslek grupları ile eğitim hakkını güvence altına alırken, öte yandan çalışma şartlarının işçi ve işveren arasında beraberce araştırılması ve çalışanların işletme içindeki komitelerde görev almaları çerçevesinde, orta sınıfın korunmasına özen gösterilmesini sağlamıştır. Anayasanın önemli bir özelliği de mülkiyet hakkını mutlak bir hak olarak görmeyip, borç yükler bir duruma getirmiş olmasıdır.¹³

Dahası, Weimar Anayasası, “ekonomik hayatın adalet esaslarına göre ve herkese insanlığına yaraşır bir şekilde düzenlenmesi” esasını benimseyerek, dayandığı görüşü çok açık bir biçimde formüle etmiştir.¹⁴ Aynı eğilim, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yürürlüğe giren 1947 İtalyan Anayasası, 1949 Alman Anayasası ve 1958 Fransız Anayasası tarafından da benimsenmiştir.¹⁵

Bu arada söz konusu eğilim bizim anayasal sistemimizi de etkilemiş ve sosyal devlet bir ilke olarak 1961 Anayasasında yer almıştır. Fakat bundan önce, ülkemizde, parça parça da olsa, sosyal adaleti sağlamaya yönelik tedbirlerin, hem Osmanlı İmparatorluğu döneminde, hem de Cumhuriyetin ilk yıllarında uygulamaya konduğunu belirtmek gerekir. Sözgelimi Osmanlı İmparatorluğu dönemine bakıldığında, bir takım sosyal yardım mekanizmalarının bulunduğu görülür. Ahilik teşkilatının eseri olarak ortaya çıkan meslek birlikleri bu bağlamda önemlidir.¹⁶ Öte yandan İkinci

¹² Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**. AÜHF Y., Ankara, 1980, s. 54,

¹³ Weimar Anayasasının 153/2. maddesi bunu açıkça ortaya koymaktadır: “Mülkiyet borç yükler. Kullanılışı kamu yararına uygun olmalıdır.” Bkz., Akad/Vural Diçkol, a.g.e., s. 208.

¹⁴ Kapani, a.g.e., s,55

¹⁵ Bkz. Akad/Vural Dinçkol, a.g.e., s. 209 vd,

¹⁶ Üyelerinin aidatlarıyla yaşayan bu birlikler, hastalanan üyelere tedavi için gerekli yardımı yapmakta ve tedavisi mümkün olmayanların geçimini sağlamaktaydılar. Bkz. Mehmet Akad, **Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı**, Kazancı Hukuk Y., İstanbul. 1992, s. 31.

Mahmut ve Tanzimat dönemlerindeki reformlardan bazıları da sosyal devlet kavramının Osmanlı toplumunda şekillenmeye başladığının işareti sayılmaktadır. Sağlık alanında karantina teşkilatının oluşturulması, aşılama, ebelik eğitimi gibi koruyucu uygulamaların yerleşmesi, ülke çapında hastanelerin açılması, dul ve yetim maaşlarının düzenlenmesi, ilk eğitimin yaygınlaştırılması... gibi gelişmeler, hep bu doğrultuda değerlendirilmesi gereken uygulamalardır.¹⁷

Aynı eğilim Cumhuriyetin ilk dönemlerinde de devam etmiş ve 1924 Anayasasında sosyal ve ekonomik haklara yer verilmemiş olmasına rağmen, sosyal devlet ilkesinin bazı ölçütleri bu dönemde de kendini göstermiştir. İlköğretimin ücretsiz oluşu, sağlık hizmetlerinin devlet hastanelerinde ücretsiz görülmesi, üniversitelerin eğitime açık olması ve çok az bir bedelle eğitimin yapılması gibi uygulamalar, pratikte sosyal devlet ilkesinin yaşama geçirildiğinin göstergesi sayılmaktadır.¹⁸

Bütün bu gelişmelere rağmen, sosyal devletin anayasal bir ilke olarak hukuk sistemimize girmesi için, 1961 Anayasasını beklemek gerekmiştir. Anayasa, Cumhuriyetin sosyal bir hukuk devleti olduğu hükmünü getirmiş ve sosyal devlet ilkesinin içeriğini oluşturan geniş bir hak ve ödevler listesi öngörmüştür. Aynı anayasa, 10. maddesinin 2. fıkrasında “Devlet kişinin temel hak ve hürriyetlerini fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar” diyerek, devleti, tam bir özgürlük ortamı yaratmak açısından görevli kılmıştır.

1982 Anayasasının da temelde 1961 Anayasası ile aynı eğilimi paylaştığı görülmektedir.¹⁹ 1961 Anayasasının 10. maddesinin karşılığı, 1982 Anayasasının 5. maddesinde “Devletin Temel Amaç ve Görevleri” başlığı altında düzenlenmiştir. Maddeye göre, “Devletin temel amaç ve görevleri (...) kişilerin ve toplumun refah, huzur

¹⁷ Nadir Özbek, “Osmanlıdan Günümüze Türkiye’de Sosyal Devlet”, **Toplum ve Bilim**, Bahar 2002. s. 13.

¹⁸ Orhan Aldıkaçtı, “Sosyal Devlet”, **Anayasa Yargısı 14**, Ankara, 1997. s. 81-82, Cumhuriyetin ilk yıllarındaki gelişim için ayrıca bkz. Akad, Sosyal Güvenlik Hakkı, s. 32; Özbek, a.g.iii, s. 19.

¹⁹ Fakat sosyal haklar konusunda bu iki anayasa arasında büyük bir benzerliğin bulunmasına rağmen, arada bazı farklılıklar olduğunu ifade etmek gerekir. Sözgelimi, 1982 Anayasası. 1961 Anayasasından farklı olarak, mülkiyet hakkını sosyal ve ekonomik haklar arasından çıkarıp, kişisel haklar ve ödevler bölümünde düzenlemiştir. Gerçi mülkiyet hakkının içeriği açısından iki anayasa arasında fark bulunmamaktadır. Fakat konuya Bakanlar Kurulunun KHK ile düzenleme yapma yetkisi açısından bakınca, 1982 Anayasasının mülkiyet hakkını daha güvenceli bir rejime yerleşirdiği sonucuna varılabilir. Çünkü Bakanlar Kurulu, KHK ile sosyal ve ekonomik hakları düzenleme yetkisine sahip olduğu halde, kişisel haklar yönünden böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. [Bkz. İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, Ala Y.. İstanbul. 1994, s 248]. Ancak anayasanın bu tutumuna karşın. Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde de mülkiyet hakkını sosyal bir hak olarak nitelemiştir [E: 88/34. K: 89/26. KT: 21 6 1989. **AMKD**, sy,25. s. 289],

ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

Öte yandan Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda ilkeyi, çağdaş anlamına uygun olarak, titizlikle uygulamıştır. Yüksek Mahkemenin 1988 tarihli bir kararında yaptığı sosyal hukuk devleti tanımını bu gerçeği net bir biçimde ortaya koymaktadır. “Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş devlet anlayışı sosyal hukuk devletinin tüm kuramlarıyla Anayasa’nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir.”²⁰

Bu arada hemen belirtmek gerekir ki, Anayasa sosyal devlet anlayışını benimsemiş ve bu doğrultuda vatandaşlara sosyal haklar tanımışsa da, devletin bu konuda olumlu edimde bulunma zorunluluğu ve bu zorunluluğun getirebileceği maddi külfet dolayısıyla bu haklara bir sınır çizilmiştir. Anayasanın 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla değişik 65. maddesine göre,²¹ “devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun olarak, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” Bu hüküm, Anayasanın 5. maddesinde belirtilen amaçlara ne ölçüde ulaşılabileceğinin takdirini parlamento ve hükümete bırakmaktadır. Fakat söz konusu takdir hakkı, değişiklikten önce olduğu gibi devlete, neredeyse, hareketsiz kalma olanağını verebilecek kadar geniş değildir.²²

Sosyal devletin Batı ve Türkiye’deki gelişimini bu şekilde ele aldıktan sonra, özetle belirtmek gerekirse, 19. yüzyılın ortalarından itibaren anayasal düzeyde uygulamaya giren sosyal devlet anlayışı, vatandaşlara asgari bir yaşam düzeyi sağlamayı amaçlayan ve bu konuda gerekli tedbirlerin alınmasını öngören bir devlet anlayışıdır. Bu

²⁰ E:88/19. K:88/33, KT: 26.10.1988. RG: 11.12.1988. sy20016. s. 9

²¹ Anayasanın 65. maddesi 2001 yılında 4709 sayılı yasa ile değiştirilmiştir. Madde ilk şekliyle, “devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” hükmünü içermekteydi,

²² 65. maddenin ilk şekliyle ilgili olarak Gözler, maddenin parlamento ve hükümete geniş bir takdir hakkı tanıdığını belirtirken [Bkz. Gözler, a.g.e., s. 148], Gören bu kuralın devletin hareketsizliği için bir silah oluşturduğunu ifade etmiştir. [Zafer Gören, “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, **Anayasa Yargısı** 14, Ankara, 1997, s. 144.

anlayış, özgürlüğü soyut bir durum olarak ele almaz ve bu yönüyle klasik liberal anlayıştan ayrılır. Fakat bu ayrılık sosyal devletin liberal geleneğin birikimini reddettiği anlamına gelmez. Sosyal devlet, klasik liberal devletin, yani hukuk devletinin esas aldığı insanın korunması İlkesini aynen benimser, fakat sanayi ortamında bu korumanın ancak sosyal haklarla tamamlanması ile mümkün olduğuna inanır. Kısacası sosyal devlet bir öncekinin birikimlerini görmezlikten gelmemekte, aksine onu tamamlamayı amaçlamaktadır.²³

Sosyal devlet bu yönüyle, her şeyden önce, sanayi devriminin, makineleşmenin, emek, toprak ve paranın piyasa mekanizmasına boyun eğmesinin yol açtığı korkutucu sarsıntılara çözüm arayan²⁴ ve bunda başarılı olan bir sistemi ifade eder. Fakat onun başarısının bu noktada kaldığını düşünmek yanıltıcıdır. Sosyal devlet, sanayi kapitalizminin dahil edici bir rol oynaması ve vasıfsız insanları eğiterek siyasal, toplumsal ve ekonomik alana adapte etmesini sağlayarak, demokrasi ve katılım açısından da son derece önemli bir gelişmeye işaret etmiştir. Çünkü sosyal devlet, İnsanlar piyasa koşullarında birey olarak yaşarken, bir takım eşitsizliklerin ortaya çıkabileceğini kabul etmiş ve devletin görevinin, vatandaşların bu eşitsizliklerden en az zarar görmesini sağlamak olduğu mantığına dayanmıştır.²⁵ Devletin toplumun güçsüz kesimlerini gözetmesi ise, bu kesimlerin sisteme yabancılaşmalarını önlemiş, siyasal yaşama katılmalarını sağlamış ve böylece demokrasi için elverişli bir ortam hazırlamıştır.

Gerçekten sosyal devlet, toplumun güçsüz kesimlerinin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürebilmelerini sağlayan sosyal hakları uygulamaya koyarak, herkesin siyasal yaşama aktif bir biçimde katılmasına katkıda bulunmuştur. Çünkü modern toplumların içinde buldukları sosyo-ekonomik durum ve buna bağlı olarak insan hakları doktrinindeki yeni gelişmeler, sosyal ve ekonomik haklarla tamamlanmayan ve bütünleşmeyen siyasal hakların, soyut formüller ve boş kalıplar halinde kalacağını kanıtlamıştır. Bu noktadan hareketle, vatandaşların devlet yönetiminde söz sahibi olmalarının gerçekten anlam taşıyabilmesinin, sosyal devlet ilkesinin uygulanmasından geçtiğini söylemek gerekir.²⁶

²³ Bkz. Huber, a.g.m., s. 49 ; Akad, Sosyal Güvenlik Hakkı, s. 48.

²⁴ Jacques Adda, **Ekonominin Küreselleşmesi**, Çev: Sevgi İnceci, İletişim Y., İstanbul, 2002. s. l 19.

²⁵ Haldun Gülalp, "Ulusal Devlet, Global Demokrasi", <http://www.geocities.com/yildizsam/makale8.htm>, [28.11.2002].

²⁶ Katılım hakları ile sosyal ve ekonomik haklar arasındaki ilişki için bkz, Bülent Daver, "Türkiye'de Siyasal Haklar", **Türkiye'de İnsan Hakları**, AÜHF Y., Ankara. 1970, s. 43-44.

Ne var ki, 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren gelişen ve 20. yüzyılda yaygınlaşan sosyal devlet ya da refah devleti, 1970'li yıllara gelindiğinde, Logue'un deyişiyle, kendi başarısının kurbanı olacaktır.²⁷ Gerçekten sosyal devlet Batı'da işsizlik, sağlık ve eğitim gibi sorunların üstesinden gelmiş; fakat onun gelişimi, kamu sektörünün ekonomi içindeki payını önemli bir biçimde artırmıştır. Bu oran, Hollanda, Norveç, İsveç ve Danimarka gibi ülkelerde %50'leri, Avusturya, Almanya, Fransa, Belçika ve İngiltere gibi ülkelerde ise %40'ları aşmıştır.²⁸ Böyle bir ortamda sosyal devlet, 1970'li yıllarda başlayan ekonomik krizle birlikte tartışılır duruma gelmiş ve onun sona erdiğinden söz edilir olmuştur.²⁹ Devletin küçültülmesi, özelleştirme, deregülasyon gibi kavramların gündeme gelmesi ve kapitalizmin bu kavramlar çerçevesinde yeniden yapılanma süreci içine girmesi, tam da böyle bir ortamda gerçekleşecektir.³⁰ Söz konusu süreç içinde küreselleşmenin önemli bir yer tuttuğunu söylemek gerekmektedir.

II. Küreselleşme Olgusu

Sözlük anlamıyla, uygulamada, dünya çapında bir şeyler yapma politikası, süreci ya da eylemi olarak tanımlanan küreselleşme,³¹ en genel anlamıyla, bir coğrafi birim olarak dünyanın tümünün bütünleşmesine, yani, global bir topluma ve global bir kültüre sahip olma durumuna gelmesine işaret eder. Bu çerçevede Giddens küreselleşmeyi, yerel olayların uzakta gerçekleşen olaylarla biçimlendirilmesi yoluyla, dünya çapında sosyal ilişkilerin yoğunlaşması olarak tanımlar.³² Robertson ise gelişmenin insanlık üzerindeki etkisine işaretlerle, küreselleşmenin, hem dünyanın küçülmesine hem de bir bütün olarak dünya bilincinin güçlenmesine gönderme yaptığını söyler.³³

Aslında, bir düşünce ve bir arzu olarak küreselleşme, kökeni çok eskilere götürülebilecek bir olgudur.³⁴ Fakat somut bir gerçeklik olarak tartışılması son zamanlarda

²⁷ John Losue, "The Welfare State: Victim of Its Succss." *Daedalus*, Fall 1979. Vol.108. No.4, s. 69 vd.

²⁸ Kamu sektörünün ekonomi içindeki payı ve sosyal refah uygulamalarının büyüklüğü konusunda bkz. Louge. a.g.m., s. 77; MacrkLis/Hulliuug. a.g.e., s.64.

²⁹ Refah devletinin bunalım süreci konusunda bkz. Gen cay Şayian, **Değişim Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, İmge Kitabevi, Ankara, 1995, \$ 78 vd.

³⁰ Bkz. Ali Alp/Mehmet Ali Kahraman, "Küreselleşme ve Politika Yakınlaşmaları", <http://www.liberal-dt.org.tr/guncel/Diger/alpkuresellesme.htm>, (30.1.2003).

³¹ Charles Wolf, Jr., "Globalization: Meaning and Measurement", *Critical Review*, Vol. 14, No. 1,2000,5.2.

³² Antony Giddens, **Modernliğin Sonuçları**, Çev: Ersin Kuşdil, Ayrıntı Y., İstanbul, 1998, s. 66.

³³ Roland Robertson, **Küreselleşme**, Çev: Ümit Hüsrev Yolsat, Bilim ve Sanat Y., İstanbul, 1999, s.21,

³⁴ Bu çerçevede, insani değerlerin evrenselliği düşüncesiyle insanların farklı devletlerin yurttaşı olduğu, bu yüzden de aralarında farklılık bulunduğu düşüncesini reddeden Stoacılar ile, insani yeryüzü devletinin yurttaşı olarak ele alan

yaşanan gelişmelerle ilgilidir. Ne var ki, küreselleşmenin yakın zamanlarda gerçekleşen gelişmelerden hangisine bağlanacağı ya da oluşumda bunlardan hangisine ağırlık verileceği konusu tartışmalıdır. Küreselleşmeyi büyük ölçüde teknolojik gelişmeye bağlayanlar olduğu gibi, onu piyasanın varlığına dayandıranlar da vardır. Öte yandan küreselleşmeyi yeni bir olgu olarak görmeyip, kapitalizmin varlığı ve işleyişiyle ilişkilendirenler de bulunmaktadır.³⁵

Küreselleşmeyi teknolojik gelişmelere bağlayanlar, onu teknolojik gelişmelerin sonucunda ortaya çıkan yansız bir gelişme olarak sunmaktadırlar. Buna göre bilgisayar ağırlıklı teknolojiler, kolaylaşan bilgi aktarımı ve iletişim, ucuzlayan ulaşım hep birlikte sermaye dolaşımını kolaylaştırmışlar, şirketlerin küresel düzeyde bir üretim ağı kurmasına yol açmışlar ve insanlık, artan iletişim sayesinde “küresel köyde” benzer yaşam ve tüketim alışkanlıkları edinmiştir. Bu, uzun dönemde tüm insanlığın yararına olacak bir gelişme sürecine işaret etmektedir.³⁶

Küreselleşmenin dayanağı konusundaki ikinci görüş, onu piyasanın mantığına dayandıranların görüşüdür. Piyasacı neo-liberal görüşe göre, hızlanan teknoloji ve artan üretim, piyasaların dışı açılmasını gerektirmiş ve 1970’li yılların ortalarından bu yana ülkeler, bu pazar mantığına uyarak ticareti serbestleştirmenin gerekleri doğrultusunda davranmaya başlamışlardır. Korumacı politikaların kalkması, dış ticaretin teşvik edilmesi ve para piyasalarının serbestleştirilmesi gibi uygulamalar hep bu doğrultudaki uygulamalardır.³⁷

Küreselleşmenin dayanağı konusundaki üçüncü görüş ise, onu kapitalizmin mantığı ve işleyişine bağlayanların görüşüdür. Özellikle neo-marxist yaklaşımda çerçevesinde dile getirilen bu görüş küreselleşmeye yeni bir olgu olarak bakmaz. Bu görüşe göre küreselleşme, kapitalizmin gelişmesi, yayılması ve derinleşmesi anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla, 20. yüzyılın sonlarında hız kazanan küreselleşme sürecinin arkasındaki dürtü, sınırlı bir dünya ticareti içinde sermaye birikimi sorunu yaşayan

Augustinus ve evrensel monarşi düşüncesinde, ulus-üstü bir yapılanmanın taslağını çizen Dante’nin görüşleri küreselleşme ekseninde değerlendirilebilir. (Akad/ Vural Dinçkol, a.g.e., s.174). Hatta konuyu Stoacıardan daha önceye götürmek ve küreselleşmeyi, noetik (bilen, rasyonel) öznenin ortaya çıkışı ile başlatmak ve bu çerçevede Sokrates’e vurgu yapmak bile mümkündür, (Hatice Nur Erkızan, “Küreselleşmenin Tarihsel ve Düşünsel Temelleri Üzerine”, **Doğu Batı**, Yıl 5, Sayı 18, Şubat-Mart-Nisan 2002, s. 66-67).

³⁵ Bkz. Meryem Koray. “Küreselleşme Süreci ve Ulus-Devlet, Ekonomi, Siyaset Tartışmaları, <http://www.geocities.com/yildizsam/makale1.htm>, [28.11.2002].

³⁶ Koray, a.g.m.

³⁷ Koray, a.g.m.

kapitalizmin, pazarı ve tekeli yapıyı genişletme ihtiyacıdır. Bu görüşün önemli bir özelliği de, küreselleşmenin dünyadaki gelir eşitsizliğini artırdığını ve merkez çevre ayrımını derinleştirdiğini savunmasıdır.³⁸

Kuşkusuz küreselleşmeyle ilgili tüm yaklaşımlarda bir gerçeklik payı bulunabilir. Fakat bir olgu olarak küreselleşmenin ne olduğunu kavrayabilmek, onun öznesini ya da öznelerini saptamakla mümkündür ve bu çerçevede küreselleşmenin, kapitalizmin uygulamaya girmesiyle başladığını söylemek hiç de yanlış bir yaklaşım olmasa gerektir.³⁹ Kılıçoğlu'nun ifadesiyle, Ortaçağın sonlarından itibaren Batı Avrupa'da aşama aşama yerleşen kapitalizm, önce bu coğrafyayı ekonominin emirleri altında devinir hale getirmiş, sonra da genetik kodunun gereği olarak, dünyanın ekonomik olarak fethine çıkmıştır. Çünkü kapitalizmin belli bir mekânda istikrar bulması olanaksızdır. Dolayısıyla, coğrafi bir mekân olarak bütün dünyayı bütünleştirecek olan, Batı Avrupa doğumlu kapitalizmdir. Diğer bütün globalleştirici faktörleri ekonomi parantezine alan Batı Avrupa, önce kendi içinde savaşmış, sonra sömürgeler oluşturmuş, nihayet 21. yüzyıla kadar pek çok çatışmada askeri güç kullanarak bütünleşmeyi sağlamıştır.⁴⁰

Gerçekten soruna ekonomik açıdan bakıldığında, geçmişte, ülkeler arasında ticaretin büyük ölçüde arttığı, uluslararası ekonominin küresel özellikler gösterdiği dönemlerin yaşanmış olduğu görülmektedir.⁴¹ Dolayısıyla, konuya tarihsel boyutuyla yaklaşarak, çeşitli küreselleşme dalgalarının ya da dönemlerinin bulunduğundan söz etmek mümkündür. Nitekim Oran ve Uygun, tarihsel süreç içerisinde, üç büyük küreselleşme dalgasından söz etmektedirler. Buna göre birinci küreselleşme dalgası, Batı Avrupa'da kapalı tarım ekonomisinden ticari kapitalizme geçiş ile eş zamanlıdır ve siyasal sonucu, feodal beyliklerin yerini ulus devlete bırakmasıdır. İkinci dalga ise, itici gücünü sanayileşmede bulan bir aşamaya işaret etmektedir. Bu aşama sanayi üretiminin, zaten uzun süre yetersiz hale gelmiş olan ulusal pazarların üzerinde daha geniş ve güvenli pazarlar bulunmasını zorunlu kılan ve bu yüzden de emperyalizmle sonuçlanan bir aşamadır. Üçüncü küreselleşme dalgası ise, 20. yüzyılın sonunda bilgi

³⁸ Koray, a.g.m.

³⁹ Adda, a.g.e.. s. 13.

⁴⁰ Bkz. Mehmet Ali Kılıçbay, "Kültür Çoğunluğu Sona Erenken", **Doğu Batı**, Yıl 5, Sayı 18, Şubat-Mart-Nisan 2002, s. 81-86.

⁴¹ Hirst-Thompson, gerçek anlamda bütünleşmiş bir dünya ticaret sisteminin 19. yüzyılın ikinci yarısında oluştuğunu belirtmekte ve buradan yola çıkarak küreselleşmenin yeni olmadığını söylemektedirler. Paul Hirst/Grahame Thompson, **Küreselleşme Sorgulanıyor**, Çev: Çağla Erdem. Dost Kitabevi, Ankara, 1998, s. 8.

işlem, iletişim ve benzeri alanlardaki teknolojik gelişmelerle bağlantılıdır ve siyasal sonucu ulus devletin konumunun değişmesidir.⁴²

Doğrusu, tarih boyunca tartışılmış ve olgu olarak kapitalizmle beraber hayata geçmiş olsa bile, küreselleşmenin ad olarak kullanılması, üçüncü küreselleşme dalgasına denk düşmekte ve dolayısıyla yakın tarihlere rastlamaktadır. Bu yeni anlamıyla küreselleşme, siyasal ve kültürel boyutları da dikkate almakla birlikte, temelde, ekonomik bütünleşmeye vurgu yapar. Zonis küreselleşmeyi, teknolojik yayılmanın genişlemesi ve hızlanması ve uluslararası sermaye akışı, hizmetler ve mallardaki sınır ötesi muamelelerin artışı yoluyla, dünya ülkelerinin ekonomik dayanışmasının büyümesi olarak tanımlar.⁴³ Deepak Lal ise küreselleşmeyi, ulusal mallar ve sermaye piyasalarının uluslararası düzeyde bütünleştirilmesi yoluyla işleyen bir süreç olarak gördüğünü belirtir.⁴⁴ Wolf'a göre ise küreselleşme, ulusal olmayan rekabetçiler tarafından ulusal pazarlara giriş gücünün, sayısının ve hızının artmış olmasıdır.⁴⁵

Gerçekten son yıllarda artan global entegrasyonun en gelişmiş ve net bir biçimde görüldüğü alanın ekonomik küreselleşme olduğunu ve küçülen dünya tezinin dayanak noktasını da global sermayenin teşkil ettiğini söylemek gerekir.⁴⁶ Siyasal ve kültürel yansımalar, ekonomik küreselleşmenin birer yansıması olarak kabul edilebilir. Ekonomik boyutuyla küreselleşme ise, en genel anlamıyla, üretim ve finansmanın uluslararasılaşmasını ifade eder. Gerçekten küreselleşme kavramının yükselişi, 1980'lerden beri dışı açılma politikalarının uygulanmasıyla ivme kazanan uluslararasılaşma sürecine, dünya çapında mali piyasaların ve sermaye hareketlerinin serbestleştirilmeye başlanmasına ve neo-liberal programın dünyaya yayılmasına denk düşmektedir.⁴⁷ Ayırt edici özelliği ise, kapitalizmin başlangıcından bu yana gelişen ekonomik bütünleşmenin yeni ve daha üst bir aşamaya sıçramış olmasıdır.⁴⁸ Bu yeni aşama, ulusal ekonomiye dayalı örgütlü kapitalizmden, içinde çok uluslu şirketlerin ve uluslararası örgütlerin egemenlik birimleri olmaya başladığı örgütsüz kapitalizme

⁴² Bkz. Oktay Uygun, "Ulüstü Siyasal Birlikler ve Küreselleşme", <http://www.geocities.com/yildizsam/makale7.htm>, [28.11.2002]; Baskın Oran, "Hangi Küreselleşme?." http://www.geocities.com/vilfl_fosa_m/m_a_kal_e2.htm [28.11.2002].

⁴³ Marvin Zonis, "Globalization", **National Strategic Form Review** 10, (3). 2001'den aktaran. Wolf. a.g.m., s. 2-3.

⁴⁴ Deepak Lal, "The Third World And Globalization", **Critical Review**, Vol. 14, No. 1, 2000. s. 35.

⁴⁵ Wolf, a.g.m., s. 3. Yazar, buradaki pazardan kastının sadece ticari mal ve hizmetleri kapsamadığını, sosyal, kültürel ve eğlenceye ilişkin pazarların da buna dahil olduğunu özellikle vurgular.

⁴⁶ Bkz. E. Fuat Keyman. **Türkiye ve Radikal Demokrasi**, Alfa Y., İstanbul, 2000, s. 21-23.

⁴⁷ Sylvia Ostry, "Globalization and Sovereignty", <http://www.arts.mengill.ca/programs/mise/ortv.htm>, 11.11.2002; Yasemin Özdek, "Globalizmin İdeolojik Hegemonyası: Yanılsamalar", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 32, Sayı 3, Eylül 1999, s. 26.

⁴⁸ Özdek, a.g.m., s 27.

geçiş işaret etmektedir.⁴⁹ Bu yapı içerisinde her devlet veya devlet-dışı aktör, ticaret, sermaye akımları, üretim alanları ve benzeri yollarla, farklı derecelerde, dünya ekonomisinin bir parçası haline gelmekte; bu durum, devletlerin sosyo-ekonomik yapı ve ilişkilerini değiştirmekte ve dışarı ile doğrudan ekonomik ilişki kuran kesimlerin belirleyiciliği de giderek artmaktadır. Böylece, aslında egemen ekonomilerin özelliklerine göre düzenlenmiş bu türden ilişkiler, kapitalist üretim tarzlarını ulusal düzeyden uluslararası alana taşıyarak, bütünü belirleyen bir süreç ortaya koymaktadır. Kuşkusuz bu sürece en büyük katkıyı, devletin sosyal ve ekonomik alandan çekilmesini öngören neo-liberal uygulamalar yapmaktadır.⁵⁰

Dolayısıyla küreselleşme, kapitalizmin ileri bir aşaması olarak, uluslararası sermayenin ya da çok uluslu şirketlerin devreye soktuğu ve temelde devletin ekonomik yaşamdan çekilmesini öngören bir süreçtir. Bu yönüyle küreselleşmeye, sosyal devletin hazırladığı toplumsal uzlaşmaları gözden geçiren,⁵¹ bu çerçevede devletin sosyal niteliğini zayıflatan veya ortadan kaldırmaya yönelik bir olgu olarak bakılabilir.

III. Küreselleşme - Sosyal Devlet İlişkisi

A. Devletin Değişen Konumu ve Bunun Sosyal Devlete Etkisi

Kapitalizmin doğuşundan bugüne kadar devam eden küreselleşme süreci, günümüzde aldığı biçimle, ulus devletin geleceğini tartışmaya açmış ve başta ekonomi olmak üzere, toplumsal yaşamın pek çok alanının hızla küreselleştiği bir ortamda, siyasetin ulusal kalmaya devam edip etmeyeceği sorusunu gündeme taşımıştır.⁵²

Kapitalizmin gelişmesi ile birlikte, burjuvazinin de itici gücüyle, uluslararası ilişkilerin baş aktörü haline gelen ulus devlet, egemenlik kavramı dolayısıyla, hem dış ilişkilerde devletler hukukunun eşit bir öznesi olarak görülmüş, hem de iç işlerinde kendi yasasını istediği biçimde yapabileceği kabul edilmişti. 1648'de imzalanan Westphalia Antlaşması'nın yorumu, ulus devletin uluslararası düzende nereye oturduğunu

⁴⁹ Keyman, a.g.e., s. 21.

⁵⁰ Beril Dedeoğlu, "Küreselleşme-Bölgelleşme", **Coşkun Kırca'ya Armağan**, GS. Üniversitesi, İstanbul, 1995, s. 206.

⁵¹ Adda, a.g.e., s. 121.

⁵² Bkz, Uygun, "Ulusüstü Siyasal Birlikler ve Küreselleşme", <http://www.geocities.com/yildizsam/makale7.htm>, (28.11.2002).

göstermesi ve içte nasıl bir güce sahip olduğuna işaret etmesi bakımından son derece önemlidir. Westphalia modeli olarak adlandırılan bu modele göre, devletler, devletlerarası hukukun eşit özneleridir. Devletlerarası hukuk ise, yine devletlerin kendi arzularıyla taraf oldukları antlaşmalarla belirlenecektir. Devletin kendi tebaası üzerindeki etkisi de, devletlerin kendi toprakları içinde yetki hakkının mutlak olduğunun kabul edilmesiyle sonuca bağlanmıştır.⁵³ Bu durum egemenliğin zorunlu bir sonucudur. Bu çerçevede devlet, egemenliğin temel göstergesi olan yasa yapma gücünü kullanarak, tebaasıyla olan bağımlı bir zorlamaya maruz kalmaksızın düzenleyebilecektir.

Ne var ki, küreselleşmenin bugünkü düzeye ulaşmasının, özellikle de küresel bir ekonominin ortaya çıkmasının, tek tek devletlerin etkin iktidarı için, bir sona değilsen bile, önemli bir gerilemeye işaret ettiği sıkça vurgulanan bir durumdur. Buna göre, ekonomik ilişkilerin sınırları çok yoğun bir biçimde aşmış olması ve bunun sonucunda ulus devletin dışarıdan kuşatılması, ulus devlet paradigmasına bağlı geleneksel egemenlik anlayışını geçersiz kılmaktadır.⁵⁴

Soruna dış ilişkiler açısından bakıldığında, günümüzde hemen hiçbir devletin kendini bir takım düzenlemelerin dışında tutamadığını söylemek mümkündür. Devletler, özellikle ekonomik açıdan Dünya Ticaret Örgütü (WTO) ve Uluslararası Para Fonu (IMF) gibi örgütlerin dışında kalamamakta ve böylece bu örgütlerin öngördüğü koşulları kabul etmek zorunluluğuyla yüz yüze gelmektedirler. Buradan yola çıkarak, küreselleşmenin getirdiği ekonomik bütünleşmenin, devletin ekonomi üzerindeki hükümranlık alanını daralttığını söylemek olası gözükmektedir.⁵⁵

Elbette bu, uluslararası sermayenin konumu ile ilişkili bir durumdur. Günümüzde uluslararası sermaye, hızlı küreselleşme süreci içinde ulusal bağımlılığını yitirmiş ve ekonomik avantajların bulunduğu yerlere yerleşmeye başlamıştır. Uluslararası şirketler, giderek, belli bir ulusal devlette yerleşik çok uluslu şirketlerden, hiçbir devlete bağlılık duymayan ulus-ötesi şirketlere dönüşmektedirler. Hatta bir süreden beri, uluslararası sermayenin çıkarları ile ulus devletlerin politikaları çatışmaya başlamış ve bu çatışmanın yanı sıra, ulus devletler, kendi ülkelerinde yerleşik uluslararası eko-

⁵³ Westphalia modeli için bkz. Christopher Pierson, **Modern Devlet**, Çev; Dilek Hattatoğlu, Çivi yazıları, İstanbul. 2000.S. 81*84; Çağlar Keyder, "Globalleşme ve Devlet", <http://www.geocities.com/yildizsam/makale6.htm>, [28.11 2002].

⁵⁴ Mustafa Erdoğan. "Küreselleşmeye Dair." http://www.liberal-dt.org.tr/guncel/Erdogan/me_kuresellesme.htm, [29, 1. 2003].

⁵⁵ Ulus devletin daralan ekonomik işlevleri için bkz. Güllen Kazgan, **Küreselleşme ve Ulus Devlet**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Y., İstanbul. 2000, s. 221 vd.

nomik güçlerin çıkarlarını savunma olanakları bakımından dezavantajlı duruma düşmüşlerdir. Günümüzde uluslararası şirketler, çıkarlarını ulusal devletler aracılığı ile değil, uluslararası hukuk aracılığıyla korumaya çalışmaktadırlar.⁵⁶ Bütün bunlar, kapitalizmin gelişmesi ile birlikte uluslararası ilişkilerin baş aktörü haline gelen ulus devletin, küreselleşmenin bugünkü aşamasında, uluslararası sermayenin gözünde, ekonominin gelişmesi için uygun bir ekonomik ölçek olmaktan çıktığını ve dolayısıyla eski gücünü yitirdiğini göstermektedir.

Devletin egemenlik alanının daralması ekonomi dışı alanlara da yansımıştır. Özellikle hukukun küreselleşmesinin egemenlik kavramını temelinden sarsan bir nitelik taşıdığı vurgulayan ve devletlerin kanun koyucu olarak artık eskisi kadar bağımsız olmalarının imkansızlığına işaret eden yazılara rastlamak hiç de zor değildir.⁵⁷ Gerçekten günümüzde pek çok devletin iç hukukunu küresel standartlara uydurmak gibi bir kaygı taşımak zorunda olduğu görülmektedir. Durum ekonomik alanda böyle olduğu gibi, insan hakları ve demokrasi alanlarında farklı değildir.

Öte yandan devlet egemenliğinden taviz verilmesinin yalnızca dış ilişkilere özgü olmadığını vurgulamak gerekir. Devlet egemenliğinin iç ilişkiler, özellikle de yurttaşlarla olan münasebetler açısından da daralma yaşadığı yaygın olarak dile getirilen bir konudur. Buna göre, eskiden tüm erki merkezileştiren ve özünde toplayan ulus devlet, küreselleşme ile birlikte etnik farklılıkları tanıyan ve türdeşleştirici politikalarından arınan bir yapıya bürünmektedir.⁵⁸

Özetle belirtmek gerekirse, ulus devletin, sınırları aşan ekonomik ilişkiler dolayısıyla, ulus-üstü sermaye ve onu destekleyen aktörlerce dışarıdan kuşatılmış olduğu görülmektedir. Bu durum, sermayenin ulus devlete ihtiyacı kalmadığı, tersine kendisinin ulus devletin eylemlerini yönlendiren bir aşamaya geldiğinin bir göstergesi olarak kabul edilebilir.⁵⁹ Fakat sonucun, ulus devletin erimesi, ortadan kalkması ya da egemenlik olgusunun bütünüyle bittiği şeklinde yorumlanmasının yerinde bir tutum olup olmadığı tartışmalı bir konudur.

⁵⁶ Bkz. Uygun, "Ulusüstü Siyasal Birlikler ve Küreselleşme." <http://www.geocities.com/yildizsam/makale7.htm>. (28.11.2002), Uygun Çok Taraflı Yatırım Antlaşmasının (MAİ) bunun tipik örneği olduğunu vurgular.

⁵⁷ David Held, "The Changing Contours of Political Community: Rethinking Democracy in the Context of Globalization", **Global Democracy Key Debates**, içinde, Edited by. Barry Holden, Routledge, London and New York, 2000, s. 24-25: Keyder, "**Globalleşme ve Devlet**", <http://www.geocities.com/yildizsam/makale6.htm>. (28.11.2002).

⁵⁸ Küreselleşmenin kimlikler üzerindeki etkisi için bkz, Keyman, a.g.e., s. 20 vd.

⁵⁹ Rukiye Akkaya, **Küreselleşme Olgusu Karşısında Ulus Sorunu**, MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2002, s. 134.

Bir kere, devletlerin oluşumuna katkıda bulunamadıkları devletlerarası sisteme bağlı kalma mecburiyeti ve kendilerinden daha güçlü olan devletlerin dayattığı antlaşmalara riayet etmek zorunda kalışları hiç de yeni bir olgu değildir. Westphalia modeli, devletlerarası sistemin kurallarının rıza ve fikir birliği yoluyla oluşacağını vurgulamış olsa da gerçekte, devletlerin hep bir güç hiyerarşisi içinde buldukları ve sistemin kurallarının hiyerarşinin tepesindeki devletlerce dayatıldığı söylenebilir.⁶⁰ Kuşkusuz bu durum resmi egemenlik ideolojisine aykırılık teşkil etmektedir ve mutlak özerklik biçiminde ele alındığında, kelimenin tam anlamıyla egemen devletten söz etmek mümkün değildir. Küreselleşmenin bugünkü aşamasındaki durum, geçmiştekinin biraz daha ileri bir boyutuna işaret etmektedir.

Öte yandan, sermayenin ulus devlete ihtiyacı kalmadığını söylemek de abartılı bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir. Çünkü uluslar-üstü ya da çok uluslu şirketlerin köksüz sermayeler olmadığına ve çoğunun ulusal tabanının bulunduğu ilişkin güçlü kanıtlar vardır.⁶¹ Dolayısıyla, durumu sermayenin ulus devlete ihtiyacı kalmadığı şeklinde yorumlamak bir görüntüden ibarettir. İhtiyaç duyulduğunda, yine ulusal pazarın korunması adına sığınılacak çatı ulus devletin meşruiyet şemsiyesi olacaktır. Elbette bu, küresel ölçekli ekonominin ulusun sınırlarını aşmadığı anlamına gelmez; vurgulanmak istenilen şey, sermayenin hala kendi egemeninin siyasal rehberliğine ihtiyaç duyduğudur.⁶²

Ayrıca küreselleşme, uluslararası ekonomik ve siyasal düzende, farklı yerlerde bulunan devletlere, çok farklı etkiler yapacak cinsten bir süreçtir.⁶³ Bu süreçte, çoğu kuzeyde yer alan ve ulus-üstü sermayenin tabanını oluşturan merkez ülkeler güç kazanırken, güneyde bulunan ve çevre ülkeler olarak nitelenen devletler zayıflamaktadır.⁶⁴

Sonuç olarak, küreselleşme, ne ulus devleti ortadan kaldıran bir süreçtir⁶⁵ ne de böyle bir gelişmenin kesin bir habercisi. Küreselleşme olgusu ile birlikte, olsa olsa,

⁶⁰ Immanuel Wallerstein, **Tarihsel Kapitalizm**, Çev: Necmiye Alpay, Metis Y., İstanbul, 1996, s. 48.

⁶¹ 1995 verilerine göre dünyadaki en büyük 200 çok uluslu şirketten Kuzey Amerika, Japonya ve Avrupa dışında, başka bir ülkeye bağlı olanlarının sayısı sadece 10 tanedir. Bu 10 şirketten 6'sı Güney Kore'ye, diğerleri ise birer adet olmak üzere Çin, Brezilya, Venezuela ve Meksika'ya aittir. Bkz, Erol Manisalı, **Dünya'da ve Türkiye'de Büyük Sermaye**, Der'in Y., İstanbul, 2002, s. 45.

⁶² Akkaya, a.g.e., s. 134.

⁶³ Pierson, a.g.e., s. 265

⁶⁴ Küreselleşmenin kuzey-güney ayrımını kaldırmadığı konusunda bkz. Giovanni Arrighi. "Global Capitalism And The Persistence Of The North-South Divide", **Science And Society**, Vol. 65, No.4, Winter 2001-2002, s. 472-473.

⁶⁵ Nitekim Drucker, ulus devletin ekonomik küreselleşme ve ona eşlik eden enformasyon devrimini atlatacağını, fakat bunu yaparken kendisinin de büyük ölçüde değişeceğini belirtmektedir. Peter F. Drucker, "The Global Economy and

devletlerin biçim ve doku değiştirmelerinden⁶⁶ ya da güçlerinin aşınmaya uğramasından⁶⁷ söz edilebilir. Fakat bu durumda bile şu noktayı gözden irak tutmamak gerekir: Küreselleşme ile birlikte bazı ulus-aşırı aktörlerin güçleri artsa da, küreselleşme oyununda, daha güçlü devletlerin, etraftaki en büyük oyuncular olması hala imkan dahilindedir.⁶⁸

Dolayısıyla küreselleşme ile birlikte devletin ortadan kalkması ya da kesin bir biçimde acze düşmesinden söz etmek hiç de mantıklı gözükmemektedir. Çünkü devlet, bugünkü küreselleşme sürecinde de sermaye için en önemli araçtır. Günümüzde bu aracın işlevlerinin bazıları değişmekte, bazıları da yok olmaktadır. Ortadan kalkan işlevler ise, özellikle, devlete sosyal bir nitelik kazandıran işlevlerdir. Bugün için devlet, sermayenin artan gücü ve bağımsızlığı karşısında, sermaye yanlısı rol oynamaya zorlanmakta ve sosyal niteliğine daha az önem vermek mecburiyetinde bırakılmaktadır.⁶⁹

B. Sosyal Devletin Zayıflatılması ya da Sosyal Devletten Neo-Liberal Devlete Geçiş

Küreselleşme, devletleri, ekonominin gerçekleri karşısında belirli bir davranış biçimine zorlayan bir süreçtir. Bu süreçte gelişmiş ülkeler, teknolojik üstünlüğü korumak, kar getirici alanların önünü açmak, sermayenin uluslararası işleyişini kolaylaştırmak ve bu arenada onun güvenliğini sağlamak gibi işlevler üstlenmektedirler. Gelişmekte olan ülkeler ise, bir yandan sermaye girişini kolaylaştırmak (serbest bölgeler, yüksek faizler, aşırı mevduat garantileri, özelleştirme gibi uygulamalarla), öte yandan da sermaye karlarını artırmak (özellikle ücretlilerin taleplerini bastırarak) peşinde koşmaktadırlar.⁷⁰ Şüphesiz böyle bir durum devletleri yoğun bir rekabet içine itmekte ve onları uluslararası sermayenin ön plana çıkardığı ilkeler doğrultusunda davranmak zorunda bırakmaktadır. Bu süreçte rekabet içindeki devletlerin, ama özellikle

the Nation-State." *Foreign Affairs*, Vol. 76, no.5 (1997), <http://www.mtholyoke.edu/aead/intsel/drucker.htm>, (13 06. 2002).

⁶⁶ Akkaya, a.g.c., s, 130.

⁶⁷ Ostry, "Globalization and Sovereignty", <http://www.arts.mcgill.ca/programs/mise/orty.htm>, (11.11.2002).

⁶⁸ Pierson, a.g.e., s,266. Soruna bu açıdan yaklaşan Mann, küreselleşmenin Amerikanvari hegemonyayı ifade ettiğini söylemektedir. Micheal Mann, "Globalization is (Among Other Things) Transnational, Inter-National and American", *Science And Society*, Vol. 65, No.4, Winter 2001-2002.s. 567.

⁶⁹ Meryem Koray, "Küreselleşme Süreci ve Ulus-Devlet, Ekonomi, Siyaset Tartışmaları", <http://www.geocities.com.yizdizsam/makale1.htm>, (28.11,2002).

⁷⁰ Koray, a.g.m.

de gelişmekte olan ülkelerin, en kolay vazgeçebilecekleri şey, sosyal politikaya yönelik harcamalar olmaktadır.

Sonuçta böyle bir gelişmenin en önemli yanı, refah devletinin yerine, neo-utilitarian ya da neo-liberal devletin ikame edilmesidir. Neo-liberal anlayış, özgür ve adil bir toplumun ancak pazar mekanizması tarafından kendiliğinden oluşan bir düzenle var olabileceğini ileri sürer. Bu düzende, insanların davranışları ve birbirleri ile ilişkileri, mülkiyeti esas alan yasalara, özgür sözleşme ilkesine göre biçim alacaktır. Devletin rolü ise, topladığı vergilerle iç ve dış güvenliği sağlamak ve hukuku üstün kılmakla sınırlı kalacaktır⁷¹. Küreselleşme ile yaygınlık kazanan politik yaklaşım tam da böyle bir anlayışı yansıtmaktadır. Gerçekten küreselleşme süreci 1980’li yıllardan itibaren kendini neo-liberal söylemle gündeme getirecek⁷² ve bu bağlamda küreselleşme ile neo-liberal söylem arasında çok önemli bir kesişme noktası belirecektir: Devletin piyasa üzerindeki gücünün sınırlandırılması⁷³ ve böylece pazarın özgürlüğü⁷⁴ ilkesinin öne çıkarılması.

Kuşkusuz neo-liberal anlayışın, son tahlilde, bireysel özgürlüğe verdiği önem takdirle karşılanabilir. Fakat ekonomik açıdan yaklaşıldığında, bu tür bir anlayışın ezilen kesimleri ya da bir şekilde vasıfsız kalmışları rekabet ortamının acımasızlığına bırakmak gibi bir sakıncası vardır. Daha da önemlisi, bu gerçekten yola çıkarak, küreselleşmenin ve onun politik yaklaşımını temsil eden neo-liberal anlayışın, endüstri kapitalizminden farklı olarak, vasıfsızları sosyal ve siyasal arenanın dışına iterek, dışlayıcı bir rol oynadığını ve böylece bir tür ekonomik Darwinizm önererek, refah devletinin altını oyduğunu söylemek mümkündür.⁷⁵

Nitekim Habermas böyle bir gelişmeyi, ekonomik sistemin sosyal alanda doğurduğu olumsuz sonuçları düzeltmeyi amaçlayan sosyal devlet uzlaşmasının sonuna yaklaşıldığının göstergesi saymaktadır. Habermas’a göre, kapitalizmin bugün yaşadığı nihai küreselleşme hamlesi, sosyal hizmetleri azaltmış ve sonuçta sosyal devleti

⁷¹ Neo-liberal anlayış ve bu anlayışın eleştirisi için bkz. Şaylan, a.g.e., s. 88-95.

⁷² Uğur Selçuk Akalın, "Sermayenin Uluslararasılaşması (Globalizasyon) ve Demokrasi", **Globalizasyonun Yansımaları**, içinde, Editör: Uğur Selçuk Akalın, Akademi Y., İstanbul, 2002, s. 173.

⁷³ Veysel Bozkurt, "Küreselleşme", **Küreselleşmenin İnsani Yüzü**, içinde. Derleyen: Veysel Bozkurt, Alfa Y., Bursa, 2000, s. 19,

⁷⁴ Şaylan, a.g.e., s. 139,

⁷⁵ Bu doğrultudaki yaklaşımlar için bkz, H. Emre Bağcı. "Küreselleşme, Devlet ve Demokrasi", **Amme İdaresi Dergisi**, 32/4, Aralık 1999, s. 14.

küçültmüştür. Bu küçülme, fakirlik ve sosyal güvensizliğin artmasına neden olmakta ve toplumsal çözümlere eğilimlerini ortaya çıkarmaktadır.⁷⁶

Gerçekten ekonomik boyutuyla, küresel düzeyde kapitalist piyasa ilişkilerinin yayılması anlamını taşıyan küreselleşme, getirmiş olduğu rekabet anlayışıyla, rekabet gücü olanlarla olmayanlar arasındaki mesafenin açılmasına yol açmıştır.⁷⁷ Küreselleşme ile birlikte hem ülkeler arasında, hem de tek tek ülkelerin sınıfları arasındaki eşitsizlikler artmıştır.⁷⁸ Öte yandan küreselleşmenin işsizliği artırdığı ve sendikaların gücünü kırdığı da sıkça vurgulanan gerçeklerdir.⁷⁹ İşsizliğin arttığı bir ortamda devletlerin, ama özellikle de gelişmekte olan ülkelerin, vatandaşlarına iş sağlayacak politika izleme yeteneklerini yitirmeleri de, küreselleşme sürecinin bir başka özelliğidir.⁸⁰ Bütün bunlar küreselleşmenin, devletin sosyal niteliğini ve bu yöndeki işlevlerini ciddi bir zayıflamaya uğrattığını göstermektedir.

Gerçi küreselleşmenin yarattığı yeni uluslararası yapılanmanın, ekonomik bütünleşme ile birlikte sosyal ve insani gelişme alanına da ilgi duyduğunu söyleyenler vardır. Birleşmiş Milletler ve ona bağlı kurumların bu konudaki en önemli aktörler olduğunu savunan bu görüş, dünyanın karşı karşıya olduğu değişimler sonucu oluşan ekonomik, sosyal ve siyasal eşitsizliklerin, ekonomik büyüme ve insan gelişimi üzerinde yavaşlatıcı etkiye sahip olduğunu kabul etmektedir. Küreselleşme ve liberalleşmenin etkilerinden faydalanabilmenin, ancak insan gelişmişliği ile mümkün olduğunu belirten bu yaklaşım, Birleşmiş Milletlerin bazı kuruluşlarının bu gelişimi teşvik ettiğini vurgulamakta ve 1990'lı yıllarda, kentleşme, çevre ve kalkınma, sosyal gelişme, kadın vs. konularda düzenlenen konferansları bunun örneği olarak göstermektedir.⁸¹

Temelde, küreselleşme sürecinde sosyal politikaların dışlanmadığını, tersine liberal ve sosyal politikaların bir arada bulunmasını zorunlu kıldığını savunan bu görüşün henüz temenniden öte bir anlam taşımadığını söylemek mümkündür. Çünkü yukarıda da vurgulandığı gibi, küreselleşme, bugünkü görünümüyle, gerek devletler ve gerekse bireyler bazında, güçlülerle zayıflar arasındaki mesafenin açılmasına neden

⁷⁶ Jürgen Habermas, **Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti**, Çev: Medeni Beyaztaş, Bakış Y., İstanbul, 2002, s. 59-60.

⁷⁷ Bkz, Michel Chossudovsky, **Yoksulluğun Küreselleşmesi**, Çev: Neşenur Domanıç, Çiviyazıları, İstanbul, 1999, s. 37-49.

⁷⁸ Veyssel Bozkurt, "Küreselleşmenin Toplumsal Sonuçları", **Küreselleşmenin İnsani Yüzü**, içinde. Derleyen: Veyssel Bozkurt, Alfa Y., Bursa, 2000, s. 95.

⁷⁹ Bozkurt, a.g.e, s. 99.

⁸⁰ Kazgan, a.g.e., s. 236-237.

⁸¹ Bkz. Alp/Kahraman, "Küreselleşme ve Politika Yakınlaşmaları", http://www.liberal-dt.org.tr/guncel/diger/alp_kuresellesme.htm, (30.1.2003).

olmakta ve bu yönüyle yoksullar aleyhine işleyen bir süreci ifade etmektedir. Dahası küreselleşme, hala, ekonomik işlevin toplumsal ve siyasal işlevden daha üstün olduğu inancına dayanmaktadır.⁸² Yapılacak şey, ekonomik işlevi yegâne amaç olmaktan çıkarmak, sosyal ve siyasal işleve gereken önemi vermektir.

Sonuç

Vatandaşların sosyal ve ekonomik durumlarıyla ilgilenen ve onlara asgari bir yaşam düzeyi sağlamakla görevli olan sosyal devlet, getirmiş olduğu sosyal refah uygulamaları ve geniş bir kamu hizmeti demetiyle, sanayi toplumunda ortaya çıkan zayıf kesimlerin insan onuruna yaraşır bir yaşam standardına kavuşmasını amaçlamış ve uygulamada olduğu zaman dilimi içinde, bu konuda başarı sağlamıştır.

Sosyal devlet böyle bir yol izlerken, kendisinden önce yürürlükte olan ve kişinin devlete karşı korunmasını esas alan hukuk devleti anlayışını yadsımamış; tersine, hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması ilkesinin, sanayi ortamında, ancak sosyal adaletin sağlanmasıyla mümkün olabileceğine inanmıştır. Dolayısıyla, sosyal devlet anlayışı çerçevesinde, devleti hukuka bağlayıp, vatandaşların kişisel ve siyasal haklarını garanti altına almak, insan onurunun korunması açısından şart sayılmakla beraber, yeterli görülmez. İnsanı maddi ve manevi yönüyle bir bütün olarak ele almak ve ona öylece değer atfetmek gerekir. Bu ise, toplumda yoksul ve muhtaç insanlara devletçe yardım edilerek, onlara insan onuruna yaraşır asgari bir düzeyinin sağlanması ile mümkündür. Sosyal devletin, sanayileşmenin doğurduğu sıkıntılara çözüm aramasının, sözgelimi, gelir ve servet eşitsizliklerinden kaynaklanan zararların en aza indirilmesini hedeflemesinin nedeni budur.

Gerçekten sosyal devlet, insanlar piyasa koşullarında yarışırken eşitsizliklerin ortaya çıkabileceği gerçeğinden hareket etmiş ve bu konuda devlete önemli bir görev yüklemiştir: Toplumu oluşturan yurttaşların bu eşitsizliklerden en az zarar görmesini sağlamak. Daha açık bir deyişle sosyal devlet, açlık, işsizlik, eğitimsizlik gibi sorunları toplumun ortak sorunları olarak telakki etmiş ve devletin bunların üstesinden gelmesini sağlamıştır.

⁸² Adda, bu çerçevede, küreselleşme olgusunun, ekonominin toplumsal ve siyasal olandan intikamı gibi görüldüğünü söylemektedir. Adda, a.g.e., s:121.

Bu çerçevede sosyal devletin başarısı, kişinin, içinde bulunduğu koşulların güçlüklerinden kurtarılarak, insan onuruna uygun bir yaşam sürdürmesinin sağlanması açısından son derece önemli bir aşamaya işaret etmektedir. Öte yandan, aynı başarının, demokrasinin sağlam bir toplumsal zemine oturtulması bakımından da özel bir anlam taşıdığını vurgulamak gerekir. Sosyal devlet, toplumun güçsüz kesimlerini gözeterek, onların sisteme yabancılaşmalarını önlemiş, siyasal yaşama katılmalarını sağlamış ve böylece demokrasi için elverişli bir ortam hazırlamıştır.

Buna karşın, kapitalizmin ileri bir aşaması olarak, uluslararası sermayenin ya da çok uluslu şirketlerin devreye soktuğu ve temelde devletin ekonomik yaşamdan çekilmesini öngören bir süreci ifade eden küreselleşme, sermayenin artan gücü ve bağımsızlığı karşısında, devletin sosyal niteliğini zorlamakta ve sosyal politikaları zayıflatmaktadır. Küreselleşme ile birlikte ekonomik işlevleri daralan devletler, özellikle de gelişmekte olan ülkeler, vatandaşlarının sosyal durumlarını iyileştirecek önlemleri alma gücünü yitirmektedir. Bu durum, toplumun zayıf kesimlerinin siyasal ve sosyal arenanın dışına itilmesi anlamına gelmekte ve dünyadaki manzara, bu yönüyle, sanayi kapitalizminin ilk yıllarını hatırlatmaktadır.

Kuşkusuz sosyal devletin zayıflaması ya da ortadan kalkması, hem insan hakları ve insan onurunun korunması açısından olumsuz bir durumu ifade etmekte, hem de demokrasinin geleceğini belirsiz kılmaktadır. Bu çerçevede yapılması gereken, sanayi kapitalizminin gerçekleştirdiği dönüşümün sağlanması ve toplumun dışlanmış kesimlerini sisteme dahil edecek sosyo-ekonomik önlemlerin alınmasıdır. Bu da sosyal devlet idealinin canlı tutulması ya da yeniden canlandırılmasıyla mümkündür.

Sosyal devlet, ekonomik yaşamın acımasızlığı karşısında, özellikle de moral değerler açısından, ortadan kaldırılması olanaksız bir anlayıştır. Ekonomik rasyonalite adına feda edilmesi, yukarıda da vurgulandığı üzere, insan onurunun korunması idealiyle bağdaşmayacağı gibi, demokrasiyi de temelsiz bırakacaktır. Çünkü demokrasinin “demos”u türdeş değildir. Her yurttaş aynı zamanda belli koşullar içinde yaşayan somut bir “kişi”dir. Kişilerin içinde buldukları ekonomik güçlüklerden kurtarılmaları ise, siyasal toplumun en temel görevlerinden birisidir.

Kaynakça

- Adda, Jacques, **Ekonominin Küreselleşmesi**, Çev: Sevgi İnceci, İletişim Y., İstanbul, 2002.
- Akad, Mehmet. **Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı**, Kazancı Hukuk Y., İstanbul, 1992.
- Akad, Mehmet/ Dinçkol, Bihterin Vural, **Genel Kamu Hukuku**, Der Y., İstanbul. 2002.
- Akalın, Uğur Selçuk, “Sermayenin Uluslararasılaşması (Globalizasyon) ve Demokrasi”, **Globalizasyonun Yansımaları**, İçinde, Editör: Uğur Selçuk Akalın, Akademi Y., İstanbul, 2002,
- Akkaya, Rukiye, **Küreselleşme Olgusu Karşısında Ulus Sorunu**, MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2002.
- Aldıkaçtı, Orhan, “Sosyal Devlet”, **Anayasa Yargısı 14**, Ankara, 1997.
- Bkz. Ali Alp/Mehmet Ali Kahraman, “Küreselleşme ve Politika Yakınlaşmaları”, <http://www.liberaltdt.org.tr/guncel/Diger/alpkuresellesme.htm>, (30.1.2003).
- Arrighi, Giovanni “Global Capitalism And The Persistence Of The North-South Divide”, **Science And Society**, Vol, 65, No.4, Winter 2001–2002.
- Bağce, H. Emre, “Küreselleşme, Devlet ve Demokrasi”, **Amme İdaresi Dergisi**, 32/4, Aralık 1999.
- Bozkurt, Veysel, “Küreselleşme”, **Küreselleşmenin İnsani Yüzü**, içinde. Derleyen: Veysel Bozkurt, Alfa Y., Bursa, 2000.
- Bozkurt, Veysel, “Küreselleşmenin Toplumsal Sonuçları”, **Küreselleşmenin İnsani Yüzü**, İçinde, Derleyen: Veysel Bozkurt, Alfa Y., Bursa, 2000.
- Bulut, Nihat, “Özelleştirme Uygulamaları Karşısında Sosyal Devlet İlkesini Yeniden Düşünmek”, **A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:3.Sayı1, 1999.
- Chossudovsky, Michel, **Yoksulluğun Küreselleşmesi**, Çev: Neşenur Domaniç, Çiviyazıları, İstanbul, 1999.
- Daver, Bülent, “Türkiye’de Siyasal Haklar”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, AÜHFY, Ankara, 1970.
- Dedeoğlu, Beril, “Küreselleşme-Bölgeselleşme”, **Coşkun Kırca’ya Armağan**, GS, Üniversitesi, İstanbul, 1995.

- Drucker, Peter F, “The Global Economy and the Nation-State”, **Foreign Affairs**, Vol. 76, no.5 (1997), http://www.liberal-dt.org.tr/guncel/Erdogan/mr_kuresellesme.htm, (13.06.2002).
- Erdoğan, Mustafa, “Küreselleşmeye Dair”, http://www.liberal-dt.org.tr/guncel/Erdogan/me_kuresellesme.htm, (29.1.2003).
- Erkızan, Hatice Nur, “Küreselleşmenin Tarihsel ve Düşünsel Temelleri Üzerine”, **Doğu Batı**, Yıl 5, Sayı 18, Şubat-Mart-Nisan 2002.
- Giddens, Antony, **Modernliğin Sonuçları**, Çev: Ersin Kuşdil, Ayrıntı Y., İstanbul, 1998.
- Gören, Zafer, “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, **Anayasa Yargısı 14**, Ankara, 1997.
- Göze, Ayferi, **Liberal Marksist Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- Göze, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Y., İstanbul, 1989.
- Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Y., Bursa, 2000.
- Gülalp, Haldun, “Ulusal Devlet, Global Demokrasi”, <http://www.geocities.com/yildizsam/makale8.htm>, (28.11.2002).
- Habermas, Jürgen, **Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti**, Çev: Medeni Beyazlaş, Bakış Y., İstanbul, 2002.
- Held, David, “The Changing Contours of Political Community: Rethinking Democracy in the Context of Globalization”, **Global Democracy Key Debates**, içinde, Edited by Barry Holden, Routledge, London and New York, 2000.
- Hirst, Paul / Thompson, Grahame **Küreselleşme Sorgulanıyor**, Çev: Çağla Erdem, Dost Kitabevi, Ankara, 1998,
- Huber, Ernest, “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, **AÜHF**, C.XXVII, sy, 3-4,1970.
- İzveren, Adil, “Sosyal Devlet”, **Danıştay Dergisi**, Sayı. 18/19,
- Kaboğlu, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, Afa Y., İstanbul, 1994.
- Kapani, Münici, **Kamu Hürriyetleri**, AÜHF Y., Ankara, 1980.
- Kazgan, Gülten, **Küreselleşme ve Ulus Devlet**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Y., İstanbul, 2000.

- Keyder, Çağlar, “Globalleşme ve Devlet”, <http://www.geocities.com/yildizsam/makale1.htm>, (28.11.2002).
- Keyman. E. Fuat, **Türkiye ve Radikal Demokrasi**, Alfa Y., İstanbul, 2000.
- Kılıçbay, Mehmet Ali, “Kültür Çoğunluğu Sona Ererken”, **Doğu Batı**, Yıl 5, Sayı 18, Şubat-Mart-Nisan 2002.
- Koray, Meryem, “Küreselleşme Süreci ve Ulus-Devlet, Ekonomi, Siyaset Tartışmaları” , <http://www.geocities.com/yildizsam/makaleI.htm>, (28.11.2002).
- Lal, Deepak “The Third World And Globalization”, **Critical Review**, Vol. 14, No. 1,2000.
- Logue. John, “The Welfare State: Victim of Its Success”, **Daedalus**, Fall 1979, Vol. 108, No .4.
- Macridis, Roy C. / Hulliung, Mark, **Contemporary Political Ideologies**. Harper Collins Collage Publishers, New York, 1996.
- Manisalı, Erol, **Dünya’da ve Türkiye’de Büyük Sermaye**, Der’in Y., İstanbul, 2002. ‘
- Mann, Micheal, “Globalization Is (Among Other Things) Transnational, Inter-National And American”, **Science And Society**, Vol. 65, No.4, Winter 2001-2002.
- Oran, Baskın, “Hangi Küreselleşme?”, <http://www.geocities.com/yildizsam/makale2.htm>, (28.11.2002).
- Ostry, Sylvia, “Globalization and Sovereignty”, <http://www.arts.megillca/programs/misecolorty.htm>, (11.11.2002).
- Özbek, Nadir, “Osmanlıdan Günümüze Türkiye’de Sosyal Devlet”, **Toplum ve Bilim**, Bahar 2002,
- Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Y., Ankara, 1995.
- Özdek, Yasemin, “Globalizmin İdeolojik Hegemonyası: Yanılsamalar”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 32, Sayı 3, Eylül 1999.
- Pierson, Christopher, **Modern Devlet**, Çev: Dilek Hattatoğlu, Çivi yazıları. İstanbul, 2000.
- Robertson , Roland, **Küreselleşme**, Çev: Ümit Hüsrev Yolsal, Bilim ve Sanat Y., İstanbul, 1999.
- Soysal, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Y., İstanbul, 1986.
- Şayian, Gencay, **Değişim Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, İmge Kitabevi, Ankara, 1995.

Uygun, Oktay, “Ulusüstü Siyasal Birlikler ve Küreselleşme”, <http://www.geocities.com/yildizsam/makale7.htm>, (28,11.2002).

Wallerstein, Immanuel, **Tarihsel Kapitalizm**, Çev: Necmiye Alpay, Metis Y.,İstanbul, 1996.

Wolf, Charles, Jr., “Globalization: Meaning and Measurement”, **Critical Review**, Vol. 14, No. 1,2000.



(8. Makale – 2006)

Prof. Dr. İonna KUÇURADI*

*Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları***

* Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü

** Felsefe Söyleşileri III-IV. Maltepe Üniversitesi, 2006, s. 99-106.



ETİK İLKELER VE HUKUKUN TEMEL ÖNCÜLLERİ OLARAK İNSAN HAKLARI



İoanna KUÇURADI

Yirminci yüzyılın en önemli başarısı, insan hakları fikrini önplâna getirmesidir. İkinci Dünya Savaşından sonra önplâna çıkmaya başlayan insan hakları, 20. yüzyılın sonlarına doğru moda haline gelmiş, moda olunca da kavramın içi boşalmaya başlamıştır. Bunun sonucu olarak insan hakları sayıların sayısında bir enflasyon, uluslararası kuruluşlarca kabul edilen insan hakları belgelerinde de gitgide artan bir kavram kargaşası gözleniyor. İnsan haklarından bunca söz edilmesine rağmen, insan hakları ihlalleri birçok ülkede ve uluslararası ilişkilerde pervasızca devam ediyor; yapılan hukuksal düzenlemeler de insan haklarıyla bağlantılanarak yapılmıyor, yani insan hakları için yaratacakları sonuçlar hesaba katılmıyor.

Neden? Benim görebildiğim kadarıyla, bunların en temel nedeni, insan haklarının ne olduğuna ilişkin bilgi eksikliğidir. İnsanlar, insan haklarının ne olduğunu bilseleler, çoğunun bunları korumak için elinden geleni yapmak isteyeceğini ve kendini gerekli bilgiyle donatmaya çalışacağını düşünüyorum.

Bu bilgi eksikliği, dolayısıyla olan bitenler ile insan hakları arasında bağlantı kuramamayı gösteren bir örnek, son iki yılda, İngiltere’de COVID-19’le savaşmak için önce uygulanmak istenen, sonra da vazgeçilen “sürü bağışıklığı”dır. Bunun, en başta o ülkedeki insanların sağlık hakkının bir ihlâli olduğuna, bazı durumlarda da yaşam hakkının ihlâline yol açtığına dikkat çeken pek olmadı.

Ayrıca yaşadığımız pandemi sırasındaki bazı kısıtlamalara açık bir insan hakları ve özgürlükler kavramıyla bakıldığında, bunların, “bu beden benimdir” pankartlarıyla sokağa dökülen insanların kabul ettiği gibi bir insan hakkı kısıtlaması olmadığı ve neden olmadığı, hele hele bir temel özgürlük hakkının kısıtlaması hiç olmadığı görülebilir.

Bu örneği, insan haklarından bunca söz edilmesine rağmen, insan hakları ile somut olaylar arasında nasıl bağlantı kurulamadığını belirtmek için verdim. Bu da, insan haklarının ne olduğunun pek bilinmediğini düşündürüyor.

Burada, “insan hakları nedir?” sorusuna benim verdiğim cevabı ve bu bilginin insan haklarının korunmasındaki rolünü sizlere sunmaya çalışacağım.

Bu, ilk bakışta çok yalın soru, insan haklarına ilişkin teorik çalışmalar için olduğu kadar, insan haklarının uygulanması için de en temel sorudur; çünkü bunun cevabı, insan haklarını diğer haklardan ayırtedebilme kriterini oluşturuyor.

İnsan hakları, herşeyden önce bir fikir, bir düşüncedir -insanların tarihe getirdikleri, çok farklı değere sahip çeşitli düşüncelerden biri. Şu düşünce: insanlar, insan oldukları için -tavuk ya da fil olmadıkları için-, yani bazı özellikleri olan insan türünün üyeleri oldukları için -yediğimiz ekmeği yapmış, her an kullandığımız elektrikliğin çeşitli kullanımını bulmuş, bazılarımızın okuduğu *Küçük Prensi* yazmış, hakkaniyet düşüncesini getirmiş, *ombudsman* kurumunu kurmuş bir türün üyeleri oldukları için- özel bir muamele görmeleri gerektiği düşüncesi. Kişiler birbirine öyle bir şekilde muamele etmeli ki, insanın bu olanaklarını gerçekleştirebilsinler, diye düşünülüyor. Çünkü gerçeklikte insanların çoğu birbirine böyle muamele etmiyor, ya da başka insanların bu olanakları gerçekleştirebilmeleri için gerekli olan koşulların oluşmasını bilerek ya da bilmeyerek engelliyor.

Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin 1. maddesinde “Bütün insanlar haklar ve onur/değer bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdanla donatılmışlardır ve birbirlerine kardeşçe davranmalıdırlar” denilirken, dile getirilmeye niyetlenen bu olsa gerek. Bu madde, yanılmıyorsam, uluslararası insan hakları belgelerinin temelinde bulunan insan hakları anlayışını dile getiren tek maddedir.

İnsanlar, başka insanlar tarafından belirli bir şekilde -“kardeşçe” - muamele görmeli. (Hiç şüphesiz yok ki Habil ve Kabil kardeşler gibi değil.) Ama nasıl? Tek tek insan hakları bu muameleyi saptamaya çalışıyor.

Böylece insan hakları: insanın bazı yapısal olanaklarının gerçekleştirilebilirliğinin koşullarına ilişkin talepler -değerini bildiğimiz bazı insansal olanakların gerçekleştirilebilirliğinin koşullarına ilişkin talepler- getiren ilkeler olarak karşımıza çıkıyor. İnsan haklarıyla dile getirilmek istenen, en temelde şudur: ancak bu koşullar varsa, kişiler normal olarak (ve istisnalar her zaman olabilir), insanın daha önce sözünü ettiğim olanaklarını ve bu arada etik olanaklarını gerçekleştirebilirler.

İşte, herhangi bir hakkı insan hakkı yapan özellik de, bu tür muameleye ilişkin bir talep getirmesidir.

Kişi açısından bakıldığında etkin ve edilgin anlamda etik muamele ilkeleri ya da normları olan insan haklarına devlet açısından bakıldığında ise, insan haklarının, bu muameleyi mümkün kılan koşulları dile getiren normlar olduğu görülüyor. Başka bir deyişle, devlet açısından bakıldığında insan hakları, toplumsal ilişkilerin düzenlenmesinde dayanılacak normlardır -yani çeşitli düzeylerde hukukun oluşturulmasında/türetilmesinde hareket edilecek temel öncüller ve kamu işlerinin yönetimini belirleyecek normlar. Pozitif hukuk bunlara göre türetildiğinde ve kamu işleri bunlara göre yönetildiğinde, kişiler, herbiri yapabileceği ölçüde, insanın (insan türünün) daha önce sözünü ettiğim yapısal olanaklarını gerçekleştirebilirler.

İşte insan hakları, toplumsal düzenlemeler için, hukuk ve siyaset için etik ilkeler getirme girişimidir -ama şimdilik, gerek teoride gerekse pratikte oldukça cılız kalan bir girişim.

Vurgulamak istediğim bir nokta da şudur: bugün yaygın bir şekilde kabul edildiği gibi insan hakları hukuk değildir. Hukukun türetileceği öncüllerdir sadece -farklı gerçeklik koşullarında adaleti gerçekleştirecek hukukun.

Uluslararası insan hakları belgeleri de, yasalar ya da anayasalar değildir. Devletlerin sözcükleridir. Böyle bir belgeyi imzalayan bir devlet, diğer devletlere, ama herşeyden önce kendi yurttaşlarına verdiği bir sözdür: çağın ve ülkenin gerçeklik koşullarında yapılacak toplumsal düzenlemelerin başka normlara ve düşüncelere göre (ya da çıkarılara göre) değil, o evrensel normlara -insan olan herkes için

muamele talepleri getiren bu normlara- göre yapılacağı ve kamunun onlara göre yönetileceği sözü.

Ne var ki çeşitli uluslararası insan hakları belgelerini yukarıda sözünü ettiğim kriter ve normlara ilişkin bazı epistemolojik farkları gözönünde bulundurarak okuduğumuzda, görüyoruz ki, orada yer alan normlar, aynı türden olan normlar değildir, bazan da birbirini çelen normlardır. Bu da insan haklarının yaşamda korunmasını engelleyebiliyor.

Bu saptama, genel olarak normlar üzerine ve hukukun oluşturulması ve uygulanması için temel-evrensel normlar olarak insan hakları üzerine, bugün mevcut olan durumun ışığında -yani yaygın ifadeyle insan haklarının “kötüye kullanılması” örneklerinin ışığı altında- yeniden düşünmemizi zorunlu kılıyor.

İnsan hakları ne türden normlardır? Bu soruya cevap verebilmek için, önce genel olarak normlara ilişkin birkaç söz söyleyeyim.

Normların varlığı -türce değişik ve değişken normların varlığı- bir olgudur. Bu olgu da insanın bir yapısal özelliğiyle ilgilidir: toplumsal ilişkiler kurma, yani belirli kişiler tarafından üstlenilen roller yaratma özelliğiyle ilgili.

Normlar, belirli bir grupta bir düzen getirmek için, dolayısıyla kişilerin davranışlarını belirlemek ya da belirli bir grubun üyeleri arasındaki toplumsal ilişkilerin (etik ilişkilerin değil, toplumsal ilişkilerin¹) nasıl kurulacağını belirlemek için tür-etililer. Belirli bir toplumsal rolü üstlenenin ya da kendini o rol içinde bulanın, bu rolü oluşturan normlara göre davranması beklenir. Ayrıca da kişilerin, başka kişilerin yaptıklarını bu normlara göre değerlendirmeleri istenir.

Normlar, genellikle, gereklilik önermeleri ya da -bilirlik önermeleri olarak dile getirilirler. Bu da, normların bilgi önermeleri olmadığı, bu önermelerin kendilerinden bağımsız bir nesnesi olmadığı anlamına geliyor. Dolayısıyla normlar, nesnelere gidilerek, doğrulukları-yanlışlıkları sınanabilecek türden önermeler değildir.

Bu, normların en temel epistemolojik özelliğidir. Belirli bir normu değerlendirmede karşılaşılan güçlüklerin kaynağı da budur: normlar doğrulanıp-yanlışlanamazlar. Normları değerlendirmek için, farklı bir bilimsel yol izlemek gerekir.

¹ Bu fark için bak.: İoanna Kuçuradi, *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1999, s. 3-12.

Norm önermelerini bilgi önermeleriyle karşılaştırdığımızda, normların düşünceler olduğunu: farklı bilgisel nitelikte öncüllerden ve farklı akıl yürütmelerle türetilen düşünceler olduğunu görüyoruz.

Bir normun değersel niteliği, öncüllerinin epistemolojik özelliğine bağlıdır. Bir normun bilgisel temellendirilmesi de, kaynağına, yani türetildiği öncüllere geri gidebilmeye ve bu öncüllerin bilgisel niteliğini görebilmeye bağlı -yani türetildiği öncüllerinin bilgiler mi, yoksa başka normlar mı ve başka normlar ise, bunların ne özellikte normlar olduğunu görebilmemize bağlı.

Her normun tâbi tutulması gereken bu epistemolojik değerlendirme, bir normu geçerli kılma yollarından (ve bu arada yasalaştırmadan) çok farklı bir iştir. Bir normu geçerli kılma prosedürleri –toplumsal ya da siyasal prosedürleri- belirli bir norm hakkında bir konsensus sağlamayı amaçlar. Bir ahlâksal normun nasıl geçerli kılındığını görebilmek, sosyolojik araştırma gerektiriyor; bir hukuk normunun nasıl yasalaştırıldığını görmek için ise, onu yasalaştıran merciin —örneğin parlamentonun— tutanaklarını okumak gerekir.

Bugünkü dünyada, belirli bir norm hakkında yalnızca konsensus aramakla yetiniyor; hakkında konsensus'a varılmaya çalışılan normun epistemolojik ve değersel özelliklerine pek bakılmıyor. Günümüz dünyasında “demokratik” karar almanın ana tehlikelerinden biri de budur; çünkü bu, konsensus'la veya oy çokluğuyla insan haklarına ters düşen normların yasalaştırılmasını ve insan haklarına ters düşen kararların alınmasını mümkün kılıyor. Örneklerini sizler düşünebilirsiniz.

Normların epistemolojik-değersel özellikleriyle ilgili bu söylediklerim, hem ahlâk normları, hem de hukuk normları için söz konusudur.

Ben burada, insan haklarının normlar olarak özelliklerini -yani ahlâk ve hukuk normlarından farklarını- belirtebilmek için, konuyla doğrudan ilgili olan yalnızca iki tür normdan söz etmekle yetineceğim: farklı bilgisel nitelikte olan öncüllerden ve farklı aklyürütmelerle türetilen iki tür normdan:

Bir tür normlar vardır ki, bunlar farklı tarihsel gerçeklik koşullarında de ne y de n i n d u k s i y o n'la (bir çeşit tümevarımla) türetilmiştir. Başka bir tür normlar da vardır ki bunlar, insanların içinde bulunduğu, en az iki farklı tarihsel durumun, insanın bazı yapısal olanaklarının değerinin bilgisi ışığında (ya da insan onuru dediğimizizin

ışığında) karşılaştırılmasından türetiliyor. İlk türden normlar, istatistiksel olarak temellendirilebilir, ikinci türden normlar ise bir çeşit absürde indirgemekle temellendirilebiliyor.

İlk türden olan, kültürel normlar adını verdiğim normların kaynağı, belirli doğal-toplumsal koşullar ve farklı kültürlerin insan anlayışlarıdır. Bunlar, belirli bir tarihsel anda mevcut koşullarla ilgili davranış normlarıdır. Türetildikleri anda, türetildikleri durumun koşullarında, bir grupta düzen kurmayı (ama değersel niteliğine bakılmaksızın, sadece düzen kurmayı) veya mevcut düzeni korumayı amaçlarlar; yani böyle bir işlevleri vardır. Basiretle türetildiklerinde, türetildikleri koşullar devam ettikçe, işlevseldirler. Ama bu koşullar değiştiğinde, işlevlerini ve anlamlarını yitirirler; yani dile getirdikleri gereklilikler temellerini yitirirler. Kuşaktan kuşağa aktarılan bir sürü geleneksel-görenek (kültürel) normlar, bu türden normlardır. Bu kaynakları görülmediği için, bu tür normlar temellerini yitirdikleri zaman da onları korunmaya çalışılır. Hatta geçersiz hale gelmiş böyle normları -“bizim kültürümüzdür” diyerek- canlandırma girişimleri bile olabiliyor.

Ne var ki zaman içinde, değişmiş olan koşullardan aynı konularda yeni normlar türetiliyor, çok defa da bu yeni normlar eskileriyle bağdaşmaz normlar olabiliyor. “Değerler krizi” adıyla anılan olgunun kaynağı da budur.

Bu tür normların türetiminde kullanılan aklyürütme ise, diğerininkinden farklıdır; ama bunun üzerinde burada durmayacağım.

Daha önce sözünü ettiğim ikinci türden normlar, insanın değerinin bilgisinden türetiliyor: bu değere zarar veren insansal ya da tarihsel koşullar karşısında, doğrudan ya da dolaylı olarak bu bilgiden türetiliyorlar - “öldürmemek gerekir”, “ırk ayırımı yapmamak gerekir” normları gibi.

Bu ikinci türden normların tipik bir örneği insan haklarıdır: insan türüne ait her tekin, değerini bildiğimiz insansal olanakları gerçekleştirebilmesini engelleyen bir muameleyi görmemesini talep ederler. “İnsan hakları, yaşamda insan onuru korunacaksa, insan türüne ait her kişinin ve bütün kişilerin (kim olursa olsun ve özel durumu ne olursa olsun) genel olarak nasıl muamele görmesi gerektiğini ve insanların başka insanlara nasıl muamele etmesi gerektiğini dile getiren normlardır” derken, kastettiğim buydu.

Pozitif hukukta, her iki türden normlar da yer alıyor. İnsan haklarının a d l a r ı ana-yasalarda yer alıyor. Ama birçok hukuk normunun, ilgili kültürel normların usulüne uygun yasalaştırılması oluyor.

Şimdi, insan hakları normlarının özelliklerini, yani onların ahlâksal-kültürel norm-lardan ve hukuk normlarından bazı farklarını şöyle özetleyebilirim:

a) İnsan hakları, belirli tarihsel koşullarda, insanın bazı yapısal olanaklarının değeri-nin bilgisinden türetilen normlardır: insanın bu yapısal olanaklarının gerçekleşebilmesi için gerekli olduğu düşünülen koşulları dile getirirler. İnsanın değerini -varlıktaki özel yerini- korumayı amaçlarlar. İnsan haklarının “evrensel” olmaları, yani insan olan her-kes için belirli muamele taleplerini getirmeleri, insan haklarının bu kaynaklarından ileri geliyor.

Kültürel normlar ise, değişik ve değişken olan deneysel (yerel) koşullardan türetili-yor. Bu normlar belirli bir grubun çıkarlarını (genellikle başka gruplara karşı çıkarlarını) korumayı amaçlarlar. Birçok hukuk normu böyle kültürel normlardan türetiliyor ya da böyle normların yasalaştırılması oluyor.

İnsan haklarının sözünü ettiğim bu epistemolojik ve değersel özelliği, onların poziti-f hukuk normlarının doğrudan ya da dolaylı olarak türetileceği t e m e l n o r m l a r olarak kullanılmalarını gerektiriyor. Pozitif hukukun, birbiriyle kaçınılmazcasına çatı-şan kişisel ve grupsal çıkarları korumak için bir cambazlık zemini olmadığı, adaleti gerçekleştirmeyi ve insan onurunu korumayı amaçlayan normlardan oluşması gerekti-ğinin farkında isek, insan hakları pozitif hukukun öncüllerini oluşturmalı.

Oysa şu anda pozitif hukuk, kimisi insan haklarından kimisi de kültürel anlayışlar-dan türetilmiş normlardan oluşuyor. Bu da, birbirini çelen normların yasalaştırılmasını olanaklı kılıyor.

b) Muamele g ö r m e ilkeleri olarak insan hakları, doğal ya da raslantısal özellikleri ne olursa olsun her insanın ve bütün insanların etik olarak nasıl bir muamele görmesi ya da görmemesi gerektiğini dile getirmeye çalışırlar. Bundan dolayı insan hakları yasa-ma için temel normlardır/temel normlar olmalı.

c) Muamele e t m e ilkeleri olarak insan hakları ise, aynı zamanda kamu yaşamında insanlararası ilişkiler için davranış normlarıdır. Kamu yaşamında doğru eylemlerin² asgarî koşullarını dile getirirler.

Bu nedenledir ki, davranış ilkeleri olarak insan haklarının etkili olabilmesi i) kişilerin kamu yaşamında onlara göre davranmak istemelerini ve her bir hakkın neyi talep ettiğinin (kavramının) açık bilgisine sahip olmalarını; ii) aynı zamanda da, belirli bir durumda bir insan hakkının nelerin yapılması gerektirdiğini bulabilme yeteneklerini -bu bilgisel yeteneği- geliştirmelerini gerektiriyor.

Bütün ahlâk ve hukuk normları -türetildikleri öncüller ne olursa olsun- bir grupta bir düzen yaratmayı amaçlıyor. Ancak şu soruyu da sormak gerekir: bir düzenin varlığı insan haklarının korunması için yeterli midir? Çok yaygın olan “düzen iyidir” değer yargısını aşmayı becerebilmişsek, her düzenin insanların insanlaşmasına -yani insana özgü bazı olanakları geliştirebilmelerine- yardımcı olmadığını görebiliyoruz. İnsan haklarının² amaçladığı, insanların insanlaşmasına yardımcı olan bir düzenin yaratılması -sürekli yaratılması-dır.

Böyle bir düzenin yaratılması için hukuk ya da yasalar tek başlarına yetmiyor. Ancak belirli gerçeklik koşullarında insan haklarının açık bilgisinden türetilen yasalar bu nitelikte bir düzenin yaratılmasına yardımcı olabiliyor.

d) Bunun için, devlet açısından bakıldığında insan hakları, belirli bir devlette devletin temel ödevlerini dile getiren talepler oluyor -her devletin yurttaşlarına karşı ödevlerini, başka bir deyişle de belirli bir devletin çeşitli organlarında görevli olanların en temel ödevlerini. Bu ödevlerin başında, insan haklarına uygun yasalar çıkarmak geliyor (ulusal hukuku ve mevzuatı uluslararası insan hakları belgelerine uygun hale getirmenin anlamı bu olsa gerek). Ve devletin bu ödevleri arasında, insan haklarına uygun olarak çıkarılan yasaların uygulanmasını sağlamak ve bundan da öte, bu yasaları tek tek durumlara uygulayacak olanların (devlet ve kamu görevlilerinin, yargıçların, savcılarının v.b.) bunu yapabilecek hale gelebilmeleri için eğitilmesini sağlamak da bulunuyor.

Kamu görevlilerinin, görevlerini insan haklarına olabildiğince uygun yerine getirebilmeleri için, görevlerinin en temel amacını görebilmeleri, kafalarında ‘devlet’ dediğimiz insansal/hukuksal kurumun ne olduğunu bilmeleri gerekiyor -yani bir devletin ne olduğunun, böyle bir kurumun niçin oluşturulduğunun farkında olmaları gerekiyor.

Siyasal yaşamda kullanıldığı bağlamlara -yani yaygın kavramın dile yansımalarına bakılırsa, ‘devlet’in, ne olduğu pek belli olmayan “kendi başına bir varlık” olarak dü-

² ‘Doğru eylem’in anlamı için bak.: *ibid.*, s. 78-81.

şünüldüğü dikkati çekiyor. ‘Devlet’ bugün insanların çoğunun kafasında -ister olumlu ister olumsuz anlamda- “kendi başına bir varlık” olarak yerleşmiş olduğu için, yalnız başka devletlere karşı değil, kendi içinde de -ulusal düzeyde de- “korunacak” bir “varlık”, ya da kişileri “ezen” bir “varlık” olarak tasarlanmaktadır. Ulusal düzey çerçevesi içinde sık sık kullanılan “devleti yıkma”, “devleti kurtarma” ya da “devletin kalkması” ve bu gibi sözler, ancak böyle bir devlet kavramıyla olanaklı görünüyor. Böyle bir devlet kavramı varsayılmadıkça, bu sözleri anlamak çok güç olur.

Oldukça eski olan bu devlet kavramının olgulara nasıl yansıdığı ve ne gibi sonuçlara yol açtığı üzerinde durmayacağım: söz gelişi “iktidar” ile “devlet’in bir sayılmasına nasıl götürdüğü; bir devletin başka devletlerle ilişkilerinde söz konusu olabilecek bir bakışın devlet-yurttaş ilişkilerine bakışa nasıl aktarıldığı; birçok ülkede “devlete”, bir insan kurumu olarak devletin amacına ters düşen işlevlerin yüklenmesine nasıl yol açtığı üzerinde durmayacağım. Ya da: bugün birçok ülkede at oynatan terörizmin temelinde, ana nedenlerinden biri olarak, bu yaygın devlet kavramının nasıl bulunduğunu göstermeye girişmeyeceğim.

Burada, yalnızca, a) devlet sorununu, bir insan kurumu olarak devletin amacını hesaba katarak ele aldığımızda ve b) siyasal bir birim -çeşitli devletler- olarak bugün bulunduğu aşama basamaklarında devlete, çağca içinde bulunduğumuz koşulların bilgisi ve ulaştığımız insan ve değer bilgisiyle -insan haklarının bilgisiyle- baktığımızda belirebilen devlet kavramına işaret etmeye çalışacağım. Bunu da “dışışleri” açısından, yani siyasal bir birim olarak diğer devletlerle ilişkilerinde (bir) devletin değil; “içişleri” açısından bugün “devlet”in -her devlette devletin- işlevlerini merkeze alarak yapmaya çalışacağım. Çünkü “dışışleri” açısından devletin işlevleri, genel olarak işlevlerinden zorunlu olarak çıkan sonuçlar olduğu görülüyor.

Devlet konusu etrafında yapılan yeni ya da daha eski teorik tartışmaların dayandığı devlet kavramı, daha önce sözünü ettiğim “kendi başına bir varlık” olarak devlettir. Bundan dolayı tartışma, bugünkü aşama basamaklarında devlete gördürülen ve/veya gördürülmesi istenen işlevlerde yoğunlaşıyor. Tartışmanın yapıldığı çerçeve sınırları aynı sınırlar -yani “kendi başına bir varlık” olarak devlet kavramının sınırları- olunca, bu işlevlerin birbiriyle bağdaşmaması ve teorik tartışmanın siyasal renge bürünmesi kaçınılmaz oluyor. Oysa ilk önce tartışılması gereken şey bu çerçevenin kendisi, didiklenmesi gereken şey bu yaygın kavramın kendisidir, yani devlet denen kurumun böyle bir “kendi başına varlık” olup olmadığıdır. Bunun yapılabilmesi ise, devlet soru-

nuna bakarken bugünkünden farklı bir hareket noktasını gerektirir. İnsan hakları denen hakların açık ve temellendirilebilen bilgisi, böyle bir hareket noktası olarak görünüyor.

Ne türden bir kurum olarak görülürse görülsün, devlet eğer bir kurum -insanların kurduğu bir şey- ise, her devlet onu “kuranlardan” ayrı (yani “kendi başına bir varlık” olarak) düşünülemez. Ancak o zaman da iş gelip “belirli bir devleti ya da devlet tipini kuranlar kimlerdir?” sorusunda, haklı olarak düğümlemiz. Nitekim devletler, birbirinden çok farklı temel ilkelere göre kurulmuş ve yönetilmiş, bugün de oldukça farklı ya da farklı ağırlıklı temel ilkelerle kurulmakta ve yönetilmektedirler. Farklı devletlerin anayasalarını, hatta bir ülkedeki anayasa değişikliklerini karşılaştırdığımızda, bunu görmek zor değildir.

Ne var ki, bir kurumun kurulması söz konusu olduğunda, bu temel ilkelerden önce gelen ve tarihsel koşullarla birlikte bu ilkelerin neler olacağını da -türetilmelerini veya benimsenmelerini- belirleyen temel bir öge daha vardır: bir kurumun o kurum olarak kuruluş amacı. Genellikle unutulmuş, devletin bir insan kurumu olarak “ne için”idir; yani bir devletin, insan olarak varlık koşulları/yapısal özellikleri az çok belirli olan insanlara neleri sağlamak üzere hukuken kurulması söz konusu olduğudur.

Devlet herşeyden önce bir insan kurumudur: yani temelini, sosyal kurumlar gibi tarihsel koşullarda değil, tür olarak insanın varlık koşullarında/yapısal özelliklerinde -biopsişik, toplumsal, kendine etik istemler getiren v.b. bir varlık olarak yapısında- bulur. Bu özelliği devleti, kuruluş amaçları ile işlevleri aynı şey demek olan sosyal kurumlardan ayırır. Bu temeli de devletin bir insan kurumu olarak amacını belirler. Bu amaç, a) grup halinde yaşayan insanlar arasındaki şu veya bu şekilde kendiliğinden kurulan toplumsal ilişkileri -: hak-ödev ya da rol ilişkilerini- hukuk ilişkilerine -: adalete dayanan ilişkilere- çevirmek ve b) kamuyu -: bir grupta herkesin ve herbirinin olan herşeyi- işletmektir. Bu amacı açısından devlet bir hukuk kurumudur.

İşte bu amacın bilgisi, farklı tarihsel koşullarda hukuksal bir insan kurumu olarak devletin işlevlerini yeniden belirlemek, dolayısıyla bu işlevlerin o koşullarda yerine getirilmesini sağlayacak organları oluşturmak için -yani bugün belirli bir devletin anayasasında ne gibi temel ilkelere yer vermek gerektiğini ve koşullara göre ne gibi organlar ve kurumlar oluşturmanın uygun olacağını bulmak için- yol gösterici olabiliyor ve devlet kavramının sınırlarını bugünkü değer bilgimizle çizebilmeyi olanaklı kılıyor.

İnsanlık olarak bugün ulaştığımız insan ve değer bilgisi, insanlara ilişkin -kendimize ilişkin- bazı gerekleri, “insan hakları” denen hakları ortaya koymamızı sağlamıştır.

Hukuksal bir insan kurumu olarak devletin amacı açısından bakıldığında, bu gereklerin ulusal düzeyde yerine getirilmesini sağlamak, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak “devlet”in işidir. İşte insan hakları bilgisi, çağımızın koşullarında devletin ana işlevlerini belirleyebilmek -ya da: bugünkü devletlerin hukuksal bir insan kurumu olarak devletin amacına uygun kurulma-varolma koşullarını görebilmek- için bir ipucu olmaktadır.

Buna göre bugün, hukuksal bir insan kurumu olarak devletin amacına uygun kurulan ve işleyen bir devletin iki ana işlevinden söz edilebilir: yurttaşlarının temel (insan) haklarını güvence altına almak ve yaşanabilmesini sağlamak. Bu iki işlevin “açılması”, bir devletin bugünkü koşullarda görevlerini belirler.

Ve denebilir ki, bugün insan haklarının açık bilgisine dayanmadan “kurulan” ve işletilen her devlet -: bu hakların korunmasını sağlamayı merkeze almadan yapılan her anayasa ve bu haklarla ilgi kurmadan çıkarılan her yasa, kurulan her kurum ve kuruluş-, nedeni ister bilgisizlik ister çıkar olsun, hukuku kötüye kullanmak olur.

Yaşadığımız tarihsel an, insan hakları kavramıyla zorunlu bir ilgi içinde olan bir devlet kavramını, en azından kafalarda oluşturma gerekliliğini duyuruyor: “kendi başına bir varlık” olarak devlet kavramından, hatta onunla bağdaşabilen “insan haklarına saygılı” devlet kavramından insan haklarına dayanan devlet kavramına gitme gerekliliğini.

Bunu sağlayabilmenin bir yolu, bu söylediklerimi gözönüne alarak yapılan, etik ve insan haklarının her düzeydeki örgün ve yaygın eğitimidir - kesintisiz yapılan eğitimi.

Böyle bir eğitime var mıyız ?*

*Ankara Barosunun 12-16 Ocak 2020 günlerinde düzenlediği kurultayda sunulan ve *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 4* ile yazarın *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları* başlıklı kitabında (Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2007) yayımlanan makalenin bir versiyonudur.



(9. Makale – 2008)

Prof. Dr. Ömer ANAYURT*

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı***

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

** AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 12, Sayı: 1, s. 421-460



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA İŞKENCE KAVRAMI

Notion of Torture in the Jurisprudence of the European Court of
Human Rights



Ömer ANAYURT*

Öz

Bütün uluslararası bildiri ve sözleşmeler işkence ve ona eş değer düzeyde görülen bir takım muameleleri ve cezaları yasaklamıştır. İşkence yasağı bugün uluslararası hukukun *jus cogens* nitelikli bir kuralı halini almıştır. Sözleşmelerde, işkence ve hemen ardından da zalimane davranış, insanlık dışı muamele ve ceza, onur kırıcı muamele ve ceza yasağına yer verilmektedir. İşkence dışında kalan bu muameleleri karşılamak üzere yaygın olarak “kötü muamele” deyimini kullanılmaktadır. Hiç şüphesiz işkence, uluslararası sözleşmelerde kötü muamelelerle aynı statüde düzenlenmişse de kötü muamele biçimlerinden pek çok açıdan ayrılmaktadır. Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi 1’inci maddesinde işkenceyi tanımlamış ve diğerlerinden ayırt edici unsurlara yer vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3’üncü maddesinde işkence ve

Abstract

The right to freedom from torture recognised in international human rights treaties. The prohibition of torture has today become a *jus cogens* qualified norm of international law. The conventions include the prohibition of torture and other ill treatments just after it and of inhuman and degrading treatment and punishment. The expression of “ill treatment” is often used to define inhuman treatments out of torture. Even though torture has been considered to be at the same statue with ill treatments in international laws, it certainly is separated from ill treatment methods in many aspects. In the First article of United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 defined torture and included the elements distinguishing the other forms of ill treatment. The European Convention of Hu-

* Doç. Dr., Sakarya Üniversitesi, İİBF, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı.

diğer kötü muamele yasaklarını aynı madde de düzenlemiş ve aynı sonuca tabi kılmıştır. Avrupa İnsan Hakları mahkemesi, işkence ile diğer muameleler arasındaki ayrıma mutlaka yer vermektedir. Bununla birlikte Sözleşme de işkencenin tanımı yapılmış ne de diğer muamelelerden ayırt edici ölçütler belirtilmiştir. Mahkeme, Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin tanımından da yararlanarak işkenceyi tanımlama ve unsurlarını belirleme yoluna gitmektedir. Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde işkence kavramı ve unsurları üzerinde durulacak ve Mahkemece işkence olarak nitelendirilmiş muameleler hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. Türk Ceza Hukuku yönünden işkence kavramı konumuz dışında kaldığından gerekmediği müddetçe bu hususta açıklamalara yer verilmeyecektir.

man Rights, in the third article, regulated the prohibition of torture and other ill treatments under the same article and subordinated it to the same conclusion. The European Court of Human Rights definitely mentions the separation between torture and other treatments. However, in the convention, neither torture was defined nor distinguishing standards from other treatments were stated. Using also the definition of the United Nations Convention, the Court resorts to define torture and identify its elements. This article aims to focus on the concept of torture and its elements in the case-law of the European Court and then decisions which have been described as torture by the Court will be evaluated. As the concept of torture is not included in Turkish Criminal Law, explanation regarding this issue will not be taken into consideration.

I. Kavramsal Çerçeve

Başta İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB) olmak üzere tüm uluslararası bildiri ve sözleşmeler işkenceyi ve bir takım muameleleri bir arada düzenlemekte ve aynı hukuksal rejime tabi tutmaktadır. İşkence, diğerleri içerisinde en barbar ve zalimane muamele niteliğinde olması nedeniyle “jenerik kavram” (*une notion generique*) olarak görülmektedir. İHEB 5’inci maddesinde “hiç kimse işkence veya zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulamaz” denilmektedir. Bu bildiriden geniş ölçüde yararlanmış olan ve bölgesel düzlemde en etkili koruma sistemini getiren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de (AİHS) kenar başlıkta “işkence yasağı” deyimini kullanmış ancak madde metninde (md. 3) zalimane ibaresi dışında İHEB’deki metne hemen hemen aynı ibarelerle yer vermiştir. Gerek İHEB gerekse AİHS’nin hazırlanış dönemi dikkate alındığında işkence kavramına vurguda bulunulması daha da anlamlıdır. Şu var ki, birtakım eylem ve işlemlerin de en az işkence kadar etki ve sonuç doğurucu niteliği nedeniyle Sözleşmelerde aynı maddede düzenlendiği ve aynı hukuksal sonuca bağlandığı göze çarpmaktadır. Böylelikle diğerlerinin de göz ardı edilmesinin engellenmesi düşünülmektedir. İnter-Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 5’inci maddesinde ise kenar başlığı olarak “insanca muamele hakkı” deyimini kullanmış ve madde

içeriğinde işkence ve ona eş düzeyde İHEB ve AIHS'deki diğer muamelelere yer vermiştir. Dolayısıyla işkence ve diğerlerinin hepsini aynı kenar başlığında ele almıştır.

Konuyla ilgili üç özgül (spesifik) sözleşmeden ikisinin başlığı gerek işkenceyi gerek diğer kategorideki muameleleri barındırmaktadır: “*Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme*”, “*Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Sözleşme*”, “*İnter-Amerikan İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi*” ise adından da anlaşılacağı üzere yalnızca işkence ifadesini kullanmıştır.

BM İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi bir kenara bırakılacak olursa hemen hemen bütün genel ve özel sözleşmelerin konuyu düzenleyen maddelerinde işkencenin hemen ardından **zalimane davranış** (traitement cruel), **insanlık dışı muamele** (traitement inhumain), **aşağılayıcı muamele** (küçültücü, alçaltıcı-traitement dégradant), **insanlık dışı ceza** (peine inhumain) **aşağılayıcı ceza** (küçültücü, alçaltıcı – peine dégradant) kavramlarına yer verilmektedir.¹ BM Sözleşmesi işkence ile diğer muameleleri tek bir madde yerine ayrı ayrı maddelerde düzenlemiştir. Sözleşme 1’inci maddesinde işkenceyi, 16’ncı maddesinde ise “*İşkence derecesine varmayan diğer zalimane, insanlık dışı veya küçültücü muamele veya ceza gibi filler*”i düzenleme altına almıştır.

İşkence hemen yanında kullanılan diğer muamelelerden birçok açıdan ayrılmaktadır. Ancak bir takım muameleleri işkence kategorisinden ayırmak da esasen işkenceden aşağı kalmayacak birçok davranışın basitleştirilmesine ve ağırlık imajının azalması ve davranışın sosyal ve siyasal tepki dozunun düşürülmesi sorunu ile karşı karşıya bırakır. Bu nedenle uluslararası sözleşmelerde işkence ile insan onurunun ortadan kaldırılması sonucunu doğuran birtakım işlem ve davranışlar işkencenin hemen ardından zikredilerek bir anlamda eş değer kategoride değerlendirilmektedir. Bunda amaç diğerlerinin de gözden kaçırılmaması ve esnetilmemesidir.

Sonuç olarak uluslararası sözleşmeler ister tek maddede isterse ayrı ayrı maddede düzenlemiş olsunlar işkence ile kötü muameleler arasında nitelik farkından zi-

¹ AIHS ve Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi, zalimane davranış kavramına yer vermemiştir. Ancak insanlık dışı muamelenin onu karşılayacağından kuşku bulunmamaktadır. Diğer yandan 2008 itibarıyla yürürlüğe konulan Arap İnsan Hakları Şartı da diğer sözleşmelerden farklı olarak onur kırıcı ya da insanlık dışı ceza olarak nitelendirilen kavramları kullanmamıştır. Şüphesiz bu eksik bırakılmış olmakla birlikte Sözleşmenin dayandığı kaynaklar bakımından tutarlı görülebilmektedir. Nitekim İslam hukukunda cari kimi cezalar (recim gibi) uluslararası toplumca insanlık dışı addedilmektedir. Böylece, Sözleşmenin, kendi düşünsel yapısı ve kaynaklarıyla uyum içerisinde olacak ibareler kullanıldığı izlenimini uyandırmaktadır.

yade gerçekleştiriliş biçim ve yöntem farkı olduğuna işaret etmektedirler. Vurguyu işkenceye yapmış olmakla birlikte insan onurunu ortadan kaldırıcı veya tahrip edici nitelikleri dikkate alınarak diğer davranışlar da onunla birlikte düşünülmüş ve taraf devletler aynı yükümlülüklerle tabi kılınmıştır. Sözleşmeler açısından önemli olan işkence dışında kalan diğer muamelelerin de birey onurunu işkence kadar etkilediği; fiziksel ve ruhsal bakımdan onda derin acı ve ızdıraba yol açtığı olgusunun gözden uzak tutulmamasıdır.

Kanaatimizce işkenceyi dar ve geniş anlamda olmak üzere iki biçimde kullanmak ve işkence dışında kalan muameleleri geniş anlamda işkence tabiriyle karşılamak amaca daha uygun düşecektir. Böylelikle bir yandan diğer muamelelerin esnetilebilmesi, sıradanlaştırılabilmesi riskinin önüne geçilebilecek; diğer yandan da aralarında şu ya da bu şekilde bir farklılık olduğu imajı ilk bakışta verilebilecektir.

II. İşkencenin Benzer Muamelelerden Ayırımı

A. Ayırım Gereği

Yukarıda da belirtildiği üzere işkence ve benzeri muamelelerin uluslararası sözleşmelerde iki kategoride ele alındığı görülmektedir. Bunlardan bir grubunu işkence (torture) diğer grubunu ise insanlık dışı muamele, insanlık dışı ceza, onur kırıcı davranış, zalimane davranış, aşağılayıcı ceza, onur kırıcı cezalar oluşturmaktadır. Aslında bu yasakların hepsinin ortak özelliği her birinin de kötü muamele olmasıdır. Fakat kötü muamele işkencenin ağırlığını karşılayabilecek bir kavram niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle de onu diğerlerinden ayırt etmek üzere bütün dillerde her zaman özel bir terim kullanılmıştır. İşte işkencenin kötü muameleler arasında özel ve ağırlıklı bir yeri olması nedeniyle işkence kavramı kötü muamelelerin jeneriği olarak görülmekte ve bu nedenle de kenar başlık olarak “(...) kötü muamele değil, işkence (...)” kullanılmaktadır. Dolayısıyla da Sözleşmelerde işkenceyi (torture) diğerlerinden ayırt etmek üzere işkence ve diğer kötü muamele biçimleri (mauvais traitements) olmak üzere iki kategori yasağa yer verilmektedir.

Görüldüğü üzere ne işkenceyi de içine alacak şekilde kötü muamele kavramının, ne de işkencenin tek başına jenerik kavram olarak kenar başlıkta kullanımı yeterlidir. Bu nedenle de çoğu zaman işkence ve kötü muamele yasağının yan yana, bir arada kullanılması yoluna gidilmektedir. Kanaatimizce işkenceye bitişik diğer muameleler

de işkence kavramı içerisinde kullanılsa bile işkencenin her zaman diğerlerinden ayrı bir ağırlık ve konumunun olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle dar ve teknik anlamda işkence ile geniş anlamda işkence diyebileceğimiz diğer kötü muamele veya diğer işkence biçimlerinin birbirinden ayırımı gereklidir. Her ikisinin de aynı hukuksal sonuca tabi tutulması bazı durumlarda hukukun nihai amacı ve idesi olan adaleti sağlamak amacıyla asla bağdaşmayacak durumlara götürebilir. Örneğin bir kimsenin kombine olarak gözaltında dövülmesi, hakarete uğraması, elektro şoka maruz kalması, falakaya tabi tutulması ile gözaltında aç susuz bırakılması, korkutucu bir böcek ile yan yana yaşamak durumunda bırakılması, ya da tek başına yüzünün dışkıyla sıvanmasını eş değer kategoride görmek ve aynı hukuksal sonuca bağlamak ne ölçüde adildir? İşte yan yana anılsalar da başlıkta tek ya da kenar başlıkta bitişik olarak kullanılsalar da aynı maddede yasak kategoriler olarak zikredilseler de, hatta tek bir kavramda hepsi mündemiç kılınmış olsalar da dar ve teknik anlamda işkence her zaman diğerlerinden ayrıştırılmaktadır.

AİHM, birçok kararında “*bir muamele türünün işkence olarak sınıflandırılması için 3’üncü maddede ifade edilen işkence kavramı ile insanlık dışı veya alçaltıcı muamele arasındaki farkın mutlaka ortaya konulması gerektiği*”nin altını çizmiştir. Mahkemeye göre bu ayırımın yapılmasındaki amaç, “*ciddi ve insafsızca acı çekilmesine yol açan kasıtlı ve insanlık dışı muameleyle özel bir önem yüklemektir.*”²

B. İşkence Kavramı

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 09.12.1975 tarihli “Herkesin İşkence ve Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezalara Karşı Korunması Hakkında Bildiri”nin³ 1’inci maddesinde “*işkence acımasız, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ya da cezanın kasıtlı ve en ağır biçimi*” olarak tanımlanmıştır. Kısa adı “Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesine İlişkin Sözleşme”, teknik anlamda “işkence” ile Sözleşmedeki adlandırmayla “diğer işkence türleri”ni ayrı ayrı maddelerde düzenlemiştir. 1’inci maddesinde işkenceye ilişkin bir resmi tarif getirmiştir. Sözleşme işkenceyi şöyle tanımlamaktadır: “*Sözleşme amaçlarına göre, “işkence” terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir eylem nedeniyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep*

² Khadisov ve Tsechovoy/Rusya, 05.02.2009, pr. 131; Samoylov/Rusya, 02.10.2008, pr. 52; Selmouni/Fransa, pr. 96-97; Diri/Türkiye, 31.07.2007, pr. 44.

³ 09.12.1975, 3452 (XXX) sayılı BM Genel Kurulu Kararı.

dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası yahut onayıyla uygulanan fiziksel veya ruhsal ağır acı veya ızdırıp verici bir eylem anlamına gelir. Yalnızca yasal yaptırımların uygulanmasından doğan, doğasında olan veya arızı olarak ortaya çıkan acı ve ızdırıp işkence olarak değerlendirilemez.” Belki işkence gibi gösterişi olmasa da insan onurunu sinsice katledici diğer davranışlar 16’ncı maddede düzenlemiştir. Buraya bakıldığında işkence dışında kalan diğer muameleler ismen sayılmış, herhangi bir tarif ve ölçüte yer verilmemiştir. Şu var ki, muhtemelen bu davranışların işkencenin gölgesinde kalmaması adına bunları (“zalimane, insanlık dışı veya küçültücü ceza veya muamele”) “diğer işkence biçimleri” olarak nitelendirmiştir. Aralarında da anlamlı bir farklılık getirmemiş, işkence açısından taraf devlet yükümlülüklerine diğer muameleler bakımından da göndermede bulunulmuştur. Madde şöyle bir düzenlemeye yer vermektedir: “Her taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde Sözleşmenin 1’inci maddesinde tanımlanan işkence derecesine ulaşmamış diğer zalimane, insanlık dışı veya küçültücü muamele veya ceza gibi eylemlerin, bir kamu görevlisi tarafından veya onun teşvik veya açık yahut örtülü onayı ile veya resmi sıfatıyla hareket eden bir başka şahıs tarafından işlenmesini önlemeyi üstlenecektir. Özellikle, 10, 11, 12 ve 13’üncü maddelerde yer alan yükümlülükler zalimane, insanlık dışı veya küçültücü ceza yahut muamele şeklindeki **diğer işkence biçimlerine** de uygulanacaktır”(-vurgu bize ait).

AİHS işkence yasağı kenar başlıklı 3’üncü maddede işkence ve diğer muameleleri yan yana anmış fakat herhangi bir tanım ya da ölçüte yer vermemiştir. Bireyin maddede sayılanların herhangi birisi içerisinde değerlendirilebilecek olan bir işleme tabi tutulmuş olması, Sözleşmenin 3’üncü maddesinin ihlali için yeterlidir. Bununla birlikte ihlal tespitinde bulunursa Mahkeme adil tatmin bağlamında işkenceye diğer eylemlere nazaran daha fazla tazminata hükmedebilir. Bunun dışında işkencenin diğer yasak eylemlere göre devlete politik yansımaları özellikle itibar açısından daha ağır olabilmektedir.⁴ Çünkü işkence öteden beri bütün uygar toplumlarca aşağılanmış bir davranış biçimidir. Günümüzde hiçbir devlet “işkenceci devlet” sıfatını taşımak istememektedir. Şüphesiz diğer eylemler de bütün uluslararası sözleşmelerde yasaklanmıştır. Ne var ki bunlara nefret ve tepki düzeyi ile işkence aynı değildir. Denilebilir ki, bir taraf devlet işkence nedeniyle sözleşme ihlalinden

⁴ Clayton, R- H. Tomlinson, **The law of Human Rights, VI**, Oxford University Pres, 2000, s. 388’den naklen Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, Legal Yay., İstanbul 2006, s. 17. Nitekim kamuoyunda, cezaevinde işkence sonucu öldürüldüğü iddia edilen Engin Çeber adlı bir mahkûmla ilgili olarak TBMM İnsan Hakları Komisyonu Alt Komisyonunca yürütülen araştırma raporunda Çeber’in cezaevinde işkenceye değil kötü muameleye maruz kaldığı tespitine yer verilmiş ve kamuoyuna da işkence değil kötü muamele olarak açıklanmıştır. <http://www.ntvmsnbc.com/news/468236.asp> (**İET.26.02.2009**)

mahkûm olmaksızın insanlık dışı muamele veya cezadan mahkûm olmayı tercih edebilmektedir.⁵ Nitekim **İrlanda/Birleşik Krallık** kararında Mahkemenin devlete yöneltilmiş işkence isnatlarını Komisyonun aksine işkence olarak değil de insanlık dışı muameleler olarak nitelendirmiş olması İngiliz hükümeti tarafından hayli sevindirici bulunmuştur. Buna mukabil **Uluslararası Af Örgütü** bu eylemlerin işkence olarak değerlendirilmemiş olmasını hayli eleştirmiştir.⁶ Belirtelim ki, Mahkeme, kimi zaman da kişinin maruz kaldığı muamele eğer işkence olarak nitelenebilecek kadar ağırlıkta değilse, diğerlerinden hangisini ya da hangilerini oluşturduğuna ilişkin bir tavsifde bulunmaksızın doğrudan 3'üncü madde ihlali oluşturduğuna hükmeden Mahkeme kararlarına rastlanılmaktadır.⁷

AIHS gibi Avrupa Konseyi bünyesinde uygulamaya konulan doğrudan işkence ve insanlık dışı muamele ve cezaların yasaklanması konu alan Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi de⁸ (AİÖS) işkence, insanlık dışı muamele ve cezayı tanımlamamış, bu kavramları birbirinden ayırt edici herhangi bir ölçüte yer vermemiş, bu işi Sözleşme organlarının kararlarına bırakmıştır. Bu yöntem esas itibarıyla Sözleşme mantığına daha uygun düşmektedir. Çünkü muhtemelen tanımlar yapılmış olsaydı, 3'üncü maddenin koruma alanı şimdiki kadar geniş bir spektruma yayılamazdı. Üstelik maddede yer alan işkence ve kötü muamele kavramları dar anlamlarının da ötesine gidemezdi. Oysa AİHM içtihatlarıyla hiç de tahmin edilemeyecek noktalara taşınabilmiştir. AIHS'yi hazırlayanlar her ne kadar tanımlamaya gitmemişlerse de hem işkence hem de insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele ve ceza terimlerini kullanmak suretiyle de işkence dışında kalanlarla işkence arasında kesin bir ayırım yapmak istemişlerdir.⁹ Diğer yandan, işkencenin hemen ardından insanlık dışı muamele, insanlık dışı ceza gibi kavramları peşi sıra saymanın Sözleşmenin yapımcıları açısından özel bir önemi vardır: Amaç, işkenceden daha yaygın olarak da kullanılan

⁵ Anayurt, Ömer, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yay., Ankara 2004, s. 99.

⁶ Jonathan-Cohen, Gérard, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, Economica, Paris. 1989, s. 294.

⁷ Abdurrahman Orak/Türkiye, 14.01.2002, pr. 167.

⁸ Avrupa Konseyi tarafından 26.06.1987 yılında kabul edildi ve 01.02.1989 tarihinde yürürlüğe konuldu. Resmi adı "Avrupa, İşkence ve İnsanlık Dışı Ya da Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi Hakkında Sözleşme"dir. Türkiye, Sözleşmeyi ilk onaylayan ülke unvanına sahiptir. *İşkencenin ve Gayriinsanî ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*, Kanun No: 3411, **RG**. T. 26.02.1988, S. 19737. Avrupa Antlaşmaları Serisi (ETS)- No. 126. 1 (ETS No. 151) ve 2 (ETS No. 152) No'lu Protokol hükümlerine göre değiştirilmiş olan metin 1 Mart 2002'de yürürlüğe girmiştir. Bk. <http://www.cpt.coe.int/turkish.htm> (İET.23.01.2009).

⁹ Reidy, Aisling, **İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, Şen Matbaası, Ankara 2007, s. 11. Mahkeme de aynı noktaya işaret etmektedir. Bk. Dikme/Türkiye, 11.07.2000, pr. 93.

ve çok defa doğurduğu sonuç yönünden ondan pek farklı olmayan deyim yerindeyse işkenceye nazaran tepki boyutu ve yankıları bakımından albenisi daha düşük ciddi nitelikteki kötü muamelelere özel olarak dikkatleri çekmektir.¹⁰ AIHM de pek çok kararında her iki kategori arasındaki ayırımı esasına yer vermektedir. Mahkeme'ye göre bir muamelenin işkence olarak nitelendirilmesi için öncelikle 3'ncü maddede ifade edilen işkence kavramı ile insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele arasındaki farkın ortaya konulması gerekir. Sözleşmenin bu ayırımı yapmaktaki amacı, ciddi derecede ve insafsızca acı çekilmesine yol açan kasıtlı ve insanlık dışı muameleyle özel olarak dikkatlerin çekilmesi ve yasağın önemine işaret etmektir."¹¹ Bu nedenle de Mahkeme, muamelenin işkence kategorisine girmiş olması durumunda kararında işkence nitelenmesine mutlaka gitmektedir.

Bununla birlikte Sözleşme Organlarının kararlarında da açıkça görüldüğü üzere, hangi durumda işkenceden hangi durumda da geniş anlamda işkenceden ya da Sözleşmedeki deyimlerle insanlık dışı, aşağılayıcı muamele ve cezadan söz edilebileceğine ilişkin kesin çıkarımlar bulunmamaktadır. Hatta 11'inci Protokol öncesi Sözleşme organlarından Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, meşhur *İrlanda/Birleşik Krallık* kararında işkence olarak nitelendirdiği bir eylemi Mahkeme insanlık dışı muamele olarak değerlendirmişti.

AIHM, önüne taşınan 3'üncü maddeyle ilişkin ihlal iddialarında öncelikle işlem ve davranışın ağırlık düzeyine bakmaktadır. Çünkü Mahkemeye göre belirli bir ağırlığa erişmemiş olan işlem ve davranışlar, 3'üncü madde ihlali olarak değerlendirilemezler. Hemen ardından işlem ve davranışın işkence mi yoksa diğer kategorideki yasaklardan mı olduğunu tespit etmektedir. Eğer işkence niteliği taşıyan işlem ve davranışlardan olduğu görüşünde ise bunu mutlaka belirtmekte ve neden işkence olduğuna dair açıklamada bulunmaktadır. Eğer işkence dışındakilerden birisine girmekteseyse çoğu zaman bunlardan hangisi ya da hangileri olduğuna da (yani, insanlık dışı muamele, insanlık dışı ceza, onur kırıcı davranış, onur kırıcı ceza gibi...) ilişkin bir değerlendirmede bulunmaktadır. Bazı kararlarda ise Mahkeme eğer işkence nitelenmesinde bulunmamışsa diğer kategorilerden hangisine girdiğine ilişkin bir tahlilde

¹⁰ Reidy, a.g.e., s. 11.

¹¹ Erdoğan Yılmaz ve Diğerleri/Türkiye, 14.10.2008, pr. 49; Dedovski ve Diğerleri/Rusya Federasyonu, 15.05.2008, pr. 84; Mikheyev/Rusya F, 26.01.2006, pr. 135; Aksoy/Türkiye, 18.12.1996, pr. 63; Akkoç/Türkiye, 10.10.2002, pr. 115; Corsacov/Moldova, ; Dedovski ve Diğerleri/Rusya, 15.05.2008, pr. 84; Aydın/Türkiye, 25.09.1997, pr. 83-84, 86; Selmouni/ Fransa, pr. 96-97; Dikme/Türkiye, 11.07.2000, pr. 96; Diri/Türkiye, 31.07.2007, pr. 44.

de bulunmaksızın doğrudan işlem ve davranışın 3'üncü madde ihlali oluşturduğu ya da oluşturmadığına ilişkin bir tespitle yetinmektedir.

Mahkeme, **İrlanda/Birleşik Krallık** kararında ortaya koyduğu bakış¹² sonra-ki pek çok kararında da yinelemiştir. Kararlarda işkence ve diğer kötü muameleler kısaca tanımlanmakta ve aralarındaki farka soyut ifadelerle de olsa değinilmektedir. Buna göre “işkence” isteyerek gerçekleştirilen, ağır, dayanılmaz acılar veren bir insanlık dışı muamele yöntemidir. İnsanlık dışı muamele fiziksel ve ruhsal acılara yol açan uygulamalardır. Aşağılayıcı muamele ve cezalar, kişilerde korku, endişe, aşağılanmışlık duygusu oluşturan başkaları karşısında utanç duruma sokulan, küçük düşürülen, fiziksel ve ruhsal açıdan direncini kıran davranışlardır. Bu tanımlama ya da aralarındaki ilişkiyi betimleme bugünkü içtihatlarına da aynı şekilde yansıtılmıştır.¹³ Şu halde işkence de bir insanlık dışı davranış olup diğerlerinden özel bir takım amaçlara yönelik olmasıyla bilinçli bir istek ve niyetle yapıldığıyla, ağırlığıyla (vahşice, barbarca) ön plana çıkmaktadır.¹⁴

AİHM, diğer alanlarda olduğu gibi işkence nitelendirmesinde de “**dinamik yorum**” ilkesini uygulamakta ve işkence mi diğer kötü muamele biçimleri mi olduğuna ilişkin değerlendirmeleri “günün koşulları ışığında” yapmaktadır. Dolayısıyla da daha önce 3'üncü maddeye aykırı bulunmayan bir muamele ya da ceza daha sonradan insanlık dışı muamele ya da ceza olarak değerlendirilebilmektedir.¹⁵ Diğer yandan, geçmişte kötü muamele kapsamında görülen bir eylemin bugün işkence olarak değerlendirilebilmektedir. Örneğin **Tomasi /Fransa** kararında başvurucunun maruz kaldığı muameleler insanlık dışı muamele olarak görülürken hemen hemen aynı ağırlıktaki muamelelere konu olan **Selmouni/Fransa** kararında işkence olarak nitelendirilmiştir.¹⁶ Mahkeme, “*insan haklarının korunmasında standartların ve çitanın giderek yükseldiğini, dolayısıyla demokratik toplumların ana değerlerinin ihlalinde de daha katı ve tolerans eşliği daha düşük değerlendirmelerin yapılması gerektiği*”nin altını çizmiştir.¹⁷

¹² İrlanda/Birleşik Krallık, pr.167

¹³ İlascu ve Diğerleri/Romanya ve Rusya, pr. 425; Kudla/Polonya, pr. 92. Polonskiy/Rusya, 19.03.2009, pr. 118.

¹⁴ Renucci, a.g.e., s. 78; Batum, a.g.,m., s. 1356.

¹⁵ Örneğin bir hükümlünün sağlık sorunları nedeniyle hastanede kaldığı sürede güvenlik gerekçesiyle yatağa bağlanması önlemini 3'üncü madde ihlali görmezken (Herczegfalvy/Avusturya, 24.09.1992, pr. 83), aynı uygulamayı yaklaşık on yıl sonraki bir kararında 3'üncü madde ihlali olarak değerlendirmiştir (Henaf/Fransa, 27.11.2003, pr. 55).

¹⁶ Doğru, a.g.e., s. 4.

¹⁷ S.D. /Yunanistan, 11.06.2009, pr. 48; Selmouni/Fransa, 28.07.1999, pr. 101. Aynı yönde Dikme/Türkiye, 11.07.2000, pr. 92; Elçi ve Diğerleri/Türkiye, 13.11.2003, pr. 634.

Sonuç olarak şunu açık ve net söyleyebiliriz ki, Sözleşmede geçen işkence ve insanlık dışı muamele ve cezaların belirgin sınırlarla ve ölçütlerle ayırımı hayli zor ve naziktir.¹⁸

III. AİHM İçtihatları Işığında İşkencenin Unsurları

Yukarıda da belirtildiği üzere BM İşkencenin Yasaklanması ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşmenin 1'inci maddesi bir işkence tanımına yer vermektedir. Sözleşme diğer muameleler konusunda sessiz kalırken işkenceyi açıkça tarif etmektedir. Buna göre bir eylem veya davranışın işkence olarak nitelendirilebilmesi için şu unsurların varlığı gerekmektedir:

- Eylemin fiziksel yahut ruhsal yönden ağır acı veya ıstırap verici niteliğinin bulunması;
- Eylemin kasten işlenmiş olması;
- Eylemin cezalandırmak, bilgi ya da itiraf elde etmek, gözdağı vermek ya da ayırmacılık amaçlarına ulaşmak amacıyla gerçekleştirilmiş olması;
- Resmi sıfatı haiz kişiler ya da böyle bir sığata sahip olmasalar da onların bilgisi yahut onayıyla yapılmış olması.

Bu unsurlar işkence eyleminin kurucu unsurlarını oluşturmaktadır. Herhangi birisinin olmaması eylemi işkence kategorisinden çıkartır ve diğer işkence halleri içrisine sokar. Bu tanıma AİHM de zaman zaman göndermelerde bulunmaktadır.¹⁹ Ancak AİHM açısından bu unsurların hepsinin bir arada olması gerekmemektedir. Kimi zaman bu unsurların hepsine birden yer vermekte; kimi zaman ikisine ya da birine atıfta bulunmak suretiyle eylemi işkence olarak nitelendirmektedir.

AİHM ise bir muameleyi işkence olarak nitelendirirken şu ölçütleri kullanmaktadır: Fiziksel ve ruhsal acının özel ağırlığı; kast; belirli bir özel amaç ve kamu görevlisince gerçekleştirilme.²⁰ Belirtelim ki, bu unsurlar Mahkeme açısından BM Sözleşme-

¹⁸ Callewaert, Johan, "l'article 3 de la convention européenne: une norme relativement absolue ou absolument relative?" **Liber Amicorum Marc-André Eissen**, Bruylant LGDJ, Bruxelles-Paris, s.32; Ergec, Rusen, **Protection Européenne et Internationale des Droits de l'Homme**, Bruylant 2004, s. 170.

¹⁹ Mahmut Kaya/Türkiye, 28.03.2000, pr. 117.

²⁰ Sudre, Frédéric, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, 19. Éd., PUF, Que Sais Je? Paris 1997, s. 91-92.

sinin aksine kümülatif unsurlar değildir. Aşağıda bunların ne anlama geldiği AIHM içtihatları ışığında ortaya konulacaktır.

A. Fiziksel ve Ruhsal Acının Özel Olarak Ağırılığı (*intensité des souffrances*)

Uluslararası sözleşmelerde işkencenin belirleyici unsuru olarak muamelenin ağır acı ve ızdırap verici oluşuna işaret edilmektedir.²¹ İşkenceyi diğer kötü muamele türlerinden ayırt etmek üzere AIHM'nin de kullandığı en temel ölçüt acı ve ızdırabın özel ağırlığı, ciddiliği, yoğunluğudur. Esasen Mahkemeye göre 3'üncü maddede yazılı tüm yasakların ihlal edilmiş sayılabilmesi için muamelenin "asgari yoğunluk eşiği"ni (de minimis kuralı) aşmış olması gerekmektedir. Eğer bir muamele aşağılayıcı da olsa, insanlık dışı nitelik de taşısa belirli bir ağırlık taşımamaktaysa 3'üncü madde ihlalden söz edilemeyecektir. Şüphesiz işkence kategorisinde görülen bir muamelenin bu eşiği her durumda geçtiğinden söz edebiliriz. Sorun bu eşiği geçmiş olan muamelenin hangi kategoride olduğunun tespitidir. Bazen Mahkeme herhangi bir nitelirmede bulunmaksızın 3'üncü madde ihlali olduğunu saptamakla yetinmektedir. Ancak muamele Mahkeme nezdinde işkence olarak nitelermeyi gerekli kılıyorsa mutlaka ayrıntılı tahlile gitmekte ve bunun neden işkence oluşturduğunu belirtmektedir. İşte burada da temel ölçüt olarak fiziksel ve/veya ruhsal acının ağırlığı, yoğunluğu ölçütüne vurgu yapmaktadır.

Mahkemeye göre işkence, kötü muamelelerin en ağır ve acımasızını oluşturur. Kendi ifadesiyle "*İşkence, ağır acı ve ızdırap verici nitelik taşır.*" **Aydın/Türkiye** kararında da belirtildiği üzere, "Sözleşme, oldukça ciddi, zalimce acı ve ızdıraba yol açacak nitelikteki kötü muameleleri işkence ile karşılamak istemiştir."²² Başka bir deyişle 3'üncü maddede anılan yasak eylemler arasında, sertlik ya da acı eşiği itibarıyla bir hiyerarşi kurulabilirse; işkence eşiğinin tepesinde (*seuil supérieur*) insanlık dışı muamele orta seviyede (*seuil intermédiaire*) küçültücü, ya da aşağılayıcı muamele ve cezalar ise sınırı geçmiş en alt seviyede (*seuil minimum*) yer alır.²³ Bu ölçüte göre özel

²¹ BM İşkencenin Önlenmesine Dair Sözleşme, m. 1; Uluslararası Ceza Mahkemesini Kuran Roma Statüsü, m. 72-e.

²² Aydın/Türkiye, 25.09.1997, pr. 82; İrlanda/Birleşik Krallık, pr. 167.

²³ Sudre, Frédéric, "l'article 3", **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, (Sous la direction de: L. E. Pettiti- E. Decaux- P-H. Imbert), 2. éd., Economica, Paris 1999, s. 159; Vélou, Jacques-Ergec, Rusen, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, Bruylant Bruxelles, 1990, s. 199.

bir amaç için gerçekleştirilmemiş olsa da muamele bizzatı ağırılığı itibarıyla işkence olarak nitelenebilmektedir.

Mahkemeye göre mağdura verilen fiziksel ve/veya ruhsal acı eğer “özel olarak ağır nitelikte” değilse hangi amaçla gerçekleştirilmiş olursa olsun işkence değil, insanlık dışı muameledir. Böylece işkence ile insanlık dışı muameleyi (buraya zalimane muamele de dâhil) ayırt etmede de Mahkemenin kullandığı temel ölçüt budur. Nitekim **İrlanda/Birleşik Krallık** kararında başvuruçulara gözaltında kombine olarak uygulanan beş tekniği²⁴ işkence olmayıp da insanlık dışı muamele olarak nitelendirirken acı ve ızdırabın işkence kategorisine sokulabilecek bir özel ağırlık ve şiddette görmemiştir. Aynı şekilde **Elçi ve Diğerleri/Türkiye** kararında da Mahkeme, gözaltında bilgi ve itiraf elde etme amacı taşıyan bir takım muameleleri bazı başvuruçular açısından işkence, bazı başvuruçular bakımındansa işkence nitelemesinde başvuruçuların “özel olarak ağırlık” kategorisine erişmediği gerekçesiyle insanlık dışı muamele saymıştır.²⁵ Belirtelim ki, burada acı “maddi/bedensel” nitelikte olabileceği gibi “manevi/ruhsal” nitelikte de olabilir. Mahkemeye göre acının yoğunluğunda da muamelenin bizzatı ağır, ciddi kategorisinde görülmesi yeterli olup mağdurun subjektif durumu itibarıyla buna dayanıklı oluşunun veya aşırı ölçüde vurdumduymazlığı ya da umursamazlığının önemi bulunmamaktadır.

Şu halde Mahkeme açısından bir muamele, **hangi amaçla yapılmış olursa olsun “ağırılığı ya da yoğunluğu” yönünden tek başına işkence olarak nitelendirilebilecektir.** Bunun sonucu olarak fiziksel ve/veya ruhsal acının yoğunluğu için muamelenin sistematik ya da süreklilik arzemesi zorunlu değildir. Mahkemenin bu yaklaşımı isabetlidir. Çünkü bir acının özel olarak yoğunluk derecesine ya da ağırlık derecesine erişmesi için sistematik ya da tekrarlanarak yapılmasına gerek yoktur.²⁶ Hiç şüphesiz sistematik olma, işkenceyi karakterize edici önemli ölçüt-

²⁴ IRA terör örgütü faaliyetlerinde buldukları iddiasıyla gözaltında “beş teknik” olarak adlandırılan sorgulama yöntemine başvurulmuştur. Bu yöntemler hepsi bir arada uygulanmıştır. Bunlar: uzun saatler boyunca elleri başlarının üzerinde ayaklarını açıp geriye atılı vaziyette beden yüklerini ayak parmaklarına vermek biçiminde duvara karşı ayakta bekletilme; sorgulama dışında şüphelilerin başlarına koyu renkte poşetler geçirilmesi (gözlerin bağlı tutulması); yüksek tonda seslerin uygulandığı aşırı gürültüye maruz bırakılma; uyumalarına engel olma; derece kısıtlı yiyecek ve içecek vermeden ibarettir.

²⁵ Elçi ve Diğerleri/Türkiye, 13.11.2003, pr. 641, 647.

²⁶ Türk hukukunda işkenceyi düzenleyen 94’üncü maddede hareketlerin sistematikliğinden söz edilmemesine karşın gerekçede fiillerin “sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde” işlenmesinden söz edilmektedir. Öğretide işkence suçunun oluşması için gerekçede yer verilen bu ölçütün gerekli olduğunu savunanlar yanı sıra böyle bir unsurun gerekli bulunmadığı kanaatinde olanlar vardır. Bu konudaki tartışmalar ve değerlendirmeler için bk. Üzülmüş, a.g.m., 236; Önok Murat, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yay., Ankara 2006, s. 412; Bakım Sevi, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu**, Beta Yay., İstanbul 2008, s. 128.

lerdendir. Ancak her durumda bu unsura bağlı kalmak da sistematik olmayan, ama sistematik olmasına karşın ondan daha ağır acı verici bazı muamelelerin işkence kategorisinde görülmemesi riskini doğurur. Örneğin “bir kimsenin göz kapağı üzerinde sigara söndürülmesi ya da siyasal ayırmacılık nedeniyle cinsel organının kesilmesi” gibi.²⁷ Mahkeme açısından işkence için sistematiklik şüphesiz önem taşır; ancak işkence nitelmesi için hareketin mutlaka sistematik hal almış olması gerekli değildir. Önemli olan, hareketin (tek ya da kombine) mağdurda meydana getirmiş olduğu yoğun acı ve ızdıraptır. Bu nedenle uluslararası insan hakları hukukunda işkence için sistematiklik unsuruna yer verilmemektedir. Sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulamasında değil, Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesinde de işkence tanımında sistematiklik unsuruna yer verilmemiştir.

Mademki, acının yoğunluğu gerekmektedir; o halde tek bir hareket bile Mahkemenin aradığı özel ağırlık koşulunu gerçekleştirmeye yeterlidir. Yeter ki, muamele özel olarak ağır ve ciddi nitelik taşımış olsun. Bu cümleden olmak üzere Mahkeme açısından özel bir amaçla gerçekleştirilmiş olup olmaması muamelenin işkence olarak nitelendirilmesinde kesin bir ölçüt özelliği taşımamaktadır. Nitekim **İlhan/Türkiye** kararında Mahkeme başvurucunun gözaltına alınırken maruz kaldığı muamelede şiddetin yoğunluğunu göz önünde bulundurarak işkence olarak değerlendirmişti. Karara konu olay şu şekilde cereyan etmiştir:²⁸ Abdüllatif İlhan güvenlik kuvvetlerince ele geçirilmesi sırasında yoğun tekme ve yumruk darbesine maruz kalmıştır. En az bir kez kafasına G3 piyade tüfeği dipçığıyle vurulmuş ve bu darbeler sonucunda vücudunun değişik yerlerinde ekimozlar oluşmuş ve kafasında da en az iki ağır yara meydana gelmiştir. Beyninde hasar ortaya çıkmış geçici yürüme ve görme işlevlerinde bozukluk ve kayıp ortaya çıkmıştır. Yaralar görülebilir olmasına, konuşmada ve yürümede zorluklar yaşadığı görülebilir olmasına karşın hastaneye en az otuz altı saat sonra götürülebilmıştır. Mahkeme’ye göre kişiye uygulanan kötü muamelenin ağırlığı, özellikle açıkça içinde bulunduğu durum görülebilir olmasına karşın tıbbi tedavi ve bakım konusunda gereken hassasiyetin gösterilmemiş olması birlikte değerlendirildiğinde bu muamelenin başvurucuya vermiş olduğu ağır acı ve ızdırap işkence olarak nitelendirilebilecek yoğunluktadır.²⁹

²⁷ Önok, a.g.e., s. 413.

²⁸ İlhan/Türkiye, 27.06.2000, pr. 85-86.

²⁹ İlhan/Türkiye, 27.06.2000, pr. 87.

Bursuc/Romanya kararında ise Mahkeme, herhangi bir amaca işaret etmeksizin sadece başvurunun maruz kalmış olduğu şiddetin özel ağırlığından hareketle işkence nitelenmesine gitmiştir. Başvuruda, sarhoş olduğu ve barmene saldırdığı için çağrılan polisin başvurucuya “hey sen, göster kimlik kartını” ifadesine “ne demek hey sen” ibaresiyle karşılık vermesi üzerine başvurucuya gerek barda gerek bindirildiği otomobilde ve polis merkezinde uygulanan darp ve cebrin özel ağırlığını dikkate almak suretiyle başkaca hiçbir unsura değinmeksizin işkenceye hükmetmiştir.³⁰

Mahkemeye göre bazı muameleler doğası gereği işkence olarak nitelenmeyi gerekli kılabilecek ağırlık ve dozdadır. Örneğin **Aksoy/Türkiye** kararında da belirtildiği üzere “Filistin askısı doğası itibarıyla ve tek başına işkence olarak nitelendirilmeyi gerekli kılan ağır ve zalimane bir davranıştır.” (...) “Böyle bir ağır yöntemin tespiti halinde başvurunun maruz kalmış olduğu diğer kötü muamele şikâyetlerini inceleme gereği bile olmaksızın başlı başına işkencenin varlığına hükmedilebilecektir.”³¹ Yine Mahkeme **Corsacov/Moldava** kararında başvurunun muameleye maruz kaldığı tarih itibarıyla çocuk oluşu, bu nedenle güçsüz ve özel korumaya muhtaç kişi oluşuna özel önem atfetmiş olmakla birlikte kötü muamelenin niteliğini ortaya koymada belirleyici unsurun olayda başvurucuya uygulanan falaka olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, Salman kararına da atıfta bulunarak doğası itibarıyla zalimane bir hareket olduğunu, bu nedenle başlı başına işkence olarak nitelenebilecek bir ağırlık taşıdığını belirtmiştir.³² Yine bu kararda Mahkeme, işkencenin kötü muamelelerin en menfur ve vahşi şeklini oluşturduğunu söylemektedir.³³

Gözaltında tecavüz muamelesi de Mahkemeye göre tek başına işkence olarak nitelendirilebilecek ağırlıkta bir muameledir. **Aydın/Türkiye** kararında Mahkeme şu ifadelerle yer vermektedir. “Mağdurun çaresizliği, direncinin zayıflığı ve korumadan yoksun oluşu da göz önünde bulundurulduğunda gözaltında tutulduğu sırada kamu görevlisince tecavüze uğraması, kötü muamelenin en ağır ve en iğrenç biçimi olarak görülmelidir. Bunun dışında tecavüz, diğer fiziksel ve ruhsal şiddet türlerinde olduğu gibi zaman içerisinde geçmesi mümkün olmayan derin psikolojik izler bırakır. Başvurucu ayrıca, duygusal dünyasının fiziksel ve ruhsal yönden örselenmesi, onurunun

³⁰ Bursuc/Romanya, pr. 91.

³¹ Aksoy/Türkiye, pr. 64.

³² Corsacov/Moldova, 06.04.2006, pr. 65-66.

³³ Corsacov/Moldova, 04.04.2006, pr. 65.

çiğnenmesi dışında tecavüzün fiziksel acısını da yaşamıştır.”³⁴ Mahkeme **Aydın/Türkiye** kararında başvurucunun maruz kaldığı muameleleri işkence olarak nitelirken “ayrı ayrı iki sebepten bu sonuca ulaştığını belirtmektedir. Birincisi başvurucuya uygulanan ağır acı verici fiziksel ve ruhsal şiddet eylemlerine tabi tutulması ikincisi ise tecavüze uğraması. Mahkeme’ye göre her iki neden de başlı başına işkence olarak nitelendirilebilecek türdendir.³⁵ Yani birinci gruptakiler olmasa da tecavüze uğramasını veya tecavüz olmasa diğer gruptakiler işkence için yeterli görülebilecek ağırlıktadır. **Polonskiy/Rusya** kararında Mahkeme, gözaltında başvurucunun vücudunun değişik yerlerine elektrik verilmesi eylemini, niteliği itibarıyla ağır acı ve ızdırap verici kötü muamele (particularly painful form of illtreatment) niteliğinden hareketle işkence olduğuna hükmetmiştir.³⁶

Mahkeme, **Levinta/Moldova** kararında Corsacov/Moldova kararına da göndermede bulunarak başvuruculara (gaz maskesi takarak ellerini arkasına metal çubukla bağlama ve bu vaziyette iken vücudunun değişik yerlerini coplama gibi uygulamalar bir yana) ayaklarının tabanına vurulmasını (falaka tarzı uygulama) ciddi nitelikte acı verici muamele olarak görmüş ve bu tarz muamelelerin ağır fiziksel acılar verme niyetiyle gerçekleştirildikleri ve dolayısıyla bu muamelelerin tek başına işkence olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir.³⁷ Mahkeme aynı yaklaşımını **Mammadov (Jalaloglu)/Azerbaycan** kararında da yinelemiş ve başvurucuya uygulanan falakanın doğası itibarıyla ağır acı ve ızdırap verici özelliğinden hareketle işkence nitelmesi yapılacak bir kötü muamele türü olduğuna hükmetmiştir.³⁸

Maslova ve Nalbandov/Rusya kararında birinci başvurucuya yönelik sert muameleler ve şiddeti, işkence düzeyine erişmiş ağır acı ve ızdırap verici kategoride olarak değerlendirmiştir. Özellikle tecavüze maruz kalmasını bu olayda da muamelelerin ağırlığı itibarıyla işkence olarak nitelemede yeterli görmüştür. Mahkeme Aydın/Türkiye kararına da göndermede bulunarak şu ifadelere yer vermiştir: “gözaltında tutulan mağdurun içinde bulunduğu koşullar itibarıyla zayıf ve korumasız durumunun da etkisiyle direncinin kolayca kırılması ve istismarna yol açabilecek tecavüz, kötü muamele yöntemlerinin en ağır ve iğrenç (abhorrent) biçimini oluşturur. Dahası, tecavüz, diğer fiziksel ve ruhsal şiddet yöntem-

³⁴ Aydın/Türkiye, 25.09.1997, pr. 83.

³⁵ Aydın/Türkiye, 25.09.1997, pr. 86.

³⁶ Polonskiy/Rusya, 19.03.2009, pr. 124.

³⁷ Levinta/Moldova, 16.12.2008, pr. 78.

³⁸ Mammadov (Jalaloglu)/Azerbaycan, 11.01.2007, pr. 69.

lerinde olduğu gibi mağdurda zaman içerisinde pek de kolaylıkla geçmeyecek olan derin psikolojik etkiler bırakır. Başvurucu, hem duygusal açıdan küçük düşürülmüştük hem de psikolojik yönden korunmasızlık duygusu oluşturan zorla cinsel ilişkinin akut fiziksel ızdırabını da yaşamıştır.”³⁹

Acının yoğunluğunu ya da işkence kategorisine girip girmediğini belirlemek bakımından Mahkemenin, 3’üncü madde ihlalinin ön koşulunu oluşturan asgari yoğunluk eşiğini (“de minimis kuralı”) tespitinde olduğu gibi muamelenin süresi, muamelenin mağdur üzerindeki fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, izlenen amaç gibi bir takım soyut ölçütleri göz önünde bulundurduğu görülmektedir.⁴⁰

B. Kast Unsuru (*intention délibérée*)

Gerek BM İşkenceye Karşı Sözleşmede gerek İnter - Amerikan İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinde işkencenin kasıtlı bir muamele olduğu belirtilmektedir. Oysa AIHS ve AIÖS yukarıda da değinildiği üzere herhangi bir işkence tanımı getirmediği gibi diğerlerinden ayırt edici bir ölçüte yer vermemişlerdir. Bununla birlikte AIHM, pek çok kararında işkencenin diğer kötü muamelelerden ya da geniş anlamda işkence olarak belirttiğimiz muamelelerden ayırt edici olarak kast unsuruna yer vermekte ve böyle bir muamelenin ancak bilerek ve isteyerek gerçekleştirilebileceğinden söz etmektedir. Mahkeme, işkence niteliğinde bulunduğu hemen hemen bütün kararlarında muamelenin “kasten işlenildiği” ya da “kasten işlenilebilecek muamele”den olduğu; “bilerek ve istenilerek gerçekleştirildiği” gibi ibarelerle bu unsura (*intentionally, volenté délibérée*) atıfta bulunmaktadır. Şu halde işkence Mahkemeye göre ancak kasten işlenebilir. Çünkü bu nitelikte ağır acı ve ızdırıp verici, zalimce muameleler ancak kasıt yoluyla ve belirli bir hazırlık çerçevesinde gerçekleştirilebilir.⁴¹

Diğer muamelelerden bir kısmı bakımından kastın aranmadığı, kast olmaksızın da ortaya çıkabileceği durumlardan söz edebiliriz. Küçük düşürücü bir muamele ya da ceza küçük düşürme kastı taşımaya da bizatihi niteliği itibarıyla Sözleşme bağlamında 3’üncü madde ihlalden söz edilebilir. Kuşkusuz AIHM 3’üncü madde ihlaline yol açıcı nitelikte bir onur kırıcı (aşağılayıcı-küçültücü) muamelenin ya

³⁹ Maslova ve Nalbandov/Rusya, 24.01.2008, pr. 107-108.

⁴⁰ İlasco ve Diğerleri/Rusya ve Romanya, 08.07.2004, pr. 427; Batı ve Diğerleri/Türkiye, pr. 120; Menecheva/Rusya, 09.03.2006, pr. 61; Cheydaiev/Rusya, 07.12.2006, pr. 62. Yaş küçüklüğü, hamilelik, ileri derecede tıbbi rahatsızlık durumları Mahkemenin özellikle vurgu yaptığı hususların başında gelmektedir.

⁴¹ Aksoy/Türkiye, 12.12.1996, pr. 64; Sheydayev/Rusya, Akkoç/Türkiye, Mammadov (Celaloglu)/Türkiye, 11.01.2007, pr. 69; Salman/Türkiye, 27.06.2000, pr. 114.

da cezanın varlığını araştırırken ilgilinin maruz kaldığı muamelenin yahut cezanın kişiyi küçültme, alçaltma, onurunu çığneme kastına yönelik olup olmadığına bakmaktadır. Bununla birlikte birçok kararında böyle bir kast olmasa da **“davranışın 3’üncü madde ihlaline yol açabileceği; kast yokluğunun otomatikman ihlal yokluğu anlamına gelmeyeceği”**nin altını çizmektedir.⁴² Şu halde 3’üncü maddede yer alan diğer yasaklar bakımından kasit unsuru her durum ve koşul bakımından aranan kurucu bir unsur değilken işkence açısından muamelenin kurucu unsurunu oluşturmaktadır. Bunun sonucu olarak eğer muamele bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmemişse işkenceden söz edilemeyecek, şartları varsa diğer yasak muameleler kapsamında değerlendirilecektir.

C. Belirli Bir Amaç İçin Gerçekleştirilmiş Olma (*but déterminé*)

İşkencede temel unsurlardan birisi de işkencenin özel bir amaçla gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu amaç BM Sözleşmesinde *“bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir eylem nedeniyle bilgi, itiraf elde etmek, cezalandırmak veya ayırmacılık temelinde dayalı herhangi bir nedenle yapılmış olmak”* biçiminde ifade olunmaktadır. Şu halde işkence bir *“dolus specialis”* tir. Böylece failin işkence muamelesini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması yanı sıra bunu özel bir saik ile yapmış olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, ağır acı ve ızdıraba yol açan davranışın hem bilerek ve istenilerek hem de bilgi yahut itiraf elde etmek, kişiyi cezalandırmak veya ayırım gözeten herhangi bir neden etrafında yapılmış olması gerekmektedir.

Bu konuda Mahkeme bazı kararlarında BM İşkencenin Yasaklanmasına Dair Sözleşmenin 1’inci maddesine atıfta bulunmakta bazense herhangi bir atfa gitmeksizinden doğrudan işkencenin özel amaç unsuruna işaret etmektedir. **Mammadov (Celalolu)/Azerbaycan** kararında Mahkeme, BM Sözleşmesine de atıfta bulunarak BM Sözleşmesinde muamelenin ağırlığına amaç unsurunun da eklendiğini belirtmiş ve olayda başvurunun gözaltındayken kendisinden itiraf elde etmek amacıyla falaka işlemine tabi tutulduğundan hareketle işkenceye hükmetmiştir.⁴³

⁴² Viorel Burzo/Romanya, 30.06.2009, pr. 101; S.D./Yunanistan, 11.06.2009, pr. 46; Rupa/ Romanya, 16.12.2008, pr. 95; Erdoğan Yılmaz/Türkiye, 06.07.2007, Raninen/Finlandiya, 16.12.1997, pr. 55; pr. 37; Peers/Yunanistan, 19.04.2001, pr. 67-68; İorgov/Bulgaristan, 11.03.2004, pr. 170; Valasinas/Litvanya, 24.07.2001, pr. 101; Kalashnikov/Rusya, pr. 101; Riad ve İdiab/Belçika, 24.01.2008, pr. 95.

⁴³ Mammadov (Calaloglu)/Azerbaycan, 11.01.2007, pr. 68.

AİHM, **Corsacov/Moldova** kararında BM Sözleşmesine hiçbir göndermede bulunmaksızın doğrudan işkenceyi betimlemek üzere şu ifadeye açıkça yer vermiştir: “işkence, kişiden bilgi elde etmek, cezalandırmak veya onu sindirmek niyetiyle gerçekleştirilen kötü muamelenin en menfur şeklini oluşturur.”⁴⁴ Yine Mahkeme **Samoylov/Rusya** kararında işkenceyi diğer kötü muamele şekillerinden ayırt edici olarak “başvurucunun maruz kaldığı muamelelerin bir bütün olarak göz önünde bulundurulduğunda ve gerek amacı gerek yoğunluğu dikkate alındığında Sözleşmenin 3’üncü maddesi anlamında işkence düzeyinde bir muamele olduğu kanaatine varılmıştır” diyerek işkencede saik unsurunu yinelemiştir. Olayda başvurucu gözaltında kaldığı sürede hazırlanan bir itiraf metnini imzalaması için polislerce çeşitli muamelelere tabi tutulmuştur.⁴⁵ **Chitayev ve Chitayev/Rusya** kararında da Mahkeme gözaltında başvurucuya uygulanan muamelenin işkence olduğuna hükmederken muamelenin ağırlığı, kast ve özel saike ayrıca vurgu yapmış ve bir anlamda kendi işkence tanımını da oluşturacak şu ifadelerle yer vermiştir: “uygulanan muamele, isnat edilen suçlar hakkında itiraf yahut bilgi elde etmek amacıyla, kamu görevlisinin görevinin icrası bağlamında kasten gerçekleştirmiş olduğu, özel olarak ciddi ve zalimane derecede ağır acı ve ızdırıp verici nitelik taşımaktadır.”⁴⁶ Mahkeme **Batı ve Diğerleri/Türkiye** kararında da başvuruculara uygulanan kötü muameleyi işkence olarak nitelendirirken “kendilerinden işlemiş oldukları iddia edilen eylemlerle ilgili bilgi ve itiraf elde etmek amacı bu muamelelerin yapıldığı” gerekçesine yer vermiştir.⁴⁷ Aynı şekilde **Abdulsamet Yaman/Türkiye** kararında da Mahkeme muamelenin işkence olarak nitelemesini yaparken “muamelelerin (...) başvurucudan, örgüt hakkında bilgi edinmek amacıyla gerçekleştirilmesi” ölçütüne diğer ölçütler yanında yer vermiştir.⁴⁸ **Khadisov ve Tsechoyev/Rusya** kararında da “muamelenin kasten ve kendisinden itiraf elde etmek amacıyla yapıldığı; muamelenin taşıdığı amaç ve sertlik derecesi itibarıyla işkence düzeyinde olduğu”na hükmetmiştir.⁴⁹

Mahkemenin işkence nitelemesinde bulunduğu kararların büyük çoğunluğunda başvurucuya uygulanan muamelenin kendisinden bilgi ya da itiraf elde etmek amacı taşıdığı görülmektedir. Ancak, Mahkeme böyle bir amaç olmasa da salt uygulanan kasıtlı şiddetin özel ağırlığından hareketle işkenceye hükmettiği görülmektedir. Bun-

⁴⁴ Corsacov/Moldova, 04.04.2006, pr. 65.

⁴⁵ Samoylov/Rusya, 02.01.2008, pr. 53.

⁴⁶ Chitayev ve Chitayev/Rusya, 18.01.2007, pr. 158-159.

⁴⁷ Batı ve Diğerleri/Türkiye, 03.06.2004, pr. 118, 122.

⁴⁸ Abdulsamet Yaman/Türkiye, pr. 47.

⁴⁹ Khadisov ve Tsechoyev/Rusya, 05.02.2009, pr. 132-133.

dan muamelenin hangi amaçla yapılmış olduğunun Mahkeme tarafından her zaman asli bir unsur olarak kullanılmadığını çıkartabiliriz. Örneğin muamelenin özel ağırlığı unsuru her olay için tahlil edilmekle birlikte hangi amaçla gerçekleştirilmiş olduğuna ilişkin bir değerlendirmenin her olay açısından yapılmadığını görmekteyiz.⁵⁰ **İlhan/Türkiye, Bursuc/Romanya** davalarında itiraf yahut bilgi almak amacı olmamakla birlikte başvurucunun yakalanması, polis otosuna bindirilmesi ve devamında maruz kaldığı şiddeti, ağırlığı itibarıyla işkence olarak değerlendirmiştir. **Ciorop/Moldova** kararında açlık grevcisinin protestosunu sonlandırmak için ortada tıbbi açıdan da bir zorunluluk bulunmaksızın zorla beslenmesi / force-feeding) ve bu amaçla başvurulan yöntemi ağır acı ve ızdırap verici olarak değerlendirmek suretiyle işkence olduğuna hükmetmiştir.⁵¹ Bu olayda da görüleceği üzere itiraf ya da bilgi edinmek gibi bir saik söz konusu değildir. Ağır acı ve ızdırap verici muamele bilgi ve itiraf amaçlı olmamakla birlikte BM İşkence Sözleşmesinin işkence tanımında da belirtildiği üzere cezalandırma amaçlı da olabilir. Şayet muamele herhangi bir itiraf ya da bilgi ele geçirme amacı taşımamakla birlikte “ceza veya misilleme amaçlı” olarak gerçekleştirilmişse ağırlık unsurunu da taşımak koşuluyla işkence olarak değerlendirilmektedir. **Vladimir Romanov/Rusya** kararında Mahkeme başvurucunun gardiyanların emirlerine boyun eğmesi ve kendisinden istenilenleri yapma noktasına gelinmesine karşın vücuduna plastik copla vurmaya devam edilmesi, yere yıkılmasının ardından da darbelerin devamındaki yoğunluğun artık başvurucuya yönelik bedensel ceza veya misilleme niteliği taşıdığını; bu hareketlerin başvurucunun fiziksel ve ruhsal direncini kırmak, korku ve endişe oluşturmak amacı taşıyan kasıtlı davranışlar olduğunu; gerek ağırlık gerek amaç bakımından işkence muamelesi olarak değerlendirilmeyi gerektirdiği sonucuna varmıştır.⁵²

Belousov/Rusya kararında da Mahkeme şu tespitlerde bulunmaktadır. Başvurucunun yakalamaya karşı direnmesi, kaçma teşebbüsünde bulunması, verilen yasal emirleri yerine getirmekten kaçınması gibi bir durum söz konusu değilken; elinde herhangi bir silah bulunmamasına ve herhangi bir görülebilir saldırganlığı olmasına karşın, polislere atfen söylenildiği belirtilen taciz ve tahrik içerikli sözler nedeniyle fiziksel güç kullanımına maruz kalması kabul edilebilir değildir. Böyle bir durumda fiziksel güç kullanımı kasıtlı, **cezalandırma amaçlı, doğası itibarıyla**

⁵⁰ Aynı yönde değerlendirme için bkz. Doğru, a.g.e., s. 19.

⁵¹ Ciorop/Moldova, 19.06.2007, pr. 85-88.

⁵² Vladimir Romanov/Rusya, 24.07.2008, pr. 70.

misilleme niteliği taşıyan, kişinin onurunu kırıcı ve itaate zorlayıcı bir davranıştır. Zihinsel ve fiziksel yönden acı çekmesine yol açan, ileri vadede sağlığına zarar verici nitelik taşıyan ağırlıktaki muameleler işkence niteliği taşır. Olayda başvuru, polis merkezinde bir grup polis tarafından dövülmüş ve hücreye kapatılmıştır. Saatler sonrasında bir odaya getirilmiş ve belden üst tarafı çıkartılmaya zorlanmış ve sonra bunların çantaya konulması istenmiştir. Hemen ardından yaklaşık dört-beş kg ağırlığındaki bu çantayı kaldırıp indirmesi istenmiştir. Başvuru kendisinin ameliyat geçirdiğini ve bir kg'den fazla ağırlık taşımamasının yasak olduğunu da belirtmesine rağmen sayısız kere bu uygulamaya zorlanmıştır. Bir müddet sonra bilinci kaybolmuş ve hastaneye kaldırılmıştır.⁵³ Mahkeme burada başvurucuya uygulananın cezalandırma, misilleme saikiyle gerçekleştirilmiş muamele olduğunu ve ağırlığı itibarıyla da işkence niteliği taşıdığı sonucuna varmıştır.⁵⁴ **Diri/Türkiye** kararında Mahkeme, başvuru cezaevi günlük sayımlarında ayağa kalkmadığı ve sesini kuvvetlice çıkartmadığı için falakaya tabi tutulmasını **“cezaevi yönetimince fiziksel ve ruhsal direncini kırmak, kendisini bu eylemleri karşılığında cezalandırmak amacıyla kasten gerçekleştirilmiş olduğundan”** nitelemesiyle eylemin ağırlığı yanı sıra amacı yönünden de işkence sayılmayı gerekli kıldığı kanaatine ulaşmıştır.⁵⁵

Şunu da belirtelim ki, BM İşkencenin Yasaklanması ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin 1'inci maddesi tanımına göre özel amaçla gerçekleştirilmiş olmak işkencenin kurucu unsurlarından birisidir. Bu özel amaç da maddede bilgi, itiraf elde etmek, cezalandırmak, korkutmak, yıldırma ve ayrımcılık temeline dayalı başka bir amaçla gerçekleştirmek olarak belirtilmiştir. Mahkeme yukarıda da değinildiği üzere kimi zaman herhangi bir amaç olmasa da muamelenin yoğunluğu ölçütünden hareketle işkenceye hükmedebilmektedir. Ayrıca da Mahkeme, bu unsura yer verdiği kararlarında bu unsuru Sözleşmenin 1'inci maddesinde yer verilen ifadelerle değil **“başvurucudan bilgi yahut itiraf elde etmek amacıyla yapıldığı”** veya **“başvurucuyu cezalandırmak yahut misillemede bulunmak niyetiyle gerçekleştirildiği”**, **“başvurucudan itiraf ya da bilgi edinmek, cezalandırmak, yıldırma”** ifadeleriyle belirtmektedir. Nihayet özel amaç olsa bile eğer eylem ağır nitelikte acı ve ızdırıp unsurundan yoksunsa işkence olarak değerlendirilmez.

⁵³ Belousov/Rusya, 02.10.2008, pr. 10.

⁵⁴ Belousov/Rusya, 02.10.2008, pr. 62. Aynı değerlendirme ve sonuç için bkz. Dedovskiy ve Diğerleri/Rusya, 15.05.2008, pr. 85.

⁵⁵ Diri/Türkiye, 31.07.2007, pr. 44-45.

rimleyecektir. Nitekim **Elçi ve Diğerleri/Türkiye** kararında başvuruculara uygulanan muamelelerin ağırlığından hareketle bir kısmı için muameleyi işkence olarak değerlendirirken bir kısmı için işkence kategorisinde değerlendirilmeyi gerektirecek yoğunluğa erişmediği gerekçesiyle özel amacın varlığına rağmen (önlere konulan belgeleri imzalamaya zorlanması, bu amaçla dövülmesi, aşağılanması; korkutulması gibi) işkenceye değil insanlık dışı muameleye hükmetmiştir.⁵⁶

İster cezalandırmak, ister kendisinden itiraf ya da bilgi edinmek... Hangi amaçla gerçekleştirilmiş olduğunun Mahkeme açısından işkenceyi karakterize etmede esaslı bir rolü bulunmamaktadır. Fiziksel ya da ruhsal ağır acı kategorisinde bir muamelenin varlığı yeterli görülecektir. Bu bakımdan BM İşkencenin Cezalandırılması Sözleşmesindeki tanımda aranan bilgi edinmek, cezalandırmak, yıldırma amaçlarıyla muamelenin gerçekleştirilmiş olması AİHM içtihatlarında işkenceyi betimlemede olmazsa olmaz bir unsur olarak görülmemektedir. Şu halde her bilgi, itiraf ve cezalandırma amacıyla yapılmış acı ve ızdırap verici muamele işkence olarak nitelendirmede yeterli bir ölçüt olarak alınmamakta; acı ve ızdırabın özel ağırlığı ölçütünün gerçekleşmesi durumunda destekleyici bir unsur olarak kullanılmaktadır. Böyle bir durumda da Mahkeme, “muamelenin özellikle ... amacıyla gerçekleştirilmiş olduğu.” (*in particular with the view of extracting from them a confession*) hususunun mutlaka altını çizmektedir.

D. Kamu Görevlisince Gerçekleştirilme

Mukayeseli hukukta işkencenin, genel olarak faili özgü suç (**delictum proprium**) olarak benimsendiği görülmektedir. Yani, herkes tarafından değil, ancak belirli sıfat ve özelliklere sahip kişilerce işlenebilen özelliği taşıyan bir suçtur.⁵⁷ BM İşkence Sözleşmesinde, işkencenin “bir kamu görevlisince veya bu sıfatla hareket eden ya da onun açık yahut örtülü onayıyla herhangi bir kimse tarafından işlenmiş olması”ndan söz edilmektedir. Böylece BM Sözleşmesi, işkenceyi sadece kamu görevlisince işlemekle sınırlamamakta ayrıca onun açık ya da örtülü rızası ya da teşviki ile bu hareketleri gerçekleştiren özel kişileri de bu kapsamda değerlendirmektedir. Ayrıca da kamu görevlisinin zor kullanma yetkisini haiz olup olmaması da önem taşımamak-

⁵⁶ Elçi ve Diğerleri/Türkiye, 13.11.2003, pr. 646-647. Başvurucuların beşi için tokatlama, hakaret, utandırılma, önlere konulan belgeleri imzalamaları için korkutmayı Mahkeme kötü muamele olarak değerlendirmiştir.

⁵⁷ Üzülmüş, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl 2, S. 5, 2005, s. 232; Önok a.g.e., s. 361.

tadır.⁵⁸ Şu halde BM Sözleşmesi, taraf devletlere kamu görevlisi olmamakla birlikte onun bilgisi, teşviki, onayı, göz yumması altında işkencede bulunmuş olan özel kişilerin de fail kategorisinde ele alınmasını emretmektedir. Bu bağlamda, işkence kamu görevlisinin teşvikiyle bir özel kişi tarafından işlenmiş olmakla birlikte özel kişi işlenen eylemin ağırlığıyla mütenasip bir yaptırıma çarptırılmamaktaysa şüphesiz Sözleşme gereklerinin karşılanmamış olunacağından söz edilebilecektir.

İşkence ve kötü muamele yasağını güvence altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesi Sözleşme açısından hayli önem taşımaktadır. Üstelik Sözleşmenin tek mutlak nitelik taşıyan hakkı olup hangi dönem ve durum olursa olsun herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir.⁵⁹ Hakkın bu istisnai niteliği, Mahkemeyi, sadece konu bakımından değil fail yönünden de maddenin uygulama alanını genişletmeye sevk etmiştir. Bu bakımdan madde, sadece devlet kaynaklı işkence ve kötü muamele uygulamalarıyla sınırlandırılmasına imkân vermez. Kamu görevlisi ya da bir kamusal fonksiyon bağlamı dışında kişi, grup ve işler çerçevesinde gerçekleştirilmiş olsalar da belirli koşullar altında taraf devletin sorumluluğuna yol açabilecektir.⁶⁰

⁵⁸ Örneğin işkence suç tipinde yer alan hareketleri öğrencisine karşı gerçekleştiren öğretmen de bu anlamda işkence eyleminde bulunmuş olur. Üzülmaz, a.g.m., s. 232.

⁵⁹ Bütün uluslararası insan hakları sözleşmelerinde olduğu gibi AİHS açısından da içinde bulunulan durumun ağırlık düzeyi ne olursa olsun, mağdurun işlenmiş olduğu eylemler ne nitelik ve düzeyde olursa olsun işkence ve insanlık dışı muamele ve cezaya maruz kalmama hakkına dokunulamaz ve durdurulamaz ve hiçbir sınır getirilemez [Callewaert, a.g.m., s. 14; Charrier, Jean Loup, **Code de la Convention Européenne des Droits de l'Homme**, Litec, Paris 2000, s. 25]. Mahkeme birçok kararında şu satırların altını çizmektedir. "Sözleşme işkence, insanlık dışı yahut alçaltıcı muamele ve cezaları kesinkes yasaklamakta olup taraf devletler, bu hakkı, terör ve organize suçlarla mücadele gibi hayli zor durumları ve ulusun varlığını tehdit eden buhranlı dönemleri dahi gerekçe göstererek sınırlayamaz ve askıya alamaz." (Rupa/Romanya, 16.12.2008, pr. 93; Jalloh/Almanya, 11.07.2006, pr. 104. İrlanda/Birleşik Krallık, 18.01.1978, pr. 163; Tyrer/Birleşik Krallık, 28.06.1978, pr. 38; Chahal/Birleşik Krallık, 15.11.1996, pr. 79; Ramirez Sanchez/Fransa, 4.07.2006, pr. BD, pr. 115; Tomasi/France, 27.09.1992, pr. 42). Tomasi/Fransa kararında Mahkeme soruşturmanın gerekli kıldığı önlemler ile suçla mücadelenin içerdiği reddi kabul olamayacak zorlukların bireylerin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasını sınırlandırmak veya etkisizleştirmek ya da kaldırmak yönünde bir gerekçe oluşturamayacağını altını çizmiştir (Tomasi/Fransa, 27.09.1992, pr. 115). Mahkeme'ye göre taraf devletler terörle, organize suçlulukla, insanlık aleyhine işlenen suçlarla mücadelede ne kadar haklı, meşru ve savunulabilir nedenleri olsa da; mağdurun davranışları, hal ve hareketleri, işlediği ya da isnat edilen eylem ne kadar ağır olsa da 3'üncü maddede yazılı yasakların uygulanmasına veya askıya alınmasına ya da belirli sınırlamalara tabi tutulmasına imkân vermez.

3'üncü maddenin mutlak niteliği, bunun haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli olmaması sonucunu doğurur. Bu nedenle mağdurun failin kişiliğine ağır hakaretler içeren sözler sarf etmesi veya başkaca tahriklerde bulunması failin işkence ve kötü muamele eylemini mazur kılmaz. Aksi takdirde hakkın mutlaklığının anlamı ortadan kalkar. Nitekim AİHM, **Atalay/Türkiye** davasında işkence ve kötü muamele yasağının mutlaklığının mağdurun tutumundan bağımsız olduğunu ifade ettikten sonra mağdurun haksız tahrikini dikkate alarak polis memurlarının cezasında indirimine gidilmesini, bireylerin işkence ve kötü muameleden korunmasına ilişkin AİHS standardını karşılamaktan uzak bir yaklaşım olduğunun altını çizmiştir. Mahkemeye göre tahrik hiçbir zaman AİHS'nin 3'üncü maddesine aykırı olarak bireylere işkence ve kötü muamele uygulanmasını haklı çıkarmaz." (Atalay/Türkiye, 18.09.2008, pr. 43).

⁶⁰ Chauvin, N., "L'interprétation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme: réelle avancée ou restriction déguisée?", **Revue Universelle des Droits de l'Homme**, 1997, s. 348. Renucci, Jean-François, **Droit Européenne des Droits de l'Homme**, 2. éd., LGDJ, Paris 2001, s. 81.

Mahkemeye göre 3'üncü maddede belirtilen yasaklar sadece kamu otoritelerince gerçekleştirilmiş olanlarla sınırlandırılmaz. Gerçek ve devletçe bilebilir bir tehlike durumu olmasına karşın devletin bu hakkın korunması bakımından gerekli önlemleri almamış olması durumunda da 3'üncü madde ihlali ortaya çıkabilecektir.⁶¹ Sözleşme açısından fail değil fiil önem taşır. Eğer kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmişse veya bu sıfatı bulunmamakla birlikte kamu otoritelerinin bilgisi, toleransı, açık ya da örtülü muvafakatiyle yapılmışsa her ikisi de devlete atfolunacaktır. Dolayısıyla 3'üncü madde kapsamına giren işkence ve kötü muameleler devlet dışında bireysel ilişkilerden de doğmuş, birey ya da birey gruplarından gelmiş olsa da tıpkı devlet otoritesi ya da onun görevlisince yapılmış gibi devletin sorumluluğunu doğurabilmektedir.⁶² Kuşkusuz buradaki sorumluluğu, Sözleşme ile güvence altına alınan hakkın ihlallerini önleme zımında gerekli mevzuatı oluşturamamış, ya da bunu uygulamaya taşıyamamış, bireylere etkin koruma yollarını sağlayamamış olmasından kaynaklanmaktadır.

Mahmut Kaya/Türkiye davasında Mahkeme şunları kaydetmektedir: “(...) Sözleşmenin 1'inci maddesinde yüksek sözleşmeciler tarafından getirilmiş bulunan yükümlülük, 3'üncü maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, devletlerin yetki alanlarına dâhil yerlerde işkence veya insanlık dışı yahut onur kırıcı muamelelere tabi tutulmasını önleyici tedbirleri almalarını gerekli kılar. Hukuksal çerçevenin gerektiği gibi korumayı ve güvenceyi sağlayamaması veya bilgileri dâhilinde olan veya olması gereken kötü muamele riskinin gerçekleşmesini engellemek için yetkili otoritelerin makul önlemleri almaması ve bu konuda gerekli çabayı göstermemesi durumunda devletin sorumluluğu ortaya çıkar.”⁶³ **Opuz/Türkiye** kararında da Mahkeme taraf devletin, 3'üncü maddede yer verilen yasak muamelelerin ister kamu görevlisi **isterse özel şahıslardan gelsin** (non state actors; administered by private individuals) önlemesi; bu amaçla gerekli kurumsal yapıyı oluşturması, mevzuatı bunu gerçekleştirecek derecede yapması ve bunu uygulamaya taşıması, gerekli soruşturmanın etkili bir biçimde yürütülmesi yükümlülüklerinin altını açık bir biçimde çizmiştir.⁶⁴

Belirtelim ki, Mahkemenin işkence nitelemesinde bulunduğu muamelelerin tamamının kamu görevlisince gerçekleştirilmiş olduğu görülmektedir. Bununla birlikte bu hususa bazı kararlarında işaret edilmiş ve şu ifadelere yer verilmiştir: “uygulanan

⁶¹ H.L.R./Fransa, 29.04.1997, pr. 30.

⁶² Ergec, a.g.e., s. 120; Renucci, a.g.e., s. 82; Chauvin, a.g.m., s. 348.

⁶³ Mahmut Kaya/Türkiye, 28.03.2000, pr. 115-116; aynı şekilde Pretty/Birleşik Krallık, 29.04.2001, pr. 51.

⁶⁴ Opuz/Türkiye, 09.06.2009, pr. 159; aynı şekilde H.L.R./Fransa, 29.04.1997, pr. 40.

muamele, işlediğinden şüphelenilen suçlar hakkında itiraf yahut bilgi elde etmek amacıyla, **kamu görevlisinin görevinin icrası** bağlamında kasten gerçekleştirilmiş olduğu”, “özel olarak ciddi ve zalimane derecede ağır acı ve ızdırıp verici nitelik taşımaktadır”⁶⁵ (vurgu bize ait). Mahkeme, işkencenin kamu görevlisince ve görevin yerine getirilmesi bağlamında gerçekleştirilmiş olmasına (par des agents de l’Etat agissant dans l’exercice de leurs fonctions; by agents of the State acting in the course of their duties) değinmekle birlikte bundan özel kişiler tarafından gerçekleştirilmiş işkence muamelelerinin 3’üncü madde dışında kalacağını çıkartabilmek yukarıdaki yaklaşım çerçevesinde zor görünmektedir.

İşkence bir kamu görevlisi tarafından ve görev bağlamında yapıldığı müddetçe bunun gerçekleştiği mekânın önemi bulunmamaktadır. Ancak acaba işkence niteliğinde görülen eylemler kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmemekle birlikte onların denetim ve gözetiminde olan yerlerde gerçekleştirilmişse işkence sayılacak mıdır? Sözleşmenin 3’üncü maddesi bağlamında buna hiç kuşkusuz olumlu cevap vermek gerekir. Çünkü taraf devletin hem bizzat yapmama hem de yapılmasına engel olma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle örneğin bir polis merkezinde gerçekleşmiş işkence, kimin tarafından yapılmış olursa olsun yine de 3’üncü madde bağlamında işkence olarak nitelendirilecektir. Sözleşme bireylerle değil taraf devletlerle muhatap olması nedeniyle iç hukukta ihlalin kimin tarafından gerçekleştirilmiş olduğunun önemi bulunmamaktadır. Önemli olan devletin egemenlik alanına dâhil bir yerde ve yükümlülükleri içerisinde olan bir hak ihlalinin gerçekleşmiş olmasıdır. Opuz/ Türkiye kararında başvurucunun karşılaştığı olduğu muameleler eğer işkence düzeyinde değerlendirilmiş olsaydı Mahkeme tarafından işkence olarak nitelendirilecekti. Kuşkusuz iç hukuk sistemlerinde bir muamele işkence olarak nitelendirilmemiş olabilir; ancak AIHM, kavramları yorumlarken iç hukukun nitelemeleri ve anlamlandırmalarıyla bağlı değildir. Özerk kavramlar ve yorum ilkesi uyarınca iç hukukta başka bir kategoride değerlendirilmiş olsa bile Mahkeme açısından işkence hükmünde görülecektir.

İç hukukta bir eylem işkence olarak nitelendirilmişse Mahkeme, **“iç hukukun nitelemesinden farklı şekilde değerlendirmeyi gerekli kılan önemli bir durum olmadığı”** tespitinde bulunarak bu nitelemeye katılmaktadır.⁶⁶ An-

⁶⁵ Batı ve Diğerleri/Türkiye, 03.06.2004, pr. 122-123; Dikme/Türkiye, 11.07.2000, pr. 95-96; Öktem/Türkiye, 19.10.2006, pr. 33; Yeşil ve Sevim/Türkiye, 05.06.2007, pr. 32; Chitayev ve Chitayev/Rusya, 18.01.2007, pr. 158-159.

⁶⁶ Bk. Hüseyin Esen/Türkiye, 08.08.2006, pr. 44; Batı ve Diğerleri/Türkiye, 03.06.2004, pr. 117.

çak eylem iç hukukta işkence dışında kalan herhangi bir nitelemeye tabi tutulmuşsa Mahkeme bundan tamamen bağımsız bir biçimde kendi değerlendirmelerini ortaya koymaktadır. Bunun anlamı, iç hukukun Sözleşme sisteminden daha koruyucu, daha özgürlükçü düzenleme ve yaptırımlara her zaman yer verebilme imkânına sahip bulunmasıdır. Taraf devletler, Sözleşme standardının üstünde düzenlemelere her zaman yer verebilirler. Taraf devlete yasaklanan ve dolayısıyla Sözleşme aykırılığı oluşturan durum Sözleşme ile getirilen standardın altında kalınmasıdır.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: “Mahkeme, ne hükümetin ne de başvurusunun nitelemeleriyle bağlı olmaksızın bütün olguları değerlendirmek suretiyle muamelenin niteliğini belirleme konusunda tam bir serbestliğe sahiptir.”⁶⁷ İşkence kategorisinde muameleleri kimin gerçekleştirmiş olduğu; nerede gerçekleştirmiş olduğu; hangi saik altında gerçekleştirmiş olduğu, ne kadar süre ile gerçekleştirmiş olduğu Avrupa insan hakları yargısı bakımından önem taşımamaktadır. Çünkü tekrar ifade edilmelidir ki burada yargılanan ve işkence faili olan bunu bizzat gerçekleştirmiş olan kişiler ve onların sıfatları değildir. Bu iç hukuk sorunudur. AİHM açısından yargılanan taraf devlet ve uyumsuzluk konusu da başvurusunun, taraf devletin egemenliğine tabi bir alanda Sözleşmenin 3’ncü maddesinde yasaklanan muamelelere maruz kalıp kalmadığıdır. Başka bir deyişle işkenceye maruz kalmama hakkının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesidir. Bu ihlal de elbette kamu görevlisinin memuriyetten doğan görevi kötüye kullanma biçiminde gerçekleşebileceği gibi⁶⁸ böyle bir nedensellik bağı olmaksızın; kamu görevlisinin intikam duygusuyla polis merkezinde veya dağa kaldırılmak suretiyle de yapılmış olabilir. Devletle organik bağı görülmeyen paramiliter örgütler, kişi ve gruplarca veya tamamen özel şahıslarca işlenmiş olabilir. Mahkeme işkence nitelemesini failin kim olduğuna; ne gibi sıfatı haiz bulunduğu; hangi gerekçe ve saikle hareket etmiş olduğuna göre yapmamaktadır.⁶⁹ Şüphesiz devlet kamu görevlisi tarafından yapılmış işkencelerden her halükarda Sözleşme karşısında sorumludur. Ancak kamu görevlisi olmayanlarca işlenmiş işkence muamelelerindense işkenceyi önleme konusunda etkili bir sistemi kuramamama; gerekli denetim ve gözetim ödevlerini yerine getirememeye kaynaklı pozitif yükümlülükleri bağlamında sorumlu tutulacaktır.

⁶⁷ Hüseyin Esen/Türkiye, 08.08.2006, pr. 41.

⁶⁸ Yeni Türk Ceza Kanunu m. 94 açısından kamu görevlisi de yeterli olmayıp kamu görevlisinin yaptığı görevle işkenceye başvurma nedeni arasında bir nedensellik bağının bulunması gereklidir. Bk. Üzülmüş, a.g.m., s. 232. Böylece TCK, işkence suçunun faili açısından BM Sözleşmesi ile de AİHS’le de uyumsuzdur.

⁶⁹ Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurucu statüsünü oluşturan Roma Statüsü de (01.07.2002) işkence için failin resmi bir sıfatının olmasını şartla bağlamamıştır.

IV. Mahkemece İşkence Olarak Değerlendirilmiş Muameleler

Mahkeme bugüne kadar 01.01.2009 tarihi itibarıyla toplam kırk sekiz işkence nitelemesinde bulunmuştur. Bunların ülkeler yönünden dağılımı şu şekildedir: Türkiye 22 (%45); Rusya Federasyonu: 15 (%31.25); Moldova: 5 (%10.42); Avusturya: 1(%2,1); Azerbaycan: 1(%2,1); Fransa: 1(%2.1); Hollanda: 1(%2.1); Romanya: 1(%2.1); Ukrayna: 1(%2.1).⁷⁰

Bunların önemli bir kısmı gözaltında gerçekleşmiştir. Ancak, az da olsa tedavi kurumlarında, cezaevlerinde, toplumsal olaylarda aşırı güç kullanımında, yakalama esnasında başvurulan yöntemlerin fiziksel ve ruhsal acı ağırlığı nedeniyle işkence olarak nitelendirilmiş durumlar söz konusudur. Örneğin Nevmerzhitsky/Ukrayna, Cioprap/Moldova davalarında açlık grevcisinin zorla beslenmesinde başvurulan yöntem; İlhan/Türkiye davasında yakalama esnasında orantısız güç kullanımı gibi.

Aşağıda işkence nitelemesi yapılmış kararlarda Mahkemeyi bu değerlendirmeye götüren muamele örneklerine yer verilmiştir.

1- Nevmerzhitsky/Ukrayna (05.04.2005): Cezaevinde. Cezaevi koşullarının olumsuzluğunu protesto bağlamında gerçekleştirdiği açlık grevinin herhangi bir tıbbi gereklilik bulunmamasına karşın salt bastırma amacıyla ve üstelik de ellerinin kelepçelenmek suretiyle ağzının açtırılıp yemek borusuna özel olarak bir plastik tüpün yerleştirilmesi suretiyle zorla beslenmeye gidilmesi yöntemi işkence olarak nitelendirilebilecek ağır bir muamele niteliği taşır (pr. 97).

2- Mammadov Calalolu/Azerbaycan (11.01.2007) : Gözaltında. Falaka. (pr. 69).

3- Selmouni/Fransa (28.07.1999): Gözaltında: Başvurucunun saçlarından tutularak sürüklenmesi; çelme takmak üzere polislerin dizilmesi ve koridorda başvurucunun koşmaya zorlanması; genç bir bayan önünde diz çöktürülmesi; polislerden birisinin penisini çıkartılıp emmeye zorlanması; başvurucunun üzerine işenmesi; şırıngayla ve metal bir tüple tehdide uğrama

⁷⁰ Resmi bilgi ve veri için bkz. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/17F47BF7-630F-4CB0-901C-E31C1F3C5873/0/FactsAndFiguresFR.pdf> [25.06.2009]. Sayılar siteden alınmış, yüzdeler tarafımızdan verilmiştir.

- 4- Cafer Kurt/Türkiye (24.07.2007): Gözaltında.** Türkiye Devrim partisi adlı yasa dışı örgüt faaliyetlerinden sorgulanması sırasında testislerinin sıkıldığını, anüsüne odundan ve borudan nesnelere sokulduğunu; acı ve ızdıraba yol açtığı; çeşitli şiddete maruz kaldığı (pr. 34)
- 5- Damian-Burueana ve Damian/Romanya (26.05.2009): Gözaltında.** Vücudun değişik bölgelerine fiziksel şiddet uygulanması. (pr. 84; pr. 103).
- 6- Yeşil ve Sevim/Türkiye (05.06.2007): Gözaltında.** Testislerin sıkılması, elektroşok uygulaması, kuvvetli su sıkılması, vücudun değişik bölgelerine darbe. Beş gün iş göremezlik raporu var (pr. 32).
- 7- İhan/Türkiye (27.06.2000): Yakalama esnasında.** G3 piyade tüfeği dipçığıyla kafaya vurulması ve uzun süre tıbbi tedaviden yoksun bırakılması; şiddetli acı çekmesine yol açma (pr. 87).
- 8- Aydın/Türkiye (25.09.1997): Gözaltında.** Çırlıçiplak soyulma, vücudun değişik bölümlerine darp ve cebir, tekerlek içine oturtup döndürme ve üzerine basınçlı su sıkma, tecavüz (pr. 83).
- 9- Elçi ve Diğerleri/Türkiye (13.11.2003): Gözaltında.** Terör örgütü PKK'yla bağlantılı olduğu gerekçesiyle gözaltında sorguları sırasında bilgi edinmek amacıyla ağır hakaret, darp, çırlıçiplak soyulup dondurucu tazyikli soğuk su dökülmesi (pr. 637-47).
- 10- Aksoy/Türkiye (18.12.1996): Gözaltında.** Terör örgütü PKK'ya yardım ve yataklık iddiasıyla gözaltında iken çırlıçiplak soyulmak suretiyle ve elleri arkadan bağlı vaziyette kollarından askıda tutulmak biçiminde uygulanan Filistin askısına tabi tutulma. (pr. 63-64).
- 11- Gurgurov/Moldova (17.06.2009): Gözaltında.** Telefon hırsızlığı isnadıyla kendisinden itiraf elde etmek amacıyla yapılmış. Elleri ve ayakları birlikte arkasından bağlanmış ve metal bir boruya asılmış; kafasına gaz maskesi takılmış ve ara sıra hava alma tüpü kapatılmış; gaz maskesinin altına ve kulaklarına iki tel yapıştırılmış ve elektrik şoku uygulanmış. İki litrelik plastik su dolu şişelerle dövülmüş, kulaklarına vurulmuştur. Ara sıra bilincini kaybetmiş; daha sonra poposuna tel takılarak elektrik şoku uygulanmış; sonra teller çıkartılıp yere yatırılmış; Yaklaşık 32 kg'lık yük sırtına yüklenerek yaklaşık on dakika yerde yuvarlandırılmıştır. Elleri ve ayakları arasına çözülmüş; ayakta duramaz, yürüyemez

olmuş; sandalyeye oturtulmuş ama yığılıp kalmış ve iki polis aracılığıyla yeniden oturtulmaya çalışılmış; bu esnada polisler bir şeyler söylemiş de ne olduğunu duyamamış. Medikal raporlarda bunların hemen hemen tümünün gerçekleştirildiğine ilişkin bulgulara yer verilmiştir (pr. 8-13).

12- Hüseyin Esen/Türkiye (08.08.2006): Gözaltında. TKP/ML örgütü üyesi olmak iddiasıyla gözaltına alınmış, bu örgütün üyesi olmak ve örgüt adına bazı eylemlere katıldığını itiraf etmek amacıyla kendisine bir takım muamelelerde bulunulmuştur: Zorla itiraf almak amacıyla kendisi ölümle tehdit edilmiş, kollarından bağlanmış; elektrik şoku verilmiş; tazyikli su fırlatılmış (pr. 9). Adli Tıp Kurumu tarafından 7 gün iş göremezlik raporu verilmiş; vücudunun değişik yerlerinde iddialarla uyumlu ekimozlar, yaraların varlığı tespitinde bulunulmuştur.

13- Erdoğan Yavuz ve Diğerleri (14.10.2008): Gözaltında. Terör örgütü üyeliğini ve faaliyetlerine katıldığını itiraf amacıyla; gözlerinden bağlandığı, dövüldüğü, kollarından asıldığı; elektrik şoku uygulandığı; ayakta tutulduğu; aç ve susuz ve uykusuz bırakıldıkları; yüksek sesli müzik dinlemeye maruz kaldıkları; tehdit edildikleri; bayan başvuruçuların cinsel tacize uğradıkları; bir bayan başvuruçunun elbiselerinin tümünü çıkartmaya zorlandığı (pr. 9).

14- Salman/Türkiye, (27.06.2000): Gözaltında. PKK terör örgütü üyesi olduğu ve faaliyetlere katıldığına ilişkin bilgi ve itiraf elde etmek amaçlı olarak falaka ve göğse sert darbelerde bulunulma (pr. 115).

15- Akkoç/Türkiye (10.10.2000): Gözaltında. Vücudun değişik bölgelerine özellikle cinsel organlara yönelik elektrik şoku uygulama, çıplak soyarak polisler karşısında yürümeye zorlaması ve zaman zaman cinsel tacize uğrama; çıplak fotoğrafının çekilmesi, tazyikli su sıkılması, vücudun bazı bölgelerine darp, kapıya kelepçeyle iki gün boyunca bağlı tutma; çocuklarına kötü muamelelerde bulunulacağı yönünde tehdit (pr. 116).

16- Dikme/Türkiye (11.07.2000): Gözaltında. Kendisinden işlediği şüphelenilen suçlar hakkında ikrar yahut bilgi edinmek amaçlı olarak ard arda çeşitli kereler darp ve cebir kullanılması (birinci başvuru için); tamamen izolasyon içerisinde tutulması ve ek bir etken olarak da sorgulama sırasında gözlerinin uzun süreli bağlanması (pr. 91-95).

- 17- Polonskiy/Rusya (19.03.2009): Gözaltında.** Bilgi ve itiraf amaçlı olarak yüze, omza, sırt ve bacaklara değişik kereler elektrik verilmesi (pr. 124).
- 18- Batı ve Diğerleri (13.06.2004): Gözaltında.** Gözaltında. Terör örgütü üyeliğine ait bilgi ve itiraf amaçlı falaka, vücudun değişik bölgelerine darp, as-kıda tutulma; basınçlı suya tutma; ölümlü ve tecavüzle tehdit edilme; hakaret; uykusuz bırakılma (pr. 110).
- 19- Abdülsamet Yaman/Türkiye (02.11.2004): Gözaltında.** PKK terör örgütü üyeliği ve bağlantılarına ilişkin itiraf ve bilgi amaçlı olarak gözleri bağlı olarak uzun süre bekletilme, tavan borularına bileklerinden asılma; cinsel organı ve vücudun bazı bölümlerine elektrik uygulama; çırılçıplak soyarak soğuk suya sokma çıkarma; testisleri burkma (pr. 45)
- 20- Bursuc/Romanya (12.10.2004): Yakalama ve Gözaltında.** Sarhoş olduğu ve barmene saldırdığı iddiasıyla bara gelen ve kaba bir şekilde kimlik sormasına tepki gösteren başvurunun barda, bindirildiği otomobilde ve polis merkezinde yoğun bir biçimde darp ve cebire maruz bırakılma; beyne aldığı darbeler sonucu beyinde ödem oluşması (pr. 71-92).
- 21- İlascu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya (08.07.2004): Cezaevinde.** Ölüm cezasına mahkûm edilmesi ve salıverilinceye kadar (yaklaşık sekiz yıl) ölüm koridoru sendromu içerisinde ve son derece ağır ve insanlık dışı koşullar içerisinde yaşamaya mahkûm edilmesi (katı izolasyon rejimi: dış dünya ile temassızlık, başkalarıyla iletişime girememe, mektup ve diğer gönderilerinin alınıp verilememesi, avukatıyla görüştürülmeme; aile bireyleriyle düzenli olarak görüştürülmeme; kışın sert şartlarında ısıtılmayan hücre; doğal ışıktan ve havalandırmadan yoksun mekânda kalma; banyo imkânlarından son derece kısıtlı olarak yararlanabilme; dışarıdan herhangi bir yiyecek alma imkânı bulunmama ve verilen besinleri kalitesiz ve bayat oluşu; sağlığıyla ilgili ilaçlara gereği gibi ulaşamama, yararlanamama gibi) (pr. 438).
- 22- Corsacov/Moldova (04.04.2006): Gözaltında.** İtiraf amacıyla falakaya tabi tutulma (pr. 65).
- 23- Çakıcı/Türkiye (08.07.1999): Gözaltında.** Ölüm öncesi işkence. Terör Örgütü PKK'ya ait bilgi ve itiraf elde etmek amacıyla iki defa elektrik şoku uygulandığına dair tanık beyanlarına dayanılarak işkenceye hükmedilmiştir (pr. 92).

- 24- Aktaş/Türkiye (24.04.2003): Gözaltında.** Ölüm öncesi işkence. Terör örgütü PKK'ya para ve silah temini amaçlı olarak gözaltına alınmış ve bilgi ve itiraf elde etmek amacıyla Filistin askısına tabi tutulma.
- 25- Mikheyev/Rusya (26.01.2006): Gözaltında.** Tecavüz ve öldürme suçlarını itiraf etme amacıyla vücudunun değişik yerlerine elektrik verilme, tecavüz edilmekle korkutmak, çeşitli bölgeleri darp edilmek.
- 26- Menecheva/Rusya (09.03.2006): Yakalama ve gözaltı sürecinde.** İşlediği iddia edilen suça ait bilgi ve itiraf elde etmek amacıyla değişik kereler vücudun değişik yerlerine darp ve cebir uygulanması. Aile yakınlarına da acı verileceği yönünde tehditler, hakaretler. Olayda Mahkeme mağdurun 19 yaşında ve bayan oluşunu, muamelenin işkence olarak nitelendirilmesinde önemli bir yere sahip olduğunu belirtmiştir (pr. 61).
- 27- Levinta/Moldova (16.12.2008): Gözaltında.** Organize suç. İtiraf ve bilgi amaçlı uygulama. Ellerini sırtlarının arkasına metal çubukla bağlayıp, askıda saatlerce tutulma ("swallow yöntemi": Filistin askısına benzer yöntem); vücudunun değişik bölgelerine ve ayak tabanlarına plastik coplarla vurma (pr. 10). Gaz maskesi takılarak bayılıncaya kadar hava akışını kesme.
- 28- Cheydaiev(Sheydayev)/Rusya (07.12.2006): Gözaltında.** İşlediği iddia edilen suçu itiraf ve bilgi edinmek amaçlı uygulama. Boyun bölgesinde ve sol kulakta delik açma, yere itme ve sandalye bacağıyla vücudun değişik bölgelerine vurma; hakaretimiz ifadeler kullanma; tehdit edilme (pr. 60).
- 29- Chitayev-Chitayev/Rusya (18.01.2007): Gözaltında.** İşlediği iddia edilen suçları itiraf ve bilgi edinmek amaçlı uygulama. Bir sandalyeye bağlayarak dövme; parmak uçları ve kulak memeleri başta olmak üzere vücudun değişik yerlerine elektrik şoku uygulama; ayakları ve elleri birbirinden genişçe ayrılarak, kollar gerili bir vaziyette uzunca bir süre bekletilme; plastik coplarla ve içi su dolu plastik şişelerle dövme; yapışkan bantlarla selefon çantalarıyla ve gaz maskeleriyle boğma girişimleri; üzerlerine köpeklerin salınması; derilerini kerpetenle burkma (pr. 19, 158).
- 30- Öktem/Türkiye (19.10.2006): Gözaltında.** Yasa dışı TKEP/L örgüt üyeliği. Örgüte ait bilgiler edinme, işlediği iddia edilen eylemlerle ilgili itiraf ve bilgi edinmek amacıyla uygulama. Bay Öktem'in vücudun değişik bölgelerine darp ve cebir; Bayan Öktem içinse fiziksel bir kötü muamele olmamasına karşın

kocasını, bulunduğu hücrenin önünden geçirmek suretiyle işkence uygulanacağına dair psikolojik olarak yıldırım, korkutmak (pr. 12).

- 31- Türkmen/Türkiye (19.12.2006): Gözaltında.** TİKB (Türkiye İhtilalci Komünistler Birliği) adlı yasa dışı örgüt faaliyetleri hakkında bilgi ve itiraf amaçlı uygulama. Filistin askısı; falaka; vücudun hassas bölgelerine (ağız, göz, genital organlar gibi) tazyikli su tutma; tecavüz tehdidinde bulunma (pr. 18, 48-49).
- 32- Ölmez/Türkiye (20.02.2007): Gözaltında.** Demokrasi Partisi üyesi. PKK adına işlediği iddia edilen eylemlerle ilgili bilgi ve itiraf amaçlı uygulama. Filistin askısı, falaka, tazyikli soğuk suya tutulma, su talebini pis su vererek giderme; ölümlle tehdit. Karanlık ve pis bir hücrede tutulma. Elektroşoka tabi tutulma.
- 33- Fazıl Ahmet Tamer ve Diğerleri/Türkiye (24.07.2007): Gözaltında.** THKP/Yeniden Kuruluş Birliği adlı yasa dışı örgüt üyesi olmak ve bir takım eylemlere katılmaktan dolayı gözaltına alınmış ve bilgi ve itiraf amaçlı olarak uygulamada bulunulmuştur. Pek çok defa hakaretimiz sözlere maruz kalma; askıda tutulma; günlerce uykusuz bırakılma; vücudun değişik bölgelerine darp ve cebir uygulama (pr. 8, 83-84).
- 34- Erdal Aslan/Türkiye (02.12.2008): Gözaltında.** TKEP/L adlı yasa dışı örgüt üyeliği, örgüte ait bilgi, işlediği iddia edilen eylemlerle ilgili itiraf ve bilgi edinmek amaçlı uygulama. Filistin askısına tabi tutulma; falaka; ölüm tehdidine maruz kalma; suya batırılıp çıkartılmak; vücudun değişik yerlerine darbeler almak (pr. 10, 70).
- 35- Koçak/Türkiye (03.05.2007): Gözaltında.** PKK üyeliği, örgüte ait bilgi ve bazı suçların itirafı amacıyla uygulama. Gözleri bağlı tutulmak; üstünü başını tamamen çıplak olarak soyarak; vücuda tazyikli soğuk su tutmak; Filistin askısı uygulamak; ayak tabanları başta olmak üzere vücudun değişik bölgelerine plastik copla vurmak; tuzla kaplı dökümede zorla yürütmek; genital bölgelere, ayak ve parmaklara elektrik şoku vermek; aç, susuz ve uykusuz bir hücrede bırakmak (pr. 42).
- 36- Diri/Türkiye (31.07.2007): F tipi cezaevinde.** Cezaevinde günlük sayımlarda ismini kuvvetlice okumadığından ve ayağa kalkmadığından gardiyanlarca dövülme ve özellikle falakaya tabi tutulma (pr. 43).

- 37- Vladimir Romanov/Rusya (24.07.2008): Gözaltında.** Kauçuk coplarla vücuda çok sayıda vurma. Uyuşturucu bağımlısı kişiye suçlu itiraf etmesi karşılığında uyuşturucu temin edileceği vaadi; başvurucuyu küçük düşürmek, cezalandırıcı şiddette (punitive violence) bulunma (pr. 70).
- 38- Dedovski ve Diğerleri/Rusya (15.05.2008): Cezaevinde.** Çıplak aramalara ve diğer buyruklara karşı gelmeleri nedeniyle, cezalandırma amaçlı uygulama. Değişik zamanlarda ve değişik sayıda plastik coplarla vücudun değişik yerlerine vurma. Copsuz darp ve cebirde bulunma. Mahkemeye göre cezaevlerinde isyanı bastırmak için güvenlik güçleri elbette müdahalede bulunacaktır. Ancak kullanılan şiddetin ölçsüz nitelik taşımaması, cezalandırıcı ve misilleme boyutuna da ulaşmaması gerekmektedir. Bulunduğu hücreyi terk etmemesi, ismini söylememesi nedenlerine dayalı olarak bir seri coplu ya da copsuz fiziksel şiddete maruz kalınması biçiminde muamele doğası itibarıyla cezalandırma ve misillemede bulunma özelliği taşır. Muamele, başvurucunun onurunu kırmak ve itaate zorlamak amacı taşıyan kasıtlı bir davranıştır. Kısa zamanda olmasa da uzun dönemde fizik ve ruh sağlığı üzerinde olumsuz etkiler yapar (pr. 83–85).
- 39- Maslova ve Nalbandov/Rusya (24.01.2008): Gözaltında.** İtiraf amacıyla çeşitli kereler tecavüz etme, oral sekse zorlama; midesine ve yüzüne çeşitli defalar vurma; yüze gaz maskesi takarak zaman zaman hava girişini kesmek suretiyle nefessiz bırakma. Kulağından elektrik verme (pr. 12-14).
- 40- Belousov/Rusya (02.10.2008): Gözaltında.** Bir grup polis tarafından dövülme ve hücreye kapatılma. Belden üst tarafının çıkartılmaya ve bunların bir çantaya konulması istenilmesi; ardından yaklaşık dört beş kg ağırlığındaki bu çantayı kaldırıp indirmeye zorlanması. Başvurucu tarafından kendisinin ameliyat geçirdiğini ve bir kg'den fazla ağırlık taşımasının yasak olduğu belirtilmesine rağmen sayısız kere bu uygulamanın devam ettirilmesi. Bir müddet sonra bilincin kaybolması ve hastaneye kaldırılması (pr. 7–10).
- 41- Samoylov(Samoilov)/Rusya (02.10.2008): Gözaltında.** Bir grup polis tarafından, hazırlanan itirafnamenin imzalanmasını sağlamak amacıyla vücudun çeşitli yerlerine defalarca darp edilme, çeşitli bölgelere elektro şok uygulama; kafasına evrak dosyasıyla bayılıncaya kadar vurma (pr. 49).

Sonuç

İnsan onurunun korunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin varlık nedenini oluşturmaktadır. İşkence de doğrudan insan onurunu hedef alıcı eylemler olarak değerlendirildiğinden, buna maruz kalmama hakkı Sözleşme ile mutlak koruma altına alınmış olup devlete ölçülülük gibi bir test imkânı ya da takdir marjı tanınmamıştır. Esasen bu mutlak koruma uluslararası toplumun en temel normlarından birisini oluşturmaktadır. Bugün uluslararası hukuk bakımından işkence nerede ve hangi zaman ve hangi meşru gerekçe altında olursa olsun mutlak biçimde yasaklanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi işkence yasağı kenar başlığına yer verdiği 3'üncü maddesinde işkence ile birlikte bir takım insanlık dışı muameleleri yasaklamıştır. Sözleşme, işkence kenar başlığını kullanarak en az onun kadar etki ve sonuçları olabilecek diğer muamelelerin gözden kaçırılmaması gereğine işaret etmiştir. Kuşkusuz hepsinin ortak yanı kişinin maddi-manevi bütünlüğü ortadan kaldıracı, onurunu yok sayıcı muameleler niteliğini taşımasıdır. Bu nedenle de Sözleşme bakımından işkence mutlak ve dokunulmaz haklardan sayılmıştır. Sözleşmede, taraf devletlere hangi neden ve gerekçe ile olursa olsun sınırlama imkânı tanınmamış tek haktır.

Sözleşme açısından taraf devletin 3'üncü madde gereklerini yerine getirmiş sayılabilmesi için sadece bu hakkın tanınması yeterli değildir. Taraf devletler bir yandan işkence yapmamak, insanlık dışı muamele ve ceza uygulamamak; diğer yandan da yargılama yetkisi dâhilindeki yerlerde yani Sözleşmenin 1'inci maddesi bağlamında yargılama yetkisine giren bütün yerlerde işkence ve kötü muamelelerin yapılmasını önlemek ve bu bağlamda gerekli denetim mekanizmalarını kurmak ve işletmekle yükümlüdür. Başka bir deyişle işkence mağdurunun hak kayıplarının giderilmesi, işkence iddialarının etkin bir biçimde soruşturulması ve faillerinin etkili bir yaptırıma tabi tutulması yükümlülüğü devletin pozitif yükümlülüklerini oluşturmaktadır.

Sözleşmede işkence ile kötü muamele başlığında toplanabilen bir takım muameleler aynı sonuca tabi tutulmuştur. Taraf devletler, işkence ile kötü muameleleri aynı hukuksal sonuçlara tabi tutabileceği gibi farklı düzenlemeler de getirebilir. Önemli olan getirilen yaptırımın 3'üncü maddede yer alan yasakları önlemek bakımından yeterince etkili, caydırıcı, ölçülü bir yaptırım niteliğini taşıması gereğinin karşılanmış olmasıdır. Şüphesiz burada da Mahkemece işkence olarak nitelendirilebilecek boyutta bir eylemin iç hukukta kötü muamele kategorisinde görülmesi ve işkence

eyleminin ağırlığını karşılayamayacak vasıfta bir yaptırım getirilmiş olması 3'üncü madde ihlaline yol açabilecektir.

Mahkeme, önüne taşınan 3'üncü maddeye ilişkin ihlal iddialarında muamele- nin işkence mi yoksa kötü muamele mi oluşturduğunu mutlaka belirtmektedir. Bu ayrımı ve değerlendirmeyi de “günün koşulları ışığında” yapmaktadır. Bu nedenle de geçmişte işkence kategorisinde görmediği bir hareketi bugün işkence olarak değerlendirebilmektedir. Diğer yandan, muamele- nin niteliğini belirlemede iç hukukun nitelendirmeleriyle bağlı değildir. Ancak, iç hukukta bir muamele işkence olarak nite- lendirilmişse Mahkeme bu nitelermeye itibar etmekle birlikte kötü muamele olarak değerlendirilmiş bir muamele Mahkemece işkence olarak görülebilmektedir. Bunun anlamı, iç hukukun Sözleşme sisteminden daha koruyucu, daha özgürlükçü düzen- leme ve yaptırımlara her zaman yer verebilme imkânına sahip bulunmasıdır. Tar- raf devletler, Sözleşme standardının üstünde düzenlemeleri her zaman getirebilirler. Devlete yasaklanan ve dolayısıyla Sözleşme aykırılığı oluşturan durum Sözleşme ile getirilen standardın altında kalınmasıdır. Bu nedenle devlet, Mahkemece insanlık dışı muamele kapsamında görülen bir eylemi işkence olarak düzenleyebilir; fakat işkence olarak değerlendirilen bir eylemi insanlık dışı muamele kapsamında göremez.

Mahkeme, önüne taşınan 3'üncü maddeye dayalı ihlal iddialarını incelerken ön- celikle muamele- nin asgari yoğunluk koşulu denilen belirli bir ağırlığa erişip erişmedi- ğine bakmaktadır. Bu eşik dar anlamda ya da geniş anlamda işkence muamelelerinin tümünün ön şartını oluşturmaktadır. Şu var ki, işkence olarak nitelendirilebilecek olan muamele ya da muamelelerin Mahkeme tarafından aranan bu eşiği her halü- karda aşmış olduğundan söz edebiliriz. Eğer bu eşik aşılmamışsa, muamele insanlık dışı ya da onur kırıcı da olsa 3'üncü madde ihlali olarak değerlendirilmemektedir. Elbette bu durum iç hukukta yaptırımsız bırakılmasına cevaz niteliği taşımamakta; sadece 3'üncü madde yasakları bağlamında bir ihlalin söz konusu olmadığı anlamı- na gelmektedir. Asgari ağırlık şartını yerine getirmiş olan muamele eğer Mahkeme tarafından “ağırın da ağırı” olarak adlandırabileceğimiz bir fiziksel ve/veya ruhsal acı ve ızdırap yoğunluğunda görülmekteyse daha ileri tahlile gidilerek muamele- nin işkence kategorisinde olduğu belirtilmekte ve neden böyle bir nitelermeye gidildiği ay- rıntılı olarak ortaya konulmaktadır. Mahkeme bu ayrımın yapılması gereğine işaret etikten sonra işkenceyi diğer muamelelerden ayırt etmede başvurduğu gerekçelere gitmektedir. Mahkemenin Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesinin 1'inci maddesindeki tanımına göndermede bulunarak muamele- nin amacı, sertlik de-

recesi, kasten gerçekleştirilme ve kamu gücü kullanma yetkisini haiz kişilerce veya onların teşvikiyle işlenmiş olma unsurlarını zaman zaman kullandığı görülmektedir. Bunlardan muamelenin sertlik derecesi yani acının özel yoğunluğu her durumda aranmakla birlikte diğer unsurlar olmazsa olmaz nitelik taşımamaktadır. Acının yoğunluğu koşulunun gerçekleşmesi açısından da hareketin sistematikliği Mahkeme açısından zorunlu bir unsur olarak görülmemektedir. Mahkemeye göre muamele sistematik olmakla birlikte fiziksel ve ruhsal acı yoğunluğu yönünden işkence nitelmesi yapılabilecek düzeyde değildir. Yani, geniş anlamda işkence diye tabir olunan insanlık dışı muamele, zalimane muamele, onur kırıcı muamele de sistematik olabilir. Aynı şekilde özel kast unsuru da Mahkeme açısından hareketin işkence oluşunu tespit bakımından gerekli bir unsur değildir. Şüphesiz eğer somut olayda bu bulgudan söz edilebilmekteyse Mahkeme muamelenin özel kastına da yer vermektedir. Ancak bu durumun belirtilmeksizin işkence olarak nitelendirilmiş vakalar da bulunmaktadır. Şu halde sistematiklik ve özel kast unsuru, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulamasında sine qua non unsurlar değildir. Diğer yandan işkencenin mutlaka kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmiş olması da gerekmemektedir. Mahkeme açısından 3'üncü maddede sayılan yasakların kimin tarafından gerçekleştirilmiş olduğunun önemi bulunmamaktadır. Bir özel kişi tarafından gerçekleştirilmiş olsa da eğer fiziksel ve ruhsal acı işkence kategorisine girecek ağırlık taşımaktaysa ve taraf devlet de bu konudaki pozitif yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemişse Mahkemece işkence kaynaklı bir 3'üncü madde ihlali olarak değerlendirilebilecektir.

Taraf devletler, kamu görevlisi olmayanlarca gerçekleştirilen ve Mahkemece işkence kategorisinde değerlendirilebilecek bir muameleyi takdir marjı bağlamında işkence dışında ayrı bir suç tipi olarak düzenleme imkânına elbette sahiptirler. Çünkü Sözleşme açısından önemli olan, bu mutlak yasağı kimden gelirse gelsin, işkence denilen muamelenin ağırlığına mütenasip bir yaptırıma yer verilmiş olmasıdır. İster tek bir suç tipinde isterse ayrı ayrı suç tiplerinde yaptırıma bağlanmış olsun bu amacı karşılamayan bir düzenlemenin Sözleşmenin işkence yasağı hükmünün *ratio legis*'ine uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz.

Sözleşme gereklerinin yerine getirilmiş olması bakımından işkence suçlarının caydırıcı bir yaptırıma bağlanması yeterli değildir. Aynı zamanda herhangi bir zamanışı, erteleme, af veya başkaca kurtarıcı, tahrik gibi hafifletici, etkisizleştirici yollarla faillerinin cezasız kalması veya işlenen suça adeta prim verici bir sonuca yol açılmaması gerekmektedir. Mahkeme içtihatlarına göre böyle bir yaptırım sistemi, ti-

tizlikten uzak olup caydırıcı bir etkiye sahip değildir. Bu durum taraf devletın işkence ile mücadele ve faillerinin cezalandırılması konusunda Sözleşme ile üstlenmiş olduğu yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki standartları karşılamamaktan uzaktır.

Kaynakça

- Anayurt, Ömer, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yay., Ankara 2004.
- Bakı, Sevim, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu**, Beta Yay., İstanbul 2008.
- Callewaert, Johan, “L'article 3 de la convention européenne: une norme relativement absolue ou absolument relative? **Liber Amicorum Marc-André Eissen**, Bruylant LGDJ, Bruxelles-Paris. 9-37.
- Chauvin, N., “L'interprétation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme: réelle avancée ou restriction déguisée?”, **Revue Universelle des Droits de l'Homme**, 1997.
- Charrier, Jean Loup, **Code de la Convention Européenne des Droits de l'Homme**, Litec, Paris 2000.
- Clayton, R- H. Tomlinson, **The law of Human Rights**, VI, Oxford University Press, 2000.
- Doğru, Osman, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasası**, Legal Yay., İstanbul 2006.
- Ergeç, Rusen, **Protection Européenne et Internationale des Droits de l'Homme**, Bruylant 2004.
- Jonathan-Cohen, Gérard, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, Economica, Paris. 1989.
- Önok Murat, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yay., Ankara 2006.
- Reidy, Aisling, **İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, Şen Matbaası, Ankara 2007.
- Renucci, Jean-François, **Droit Européenne des Droits de l'Homme**, 2. éd., LGDJ, Paris 2001.
- Sudre, Frédéric, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, 19. éd., PUF, Que Sais Je? Paris 1997.
- Sudre, Frédéric, “l'article 3”, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**”, (Sous la direction de: L. E. Pettiti- E. Decaux- P-H. Imbert), 2. éd., Economica, Paris 1999.
- Üzülmez, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl 2, S. 5, 2005.
- Vélu, Jacques-Ergeç, Rusen, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, Bruylant Bruxelles, 1990



(10. Makale – 2008)

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU
ÜZELTÜRK*

*Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar***

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008-1, s. 95-129.



ÖZEL HAYATIN KORUNMASINA İLİŞKİN BAŞLICA SORUNLAR



Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK*

I. Bölüm

1. Kavram ve Tarihsel Gelişim

Anayasamızda ve yaygın olarak akademik çalışmalarda¹ kullanılan “özel hayatın gizliliği” kavramı, aslında ifade edilmek istenilen alanın sadece bir boyutunu kapsamaktadır. Özel hayatın gizliliği hakkı ile korunmaya çalışılan değer, aynı zamanda, mahremiyet hakkı ya da özel alanın “giz”i yanında kişinin giz alanına dahil olmayan, sıkı ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaştığı özel alanı ve kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı kamuya açık alanıdır.²

Bu sebeple, 1982 Anayasasının 20. Maddesinin başlığında yer alan “özel hayatın gizliliği hakkı” kavramını, giz alanını aşan bir anlam yüklenerek “özel hayat hakkı” olarak ifade etmek daha doğru olacaktır.

Özel hayat hakkı, yaşama hakkı, kölelik yasağı gibi geleneksel haklardan farklı olarak içtihatlar yoluyla oluşan bir hak kategorisidir. Bireyin konutunun gereksiz

* Doç. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesinde sunulan tebliğ.

¹ Aynı doğrultuda, O. Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve TC Anayasasında Düzenlenişi** (yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara 1979, s.6.

² Hubmann'dan aktaran S. Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md.24/a fıkra I, İMK md. 28/a fıkra I)**, Beta, İstanbul 2001, s.62.

müdahalelere maruz kalmasına engel olmak, hukukun çok önce koruma altına aldığı bir alan olmakla birlikte, “özel hayat” hakkının genel olarak tanınması 20. yüzyılda gerçekleşmiştir. Birçok ulusal ve uluslararası belgede özel hayat hakkı tanınmakla beraber, özgürlüğün sınırlarının çizilmesinde belirsizlikler bulunmaktadır.³

Özel hayat hakkı, hem insan hakları ve anayasal boyutu olan, hem de özel ilişkiler çerçevesinde gündeme gelebilecek bir konudur. Bunu devlet ve birey arasındaki ilişkiler açısından “dikey ilişkilerde” ve birey-birey ilişkileri açısından “yatay ilişkilerde” özel hayata yapılan müdahale ve ihlaller olarak nitelendirmek mümkündür. Dikey ilişkilerle özel hayatın gizliliğinin ihlali; konut dokunulmazlığı, sebepsiz arama, izleme ve haberleşmeye müdahale veya doğum kontrolü, gebeliğin iradi olarak sona erdirilmesi, giyim tarzı ve görünüş ve cinsel davranış gibi özel kararlara devletin müdahalesi gibi durumlarda ortaya çıkar. Yatay ilişkilerde ise, müdahaleler haksız fiil hukuku çerçevesinde karşılanmaktadır.⁴

Özel hayatın gizliliği kavramını hukuk terminolojisine sokan iki ünlü yazara göre, başlangıçta hukuk yaşama ve mülkiyete karşı yapılan fiziksel müdahalelere engel olmaya çalışmıştır. Bu çerçevede yaşama hakkı sadece bireyin müessir fiillere karşı korunması, özgürlük gerçek sınırlamalardan kurtulmaktı ve mülkiyet hakkı kişinin toprağını ve mallarını korumaktaydı. Sonra bireyin manevi, tinsel doğası, duyguları ve aklının tanınması aşamasına geçilmiştir. Zamanla bu yasal hakların alanı genişledi ve artık yaşama hakkı yaşamdan hoşlanmaya, yalnız kalmaya özgürlük hakkı geniş medeni ayrıcalıkların garanti edilmesine ve mülkiyet hakkı da maddi olan ve olmayan her türlü aidiyetin korunmasına dönüşmüştür.⁵

Medenileşme ile birlikte, yoğun entelektüel ve duygusal yaşam hissiyatın yükselmesi, insanoğluna hayatın acı, tatlı ve yararlı yanlarının sadece bir kısmının maddi şeylerde olduğunu göstermiştir. Bunun sonucu olarak da düşüncelere, duygulara ve hislere yasal koruma olmadan da yargıç kararı ile müdahale edilebilmesi mümkün olabilmıştır.⁶ Warren ve Brandeis’in bu yaklaşımı özel hayat kavramının sosyal bir yarar olarak görülmesi ve yargıç kararı ile de korunması gerekliliğine işaret eden ilk yaklaşımdır. Bu yaklaşımın sonunda özel hayatın gizliliği kavramı bir common-law

³ R.Clayton-H.Tomlinson, **The Law of Human Rights**, Oxford, New York, 2000, s.776.

⁴ R. Clayton-H.Tomlinson, **The Law of Human Rights**, Oxford, New York, 2000, s.778.

⁵ S. D. Warren -L. D. Brandeis, “The Right to Privacy”, **Harvard Law Review**, V. IV, De- cember15, 1890, no.5. s.193 vd.

⁶ Warren -Brandeis, “The Right to Privacy”, **Harvard Law Review**, V. IV, December15, 1890, no.5. s.193 vd.

hakkı, bağımsız bir hak olarak, genel ve sürekli başvurulmuş bir hak olarak karşımıza çıkmıştır.⁷

Bu süreç içinde 1800'lü yılların sonunda özel hayat hakkının özerk bir hak olarak korunup korunmaması, hukukun bireyin manevi hayatını koruması gerekip gerekmediği önemli hukuki tartışmalara yol açmıştır.⁸ Özel hayat hakkının karşılaştırmalı hukukta korunması için ise, 20. yüzyılı beklemek gerekir.⁹ Özel hayat hakkının korunması iki temel sebebe bağlanmaktadır: İlk olarak; çağdaş toplumun, moral değerlerle kontrol edilemeyen bireysel hassasiyetleri güçlü ve buna saygı bekleyen, doğrudan insan ilişkileri zayıf olduğu için başkalarının özelini de merak eden bir kitleden oluşmasıdır. İkinci sebep ise teknolojinin gelişmesi ve bireyin özel hayatına müdahale edebilecek araçların hızla yayılmasıdır.¹⁰

Özel hayat hakkı her şeyden önce yargıç Cooley'in ifadesiyle kişinin "yalnız olabilmek" hakkıdır ve bu hak konutun iş veya stüdyonun meraklı kişilerin müdahalesinden uzak olmasını, birinin fotoğrafının istenmeyen dolaşımının engellenmesini, kısaca bireyin kişiliğinin mahremiyeti (gizliliği) ile ilgili olan her şeyin gizli kalması, ifade edilmemesi, gösterilmemesi ve ihlal edilememesini içerir.¹¹

Özel hayatın gizliliği hakkı bir başka yazara göre ise, bireyin onuru ve moral bütünlüğü çerçevesinde, kişinin portresinin izinsiz dolaşımı, kişisel bilgilerin kontrol

⁷ B.R. Ruiz, **Privacy in Telecommunications, a European and an American Approach**, s. 23.

⁸ Warren -Brandeis, "The Right to Privacy", **Harvard Law Review**, V. IV, December 15, 1890, no.5. Yazarlar bu konuda şu kodu önermektedirler; özel yaşamın gizliliği hakkının korunması için özetle şu yasal formu şekillendirmiştir:

1-Özel hayatın gizliliği hakkı genel veya kamusal çıkarı içeren bir şeyin yayınlanmasını engellemez.

2-İftira ve hakaret hukukuna göre ayrıcalıklı yayın olarak karşılık verme halinde durum özel hayatın gizliliği kavramı içinde yer alsın dahi ihlal sayılmaz.

3-Sözlü yayın sonucu özel bir zararın yokluğu halinde hukuk özel yaşamın gizliliğinin ihlali için düzeltme hakkı veremeyecektir.

4-Özel hayatın gizliliği hakkı gerçeğin yayını birey veya onun rızası ile durdurur.

5-Yayımlanan olayın doğruluğu savunma oluşturmaz.

6-Yayıncının "taammüt"ünün yokluğu bir savunma oluşturmaz.

Warren -Brandeis'in getirdiği bu kod zaman zaman eleştirilere uğramıştır. Bu konuda bkz. B.R. Ruiz, **Privacy in Telecommunications**, s. 25 ve dn.16 daki kaynaklar.

⁹ Bu konuda ayrıntılı örnekler için bkz. O. Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi**, Yayınlanmamış Doçentlik tezi, Ankara 1979, s.60-84. B.R. Ruiz, **Privacy in Telecommunications, a European and an American Approach**, s. 22.

¹⁰ G. Negley'den aktaran Ruiz, **Privacy in Telecommunications**, s. 45.

¹¹ H. S Warren -Brandeis, "The Right to Privacy", **Northwestern Law Review**, V.III, October 1894, no.1.

edilmesi, başkalarıyla duygusal ilişkileri oluşturmak ve geliştirmek, medyanın girişine engel olmak gibi farklı konuları kapsamaktadır.¹²

Türk Anayasaları 1961 Anayasasından sonra sadece konut dokunulmazlığı ya da haberleşmenin gizliliği bağlantısı ile değil doğrudan açık hükümlerle “özel hayatın gizliliğini hükme bağlamışlardır. Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında özel hayatın gizliliğinin kişinin temel haklarından olduğu-nu vurgulayarak, kişi hürriyetinin bir devamı olduğunu ve bu sebeple Anayasal koruma altında bulunduğunu belirtmektedir.¹³

Özel hayatın gizliliği hakkı klasik haklar arasında yer almaktadır. 1982 Anayasasında hakkın bulunduğu kısım “kişinin hakları” bölümüdür. Bu bölümde yer alan haklar kişinin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve hürriyetlerdir ve kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizer ve kişiyi devlete karşı korur.¹⁴ Anayasada özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin güvenceler, kişinin kişiliğini tam ve özgürce geliştirmesine ve onu kendi dünyası ile baş başa bırakıp, küçük dünyasına dokunmaya engel olan korumalar olarak tanımlanmaktadır.¹⁵ Bu hakkın öznesi ise “herkes”dir.

2. Özel Hayatın Kapsamı

Özel hayatın gizliliğinin şu şekillerde ortaya çıktığı ifade edilmektedir: toplumdaki çekilme, mahremiyet, tanınmazlık, saklama.¹⁶ Bugünkü anlamı ile özel hayat konusunda tartışmalı olmayan, hemen herkes tarafından “özel yaşam” alanı içinde kabul edilen bir kısım vardır. Bu da öncelikle yalnız olma¹⁷ hakkıdır. Yalnız olma hakkı,

¹² R.Clayton-H.Tomlinson, **The Law of Human Rights**, Oxford, New York, 2000, s.777.

¹³ E. 1963/100, K.1965/48, T.28/9/1965, **AYMKD**. 3, s.220

¹⁴ N. Yüzbaşıoğlu, **Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 20.

¹⁵ Ibid, s. 25.

¹⁶ O. Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi**, Yayınlanmamış Doçentlik tezi, Ankara 1979, s.10. Yazar, Westin-Alan'dan aktardığı kavramları özetle şu şekilde tanımlamaktadır. Toplumdan çekilme (solitude) halinde kişinin topluma ilişkilerini keserek çevresinden ve onun denetiminden uzaklaşarak tek başına yaşamını sürdürmesi söz konusudur. Mahremiyet (intimacy) halinde kişi özel yaşamını aile, eş, arkadaş gibi sınırlı bir çevre ile paylaşmaktadır. Tanınmazlık (anonymity), kişinin bir yabancı ile onun kendisinin kim olduğunu bilmemesine ve çevresinde sürekli kalmayacağına güvenerek özel yaşamını paylaşması veya kişinin düşüncelerini topluma kendisinin olduğu anlaşılmayacak biçimde açıklamaması halidir. Saklama (reserve) halinde ise, kişinin özel yaşam olaylarının algılanmasını önlemesi veya sınırlandırması söz konusudur.

¹⁷ "Right to seclusion" veya "solitude."

istenmeyen müdahalelerin engellenmesini, güvenmeyi ve tanınmazlığı da kapsamaktadır. Özel hayatın sır tutma veya sığınma boyutu ile “birisi hakkındaki bilginin kontrolü” nü de içerdiği kabul edilmektedir.¹⁸

Genel kabul gören bu alanın dışında özel hayatın gizliliği kavramının geniş bir tartışmaya konu olduğu söylenebilir. Örneğin Amerikan Yüksek Mahkemesinin “doğum kontrolü ile ilgili olarak verdiği ve bu alanı kişinin kendi mahrem (intimate) alanı olarak gördüğü ve bireyin bu konudaki kararını¹⁹ “**özerklik**” olarak belirlediği kararı özerklik ve özel hayat kavramlarının farklı kavramlar olduğu ve farklı tür hak ve özgürlükler için kullanıldığından hareketle eleştirilmektedir.²⁰

Özerklik, “bireyci demokrasi” ile de yakın bağlantısı olan bir kavram olarak karşımıza çıkmakta ve birey veya örgütün, kendi amaçlarına uygun gördüğü kriterler uyarınca kararlar verme, eylem kuralları koyma, kaynaklara tasarruf etme ve kendisiyle birlikte çalışacak kişileri devşirme hakkı olarak ifade edilmektedir.²¹

Özel hayatın gizliliği konusunda tartışmalı kavramlardan biri de kişinin **adı** ve **tasvirlerine** yapılan haksız fiillerle ilgilidir. Bireyin adının ve imajının kullanılması hakkı Amerikan Mahkemeleri tarafından özel hayatın gizliliği içerisinde değerlendirilmiştir. Buradaki tartışma belirtilen özgürlük alanının özel hayatın gizliliği hakkı ile değil, mülkiyet hakkına yakın olan marka hakkı, kopya hakkı, isim veya şöhret hakkı ile ilgili olduğu noktasından hareketle eleştirilmektedir.²² Bugün artık özel yaşam “imaj hakkı” nı da kavrar biçimde kabul edilmektedir.²³

Görüldüğü gibi özel hayatın gizliliği yerine “özel hayat hakkı” ifadesinin kullanılması, kavramın bugünkü anlamı açısından daha doğru görülmektedir. Bu konuda İHAM kararları da belirleyicidir.

İHAM, özel yaşam kavramının sınırlı tanımlara müsait olmayan geniş bir kavram olduğunu, belirtmektedir. Mahkemeye göre, özel hayat bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü, bireyin fiziksel ve sosyal kimliğini (cinsel kimlik, cinsel eğilim, cinsel

¹⁸ Ruiz, **Privacy in Telecommunications**, s. 27.

¹⁹ Case of Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479. 1965.

²⁰ Ruiz, **Privacy in Telecommunications**, s. 27.

²¹ E. Shils'den aktaran, E. Özbudun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, **AÜHF Cumhuriyetin 50. Yıl Armağanı**, s. 269.

²² Ruiz, **Privacy in Telecommunications**, s. 27.

²³ İ. Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 292.

hayat gibi), bireyin adının ötesinde, özel veya aile yaşamı, diğer kişisel özellikleri ve aile bağlarını ve bireyin sağlığına ilişkin bilgileri de içerir. Mahkemeye göre bireyin etnik kimliği de bu alanda yer almaktadır. Ayrıca, Mahkeme bireyin kişisel gelişme hakkını ve diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını da kapsamaktadır. Bireyin “imajı” ve özel yaşam ve bireye ait olan bilgilerin toplanması da bu çerçevede ifade edilmektedir.²⁴

Alman yazar Hubmann’ın tasnifi ile kişinin hayat alanı üç kısımdan oluşmaktadır: Kişinin güven duyduğu kimselerle paylaştığı, bunun dışındaki kişilere kapalı olmasını istediği “giz alanı”; kişinin gizli hayatına dahil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi sıkı ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaşmak istediği “özel alanı” ve kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı, kamuya açık-ortak” alanı.²⁵ Bu çerçevenin artık aşıldığını söylemek yanlış olmaz. Bu gelişmenin ilginç bir örneği olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin verdiği Hannover kararı ilk olması bakımından önem taşımaktadır.

a. Özel Hayatın Kapsamının Genişlemesi- HANNOVER DAVASI²⁶

Von Hannover Kararında Monaco Prensesi Alman mahkemeleri karşısında yanında yer alan yalnız, çocukları veya arkadaşları ile birlikte yer alan bazen tatilde, alışverişte, spor yaparken, bazen de gözlerden uzak bir restoranda bir arkadaşı ile yemek yerken yayınlanan fotoğrafları için dava açmıştır. Ancak çocukları ile olan fotoğrafları için ailenin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde, gizli bir restoranda yemek yerken yayınlanan fotoğrafları için de kamusal bir alanda bulunmadığı için başarılı olmuş, ancak diğer fotoğraflar için aynı sonuca ulaşamamıştır. İHAM kararında başarılı olunamayan kamuya açık alandaki fotoğraflar için değerlendirme yapmıştır. Mahkeme öncelikle, bireyin fotoğraflarının da özel hayat kapsamında olduğunu belirtmektedir.²⁷ Ayrıca, fotoğraflara ilişkin olarak, Komisyonun fotoğrafların kamusal veya özel alana ilişkin olup olmadığı ve materyalin sınırlı bir kullanım için veya genel kamu için mi planlandığının göz önünde bulundurulduğunu hatırlatmaktadır (pg.

²⁴ Case of S. And Marper v. UK, [app no: 30562/04 ve 30566/04], judgement, 4 December 2008, pg. 66.

²⁵ Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını...**, s. 62. Ortak yaşam alanı içinde gerçekleşen bir olayın kamuya aksettirilmesi kişilik hakkına tecavüz olmamakla beraber bazı yazarlar bu halde dahi kişinin rızasının olması gerektiğinden bahsetmektedirler. Helvacı, s. 62.

²⁶ Case of Von Hannover v. Germany, 59320/00, 24 6.2004, pg.43-81.

²⁷ Aynı yönde Case of Schüssel v. Austria, 42409/98, 21.2.2002.

52) ve başvurunun özel hayatına saygı hakkına müdahale olduğunu belirtmektedir. Mahkeme kararında 8. maddenin üye devletlere sadece negatif yükümlülükler değil, pozitif yükümlülükler de yüklediğini ve bu noktada bireyin çıkarı ile kamunun çıkarları arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini ve her iki durumda da devletin takdir marjı olduğunu belirtmiştir. Basın özgürlüğünün demokratik toplum açısından önemine de değinen İHAM, bu özgürlüğün sınırlama sebepleri arasında yer alan başkalarının şöhret veya haklarının korunmasının yer aldığına dikkat çekmekte ve ifade özgürlüğünün fikirler için olduğu kadar imajlar için de geçerli olduğunu belirtmektedir (pg.58- 59). Mahkeme kararlarında, genellikle özel hayat ve ifade özgürlüğü konusunda (Tammer davasında) bireyin özel hayatına ilişkin belli ifadelerin kullanılmasının “genel bir önem ifade etmediğinden” hareketle, 10. madde çerçevesinde ifade özgürlüğünün ihlaline yola açmadığına karar vermiştir. Krone Verlag²⁸ davasında ise, “önemli kamusal ilgi” nedeniyle 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu konuda bir başka ihlal kararı ise, Mitterrand’ın doktorunun kendisi hakkında tıbbi bilgileri açıklamasına ilişkindir.

Tüm bu veriler mahkeme tarafından davaya uygulandığında, fotoğrafların başvurunun günlük hayatını gösterdiği ve başvurunun kraliyet ailesinin bir mensubu olarak ailesini belli kültür ve yardım olaylarında temsil ettiğini, ancak Monako devleti veya onun bir kurumu adına hiçbir faaliyette bulunmadığını saptamıştır. Ayrıca mahkeme, gerçeklerin rapor edilmesi ve bireyin özel hayatına ilişkin ayrıntıların rapor edilmesinin birbirinden ayrılması gerektiği kanaatindedir. İlkinde basın demokrasilerde “bekçi köpeği” görevini üstlenmektedir. Gerçi, özellikle politikacılara ilişkin olarak belli durumlarda özel hayatına ilişkin olarak kamunun bilgilendirme hakkının olduğu ve bunun demokrasi açısından önemi mahkeme tarafından kabul edilmektedir; ancak olayda böyle bir durum yoktur. Mahkeme benzer bazı davalarda da kamu tarafından tanınan kişiler hakkında da özel hayatlarına ilişkin detayların yer almasının toplumun genel çıkarlarının tartışılmasına hizmet etmediğini vurgulamaktadır. Mahkeme ayrıca, özel hayata saygı hakkının korunmasının bireyin kişiliğinin gelişmesindeki önemini işaret etmiş ve bu korumanın sadece özel ve ailesel tarafını değil, sosyal boyutunu da hatırlatmıştır. Buradan hareketle mahkeme, kamuoyu tarafından tanınan kişilerin de özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının korunması meşru beklentisi içinde olmak zorunda olduğunu vurgulamıştır. Teknolojik gelişmeler sonucunda bu bilgilerin saklanması ve yeniden üretilmesinin mümkün olması, bu durumda özel

²⁸ Case of Krone Verlag GmbH and co. K.G. v. Austria, 34315/96, pg.37.

hayata müdahalelerin artan korunma ihtiyacı karşısında mücadele edilmesi gereken bir husus olarak değerlendirilmekte ve sistematik olarak özel fotoğrafların çekilmesi ve dağıtılmasında da bu durumun uygulanabileceği belirtilmektedir. Sözleşmenin teorik ve göz boyayan hakları değil, pratik ve etkili hakları garanti ettiğini hatırlatan Mahkeme, Alman ulusal mahkemesinin bireyi çağdaş toplumun “par excellence (mükemmel)” figürü olarak tanımlamasını özel hayatın korunmasında yetersiz bulmuştur. İHAM’a göre, bu durum politikacılar için geçerli olabilir, ancak olayda hiçbir resmi faaliyeti olmayan ve sadece kraliyet ailesinin bir üyesi olan başvurucu için haklı değildir. Mahkeme bu şartlarda, devletin özel hayatının korunması hakkı ve bireyin imajının kullanılmasını kontrol etme hakkı konusunda, Sözleşmeden kaynaklanan pozitif yükümlülüğünü yerine getirmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Son olarak Mahkeme, çağdaş toplumun mükemmel figürü ile, nispeten kamuya mal olmuş kişiler arasında, bir hukuk devletinde bireylerin davranışlarını ayarlayabilmesi için açık ve belirgin bir ayırım ortaya konması gerektiğini saptamış ve bireylerin tüm bunların ötesinde ne zaman ve nerede korunduklarını veya hangi alanda özel hayatlarına başkaları özellikle de tabloid basın tarafından müdahale edileceğini, açık bir şekilde bilme ihtiyacı içinde olduklarını ifade etmiştir.

Sonuç olarak Mahkeme, ifade özgürlüğü ve özel hayatın korunması dengesinde kararı etkileyen hususun basılan fotoğrafların ve makalelerin genel yarar düşüncesine sağladığı katkıda yatmakta olduğuna karar vermiştir ve olayda başvurucu resmi bir görev ifa etmediği için ve fotoğraflar ve makaleler özel hayatın detaylarına ilişkin olduğu için böyle bir katkı söz konusu değildir. Ayrıca Mahkeme, başvurusunun kamu tarafından çok tanınan biri olmasına rağmen, nerede olduğu ve özel hayatında genel olarak nasıl davrandığı konusunda, gizli bir yer olarak tanımlanamayacak alanlarda görülmesi halinde de, kamunun bunları bilme konusunda meşru bir çıkarımın olmadığı kanaatindedir. Mahkeme burada ticari çıkar olduğu kanaatindedir. Sonuç olarak başvurusunun özel hayata saygı hakkı etkili bir biçimde korunmamıştır, Alman mahkemeleri, başvurusunun çıkarı ile kamunun çıkarları arasında adil bir denge kuramamışlar ve üye devlete tanınan sınırı aşmışlardır. Bu sebeplerle 8. maddenin ihlali vardır.

İHAM kararlarında devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği tartışması yaparken, üye devletin takdir marjını aşır aşmadığına, bireyin ve kamunun çıkarları arasında bir denge olup olmadığını araştırarak ulaşmaktadır. Yukarıda özetlenen von Hannover kararında da bu yol izlenmiş ve üye devletin takdir marjını aştığına karar verilmiştir. Verilen karar, ifade özgürlüğü daha dar alanda basın

özgürlüğü karşısında, özel hayatın korunmasına getirilen kriterler açısından yeni ve önemlidir. Mahkeme kararında, kamuya mal olmuş kişiler arasında politikacı olan ve olmayanlar, kamu görevi ifa eden ve etmeyenler arasında ayırım yapıldığı gözlenmektedir. Ayrıca, kararın vurucu noktası, bilgilerin kamunun genel yararı düşüncesine ne katkı sağladığının göz önünde tutulmasıdır. Bu yorum yöntemi ünlü kişiler, “mükemmel figürler” ve “kamusal figürler” ayırımı yapmayı gerekli kılmaktadır. Bundan sonra mahkeme önüne getirilecek davalarda bu ayırımın daha çok belirginlik kazanacağı ve kamu yararı tartışmasının somut olaylarda nasıl saptanacağı daha çok açıklık kazanacaktır. Örneğin, bir politikacının “mükemmel figür” olarak özel hayatına saygı beklentisinin sınırlarının ne olduğu henüz netleşmemiştir. Ancak kesinleşen bir husus vardır ki, o da konutta veya saklı alanlarda bulunmak özel hayatın gereken korumadan yararlanması için artık yeterli değildir, bu alanların dışında kamuya açık mekanlarda da “kamusal figürler” özel hayatlarına saygı beklentisi içinde olabileceklerdir.

3. Özel Hayat Hakkının Koruduğu Hukuki Değer Nedir?

Bir hak olarak özel yaşam iki felsefi temele dayanmaktadır.

Bunlardan birincisi, özgürlük ideolojisinde güçlü bir eleman olan **kişisel özerklik**. Özel hayatın gizliliği seçme özgürlüğünün şartlarının oluşturulmasına yardımcı olan bir değer olduğu için müdahaleden uzak olmalıdır. Birey, belirlenen bu alana girişleri meşru bir amaca dayanma istisnası dışında durdurarak, kendisini tüm gelenlere karşı savunup koruyabilecektir.

İkincisi ise, **fayda** düşüncesidir. Birey kendisini özel yaşamına devlet müdahale etmediği zaman daha mutlu hissetmektedir. Faydacı yaklaşım, özel yaşam alanının özel ve ailesel alandan iş alanına da genişletilmesini haklı çıkarmaktadır.²⁹ Kişisel özerklik, özel yaşamın bağımsızlığı ve gizliliğidir. Bağımsızlık ise, kişinin en geniş anlamda yaşam biçim ve türünü, davranışlarını, kişisel eylemlerini ve ilişkilerini tercih

²⁹ D. Feldman, **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales**, Clarendon Press, Oxford, 1993, s.353. Faydacı yaklaşıma göre, bireyler iş ve ailevi konularda devletin müdahalesi olmadan kendi organizasyonlarını yaptıklarında daha etkili ve mutlu olacaklardır. Faydacı yaklaşım, özel hayatın kapsamının genişletilmesini de haklı çıkarmaktadır. Kişisel özerklik ise insanlığın gelişmesi için önemlidir. Ibid. s.354. Faydacı yaklaşımı pekiştirir şekilde bireylerin özel hayatlarının gizliliklerinin korunmasının bireyin ruhsal yaşamında ağır sarsıntılara yol açtığı ifade edilmektedir. Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı**, s. 24.

etme hakkı olarak ifade edilirken, gizlilik ilkesi, üçüncü kişilerin merak alanı dışında tutulan varlık ortamı olup, her bireyin kişisel, ilişkisel ve ailesel yaşam alanına dışarıdan müdahaleye karşı mahremiyettir.³⁰

Warren-Brandeis özel hayat hakkının temellerini teknolojik gelişmeler ve iş metodlarından dolayı kişinin güvenliğinin sağlanması amacıyla gerekli olma ve ahlaki olma noktasından hareketle “bireyin dokunulmazlığı” temeline dayandırmaktadır.³¹

Özel hayat hakkı ile varılmak istenen amacın, birbirinden farklı dört tür haksız fiil ile karşı kişinin çıkarlarının korunması olduğunu belirten Prosser³² şu tasnifi yapmaktadır: Kişinin sükûnetinin, yalnızlığının, gizlerinin ve özel yaşamının ihlali halinde kişinin manevi bütünlüğünün; kişinin özel yaşamına ilişkin utanç verici durumların kamuya açıklanması halinde şeref ve haysiyetin; kişinin topluma yanlış tanıtılması halinde şöhreti ve adının; kişinin adının ve resminin çıkar sağlamak amacıyla kullanılması halinde ise kişinin adından ve resminden doğan maddi çıkarları korunmaktadır.

Bazı yazarlar ise özel hayat hakkının hukuki temelini “**insan onuru**” kavramında bulmaktadırlar.³³

Özel hukuk açısından özel hayatın gizliliği kavramına “**kişilik hakkı**” penceresinden yaklaşılmaktadır. Kişilik hakkının öğretide ikiye ayrıldığı görülmektedir. Kişinin hayatı, sağlığı, vücut tamlığı ve hareket özgürlüğüne ilişkin alan olarak nitelendirilen “maddi kişisel değerler”³⁴ veya “iç kişisel değerler.”³⁵ 1982 Anayasasının 17/1. maddesinde kişilik hakkı maddi anlamı ile belirtilerek koruma altına alınmıştır. Kişinin maddi kişisel değerleri içinde bireye yapılan tıbbi müdahaleler, organ ve doku nakli, cinsel hayat ve üretim fonksiyonuna ilişkin müdahaleler ve kişinin ölümünden sonra cesedi üzerindeki tasarrufları saptama hakkı da yer almaktadır.³⁶

³⁰ İ.Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 6. baskı, İmge Kitabevi, İstanbul, 2002, s.292-293.

³¹ Warren -Brandeis, “**The Right to Privacy**”, s.207-209. Bu sayede yazarlara göre bireye ait bir yazı veya kişisel ürünler için sadece çalınma veya fiziki uygunluk açısından değil tüm formlar için koruma sağlamak mümkün olacaktır. Eğer kişi dokunulmazlığı değil de mülkiyet hakkı temelinden gidilirse koruma sadece ilk ifade edilen hususlar için geçerli olacaktır. Cf. Warren -Brandeis, “The Right to Privacy”, s. 11.

³² Aktaran O. Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı...**, s.45.

³³ E.J. Bloustein, “Privacy as an Aspect of Human Dignity: an Answer to Dean Prosser”, **New York University Law Review**, V.39, 1964, s.971. Warren -Brandeis, “The Right to Privacy”, s. 205. O. Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı...**, s.46.

³⁴ S. Özel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004. s. 29.

³⁵ Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı**, s.47.

³⁶ Özel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette**, s. 30. S. Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumaya Davalar [Mk md.24/a fıkra I, İMK md. 28/a fıkra I]**, Beta, İstanbul 2001, s.50 vd.

Kişinin manevi kişisel değerleri içinde ise,³⁷ kişinin ruhi bünyesi ile ilgili değerler, kişinin toplum içindeki yeri ile ilgili değerler yer almaktadır. Kişinin mesleki ve ticari kişisel değerleri ise toplum içindeki yeri ile ilgili olmakla birlikte, ekonomik sonuçları sebebiyle ayrı değerlendirilmektedir.³⁸ Özel hayat ise, kişinin toplum içindeki değerler içinde kişinin adı, görüntüsü, şeref ve haysiyeti yanında korunan bir kavram olarak yer almaktadır. Bir başka yaklaşım ise, özel hayatın gizliliği hakkının neden hukuki korumaya değer bulunduğunu, ifade özgürlüğüne benzer bir yaklaşımla belirtmektedir. Buna göre doğruya veya gerçeğe ulaşmak ortak bir uzlaşmanın sonunda olmaktadır. Bu uzlaşma özgür ve eşit tartışma ortamı ile mümkün olabilmektedir.

Özgür açık tartışma ortamının doğru oluşabilmesi için, korunması gereken değerlerden birisi de özel hayatın gizliliğidir.³⁹

Araslı ise, ister insan onuru, ister kişilik, isterse kişi dokunulmazlığından hareket edilsin, burada vurgulanan kavramın **insanın insan olmasından kaynaklanan yüksek değeri** olduğunu belirtmektedir.⁴⁰

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

4. Özel Hayat Hakkının Sınırlanması ve Devletin Özel Hayat Hakkı Karşısında Yükümlülüğü

Özel hayat hakkının sınırlanmasında üç husus öne çıkmaktadır. Öncelikle devletin bu alanda üstlendiği sorumluluk, söz konusu alanı yasal planda düzenlenme ihtiyacı ve nihayet bilgiye ulaşmadaki genel yararın özel hayat hakkı ile çatışmasının ortaya

³⁷ Araslı, manevi kişisel değerleri sonradan türeme veya göreceli değerler olarak “dış kişisel değerler” başlığı ile nitelendirmektedir. S. 47.

³⁸ Özel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette**, s. 34.

³⁹ Ruiz, **Privacy in Telecommunications**, s. 46.

⁴⁰ Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı**, s.48.

çıkardığı sorun.⁴¹ Sonucunda bireyin özel hayatının korunmasından umulan yarar ile toplumsal yararın dengelenmesi ihtiyacı karşımıza çıkmaktadır.⁴²

Genel olarak özel hayat hakkının iki yönü olduğu kabul edilmektedir: **negatif** ve **pozitif**.

Hakkın negatif yönü yalnız kalma, müdahale edilmeme hakkıdır.⁴³ Hakkın pozitif yönü ise daha anlaşılması zor ve tartışmalıdır. Feldman⁴⁴ özel hayat hakkının pozitif yönünün Devlete üç tür yükümlülük getirdiğini belirtmektedir:

Birincisi, Devletin ve diğer bireylerin özel hayat hakkının kullanılabilceği şartların sağlanması yükümlülüğü vardır.

İkinci olarak, pozitif yükümlülükler, bir başkasının özel ilişkilerine müdahale edilmesine karşı konulma hakkının yanı sıra, hassas ve bağımsız karar verme imkanını etkileyecek, hükümet veya özel kişilerce elde edilmiş bilgilere ulaşma hakkını da içermektedir.⁴⁵

Nihayet, kişinin özel hayatına müdahaleyi meşru kılacak durumların varlığı halinde, özel hayata ilişkin çıkarların korunması, her bir somut olayda müdahaleden önce özel düzenlemenin empoze edilmesini gerekli kılmaktadır.

Özel hayat hakkı konusunda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin devletin pozitif yükümlülükleri bakımından hem yasal alanda gerekli düzenlemenin yapılmadığı, hem de özel hayatın gereği gibi korunmadığına ilişkin önemli kararları bulunmaktadır:

a. Devletin Yasal Düzenleme Yapma Zorunluluğu- K.U v. FİNLANDİYA⁴⁶

2 Aralık 2008 tarihli karara konu olan olayda, 1986 doğumlu başvuru hakkında, 12 yaşında iken haberi olmadan, internete kişisel bilgileri ve telefon numarası verile-

⁴¹ Feldman, op.cit. s.355-356.

⁴² Case of S. And Marper v. UK, [app no: 30562/04 ve 30566/04], judgement, 4 December 2008, pg. 118. İHAM Marper kararında bu hassas dengeyi belirlemeye çalışmıştır. İngiltere ve Galler'de parmak izi alma, DNA profilleri ve hücre örneklerinin saklanması konusunda suçun ağırlığı ve doğasının bireyin yaşının, kabahatler veya hapis cezası gerektiren suçlar için ya da ciddi suçlar için olup olmadığının kayıtları saklama konusunda bir süre sınırının olup olmadığını ve belgelerin yok edilmesi prosedürünü ve nihayet ne tür bilginin tutulacağını değerlendirmiştir.

⁴³ Warren -Brandeis, "The Right to Privacy", **Harvard Law Review**, s.193-220.

⁴⁴ D. Feldman, **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales**, Clarendon Press, Oxford, 1993, s.357.

⁴⁵ Örneğin bir kimsenin sağlığına ilişkin bilgilerin açıklanmaması o kimsenin evlik, kariyer, davranış gibi özerk karar verme olanağını etkileyecektir. Örnek için. Bkz. Feldman, Civil Liberties and Human Rights in England and Wales, s.357.

⁴⁶ App. No:2872/03, Judgment, 2. December 2008.

rek, ona yol gösterecek bir yetişkin veya genç erkekle ilişki aradığına ilişkin bir reklam verilmiştir. Birinin bu reklam üzerine kendini araması üzerine başvuru durumundan haberdar olmuş ve suçlamada bulunabilmek için başvurusunun babası polisten bu reklamı verenin bulmasını istemiştir. Servis sağlayıcı, kullanıcının dinamik IP adresini açıklamayı yasada belirtilen telekomünikasyon güvenliği sebebiyle reddetmiştir.

İHAM karardan önce Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Bilgisayarla ilgili Suçlara ilişkin 1989 Yönergesini zikretmektedir. Buna göre (R (89)9);

- (12. prensip) Kamuya kamusal veya özel network sistemi ile iletişim servisi sağlayanlar, yetkili araştırma otoriteleri talep ettiğinde, kullanıcının kimlik bilgilerini sağlama konusunda özel yükümlülükler üstlenmelidirler.

Mahkeme kararında öncelikle “**bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü**” ilgilendiren konunun özel hayat kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. İç hukukta iftira olarak nitelendirilebilecek bu durumu, Mahkeme, bireyin fiziksel ve mental refahını olumsuz etkileyen, genç yaşta ise özellikle hassas bir durum olarak nitelendirmektedir. Mahkeme devletin 8. maddeden kaynaklanan “**pozitif yükümlülükleri**” olduğunu da hatırlatmaktadır. Olayın, engelli bir kıza tecavüzün etkili biçimde cezalandırılmamasına ilişkin X.Y. Hollanda’ya karşı davasındaki kadar ciddi boyutta olmasa da önemsiz sayılmayacak bir durum olduğunu belirtmektedir. Mahkeme gerçek suçlunun kimliğinin belirlenmesi ve yargı önüne getirilmesi söz konusu değilse suç oluşturmanın etkisi sınırlı olacaktır. Bu sebeple Mahkemeye göre, suçların cezalandırılması konusunda eğer ceza hüküm ve teknikleri kullanarak cezalandırmaya engel olunuyorsa, devletin 8. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Olayda olduğu gibi bir çocuğun ve incinebilir kişilerin moral ve fiziksel bir tehditle karşı karşıya kaldığı durum, daha da önem kazanmaktadır. (Pg46)

Servis sağlayıcıdan tazminat alınmasının mümkün olduğu yönündeki Hükümet savunması karşısında ise Mahkeme, bu durumda tazminatın yeterli olmadığını belirtmiştir ve bu önemli sorunda gerçek çözümün suçlunun saptanması ve adalet önüne getirilmesi ile mümkün olacağını vurgulamıştır. (Pg 47)

Mahkeme ayrıca, pozitif yükümlülüklerin, devlet otoritelerine (olayda yasama organına) **yerine getirilmesi imkansız ya da çok ağır sorumluluklar** yükler

şekilde yorumlanamayacağını kabul etmekle beraber, suç işleyenleri araştırmak, soruşturmak ve adalete teslim etmeyi de yetkilerin kontrolü olarak görmektedir.

Mahkeme, aşırı güvenlik talepleri sebebiyle etkili bira araştırma ve soruşturma yapamamaktadır. Mahkemeye göre, iletişim güvenliği, **iletişim ve internet hizmetlerini kullananlar için, onların ifade özgürlüğüne ve özel hayatlarına saygı göstermek durumunda olan öncelikli bir mesele olmakla beraber, böyle bir garanti mutlak değildir ve düzenin korunması, suçun önlenmesi, başkalarının hakları gibi diğer yasal yükümlülüklerle saygı gösterilmelidir. (Pg 49)**

Mahkeme Finlandiya'nın bu alanda düzenleme yapmakta geç kaldığını işaret ederek, 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

b. Devletin, Özel Hayatın Bir Parçası Olan Onur ve Şöhreti Basın Özgürlüğü Karşısında Koruma Yükümlülüğü - CASE OF A. v. NORVEÇ⁴⁷

Eski bir katilin bulunduğu şehirde, iki kız çocuğu tecavüz edilerek öldürülmüştür. Görsel basında adı açıkça ifade edilmemesine rağmen, verilen ikametgah ve çalıştığı yere ilişkin bilgiler ışığında, kendisini tanıyanların anlayabileceği bilgiler basında yer almıştır. Başvurucu bu durumda şöhretinin ve onurunun zedelenecek özel hayat hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Mahkeme kararında iki önemli sorunu yanıtlamaya çalışmıştır: İlki, devlet başvurusunun özel hayat hakkının bir parçası olan şöhret ve onurunun korunması için pozitif yükümlülükleri yerine getirmiş midir? Diğeri ise, basın özgürlüğü karşısında özel hayat hakkı korunacak mıdır?

Olayda yerel yüksek mahkemeler, basında eski bıçaklı katil ve cinayetin işlendiği şehirde bulunma şeklinde odaklanılmasının, sıradan okuyucu için başvurusunun söz konusu cinayetin sanığı gibi algılanmasına sebep olmadığını kabul etmiş, İHAM da farklı düşünmek için sebep görmemiştir (pg. 69). Her ne kadar ismen zikredilmemiş ise de, fotoğraf, çalıştığı ve oturduğu yere ilişkin ayrıntılar onu önceden tanıyanlar tarafından anlaşılmış, ikametgahını terk etmek ve işinden ayrılmak zorunda kalmış ve sosyal hayattan dışlanmış.

⁴⁷ Case of A. v. Norway Application no. 28070/06), judgment, 9 April 2009, Final, 09/07/2009

Mahkeme sonuç olarak, milli mahkemelerin bireyin onur ve şöhreti ile basın özgürlüğü arasında adil bir denge kuramadıklarına ve özel hayat hakkının ihlal edildiğine karar vererek Norveç'i mahkum etmiştir (Pg 74-75)

Görüldüğü üzere, devletin pozitif yükümlülüğü basın özgürlüğü karşısında bireyin özel hayatının korunmasına ilişkin pozitif tedbirlerin alınmasını da içermektedir.

II. Bölüm - Özel Hayat Hakkı Konusunda Önemli Sorunlar

Özel hayat kavramı çok geniş bir alana denk gelmektedir. Bu alandaki sorunlar da buna bağlı olarak kapsamlıdır. Bu sebeple burada sadece iki temel sorun üzerinde durmakla yetinilecektir.

1. Kişisel Verilerin Korunması

Avrupa Konseyi bünyesinde, 1970'li yıllarda elektronik bilgi bankalarında işlenen veriler dolayısıyla, bireylerin özel hayatlarının korunması için gereken ilkeleri belirlemek üzere bir çalışma başlatılmış, bu çalışmalar sonunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 1973 ve 1974 yıllarında, özel sektör ve kamu sektöründeki elektronik bilgi bankalarında uygulanacak ilkeleri belirleyen iki tavsiye kararı kabul etmiş ve ardından Konsey üyesi birçok ülke (Almanya, Avusturya, Fransa, Danimarka, Norveç) 1970'li yılların sonunda kişisel verilerin korunması konusunda yasalar kabul etmişlerdir.⁴⁸

Ancak, gelişen teknoloji ülkeler arasında sınır ötesi bilgi akışının hızına erişebilmek ve bunun karşısında kişilik haklarını korumak amacıyla, "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme" 28.1.1981 tarihinde Strazburg'da imzaya açılmış ve aynı tarihte Türkiye tarafından da imzalanmıştır.⁴⁹ Sözleşmenin hazırlık çalışmalarına Avrupa Birliği de kurum olarak aktif bir biçimde katılmış ve önemli katkılarda bulunmuştur.⁵⁰ Avrupa Konseyi geçen süre içerisinde Sözleşmede yer alan ilkeleri etkin biçimde hayata geçi-

⁴⁸ Kişisel Verilerin Korunması ve Gizliliği Etik Raporu,

⁴⁹ Türkiye Sözleşmeyi 28.1.1981 de imzalamış fakat onaylamamıştır. Bu durumda olan Avrupa Konseyi üyesi altı ülkeden biridir. 108 numaralı Sözleşme 1.10.1985 de beş ülkenin onayı ile yürürlüğe girmiştir.

⁵⁰ Kişisel Verilerin Korunması ve Gizliliği Etik Raporu,

rebilmek için çalışmalarına devam etmiş, Bakanlar Konseyi bu amaçla ilgili konuda çeşitli sektörlerde uygulanacak ilkeleri belirleyen tavsiye kararları almışlardır.⁵¹

Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesinin tanımları içeren 2. maddesi, kişisel verileri bireyi tanımlayan veya tanımlayabilen herhangi bir bilgi olarak ifade etmektedir. 108 sayılı bu Sözleşmeye göre (m. 4) sözleşmeciler taraflar en geç Sözleşmenin kendileri tarafından yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kendi iç hukuklarında Sözleşmenin bu bölümünde yer alan verilerin korunmasına ilişkin ilkelere işlerlik kazandırmak zorundadırlar. Bu çerçevede Adalet Bakanlığı tarafından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı hazırlanmış,⁵² fakat henüz kabul edilmemiştir. Ancak bu tasarı daha sonra değiştirilmiş ve **22.4.2008** tarihinde tekrar meclise sunulmuştur.

Sözleşmenin 5. maddesine göre, otomatik işleme tabi tutulan veriler meşru ve yasal yollarla kaydedilmeli ve amacı dışında kullanılmamalı; uygun, elverişli olmalı ve tutulma amacı ile ilgili aşırılığa kaçmamalı, meşru ve yasal yollardan elde edilmeli; doğru ve güncel olmalı ve ilgili kişilerin kimliklerini belirtecek biçim altında, kaydedildikleri nihai amaç için gerekli görülen süreyi aşmayacak bir süre için muhafaza edilmelidir.

Sözleşmenin 6. maddesinde özellik taşıyan veri kategorileri belirtilmiştir. Buna göre, iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk, politik düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerle sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel nitelikteki veriler ve ceza mahkumiyetleri, otomatik bilgi işlemine tâbi tutulamazlar.

7. maddede ise, verilerin güvenliğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, Otomatik fişiyelere kaydedilen kişisel nitelikteki verileri korumak için, bunların kazaen veya izinsiz olarak imhasına veya zayı olmasına veya bunların elde edilmesine, değiştirilmesine veya izinsiz olarak dağıtılmasına karşı uygun güvenlik önlemleri alınması zorunludur.

⁵¹ Polisteki Kişisel Bilgilerin Kullanımı Konusunda Tavsiye Kararı [Regulating The Use of Personal Data In The Police Sector] No: [87]15. Kişisel Verilerin Korunması ve Gizliliği Etik Raporu,

⁵² Bu konuda 18.9.2000 tarihinde bir komisyon oluşturulmuş, hazırlanan tasarı ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşüne gönderilmiştir. Adalet Bakanlığı Ulusal Güvenlik Çevrelerinin Geliştirilmesi Projesi ile ilgili Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı ile ilgili görüşünü 26.12.2002 tarihinde Tarım Bakanlığına sunmuştur. Ayrıca, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Adalet Bakanlığında bir çalıştay düzenlenmiş ve AB Genel Sekreterliği Ekonomik ve Mali Konular Dairesi Başkanlığına sunulmuştur. Türkiye'nin Avrupa Birliğine tam üyelik çalışmaları çerçevesinde hazırlanan raporda kişisel verilerin korunması İngilizce olarak kaleme alınmıştır. TC. Adalet Bakanlığı, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Faaliyetler, www.adalet.gov.tr..

Avrupa Konseyince polisin kişisel bilgileri kullanmasına ilişkin 17 Eylül 1987 de kabul edilen (87)15 Yönergesine göre (No.R(87)15), güvenlik amacıyla kişisel verilerin toplanması, belli ve gerçek ağırlığı olan tehlikeli suçların önlenmesi için **gerekenle sınırlı olarak** gerçekleştirilmeli ve her istisna özel milli bir yasa ile düzenlenmelidir. (m.2). Kişisel verilerin tutulmasının polisin yasal görevleri çerçevesinde olması (m. 3) ve eğer artık **gerekli değilse imha edilmesi gerektiği**, bunun belirlenmesi kriterleri de şu şekilde ortaya konmuştur: belli bir davada bir soruşturmanın sonucunda verinin korunması ihtiyacı var mıdır?; nihai yargısal karar, beraat, rehabilitasyon, af, mahkumiyet, veri konusunun yaşı özel veri kategorileri.

Avrupa Konseyi 10 Şubat 1992 de Ceza Yargılaması Sisteminde **DNA Analizlerinin Kullanılması** konusunda bir yönerge kabul etmiştir. (R(92)1) Buna göre;

- DNA analizlerinden elde edilen bilgiler soruşturma ve kovuşturmanın dışında bir amaç için kullanılmamalıdır.
- DNA analizlerinin araştırma ve istatistiki amaçlarla kullanılması halinde kimliği ortaya çıkaran verilen yok edilmedikçe kabul edilemez. Numara ve diğer kimliğe ilişkin veriler kullanımdan önce çıkarılmalıdır.
- DNA analizleri milli yasalarla düzenlenmeli ve yargısal otoritelerin özel onaylarına tabi olmalıdır.
- Bireylerden alınan örnekler kullanım amacı ile doğrudan bağlantılı olmadığı sürece nihai karardan sonra imha edilmelidir.
- DNA analizlerini yok etmek için gerekli tedbirler alınmalıdır. DNA sonuçları ve ona dayanan bilgiler kişilerin yaşamlarına ve güvenliklerine dair ciddi suçlardan mahkumiyet halinde korunabilir. Bu durumlarda katı saklama kuralları milli hukukta belirtilmelidir.
- Bazı hallerde DNA örnekleri daha uzun saklanabilir: Birey öyle istiyorsa ya da örnek bir kişiye ait değilse ve olay yerinde bulunmuşsa.

Devletin güvenliğinin söz konusu olduğu durumlarda, üye devletler DNA örneklerini bir suç sebebiyle suçlanma veya mahkumiyet olmadan da koruyabilirler. Bu durumlarda yine katı saklama kuralları devreye girmelidir.

Düzenlemenin açıklayıcı raporunda kriminal kayıtların tutulmasına şu koşullarda izin verilebileceği belirtilmektedir:

- bir mahkumiyet varsa,
- mahkumiyet bireyin yaşamı, beden bütünlüğü ve güvenliği ile ilgili ciddi bir suçtan dolayı ise,
- saklama periyodu kesin olarak sınırlı ise,
- saklama yasa ile tanımlanmış ve düzenlenmişse,
- saklama parlamento tarafından veya bağımsız bir idari otorite tarafından kontrol ediliyorsa.

a. Avrupa Konseyi Düzenlemeleri - 181 numaralı sözleşme

Avrupa Konseyi 8.11.2001 tarihinde 108 numaralı Sözleşmeye bir ek protokolü imzaya açmıştır. 181 numaralı bu Sözleşme 1.7.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 108 numaralı Sözleşmeye ek Protokol sınır ötesi kişisel verilerin geçişi ve denetleyici otoritelere ilişkin otomasyona tabi kılınan veriler karşısında bireyin korunmasını hedeflemektedir. Bu çerçevede Ek protokolün başlangıcında otomasyona tabi kişisel verilerin etkili bir biçimde korunması için, denetim otoritelerinin fonksiyonlarını tamamen bağımsız olarak yerine getirmelerinin, hakkın korunmasında ne denli etkili olduğunun altı çizilmektedir. Bu sebeple Sözleşmenin 1. maddesi denetim organlarının niteliklerine ilişkin hüküm içermektedir. Buna göre;

- 1- Üye taraflar Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesinin 2. ve 3. Bölümünü garanti etmek üzere bir veya birden fazla denetim otoritesi oluşturmalıdır.
 - a- Söz konusu otoriteler bu Protokolün 1/1. maddesindeki prensibin iç hukukta etkili olabilmesi için araştırma ve müdahale yetkisi ile beraber, yasal prosedüre katılma veya yetkili yargısal otoriteler önüne müdahaleyi getirme konusunda yetkili olmalıdır.
 - b- Bireylerce her bir denetim organına, yetki alanında bulunan kişisel verilerin korunması konusundaki haklarına ilişkin iddiaları sunma olanağı verilmelidir.
- 2- Denetim organları fonksiyonlarını tamamen bağımsız olarak yerine getirmelidir.
- 3- Denetim organlarının kararlarına karşı yargıya başvurma olanağı olmalıdır.

- 4- Denetim organları Sözleşmenin 4. bölümü ile ilgili olarak ve Sözleşmenin 13. maddesindeki önyargılar olmadan, görevlerinin sağlıklı biçimde yerine getirilmesi için, tüm yararlı bilgilerin değişimi konusunda işbirliği yapmalıdırlar.

Görüldüğü gibi Protokolün özellikle altını çizdiği nokta denetim otoritelerinin bağımsızlığıdır. Söz konusu Sözleşmeyi Türkiye imzalamış, fakat onaylamamıştır. Ancak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ile Sözleşme iç hukukumuzun bir parçasıdır. Bu yönü ile İHAM kararlarının etkisi göz ardı edilemez. Bu konudaki önemli örneklerden biri Ekimdzhiev kararıdır.

b. İdari Otoritelerin Bağımsızlığı - CASE OF THE ASSOCIATION FOR EUROPEAN INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS AND EKIMDZHIEV v. BULGARİSTAN⁵³

Bulgaristan'a karşı İnsan Hakları Derneğine ilişkin davada, Mahkemeye göre gizli izlemeye ilişkin kuralların öngörülebilir, yeterince açık ve kesin olması gerekmektedir. Mahkeme kullanılan teknolojinin sofistike, karmaşık hale gelmesi ile bu konuda açık, detaylandırılmış kuralların gereğini vurgulamaktadır. Mahkeme bu prensiplerin etkili şekilde uygulanması ve kötüye kullanmaları engellemek için şu garantileri geliştirmiştir:

- 1- Müdahale emrinin verildiği suçun niteliği
- 2- İzlenen iletişimlerden sorumlu olan kişilerin kategorinin tanımlanması
- 3- Elde edilen bilginin korunması ve saklanması
- 4- İzleme sürecinin bir sınırının olması
- 5- Elde edilen bilginin saklanması, kullanılması ve değerlendirilmesi için olan prosedürünün izlenmesi
- 6- Bilgiyi diğer kişilere aktarırken tedbir alınması
- 7- Elde edilen bilginin silinmesi veya yok edilmesi (*Weber ve Saravia v. Almanya*, 54934/00, 2006, Pg 59)

⁵³ Case of The Association For European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria, App no:62540700, Fifth section, Final, 30.1.2008, pg. 74-75. Kruslin ve Aman davasında olduğu gibi.

8- Ek olarak, yetkilerin kötüye kullanılması ihtimaline karşılık milli hukuk keyfi müdahalelere karşı koruma mekanizması öngörmelidir. (*Klass, Leander, Halford, Kopp ve Weber ve Saravia*)

Olayda bu garantileri sağlayan olduğu gibi, sağlamakta yetersiz kalan tedbirlerin de olduğunu belirleyen mahkemenin saptamaları şu şekildedir:

Yargıç, yetki süresi bitmeden izleme tedbirinin sona erdirileceğinden haberdar edilmesine rağmen, **kanunda yargıcı izlemenin sonucundan haberdar etmek ve ona yasal yükümlülüklere riayet edilip edilmediği konusunda yetki verilmemiştir. (Pg 85)** Ayrıca söz konusu yasal düzenlemelerin devam eden ceza prosedürü için geçerli olduğu ve milli güvenliği korumak için izlemenin kullanılması gibi tüm durumları kapsamadığı da vurgulanmaktadır. Diğer bir nokta da, izleme yolu ile elde edilen bilginin değerlendirilmesi veya bütünlüğünün ve güvenliğinin korunması ve yok edilmesi konusunda uygun derecede düzenleme eksikliği söz konusudur. **Mahkemeye göre ayrıca, gizli izleme konusundaki tüm kontrolde yalnızca siyasi atama olmakla kalmayıp, yürütmenin ve gizli izleme görevinin de doğrudan bir parçası olan işçileri bakanına güvenilmektedir.** Klass ve diğerlerinde olduğu gibi parlamento tarafından veya bağımsız otoriteler tarafından seçilen bağımsız bir kurul değildir, ya da Christie (Birleşik Krallığa Karşı, -21482/93 Komisyon Kararı-) davasında olduğu gibi yüksek yargısal büro veya yüksek mahkeme yargıçlarına eşit nitelikte kişilerden oluşan bir kontrol komitesi (L. V. Norway, 13564/88, Komisyon kararı,8 June 1990) -BAĞIMSIZ OTORİTE EKSİKLİĞİ- gibi. (Pg. 87) de değildir.

Keza, bakan etkisi yasa ile düzenlenmemiştir. Ayrıca, ne bakan ne de başka bir görevli bağımsız otoriteye veya bireysel durumlarda başvurulacak tedbirler konusunda veya sistemin tüm işleyişi hakkında kamuya düzenli rapor sunma görevi ile karşı karşıyadır. (Klass, Christie)

Mahkeme ayrıca, gizli izlemenin yapılması amacı dışında elde edilen bilgiler için İşçileri Bakanı hiçbir bağımsız kontrolle karşılaşmadan, bununla ne yapılacağına karar verecektir.

Nihayet, Bulgar hukukuna göre, gizli izlenen kişi bu gerçek konusunda uyarılmaktadır. Mahkemenin içtihatlarına göre, izleme devam ederken veya bittikten hemen sonra, izlenen kişinin haberdar edilmesi tek başına müdahalenin haklı olma-

masına yol açmaz. Ancak, sürecin sona ermesinden sonra gizli izlemenin amacını tehlikeye atmamak üzere izlenen kişiye uyarı yapılmalıdır. (Klass, Leander, Weber and Saraviz) Alman hukuku bu tür bir güvenceyi içermektedir. (pg. 90). Bulgar hukukunda hiçbir durumda uyarı bulunmamaktadır. Daha da ötesinde bu tür bilgi açıklamalarını yasaklamaktadır. Birey çoğunlukla bu durumdan haberdar olmamaktadır. Kararda ayrıca bu konuda Bulgaristan'da ciddi ihlallerin olduğuna ilişkin raporları da dikkate alan Mahkeme, yeterli garantilerin olmadığından hareketle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

c. Türkiye’de Kişisel Verilerin Korunması Konusundaki Denetim Mekanizmaları

Bağımsız İdari Otoritelerin üyelerinin seçimi, statüsü ve herhangi bir başka idari kuruluşla hiyerarşi ve vesayet benzeri bir ilişki içinde de olmaması gerekir. Sırasıyla bu hususlar incelendiğinde şu görüntü ile karşılaşılmaktadır:

Üyelerin seçimi: başkan başbakanca, başkan yardımcısı ise yürütme kurulunun teklif ettiği üç aday arasından Başbakanın atadığı başkan tarafından atanmaktadır. Türkiye’de bağımsız idari otoriteler RTÜK istisnası dışında yürütme tarafından atanmakta ve kuramların gerçek anlamda bağımsızlığını sağlamak da mümkün olmamaktadır. Fransa’da Yüksek yargı kuramlarının bu atamalarda etkili olduğu görülmektedir.⁵⁴

Yürütme Kurulu 21. maddede belirtilen yedi kişiden oluşmaktadır. Öncelikle Yürütme Kurulunun sayısı ve temsil kabiliyeti arttırılmalıdır. 23. maddede düzenlenen Danışma Kurulu da Türkiye Barolar Birliği temsilcisi ve yargıçlar dışında yine yürütme ekseninde yapılanmıştır. Bu durumun kurumun bağımsızlığını etkileyeceği açıktır.

Bağımsızlıkla ilgili ikinci konu üyelerin statülerine ilişkindir. 21/b.7 de bu durum başkan ve üyeler için düzenlenmiştir. Burada vurgulanabilecek husus başkanın tekrar seçiminin onu seçene yani başbakana bağlı olduğu gerçeğidir. Ancak, buradaki sorun tekrar seçilmekten çok, başbakan tarafından seçilme ile ilgilidir.

Bağımsızlığın önemli boyutlarından biri de herhangi bir başka idari kuruluşla hiyerarşi ve vesayet benzeri bir ilişki içinde de olmamasıdır. DNA Veri Bankası Başbakanlığa bağlı olarak kurulmaktadır. Gerçi 15. maddede “Başbakanlıkla ilgili”

⁵⁴ T. Tan, **İdare Hukuku**, Turhan yayınevi, C. 1., s. 292.

ifadesi kullanılmaktadır. Herhalde burada kastedilen “başbakanlığa bağlı” olmasıdır. Türkiye uygulamasında bağımsız idari otoritelerin tümünün başbakanlık veya bakanlık ile bağlantılı olarak yapılandırıldığıdır. Bu durum uygulamada bağımsız İdari otoritelerin bağımsızlıklarını devre dışı bırakan bir faktördür. Fransa uygulamasında bağımsız idari otoriteler, idarenin içinde ve fakat bağımsız statüde yapılanmıştır. Tüzel kişilikleri yoktur ve bakanlıklara benzer bir konumda bulunmakta ve genel bütçede ayrı bölümlerde gösterilen ödeneklerle giderleri karşılanmakta gelirleri ise hazineye bırakılmaktadır.⁵⁵

Türkiye’de henüz kişisel verilerin korunması konusunda yasal düzenleme yoktur. Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun tasarısı hemen her yasama döneminde gündeme gelmesine rağmen yasalasmamıştır. Benzer sorun aynı (22.4.2008) tarihte Meclise sunulan Devlet Sırları Kanunu için de geçerlidir. O halde bu alandaki en önemli sorun yasal düzenleme eksikliğidir.

Ancak bunun yanında, yukarıda ifade edilen kanun tasarılarında öngörülen denetim kuramlarının da bağımsız olma noktasından uzak olduğu görülmektedir.

Örneğin, **Devlet Sırları Kanunu Tasarısının** 6. maddesi Devlet Sırrı Kurulu oluşturmaktadır. Bu kurul başbakan müsteşarı başkanlığında adalet, milli savunma, içişleri ve dışişleri bakanlarından oluşmaktadır.

Tasarıda bir de devlet sırrı konusundaki ihtilaflarda nihai görüş bildirmek üzere Devlet Sırrı Üst Kurulu oluşturulmaktadır. Başbakan başkanlığındaki kurulda adalet, milli savunma, içişleri ve dışişleri bakanları bulunmaktadır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısında madde 26 da Kişisel Verileri Koruma Kurulu oluşturulmaktadır. 27. maddede kurulun Bakanlar Kurulu tarafından seçilen 7 üyeden oluşacağı düzenlenmektedir. Kişisel verilerin silinmesi ve yok edilmesinin usul ve esasları da bu kurul tarafından hazırlanan yönetmelikle belirlenecektir. Görüldüğü gibi kişisel verilerin korunması hakkında henüz yasal bir düzenlemenin olmaması yanında, tasarının da hem kişisel verilerin korunmasının güvencesi olarak sunulan bağımsız Kurulun Bakanlar Kurulu tarafından atanması, hem de yapacağı düzenlemelerle özel hayata ilişkin geniş müdahale ve düzenleme olanaklarıyla, özel hayat hakkını ihlal eder bir görüntü oluşturduğu söylenebilir.

⁵⁵ T. Tan, **İdare Hukuku**, Turhan yayınevi, C. 1., s. 295.

Bu konudaki AB esaslarına bakıldığında, kişisel verilerin korunmasına ilişkin en önemli güvence olarak oluşturulan kontrol kurumları göze çarpmaktadır. AB Direktifi madde 22 ve 28 de kişisel verilerin korunmasında bir veya birden fazla otoritenin varlığını zorunlu kılmaktadır. Buna göre söz konusu otorite/ler kendilerine verilen fonksiyonlarını icra ederken “tam bağımsız” olmalıdır/lar.

Konu Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen 108 sayılı Sözleşmede de düzenlenmektedir (m. 3). Ayrıca, özel hayatın gizliliğinin ihlali karşısında nasıl bir güvenlik sisteminin ortaya konulacağı İHAM kararlarına da konu olmuştur. 26 Mart 1987 tarihli İsveç’e karşı Leander kararında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi gizli polis kayıtlarının Ulusal Polis Kurulu tarafından tutulmasına ilişkin olarak, diğerleri yanında şu güvenceyi de değerlendirmiş ve Sözleşme ile bağdaşır bulmuştur:

- Sistemin düzgün işleyişinin kontrolü hem Parlamento, Parlamenter Ombudsman ve Meclis Adalet Komisyonu gibi kurumlara verilmiştir.

Ayrıca DNA veri bankasının bir bağımsız idari otorite olarak düzenlenmesi zorunluluğu vardır. Öncelikle bu tür kurumların bağımsızlıkları vurgulanmalıdır. Yasa tasarısında da bu özerkliğin “bilimsel, idari ve mali özerkliğe sahip” ifadeleriyle vurgulandığı görülür. Bu ifadeye bağımsızlığın vurgulandığı “hiçbir organ, makam, merci ve kişinin kurumun nihai kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği hükmü ilave edilmelidir.

DNA veri bankasının idare içinde, **fakat** bağımsız ve özerk bir yapılanma ile oluşturulması zorunluluğu vardır.

Aynı şekilde **DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısında** yer alan DNA Üst Kurulu başkanını da başbakan atamaktadır. Başkan yardımcısı ise, yürütme kurulunun teklif ettiği üç aday arasından atanmaktadır.

Tasarının 5. maddesinin a bendi CMK daki esas ve usuller çerçevesinde vücuttan ve b bendi “bir suç sebebiyle olay yerinde” DNA analizi yapılabileceğini belirtmektedir. Burada hangi suç kategorisi için DNA analizinin öngörüldüğü belirtilmemiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İsveç’e karşı Leander Kararında kişilere ait bilgilerin polis tarafından tutulmasını Sözleşmeye uygun bulurken, bu bilgilerin nerede kullanılacağı sorgulanmış ve ceza davaları ve İsveç vatandaşlığına geçme ile sınırlı olarak kullanıldığının altı çizilmiştir.

Terör suçlarının İHAM kararlarında belirgin bir şekilde müdahaleyi haklı kıldığı görülmektedir. Örneğin Murray⁵⁶ kararında ağabeyi terör nedeniyle mahkum olan başvuruçunun makul kuşku üzerine evinde arama yapılmış ve gözaltına alınmıştır. Gözaltında iradesi dışında polisler tarafından fotoğrafları çekilmiştir. Polis istasyonunda bir kişinin rızası dışında fotoğraflarının alınması özel hayata müdahaledir ve bu müdahaleyi meşru kılacak sebepler olmalıdır⁵⁷. Davada bu sebepler suçun niteliği ile ilgilendirilmiştir. Mahkemeye göre kaydedilen kişisel bilgilerin hepsi tutuklama ve soruşturma prosedürüyle alakalıdır ve başvuruçunun kişisel bilgilerinin ve fotoğraflarının kaydedilmesi terör suçlarının meşru sınırları içindedir.⁵⁸

Terörizmin önlenmesi tedbirleri çerçevesinde gözaltına alınan kişilerinin davasında Komisyon, kişilerin parmak izlerinin, fotoğraflarının alınmasını, araştırma ve sorgulama yapılmasını ve bu bilgilerin gözaltından sonra tutulmasını Sözleşmenin 8. maddesi ile bağdaşır bulmuştur. Buna DNA analizleri de eklenebilir.

d. S. MARPER v. Birleşik Krallık Davası - Kişisel Verilerin Korunmasında Güvence Mekanizmaları

Davada ilk başvuruçucu 11 yaşında hırsızlıktan tutuklanmış ve beraat etmiştir Diğer başvuruçucu ise ebeveynini tacizden suçlanmış ama ailesi ile uzlaşmış, dava düşmüştür. Her ikisinin de parmak izleri ve DNA örnekleri alınmıştır. Her iki başvuruçucu da kişisel verilerinin imha edilmesini talep etmişler ve bu talep kabul edilmemiştir. Başvurulan yargısal yollar da sonuçsuz kalmıştır.

İHAM bu konuda öncelikle parmak izi, DNA profilleri ve hücre örneklerinin özel hayat kavramı içinde değerlendirileceğine karar vermiştir.

Mahkeme parmak izi, DNA profilleri ve hücre örneklerinin bireyin tanınmasına olanak tanıdığı için kişisel bilgi olduğunu ve parmak izi ile DNA profilleri ve hücre örneklerinin kişisel bilgiler açısından güçlü yapısına bakıldığında ayırt edilmesi gerektiğine karar vermiş ve ayrı ayrı incelemiştir. (Aynı yönde Van der Velden v. Nederlands⁵⁹)

⁵⁶ Murray v. U.K., 14310/88, 28.10.1994, 83-95.

⁵⁷ Feldman, "Information and Privacy", s.308.

⁵⁸ Kilkelly, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı**, s.37.

⁵⁹ App. No: 29514/05, 2006

DNA profilleri ve hücre örnekleri: Mahkeme Van der Velden davasında özellikle hücre materyallerin gelecekte sistematik tutulmalarının özel yaşam için yeterince müdahale olduğunu belirtmişti. Mahkeme, yetkililer tarafından tutulan özel bilgilerin kullanımının gelecekte bireyin muhtemel çıkarına meşru bir müdahalenin olup olmadığıyla ilgili olduğu konusundaki görüşlerinde ısrar etmektedir. Gerçekten de genetik ve bilgi teknolojisindeki hızlı gelişmeler dikkate alınmalıdır ve bireyin özel hayatının genetik bilgilerle kuşatılması ihtimalini mahkeme mümkün görmekte ve Velden davasındaki görüşlerinden dönmemektedir.

Ancak mahkemeye göre hücre materyallerinin gelecekte muhtemel kullanımı, davada dikkate alınması gereken tek eleman değildir. Ayrıca hücre örneklerinin özellikle bireyin sağlığı ile ilgili hassas bilgileri içeren, “**yüksek kişisel niteliği**” de dikkate alınmalıdır. Bunun da ötesinde örneklerin bireyin kendisi ve akrabaları için kendine has genetik kodları içermesi de Mahkemece dikkate alınmıştır. Hücre örneklerinin niteliği dikkate alınarak saklanmaları, ilgili kişinin özel hayatına müdahale olarak kabul edilmiştir.

DNA profilleri hücre örneklerinden daha az kişisel veri taşımaktadır. Ama mahkemeye göre profiller önemli miktarda kişiye özel bilgi içermektedir. Profillerdeki bilgiler Birleşik Krallık hükümetine göre objektif ve çürütülemez olarak savunulmakla beraber, Mahkeme, hükümetin DNA profillerinin bazı davalarda bireyler arasında muhtemel genetik ilişkileri ortaya çıkaracak, aile araştırması yapılabileceğini kabul ettiğini işaret etmektedir. Mahkeme ayrıca, yüksek hassasiyeti olan bilgi sebebiyle kontrol mekanizmasının da katı olması gerektiğini hükümetin kabul ettiğini ilave etmektedir. Mahkemeye göre, bireyler arasında genetik akrabalığın belirlenmesi sebebiyle DNA profillerinin saklanması başlı başına özel hayata müdahale olarak belirlemeye yeterlidir. Mahkeme ailesel araştırmanın sık sık vuku bulma ihtimali karşısında getirilecek güvencelerin söz konusu olayda önemsiz olduğunu belirtmiştir. Bilginin kodlanması, bilgisayar teknolojisi kullanan sınırlı kişilerin bu verilere ulaşabilmesi, bu gerçeği etkilememiştir.

Mahkeme ayrıca hükümet tarafından DNA profillerini veren bireyin etnik orjinini yetkililerin ortaya çıkarabileceği ve bunun polis araştırmasında kullanılabileceğinin tartışılmadığını da belirtmektedir. Bu husus Data Protection Act da korunan hususlar arasında yer almaktadır. Sonuç olarak Mahkeme DNA profilleri ve hücre

örneklerinin saklanması Sözleşmenin 8. maddesi anlamında özel hayata müdahale olarak görmektedir.

Parmak izi: Mahkeme DNA profilleri ve hücre örnekleri kadar yüksek hassasiyeti olmamakla beraber, parmak izinin de özel hayat anlamında objektif ve çürütülemeyen kişisel bilgi olduğunu işaret etmektedir. Mahkeme parmak izinin ceza soruşturması sırasında alındığını ve ülke çapında veri olarak kullanıldığını not etmektedir. Her ne kadar DNA profilleri ve hücre örneklerinden farklı değerlendirmek gerekse de, parmak izi de özel hayata müdahale olarak kabul edilmelidir.

Bu aşamaya kadar Mahkeme özel hayata müdahale olduğunu tespit etmiş ve ardından yasal düzenlemenin varlığını aramıştır. Bu noktada yasanın ulaşılabilir ve öngörülebilirliği işaret edilmiş ve özellikle de yasal düzenlemede yetkinin kullanıldığı alanlar, başvurulacak tedbirler, kötüye kullanmayı önlemek üzere bilginin saklanma süresi, saklanması, kullanılması, 3. kişilerin girişi, bütünlük ve güvenliğin korunması gibi minimum garantiler, bunlar arasında yer alması gereği işaret edilmiş, fakat yasanın kalitesini değerlendirme gereği duyulmamıştır.

Mahkeme müdahalenin suçun önlenmesi meşru amacıyla yapıldığını tespit etmiş ve bu müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığını araştırmıştır. Bu çerçevede devlete düşen takdir marjının bireyin varlığı ve kimliği söz konusu olduğunda dar olacağını ve kişisel bilgilerin saklanmasında garantilerin gereğini işaret etmiş, ayrıca kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulmasında bu güvencelerin, daha güçlü olması gereğine işaret edilmiştir.

Mahkeme prensipleri olaya uygularken DNA profillerinin organize suçlar ve özellikle de terörizm le mücadeledeki önemine dikkat çekmekte, ancak bunun sınırlarının da belirlenmesi gereğine işaret etmektedir. (pg. 105-106). Mahkemeye göre sorun parmak izi, DNA profilleri ve hücre örneklerinin alınıp alınmaması değil, bunun sözleşmeye göre haklı olup olmadığıdır. Bu çerçevede Mahkeme, belli suçlardan sanık olan fakat mahkum edilmeyen başvuruçuların parmak izi, DNA profilleri ve hücre örneklerinin alınmasının Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını araştırmıştır.

Mahkeme Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesini de kullanarak temel prensibi ortaya koymaktadır. Bu prensip, “**kişisel verilerin alınmasının toplama amacı ile orantılı olması ve tutma periyodunun sınırlı**” olmasıdır. Bu konuda

Mahkeme, özellikle hücre örneklerinin üye devletlerde belli ağırlığı olan suçlardan şüpheli olunması halinde alındığına ve üye devletlerin çoğunda da DNA profillerinin veya örneklerinin beraat veya serbest bırakmadan hemen veya belli bir süre sonra yok edildiğini belirtmektedir. İskoç DNA yasası mahkum edilmemişler için sadece yetişkinlerde ve şiddet veya cinsel suçlar için ve Şerif izni ile iki yıl uzatma olanağının da bulunduğu ama üç yıl için DNA profillerinin alınmasına izin veren bir düzenleme getirmiştir. Bu durum Bakanlar Komitesinin R(92)1 regülasyonuna uygundur. Fakat İngiltere Galler ve Kuzey İrlanda Avrupa Konseyi içinde süresiz olarak, yaşa bakmaksızın herkes için ve her tür suç için parmak izi ve DNA alınmasına olanak tanıyan tek alandır. Mahkemeye göre 8. maddeden kaynaklanan özel hayat hakkı ceza hukukundaki modern teknikler sayesinde kabul edilemez şekilde zayıflatılabilmektedir. Burada özel hayat hakkı ile kişisel verilerin tutulması arasında ölçülü bir dengeye ihtiyaç vardır. Mahkeme somut olayda parmak izi ve DNA bilgilerinin tüm şüpheliler ve mahkum edilmeyenler için süresiz olarak tutulmasının haklı bir nedene dayanıp dayanmadığını araştırmıştır.

Hükümetin sunduğu örnek ve istatistiklerden süresiz olarak tutulan verilerin suçun araştırılması ve önlenmesi için kullanıldığı kabul edilmiştir. Ancak bu noktada da Mahkeme verilerin süresiz tutulmasının **kamusal ve özel çıkaralar arasında adil ve orantılı bir denge kurup kurmadığını** araştırmıştır:

Mahkeme, mahkum edilmemiş bireyin bilgilerinin tutulmasının, özellikle ilk başvuru gibi küçükler için kendi gelişmeleri ve topluma entegre olmaları açısından önemli olduğunu düşünmektedir. Mahkeme ayrıca Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 40. maddesinde yer alan küçüklerin yargılanmasındaki özel hayat korumasının altını çizdiği T. V. UK (24724/94 16 December 1999) kararını hatırlatmaktadır. Mahkeme bireye ilişkin kişisel verilerin tutulmasında herhangi bir suçtan mahkum olmuş olan gençler ve etnik azınlıkların polis tarafından fazlaca takip edilmeleri sonucunu doğuracağı fikrini paylaşmaktadır.

Sonuç olarak mahkeme kapalı ve tanınamaz doğası nedeniyle şüpheli fakat mahkum edilmemiş bireyden parmak izi, DNA profilleri ve hücre örneklerinin alınmasının bireysel ve kamusal çıkarlar arasında adil dengeyi bozduğunu ve devletin takdir marjını aştığını, özel hayatın orantısız biçimde sınırlandığını ve bunun demokratik toplumda gerekli olmadığını kabul etmekte ve 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

2. İletişimin Dinlenmesi

İletişimin dinlenmesi konusundaki yasal düzenlemelerin geçmişine kısaca bakarsak, öncelikle 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri Hakkında Kanun ile karşılaşıyoruz. Söz konusu yasa 1 Nisan 2005 itibarıyla 5320 sayılı ve 23.3.2005 tarihli Kanununun 18. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Telefonların dinlenmesine ilişkin düzenlemeler 3.7.2005 tarihli ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la yapılan düzenlemelerle yeniden belirlenmiştir.

Emniyet, MİT ve Jandarma bünyesinde yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması yeniden düzenlenmiştir. Bu noktada MİT nin daha önce bu konuda yasal dayanağı olmadan iletişimi dinlediğini belirtmek gerekir.

Bu sebeple Türkiye'nin İHAM nezdinde mahkum edildiğini belirtmeliyiz. İHAM'ın 8 Ekim 2008 tarihinde verdiği ve kesinleşen⁶⁰ SATIK (2) kararına göre, Milli İstihbarat Teşkilatının telefonları “milli güvenlik” sebebiyle başvurusunun telefonlarını dinlemesi, bu konuda yasal düzenleme ve güvenceler olmadığı için adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur.

Aynı yönde Ağaoğlu Davasında uyuşturucu kaçakçılığı sebebiyle telefonları dinlenen başvurusunun İHAM önüne getirdiği davada da, Türkiye 8. maddeyi ihlal ettiğinden hareketle mahkum edilmiştir.⁶¹ Davada Ceza Usul Kanununda yer alan mektup, telgraf ve diğer mesajlar için öngörülen yasal düzenlemelerden hareketle, yargıcın CMUK m. 91-91 ye kıyasen telefon dinleme için izin kararı vermesi yasalık ilkesine aykırı bulunmuş ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

a. Kanunlarda İletişimin Dinlenmesi

aa. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 7. maddesi 2005 yılında telefonların dinlenmesi konusunda önemli değişiklikler ge-

⁶⁰ Case of Satik v. Turkey (no:2) App. No: 60999/00 Final, 8. 10. 2008.

⁶¹ Case of Agaoglu v. Turkey, App no: 27310/95, 6 December 2005 pg. 54 vd.

tirmiştir. Önceki düzenlemeye göre, telefon dinleme konusunda bir açık yetki yok iken 2005 yılında bu alana ilişkin düzenleme yapılmıştır. Buna göre; dinleme hakim kararı ile ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “Mit Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emri ile yapılabilir. Yazılı emir 24 saat içinde yetkili ve görevli hakim onayına sunulacaktır. Hakim kararını 24 saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim aksine karar vermesi halinde dinleme derhal sona erdirilir. Kayıtlar ise **en geç 10 gün içinde** yok edilir. Durum tutanakla tesbit edilir. Hakim, talepte bulunan birimin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi üyesidir. Karar en fazla üç ay için verilebilir. En fazla üç kez üçer ayı geçmeyecek şekilde uzatılabilir. Ancak casusluk ve terör halinde hakim üç aydan fazla olmamak şartıyla birçok kez uzatma kararı verebilir. Tedbirin sona ermesi halinde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç 10 gün içinde yok edilir ve durum tutanakla tesbit edilerek tutanak korunur. Kayıtlar kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz Kayıtların saklanması gizlilik ilkesi geçerlidir. Aykırı hareket edenler suçu görev sırasında işlemiş olsalar bile haklarında soruşturma açılır. Bu hükümlere aykırı hareket edenler hakkında TCK hükümleri uygulanır.

bb. Jandarma Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

2803 sayılı Kanunun ek 5. maddesine göre, ek 7. maddedeki önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere kendi sorumluluk alanında hakim kararı ile ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanının yazılı emri ile dinleme yapılabilir. Yazılı emir 24 saat içinde yetkili ve görevli hakim onayına sunulacaktır. Hakim kararını 24 saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim aksine karar vermesi halinde dinleme derhal sona erdirilir. Kayıtlar ise **en geç 10 gün içinde** yok edilir. Durum tutanakla tesbit edilir. Hakim, talepte bulunan birimin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi üyesidir. Karar en fazla üç ay için verilebilir. En fazla üç kez üçer ayı geçmeyecek şekilde uzatılabilir. Ancak casusluk ve terör halinde hakim üç aydan fazla olmamak şartıyla birçok kez uzatma kararı verebilir. Tedbirin sona ermesi halinde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç 10 gün içinde yok edilir ve durum tutanakla tesbit edilerek tutanak korunur. Kayıtlar kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz Kayıtların saklanması gizlilik ilkesi geçerlidir. Aykırı hareket edenler görev sırasında işlemiş olsalar bile haklarında soruşturma açılır. Bu hükümlere aykırı hareket edenler hakkında TCK hükümleri uygulanır.

Bu işlemler PVSK ek 7. madde çerçevesinde kurulan merkez (Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından yapılır.

cc. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

2559 sayılı Kanunun ek 7. maddesine göre dinleme hakim kararı ile ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emri ile yapılabilecektir. Yazılı emir 24 saat içinde yetkili ve görevli hakim onayına sunulacaktır. Hakim kararını 24 saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim aksine karar vermesi halinde dinleme derhal sona erdirilir. Kayıtlar ise **en geç 10 gün içinde** yok edilir. Durum tutanakla tesbit edilir. Hakim, talepte bulunan birimin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi üyesidir. Karar en fazla üç ay için verilebilir. En fazla üç kez üçer ayı geçmeyecek şekilde uzatılabilir. Ancak casusluk ve terör halinde hakim üç aydan fazla olmamak şartıyla birçok kez uzatma kararı verebilir. Tedbirin sona ermesi halinde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç 10 gün içinde yok edilir ve durum tutanakla tesbit edilerek tutanak korunur. Kayıtlar kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz Kayıtların saklanması gizlilik ilkesi geçerlidir. Aykırı hareket edenler suçu görev sırasında işlemiş olsalar bile haklarında soruşturma açılır. Bu hükümlere aykırı hareket edenler hakkında TCK hükümleri uygulanır.

PVSHK ve 5271 sayılı Kanunun 135. maddesi kapsamındaki dinlemeler Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde kurum başkamna doğrudan bağlı “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı adıyla kurulan tek merkezden yürütülmektedir.

İletişimin dinlenmesi konusunun artık Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı gözetiminde yapılması bu kurumun oluşumunu da önemli hale getirmektedir. Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde kurum başkamna doğrudan bağlı olarak kurulan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı bir başkan ve daire başkanlarından oluşmaktadır. Başkanlıkta MIT, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır. Ulaştırma bakanlığı başkanlık ile ilgili altyapıyı hazırlar. Kuruluş giderleri Telekomünikasyon Kurumu gelirlerinden karşılanır.

İngiltere’ye karşı Liberty ve Diğerleri davasında sadece düzenlemenin varlığından hareketle İHAM’a başvuran başvuruçuların davası kabul edilebilir bulunmuş ve dev-

lete çok geniş yetki alanı bırakan, yeterli açıklıkta olmayan düzenlemenin, Sözleşmenin 8. maddesi ile bağdaşmadığına karar verilmiştir.⁶²

Telefonların dinlenmesi konusunda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin son kararlarından biri⁶³ Kvasnica Slovakya'ya karşı kararıdır. Başvurucu baroya kayıtlı bir avukattır ve İçişleri Bakanlığı tarafından telefonları finansal bir suç sebebiyle dinlenmiştir. Başvurucunun talebi telefonlarının dinlenmesi noktasında kabul görmüştür. Başvurucu daha önce hiçbir suç işlemediğine, mahkum olmadığına, telefonlarının dinlenmesi konusunda haklı bir sebebin olmadığına ve otoritelerin böyle bir talepte bulunmaları için delil olmadığına işaret etmekte (pg. 67); kendisi ve müvekkili arasındaki telefon görüşmelerinin kimlik tespiti konusunda garantilerin olmadığını vurgulamaktadır. Hükümet ise suçun ağırlığına ve garantilere yer vermektedir (Pg. 71-75)

Mahkeme öncelikle telefonların dinlenmesinin özel hayata müdahale oluşturduğunu ve haklı sebebe dayanarak, kanunla ve belli koşullara bağlı olarak sınırlamanın yapıldığını tespit etmiştir.

Ancak, Mahkemeye göre, üye devlet, bu garanti ve koşulların olayda uygulandığına dair Mahkemeyi ikna edici dokümanlar ortaya koyamamıştır. Ayrıca, başvuru açısından söz konusu müdahale için özel bir şüphenin ve belli bir amacın ortaya konmadığına işaret edilmiş ve bu durumun demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olmadığına ve özel hayatın ihlal edildiğine karar verilmiştir (Pg. 87-89).

b. Türkiye'de İletişimin Dinlenmesi Konusunda Denetim Mekanizmaları

İletişime müdahaleyi denetleyen kuramların bağımsız niteliği hakkın garanti edilmesi için önemli bir yoldur. Bu çerçevede iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak oluşturulan kuramların niteliği önem kazanmaktadır. Ancak Türk hukuk mevzuatı bu açıdan pek parlak bir görüntü oluşturmamaktadır.

Bu aşamada yapılan yasal düzenlemelerde dikkat çekilmesi gereken bazı noktalar bulunmaktadır.

Öncelikle torba kanun uygulaması son derece yaygın hale gelmiş bulunmaktadır.

⁶² Case of Liberty and Others v. United Kingdom, App no: 58243/00, 1.10.2008 Final, pg. 69.

⁶³ Case of Kvasnica v. Slovakia, (Application no. 72094/01), Judgment, 9 June 2009, final, 09/09/2009.

İkincisi bu torba kanunlardaki düzenlemeler de neredeyse karmaşa üzerine inşa edilmiştir.

Kanunlarda sıkça yapılan değişiklikler izlemeyi ve ulaşmayı son derece güçleştirmektedir.

Yapılan yasal düzenlemelerde kanun hükümlerinin uzunluğu, hatta bazen sayfa-larca süren yasa hükümleri yasaların açık ve öngörülebilirliği prensibini zorlamaktadır.⁶⁴

Yasaların bu yöntemlerle yapılması hukuk güvenliğini ortadan kaldıracak boyut-tadır. Sadece şu ya da bu şekilde Resmi Gazetede yayımlanarak yasaların ulaşılabil-irliği prensibinin gereklerini sağlamak mümkün değildir. Bu durum aşağıda telefon-ların dinlenmesine ilişkin bağımsız güvence mekanizmalarının var olup olmadığını tespit etmeye çalışma serüveninde de görülebilir.

aa- Öncelikle hangi kurumun söz konusu denetimi yaptığını saptamak belki de olayın en güç tarafıdır: 15. 5. 2002 gün ve 4756 sayılı kanun ile 3984 sayılı kanununa Ek madde 5. ilave edilmiş ve **Telsiz Genel Müdürlüğü, Telekomünikasyon Kurumu** olarak değiştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi K. 2004/109 sayılı kararında Telekomünikasyon Kurumu ve Haberleşme Yüksek Kuruluna ilişkin olarak yeni üst kurullar oluşturulması ve bunlar arasında işbirliği yapılmasını anayasaya aykırı gör-memiştir.⁶⁵ Telsiz Genel Müdürlüğünden Telekomünikasyon Kurumuna geçilirken Bakanlar Kuruluna da bu alanda atama ve düzenleme konusunda önemli yetkiler verilmiş ancak bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.⁶⁶

⁶⁴ Örneğin 2813 Sayılı Kanunda yer alan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunun oluşumuna ilişkin 8. madde hükmü 114 satırdan ve 17 fıkra ve 16 bentten oluşmaktadır.

⁶⁵ E. 2002/100, K. 2004/109 3984 Sayılı kanun m. 24/1-2-3 ile ilgili karar. Kararda, RTÜK'e TBMM tarafından üye seçimine ilişkin kural, bu konuda TBMM'nin görev ve yetkilerinde düzenleme bulunmadığı için anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir (geçici 4. madde). Aynı kararda Bakanlar Kurulu tarafından üye seçilmesi, kurulun özerk yapısını bozmaya-cak şekilde sayısı ve nitelikleri yasada belirlenen adaylar arasından Bakanlar Kurulu kararı ile atanması anayasaya uygun bulunmuştur.

⁶⁶ Bu konuda yapılan düzenlemeye göre, Kurum personelinden kadro karşılığı sözleşmeli olarak çalıştırılacak persone-lin unvan sayı, nitelik ve ücretleri, diğer mali ve sosyal hakları sözleşme esasları ile bu kanuna ekli kadro ünvan ve derecelerinde değişiklik yapılması Kurulun ve Devlet Personel Daire Başkanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenir. Telsiz Genel Müdürlüğü'nde başmüfettiş olarak çalışmakta iken, bu kurumun görev ve faaliyetlerinin sona erdirilmesi nedeniyle, 15.8.2000 tarihi itibarıyla Telekomünikasyon Kurumu Bilgi Teknolojileri ve Koordinasyon Dairesi Başkanlığı'na uzman olarak atanan kişi tarafından, Telekomünikasyon Kuruluna yapılan atamalara ilişkin 2000/311 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 2000/1006 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının Telekomünikasyon Kurumundaki Teftiş Kurulu Başkanı ve Müfettiş kadrolarının kaldırılmasına ilişkin kısmının ve uzmanlığa atanmasına dair işlemin iptali

- Polis Vazife ve Salahiyetleri Hakkında Kanununun Ek 7. maddesinde 5397 sayılı kanunla 3.7. 2007 tarihinde yapılan değişiklikle telekomünikasyon yoluyla yapılan işlemler (4.5.2007 tarihinde 5651 sayılı kanunla eklenmiştir) ile 5271 sayılı kanununun 135.maddesi kapsamında yapılan dinlemeler **Telekomünikasyon Kurumu** bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı **Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı** adıyla tek bir merkezden yürütülür. **...Telekomünikasyon iletişim başkanı Telekomünikasyon Kurumu başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır.**

5397 sayılı Kanunla ayrıca ek 7. maddeye getirilen 9. fıkrada da “bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve **Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır**” ifadesi bulunmaktadır.

Bu arada PVSHK da değişiklik yapan 5397 sayılı Kanunun adının “**Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**” olduğunu yani bir “torba kanun” olduğunu eklemek gerekir.

Söz konusu Kanun Jandarma Teşkilat Kanunu ve Milli İstihbarat Kanununda da benzer değişiklikler yapmış ve Anayasa Mahkemesinde bu konuda hükmün iptali için dava açılmış ve “**Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon**” ve “**Telekomünikasyon İletişim Başkanı Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır.**” ibareleri Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.⁶⁷

Anayasa Mahkemesi kararında yukarıda ifade edilen 5397 sayılı Kanunun telekomünikasyon yoluyla iletişimin yasada belirtilen usul ve esaslara uygun yapılp yapılmadığının denetimi Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi ya da komisyona verilir şeklindeki hükmü kişi ve komisyon üyelerinin nitelikleri yasada açıkça belirtilmediğinden Anayasaya aykırı bulunurken, Yüksek Mahkeme şu gerekçelere dayanmaktadır:

“Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda

istemiyile açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Beşinci Dairesi, iptali için başvurmuş ve Bakanlar Kurulunun yetkilendirilmesine ilişkin düzenlemeler bu alanda yasayla düzenleme yapılması zorunluluğundan hareketle anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. E. 2002/35, K. 2007/95, K. G. 12.12.2007, R. G. 22.01.2008-26764.

⁶⁷ E. 2005/85, K. 2009/15, K.G. 29.1.2009, R.G. 3.4. 2009, S. 27189.

belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar Anayasanın Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk Devleti olduğunu ifade eden 2. maddesi ile bağdaşmaz. İptali istenen kural takdire bağlı ve belirsiz bir yetki içerdiğinden hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.”

5397 sayılı Yasada kamu görevlilerinin niteliklerinin görev yetki ve sorumluluklarının yasayla düzenlenmesi gerekirken yönetmelikle düzenlenmesini öngören hüküm dava devam ederken 5651 sayılı kanunla düzenlendiğinden Anayasa Mahkemesi karar vermeye gerek görmemiştir.⁶⁸

5397 Sayılı Kanunun PVSHK'da değişiklik yapılarak Telekomünikasyon İletişim Başkanının Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanmasına ilişkin hüküm de şu gerekçelerle Anayasaya aykırı bulunmuştur:

“(…) Kamu politikasının tayinine katılan, etkin bir otoriteye sahip olan, kuruluşların amacının gerçekleşmesinde önemli yetki ve sorumluluklarla donatılan, planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yöneten, denetim ve temsil gibi işlevleri yerine getiren kamu görevlilerinin, üst düzey yönetici konumunda olmaları nedeniyle bunların atamalarının da müşterek kararname ile yapılması anayasal zorunluluktur.

5397 sayılı Yasa gereğince telekomünikasyon yolu ile iletişimin tespiti, 5651 sayılı Yasaya göre internet yolu ile yapılan yayınlar erişimin engellenmesi kararının verilmesi ve uygulanması konularında kamu düzeni ve kamu güvenliğiyle ilgili görevleri bulunan kurumun başkanlığını yürüten Telekomünikasyon İletişim Başkanının önemli yetki ve sorumluluklarla donatıldığı, bu nedenle üst düzey yönetici kapsamında bulunduğu ve atamasının da müşterek kararname ile yapılması gerektiği açıktır. Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 8. ve 104. maddelerine aykırıdır.”

bb- Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenlemede Telekomünikasyon Kurumu Telekomünikasyon İletişim Başkanını Başbakana teklif edeceğine göre Telekomünikasyon Kurumu Başkanını nasıl atandığı da önemliydi. Bunun için 2813 sayılı **Telsiz Kanununun** 5. ve 6. maddelerine bakmak gerekir. Söz konusu kanunun 16.6.2004 tarih ve 5189 sayılı kanunla değiştirilen hükmü Telekomünikasyon Ku-

⁶⁸ 4.5.2007 gün ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, **R.G.** 23.5.2007, S. 26530.

rulunun karar organının bir kurul başkanı ve altı üyeden oluşan Telekomünikasyon Kurulu olduğunu belirtmektedir. Ancak yasadaki ifadelerin bu kadar açık olduğunu söylemek mümkün değildir.⁶⁹

cc- Telekomünikasyon Kurulu üyelerinin kim tarafından atandığına bakmak için bu kez başka bir kanuni düzenlemeye gitmek gerekir. 4502 sayılı Kanunun geçici 6. maddesi sürekli değil ama ilk kurul üyelerinin nasıl atanacağını belirtmektedir. Buna göre, Telekomünikasyon Kurulu başkanı ve üyeleri için ulaştırma bakanı iki aday gösterir. Bakanlar Kurulu, kurul başkanı ve üyelerini bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki ay içinde atar. Kurumun faaliyete geçişine ilişkin olarak Kurulun teşekkülünden itibaren 3 ay içinde resmi gazetede bir duyuru yayınlanır. Kurul başkanı ve üyelerinin tümünün bakanlar kurulu tarafından atanıp Telekomünikasyon Kurulunun faaliyete başladığının resmi gazetede ilan edildiği tarihe kadar Telsiz Genel Müdürlüğü 2813 sayılı Kanun çerçevesinde görev ve faaliyetlerini yerine getirmeye devam eder.

dd- Bu arada 5.11.2008 tarihinde kabul edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile (m. 67) **Telsiz Kanununun** adı **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna Dair Kanun** olmuştur. Bu Kurulun kamu tüzel kişiliğine ve idari ve mali özerkliğe sahip bağımsız bir kurul olduğu yasada yer almaktadır. Telekomünikasyon Kurumunun yerine **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu** geçmiştir (m. 67/2-a). Kurul bir başkan ve 7 üyeden oluşur.

Yasanın 8. maddesinde⁷⁰ Kurul başkanı ve üyelerinin 5 yıllık süre için Bakanlar Kurulu tarafından atanacağı ve yeniden seçimin mümkün olduğu belirtilmektedir. Başkan ve üç üyeyi iki katı aday sayısı ile Ulaştırma Bakanı gösterir.

⁶⁹ Bu arada Kurul üyelerinin maaşlarının ne kadar olduğuna ve buna kimin karar vereceğine ilişkin hüküm dahi bulunmasına rağmen kurulu kimin atayacağına ilişkin hüküm Kanunda yoktur.

Bu arada kurul başkanı ve üyelerinin aylık ücretlerinin en yüksek devlet memurunun her türlü ödemeler dahil aylık net ücretinin iki katını geçmemek üzere ilgili bakanın (yani ulaştırma bakanının) önerisi üzerine Bakanlar Kurulunca belirleneceği yasada ifade edilmiştir.

⁷⁰ Kurul başkanı ve üyeler, Bakanlar Kurulu tarafından beş yıllık süre için atanır (...) Telekomünikasyon sektörünü temsil eden iki üye, bu Kanun uyarınca Türkiye'de telekomünikasyon cihaz ve sistem imalatı, telekomünikasyon hizmeti yürütmekte ya da alt yapı işletmekte olan ve ilgili telekomünikasyon hizmeti piyasasında Türkiye çapında en az %10'luk pazar payına sahip olan işletmecilerin göstereceği ikişer aday arasından atanır (...) Tüketicileri temsil eden üye ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin göstereceği ikişer aday arasından atanır (...) Kurul, Başkanın daveti veya üyelerden en az üçünün talebi üzerine toplanır. Kurul toplantılarını Kurul Başkanı, yokluğunda ikinci başkan yönetir. Toplantının gündemi Başkan tarafından belirlenir, gündeme yeni madde eklenebilmesi için bir üyenin öneride bulunması ve en az üç üyenin kabul etmesi gerekir (...) Kurul en az beş üyenin hazır bulunması ile toplanır ve en az dört üyenin aynı yöndeki oyuyla karar alır. Üyeler çekimser oy kullanamaz. Toplantıda bir konuda ka-

İki üye için iki kat adayı Telekomünikasyon sektörü temsilcileri olarak Türkiye çapında %10 pazar payına sahip işletmeler gösterir.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Odalar ve Borsalar Birliği, Bakanlar Kurulunun seçeceği birer üye için ikişer aday gösterirler.

Üyelerin genel değerlendirilmesine bakıldığında başkan ve 4 üye zaten bakanlar tarafından aday gösterilerek Bakanlar Kurulu tarafından atanmaktadır. Sadece üç üyenin aday gösteriminde farklı kaynaklar vardır. Ancak yine gösterilen adaylar arasından nihai atamayı Bakanlar Kurulu yapacaktır. Bu arada kurul başkanının oyu bazı hallerde ağırlıklıdır. Örneğin kurul kararını üye mazeretsiz olarak süresi içinde imzalamazsa başkanın oyu doğrultusunda oy kullanmış sayılır. Ya da 2. toplantıda eşitlik halinde başkanın oyu üstün alınır. Bu arada karar yeter sayısının da en az 4 olduğunu hatırlatmak gerekir. Bu sayı bakanların gösterdiği adaylarla tamamlanabilmektedir.

Bu arada Kurul başkan ve üyelerinden görevleri sona erenlere (hastalık, iş göreme-me, seçilme şartlarını kaybetme halinde Bakanlar Kurulu kararı ile görevden alınabilirler) herhangi bir göreve başlayıncaya kadar görevlerinin sona erdiği tarihte almakta oldukları ücret bir yıl boyunca ödenir. Kanun 10.11.2008'de yürürlüğe girmiştir.

Bu arada iletişimi denetleyecek olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna bağlıdır. Kurumun bağımsız olduğu ifade edilmekte ve ilişkili olduğu bakanlık ise ulaştırma bakanlığı olarak gösterilmektedir (m. 5).

Bütün bu veriler kurum kanununda bağımsızlığa işaret edilmekle beraber, kurumun gerçek anlamda bağımsız olduğu yönünde ciddi şüpheler uyandıracak yoğunluktaadır.

Son Söz

Özel hayat hakkı bireyin kişisel gelişimi, özerkliği ile yakından ilgili bir hak olarak demokrasi ile de aynı kategoride yer almaktadır. Bu alandaki güvenceler demokrasinin gelişimine de büyük katkı sağlayacak önemdedir. Demokrasiler her şeye rağmen kahramanların değil, sıradan insanların korkmadan, sinmeden, çekinmeden kendile-

rar yeter sayısı sağlanamadığı durumlarda, izleyen toplantılarda aynı konuda oylarda eşitlik olması hâlinde Başkanın bulunduğu tarafın oyu üstün sayılarak karar alınır.

rini ifade etme olanağına sahip olduğu rejimlerdir. Bu aşamada özel hayat hakkının hayata geçirilebilmesi devletin bu alandaki düzenleme yükümlülüğü, hakkı garanti etme işlevi ve bağımsız kurumlarla bu garantinin güçlendirilmesi aslında özünde birer demokrasi meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye'nin bu konuda öncelikle yasa eksikliği dikkat çekmektedir. Bu alan devletin pozitif yükümlülüğünü gerektiren bir alandır. Ayrıca zaten Türkiye bu sebeple şimdiden iki davada mahkum olmuştur.⁷¹ Muhtemel ihlaller Kişisel Verilerin Korunması ve DNA Kanunu ve Devlet Sırrı Kanunu için de geçerlidir. Ayrıca sadece yasaların yapılması değil, yasaların öngörülebilirliği ve ulaşılabilirliği prensiplerinin sağlanarak hukuk güvenliğinin inşa edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Ayrıca devletin 3. kişilere ve medyaya karşı da bireyin özel hayatının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin yukarıda aktarılan İHAM kararları doğrultusunda değerlendirilmesi gerekmektedir. Nihayet bağımsız, özerk kurumlar aracılığıyla özellikle idareye karşı da özel hayatın korunmasının garanti edilmesi, özgürlüğün bir başka boyutunu karşımıza çıkarmaktadır. Ancak bu koşullarda özel hayat hakkının temel esaslarının korunduğu ifade edilebilir.

⁷¹ Yukarıda Ağaoğlu ve Satık davaları.



(11. Makale – 2010)

Prof. Dr. Engin YILDIRIM*

Prof. Dr. Banu UÇKAN HEKİMLER**

*İşverenlerin Sendikasıızlaştırma Modelleri ve Türkiye Örneği**

* Anayasa Mahkemesi Üyesi

** Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölüm Başkanı



İŞVERENLERİN SENDİKASIZLAŞTIRMA MODELLERİ VE TÜRKİYE ÖRNEĞİ

Union Busting Models and the Case of Turkey



Engin YILDIRIM* - Banu UÇKAN HEKİMLER**

Öz

Dünyanın birçok bölgesinde sendikacılığın gerilemesi, değişen ekonomik ve siyasi koşullarla açıklanmaya çalışılsa da devletin ve işverenlerin sendikalara karşı hasmane ve şüpheli yaklaşımı, endüstri ilişkilerinde geçmişten bu yana yaygın olarak görülen bir durumdur. Sendikadan kaçınma kavramının birbiriyle ilişkili iki farklı boyutu bulunmaktadır: Sendikaları sindirme ve sendikaları ikame. Makale, Roy (1980) ve Gall (2004) tarafından geliştirilen ti-polojilere dayalı olarak sendikalardan kaçınma politikalarını incelemeyi amaçlamaktadır. İşverenler sendikalardan kaçınma stratejilerinde esas olarak yasal düzenlemelerdeki boşluklardan yararlanmakla birlikte, makro ekonomik ve siyasi yapılar da işverenlerin sendika karşıtı politikalar izlemelerine imkân sağlamaktadır. Türkiye’de örgütlü işyerleri sendikasızlaştırılarak veya örgütsüz işyerlerindeki işçilerin örgütlenmesi zorlaştırılarak sendikaların gücü ve etkisi azaltılmakta; ancak sendikalar, işverenler tarafından uygulanan bu politikalar karşısında kurumsal ve yasal olarak korunmamaktadırlar.

Abstract

Although the retreat of trade unionism in many parts of the world has usually been attributed to changing economic and political conditions, state suspicion and employer hostility towards trade unions has been a widespread feature of industrial relations scene since in its early days. The concept of union avoidance consists of two different but not unrelated dimensions: union suppression and union substitution. It is against this background that the paper aims to examine union avoidance policies on the basis of typologies developed by Roy (1980) and Gall (2004). Although employers mainly exploit loopholes in the legislative frameworks in their union avoidance strategies, it is macro economic and political structures that enable them to pursue anti-union policies. Trade unions in Turkey are not institutionally protected by employers’ hard line policies, which have led to a decline in union influence by de-unionizing organized enterprises or by making it difficult for unions to organize workers of unorganized workplaces.

* Prof. Dr., Sakarya Üniversitesi İİBF.

** Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi İİBF, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü.

Giriş

Sendikal haklar, evrensel olarak kabul gören temel insan haklarıdır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) yanı sıra Birleşmiş Milletler (BM) ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen birçok belge ve sözleşmede sendikal haklar doğrudan veya dolaylı olarak güvence altına alınmıştır. Hukuksal bağlayıcılık taşımamakla birlikte moral etki ve ağırlığı olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde ve *BM İkiz Sözleşmeleri* olarak da bilinen *Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi* ile *Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nde sendika hakkı ilkece herkese tanınmıştır. Avrupa Konseyinin ikiz belgeleri olarak da nitelenen (Gülmez, 2007: 31) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve *Avrupa Sosyal Şartı* da sendikal hakları geniş ve ileri düzeyde ele alan uluslararası belgelerdir. Türkiye yukarıda belirtilen belge ve sözleşmeleri kabul etmekle birlikte, Avrupa Sosyal Şartı'nı "zorunlu çekirdek" sayılan, toplu pazarlık ve grev hakkını güvence altına alan 5. ve 6. maddelere çekince koyarak imzalamıştır. Türkiye bu çekinceleri, *Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı* için de korumaya devam etmektedir.¹

ILO'nun *Filadelfiya Bildirgesi* başta olmak üzere sendikal haklara ilişkin kabul ettiği sözleşme ve tavsiye kararları ile denetim organlarının verdiği kararlar ise toplu çalışma ilişkileri alanında temel referans olan uluslararası hukuksal normlardır (Gülmez, 2005: 139). Aralık 2009 itibarıyla sendikal haklarla ilgili temel sözleşmelerden olan *87 sayılı ILO sözleşmesi* 150 ülke, *98 sayılı ILO sözleşmesi* ise 160 ülke tarafından onaylanmakla birlikte² günümüzde halen işverenler ve kimi zaman da hükümetler tarafından çeşitli sendika karşıtı politikalar uygulanmakta ve sendikal faaliyetlere müdahale edilmektedir. Bu uygulamaların görüldüğü ülkeler arasında Türkiye de bulunmaktadır.³ Kolektif haklara karşı güçlü bir direnç geleneğinin (Çelik, 2006: 47) olduğu Türkiye'de sendikal hak ihlalleri, zaten güçsüz olan sendikacılığı daha da zayıflatarak işçilerin sendikalardan uzaklaşmasına neden olmaktadır. Türkiye'de sendikasılaştırma ve sendikalardan uzaklaştırma politikaları, gerek akademik gerekse sendikal çevrelerde yıllardır tartışılmakla birlikte bu konuda henüz yapılmış sistematik bir bilimsel çalışma bulunmamaktadır. Bu alandaki boşluğu doldurmaya yönelik yaptığımız bu

¹ Uluslararası belge ve sözleşmelerde sendikal hak ve özgürlüklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Gülmez, 2005.

² ILO tarafından kabul edilen sözleşmelere ve hangi ülkeler tarafından onaylandıklarına ilişkin bilgi için bkz: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm> (erişim tarihi: 17.11.2009).

³ Avustralya'da da son yıllarda hükümetin sendika karşıtı tutumları, işverenlerin sendikasılaştırma politikalarını güçlendirmektedir. Bkz: Cooper, vd., 2009: 339-3

çalışmada, öncelikle İngiltere ve ABD’de işverenler tarafından uygulanan sendikalar-
dan uzaklaştırma politikalarını sınıflandırmak amacıyla Roy ve Gall tarafından geliştiren
sendikasızlaştırmaya ilişkin tipolojiler açıklanacak; sonrasında da Türkiye’de
uygulanan benzeri ve ülkeye özgü politikaların bu tipolojiler içindeki yeri değerlendiril-
dirilmeye çalışılacaktır.⁴ Türkiye’de hükümetler tarafından uygulanan, hatta çoğu
zaman işverenlerin sendikasızlaştırma politikalarını besleyen, çeşitli sendika karşıtı
politikalar da bulunmaktadır. Ancak bu konu, ayrı bir çalışmada değerlendirilecek
kadar geniş bir içeriğe sahip olduğu için çalışmamızın kapsamı dışında bırakılacaktır.
Bu çalışma, İngiltere ve ABD’de işverenlerin sendikasızlaştırma politikalarına ilişkin
yapılan tipoloji çalışmalarını tanıtarak, gelecekte bu konuda Türkiye’ye özgü bir ti-
polojinin oluşturulmasına zemin hazırlama amacı taşımaktadır. sendikacılığı daha
da zayıflatarak işçilerin sendikalardan uzaklaşmasına neden olmaktadır. Türkiye’de
sendikasızlaştırma ve sendikalardan uzaklaştırma politikaları, gerek akademik ge-
rekse sendikal çevrelerde yıllardır tartışılmakla birlikte bu konuda henüz yapılmış
sistemik bir bilimsel çalışma bulunmamaktadır. Bu alandaki boşluğu doldurmaya
yönelik yaptığımız bu çalışmada, öncelikle İngiltere ve ABD’de işverenler tarafından
uygulanan sendikalardan uzaklaştırma politikalarını sınıflandırmak amacıyla Roy ve
Gall tarafından geliştirilen sendikasızlaştırmaya ilişkin tipolojiler açıklanacak; son-
rasında da Türkiye’de uygulanan benzeri ve ülkeye özgü politikaların bu tipoloji-
ler içindeki yeri değerlendirilmeye çalışılacaktır. Türkiye’de hükümetler tarafından
uygulanan, hatta çoğu zaman işverenlerin sendikasızlaştırma politikalarını besleyen,
çeşitli sendika karşıtı politikalar da bulunmaktadır. Ancak bu konu, ayrı bir çalışma-
da değerlendirilecek kadar geniş bir içeriğe sahip olduğu için çalışmamızın kapsamı
dışında bırakılacaktır. Bu çalışma, İngiltere ve ABD’de işverenlerin sendikasızlaştı-
rma politikalarına ilişkin yapılan tipoloji çalışmalarını tanıtarak, gelecekte bu konuda
Türkiye’ye özgü bir tipolojinin oluşturulmasına zemin hazırlama amacı taşımaktadır.

Sendikasızlaştırmaya İlişkin Tipoloji

Son yıllarda tüm dünyada sendikalar hızla üye kaybetmekte veya mevcut üyelerini
korumada çok büyük güçlüklerle mücadele etmektedir. Sendikaların güç kaybetme-
sinin arkasında yatan nedenlerden birisi de hükümetlerin ve özellikle de işverenlerin
sendikalara karşı takındıkları olumsuz tutumlardır. Nitekim 2004 yılında İngiltere’de

⁴ Türkiye’de işverenlerin uyguladıkları sendikasızlaştırma politikalarına ilişkin bazı belge ve dokümanlara ulaşmamız
konusunda yardımcı olan Murat Özveri ve Aziz Çelik’e teşekkür ederiz.

yapılan İşyeri Çalışma İlişkileri Araştırması, yöneticilerin sendikalara karşı olumsuz bir tutum içinde olduğu işyerlerinde çalışanların yalnızca 1/20'sinin sendika üyesi olduğunu, yöneticilerin sendikalara karşı olumlu tutum sergiledikleri işyerlerinde ise çalışanların 3/5'inin sendikalı olduğunu ortaya çıkarmıştır (Heery ve Simms, 2009'dan Kersley vd., 2006: 114). Dolayısıyla işverenlerin tutumları, sendikalaşmaya uygun bir iklimin oluşmasında önemli bir rol oynamaktadır. Avustralya'da yapılan bir araştırmada işçilerin %32'si işverenlerin sendikalara karşı olumsuz bir tutum sergilediklerini belirtmiştir (Allan, vd., 2006: 31). Kocaeli'nde 2007 yılında yapılan bir araştırmada işçilerin %28,1'i (Urhan ve Selamoğlu, 2008: 184) ve Eskişehir'de 2008 yılında yapılan bir araştırmada da işçilerin %36,4'ü (Uçkan ve Kağnıcıoğlu, 2009: 49) sendikaların hak ve çıkarları yeterince koruyup geliştirememesinin en önemli nedeni olarak işveren baskısını göstermiştir. İşverenlerin sendikaları işyerinden uzaklaştırmaya ve işyerini sendikasılaştırmaya yönelik yürüttüğü iki temel politika bulunmaktadır. Sendikaları ikame etme (union substitution) politikaları ve sendikaları bastırma (union suppression) politikaları. Her iki politikanın da amacı işçileri sendikalardan uzaklaştırarak sendikalaşma eğilimini azaltmak olsa da bu amaca ulaşmak için kullandıkları yöntemler farklılık göstermektedir. Sendikasızlık (non-unionism) olarak da adlandırılan sendikaları ikame etme politikaları, son yıllarda IBM, HP, M&S gibi büyük işletmelerde yaygın olarak uygulanmaya başlayan insan kaynakları politikaları vasıtasıyla sendikasız işçilere bazı avantajlar sağlayarak ve iyi insani ilişkiler geliştirerek sendikalara duyulan ihtiyacı ortadan kaldırmaya yöneliktir.⁵ Bir başka deyişle havuç politikaları olarak nitelendirilebilecek sendikaları ikame etme politikaları, sendikalaşmanın nedenlerini ortadan kaldırmayı veya en azından hafifletmeyi amaçlamaktadır. Sendika karşıtlığı (anti-unionism) olarak da adlandırılan sendikaları bastırma politikaları ise işverenlerin baskı ve tehdit yoluyla işçileri temel haklarından mahrum etme stratejisine dayanmaktadır. Bir başka deyişle sopa politikaları olarak da nitelendirilebilecek sendikaları bastırma politikaları, sendikaya üye olan ve sendikal faaliyette bulunan işçilere bazı "maliyetler" ödetmeye dayalı yöntemlerden oluşmaktadır. Bu nedenle söz konusu politikalar, sendikalaşmanın daha ilk belirtileri ortaya çıkar çıkmaz uygulanmaya başlamaktadır. Bu politikalar, genellikle kötü çalışma koşullarının söz konusu olduğu özellikle küçük işletmelerde sendikaları sindirmek amacıyla kullanılmaktadır. Kısacası sendikaları işyerinden dışlamaya yö-

⁵ İnsan kaynakları politikalarının sendikaları ikame ederek sendikalaşmayı olumsuz yönde etkilemesi ile ilgili ABD'de yapılan bir araştırma için bkz: Fiorito, 2001: 335-354.

nelik politikaları “iyi, kötü ve çirkin” olarak adlandırmak mümkündür. “İyi” politikalar uygulayan işverenler, çalışanlara ortalamanın üzerinde ücret, eğitim ve gelişme imkânı sağlamaktadır. “Çirkin” politikalar uygulayan işverenler işçileri sömürmenin yollarını ararken, “kötü” politikalar uygulayan işverenler kasıtlı bir kötü niyet olmaksızın çalışanlarına daha zayıf ücret ve çalışma koşulları sunmaktadır (Dundon, 2002: 234; Fiorito, 2001: 335).

İşverenler bu politikaları çoğu zaman “amatörce” ve bireysel olarak uygulamaktadır. Ancak son yıllarda kimi işverenler sendikaları işyerinden uzak tutabilmek amacıyla uzman istihdam etmeye de başlamıştır. Öyle ki ABD’de bu politikalar, sendikasılaştırma konusunda uzmanlaşmış yeni danışmanlık firmalarının kurulmasına ve bu alanda yeni bir sektörün ortaya çıkmasına neden olmuştur. 1994 yılında Business Week’de belirtildiği gibi danışmanlık firmaları ve uzmanlar vasıtasıyla ABD, son yıllarda sendikalaşmaya karşı en “başarılı” savaşlarından birisini vermektedir (Bernstein, 1994: 70). Bu konudaki uzmanlar, 1935 yılında çıkarılan Ulusal Çalışma İlişkileri Kanunu’ndan bu yana faaliyet göstermektedir. Ancak bu konudaki uzmanlık gelişerek 1970’lerin sonu ve 1980’lerin başından itibaren milyon dolarlık bir sektör haline gelmiştir.⁶ Günümüzde ABD’de sendikaların örgütlenme faaliyetlerine giriştiği işyerlerinde işverenlerin 2/3’ü sendikasılaştırma konusunda uzman istihdam etmektedir. Uzmanlar özellikle sağlık, eğlence, basın-yayın, eğitim gibi bazı sektörlerde faaliyet göstermekte; Latinler, Afro-Amerikanlar ve kadınlara yönelik özel stratejiler geliştirmektedir. Uzmanlar yeni teknolojik gelişmeleri yakından takip ederek sendika karşıtı DVD, video veya web siteleri gibi farklı araçlar kullanmak yoluyla işçileri sendikalaşmanın “riskleri”ne karşı uyarılmaktadır. ABD bu alanda büyük bir sektöre sahip yegâne ülke olarak son yıllarda İngiltere gibi kimi ülkelerdeki işletmelere de uzman ihraç etmekte; hatta bu alandaki bazı özel danışmanlık firmaları Kanada, Meksika, Güney Amerika, İngiltere, Belçika, Fransa ve Almanya’da çeşitli şubeler açmaktadır (Logan, 2008: 2-4, 16). Bu alanda faaliyet gösteren en büyük ve “başarılı” danışmanlık firması ise *Burke Group*’tur. Bu firma, kurulduğu 1981 yılından 2004 yılına kadar yaklaşık 800 sendika karşıtı kampanya yürütmüştür.⁷ Bu firmanın “müşterileri” arasında General Electric, MCI, K-Mart, Honeywell, Coca-Cola ve Catholic Healthcare West gibi büyük işletmeler bulunmaktadır. ABD’deki işverenler, 1990’lı yıllar itibarıyla bu

⁶ 1970’lerden sonra ABD’de sendikasılaştırmanın büyük bir sektör haline gelmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Logan, 2002: 197-214.

⁷ Burke Group’un Chinese Daily News’te yürüttüğü sendika karşıtı kampanya ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Logan, 2004: 77-91.

tür danışmanlık firmalarına her yıl yaklaşık 200 milyon dolar doğrudan yatırım yapmaktadır (Logan, 2004: 77-79).

Endüstri ilişkileri alanında sendikasılaştırmaya ilişkin en önemli tipolojilerden biri 1980 yılında Donald F. Roy tarafından geliştirilmiştir. Roy'un tipolojisi, ABD'de özellikle sendika karşıtlığının fazla olduğu güney eyaletlerindeki tekstil sektöründeki deneyimlerden yola çıkılarak oluşturulduysa da bu tipolojiyi İngiltere'de işverenlerin sendikaları tanıma⁸ konusundaki dirençleri (Gall, 2004: 37) veya Türkiye'de işverenlerin sendika karşıtı uygulamaları için de genişletmek mümkündür. Sendikasılaştırma politikalarını sendikaları ikame etme politikaları ve sendikaları bastırma/sendika karşıtı politikalar olmak üzere ikili bir sınıflandırmaya tabi tutmak çoğu zaman yetersiz kaldığı için Roy, "korku" (fear), "yumuşak/tatlı" (sweet), "kötü/uğursuz" (evil) ve "yok edici" (fatal) yaklaşım şeklinde dörtlü bir sınıflandırma yoluna gitmiştir (Roy, 1980: 395-415). Ancak Roy'un bu sınıflandırmasının yanı sıra son zamanlarda Gregor Gall tarafından geliştirilen bir başka sendikasılaştırma tipolojisi daha bulunmaktadır. Gall, 1980 yılında Roy tarafından geliştirilen tipolojiden yola çıkarak, işverenlerin sendikaları ikame edici ve sendika karşıtı politikaları eş zamanlı olarak uygulayabileceğini ileri sürmüştür. Gall, ABD ve İngiltere'deki uygulamaları kapsayacak şekilde Roy'un dörtlü tipolojisine üç kategori daha eklemiştir. Bunlar; "zorluk çıkarma" (awkward), "ehli/evcil" (tame) ve "zarar" (harm) yaklaşımlarıdır. Bu yaklaşımlar cezalandırıcı, ödüllendirici, ideolojik veya önleyici gibi farklı özellikler taşımaktadır (Dundon, 2002: 234-236; Gall, 2004). Gerek Roy'un gerekse Gall'un sınıflandırmaları sendikasılaştırma politikalarının tümünü açıklamakta çoğu zaman yetersiz kalmaktadır. Yapılan sınıflandırmalardan bir kısmı bazı ülkeler için çok bir anlam ifade etmezken, bazı ülkelerde görülen uygulamaları da bu sınıflandırmalardan birisine sokabilmek oldukça zordur. Ancak bu sınıflandırmalar, işverenlerin sendikasılaştırma politikalarını sistematize edilmesi açısından önem taşımaktadır. Aşağıda bu sınıflandırmalar açıklanarak Türkiye'de uygulanan politikaların⁹ bu sınıflandırmalardaki yeri tespit edilmeye çalışılacaktır.

⁸ İngiltere'de bir sendika, bir grup işçiyi temsilen ücret ve çalışma koşullarını görüşmek üzere işveren tarafından tanındığı zaman toplu pazarlık yetkisine sahip olmaktadır. İşveren bir sendikayı gönüllü veya zorunlu olarak tanıyabilmektedir. Sendikanın işveren tarafından gönüllü veya zorunlu olarak tanınmasına ilişkin prosedür için bkz: http://www.businesslink.gov.uk/bdotg/action/detail?type=RESOURCES&itemId=10744_37966

⁹ Liman-İş sendikasıından Bakır ve Akdoğan tarafından 2009 yılında yapılan bir araştırmaya göre Türkiye'de işverenler, sendikalaşmayı engelleyebilmek için kırk farklı yöneme başvurmaktadır (Bakır ve Akdoğan, 2009: 88-95). Çalışmamızda da bu araştırmada yer alan sendikasılaştırma politikaları sınıflandırılmaya çalışılmıştır.

Tablo 1: İşverenlerin Sendikasızlaştırma Politikalarının Sınıflandırması

İşverenlerin Sendikaları Dışlama Yaklaşımları	Sendika Karşıtı Davranış ve Kontrol Türleri
Korku Yaklaşımı*	<i>Sendikaları bastırma:</i> Mevcut ve olası sendikalaşmaya karşı açıkça korkutma ve gözdağı verme
Yumuşak/tatlı yaklaşım*	<i>Sendikaları ikame:</i> Sendikalar gereksiz örgütler, daha iyi ücret ve çalışma koşulları, yönetimle uyumsuzlukları çözmek için kullanılan etkin iletişim kanalları
Kötü/uğursuz yaklaşım*	<i>Sendikalara ideolojik karşıtlık:</i> Sendikaların gizli komünist ve işletmenin performansını olumsuz yönde etkileyen örgütler olduğu yönündeki ideoloji
Yok edici yaklaşım*	<i>Sendikaları açıkça reddetme:</i> Sendikayı tanımayı reddetme, iyi niyetli pazarlıktan kaçınma
Zorluk çıkarma yaklaşımı§	<i>Sendikaları engelleme:</i> Sendikayı tanımanın önüne yasal engeller çıkarma, süreci geciktirme
Ehli/evcil yaklaşım§	<i>Sarı/ılımlı sendikacılık:</i> İlimli sendikaları tanıma, yönetimin kontrolünde sendikalar kurma
Zarar yaklaşımı§	<i>Bypass etme:</i> İşçilerin kolektif sesi olan sendikaları marjinalize etme, sendikaların dahil olmadığı doğrudan ve özel iletişim kanalları kurma

* Roy'un 1980 yılında yapmış olduğu sınıflandırma

§ Gall'in 2001 yılında Roy'un yaptığı sınıflandırmaya katkısı

Kaynak : Dundon, Tony. (2002). "Employer Opposition and Union Avoidance in the UK", **Industrial Relations Journal**. 33: 3, s. 236.

Korku Yaklaşımı

Bu yaklaşımı, sendikaları sindirme politikası olarak da adlandırmak mümkündür. Burada işverenlerin davranışı işçilere açık bir şekilde gözdağı vermeyi kapsamaktadır. Amaç, mevcut ve olası sendikalaşmaya karşı korku salmaktır. Bir başka deyişle, sendikaların yeni üye kazanma ve tanınma kampanyaları karşısında işverenlerin neler yapabileceği konusunda korku salınmaktadır (Gall, 2004: 37). Korku yaklaşımı, sen-

dikaları dışlamaya yönelik uygulanan en eski yaklaşımlardan birisidir. Bu yaklaşım, işyerindeki tüm işçilere uygulanabildiği gibi yalnızca bir kısım işçi grubuna da uygulanabilmektedir. Bu yaklaşımın kullandığı araçlar çok çeşitlidir. Bu araçları şu şekilde sıralamak mümkündür: İşten çıkarma tehdidi, işyerini kapatma veya bir başka yere taşıma tehdidi, şirketin itibar kaybına uğrayacağı tehdidi, şirketin çalışanlarına karşı hoşgörüsünü kaybedeceği tehdidi, terfi ve daha iyi çalışma koşulları gibi fırsatların verilmeyeceği tehdidi, çalışanların bir başka yere transfer edilmesi tehdidi, daha fazla veya daha zor ve kirli işlerin verileceği tehdidi, ücret artışlarının verilmeyeceği tehdidi, vb. (Roy, 1980: 398). İşverenler bu tehditlerde bulunmak için işçilerle özellikle yüzyüze görüşmeyi tercih etmektedir. Birkaç saat süren görüşmeleri, “beyin yıkama seansları” (brainwashing) veya “sorgu” (interrogation) olarak da nitelendirmek mümkündür. Bu görüşmelerde işçilerin sendikalar hakkındaki genel düşünceleri alınmakta, sendikaya yakın duran işçiler tespit edilmekte ve işçilere yukarıda bahsedilen tehditler açıkça veya zımni olarak iletilmektedir.

Bu yaklaşımda işverenlerin taktiği gözdağı verme ve korku ortamı yaratma üzerine kurulmuştur. İşverenler, işçilere sendikaların bela ve çatışmanın kaynağı oldukları yönünde telkinde bulunmaktadır. 1999-2002 yılları arasında İngiltere’de yapılan bir araştırmaya göre en çok kullanılan korkutma taktikleri işten çıkarmalar veya bunun bir tehdit unsuru olarak kullanılmasıdır. İşverenlerin en çok kullandığı ikinci korkutma taktiği ise işçilerin “sendikal tehdit” konusunda bilgilendirilmesidir (Gall, 2004: 42). İşten çıkarmalar konusunda özellikle sendika temsilcileri veya aktivistleri hedef alınmakta; bu kişilerin performansları, hastalık nedeniyle işe devamsızlıkları vb. durumları çok sıkı bir şekilde takip edilmektedir. Dolayısıyla bu yaklaşıma sahip işverenlerin, sendika aktivistlerini yasal nedenlerle işten çıkarma konusunda özel bir ustalığa sahip olduklarını söylemek mümkündür.

Korku yaklaşımını benimseyen işyerlerinde sendikalar baskı, tehdit ve gözdağı ile mücadele ettiklerinden üyelerin sorunlarıyla, örgütlenme toplantılarıyla, tanıtım materyalleri hazırlamasıyla ve yeni üye kazanmasıyla yeterince ilgilenememekte; bu durum, sendikaların daha fazla güç kaybetmesine neden olmaktadır. Bu yaklaşım aynı zamanda mevcut üyelere sendikalarda aktif oldukları takdirde nelerle karşılaşabilecekleri konusunda ve potansiyel sendika üyelerine sendikanın ve sendikal faaliyetlerin hoş karşılanmadığı yönünde mesaj da vermektedir (Gall ve McKay, 2001: 100). Sendika üyelerini hedef alan kadro daralmaları ise, sendika üyesi olma veya aktif sendika üyesi olma konusunda diğer işçiler arasında bir korku yaratmakta ve

böylelikle işçiler arasında sendikal destek ve faaliyetler azalmaktadır. Bu tür korku taktikleri, genellikle işçiler arasında “işveren sendikaya katılmamıza izin vermiyor” şeklinde algılanmaktadır. Eğer buna uyulmazsa işten çıkarmalara sıra geleceği inancı gelişmektedir. Aslında sendikal nedenlerle işten çıkarmalar yasadışı olsa da işverenler bu tür ifadelerde (ve hatta eylemlerde) bulunmakta ve işçilerin kafasında böyle bir imaj oluşturmaktadır.

İşverenler bunun dışında farklı korku/tehdit taktikleri de geliştirmektedir. İşverenler işçilerin sendikalaştıkları yönünde sürekli bir şüphe içinde yaşamaktadır. Bu nedenle işverenler sendika toplantılara kimi zaman “casus” göndererek sendikaların nasıl, nerede ve ne zaman örgütlenme kampanyaları düzenlediklerini anlamaya ve buna göre önlem almaya çalışmaktadır. Hatta gizli kameralarla işçiler izlenmekte ve işyeri girişlerinde veya içlerinde sendika temsilcileri veya örgütçülerin hangi işçilerle konuştukları tespit edilmektedir. Sonrasında bu işçilerle yöneticiler konuşarak, çeşitli tehdit ve/veya telkinlerde bulunmaktadır. Ayrıca işverenler sendikadan istifa mektupları hazırlatıp işçilere dağıtabilmekte veya işçilerin ağzından sendikayı tanıtmaya karşı dilekçe ve mektup hazırlayabilmektedir. Bu konuda verilebilecek en tipik örneklerden birisi, İngiltere’deki Türkiye İş Bankası’nda 2001 yılında yaşanmıştır. İş Bankası’nda yetkili sendika UNIFI iken üç sendika üyesi Merkezi Tahkim Komitesi’ne (CAC) başvurarak, UNIFI’nin kendilerini temsilen toplu iş sözleşmesi yapmalarını istemediklerini bildirmiştir. UNIFI bu üyelerin işverenin baskısı başvuruda bulduklarını söylemişse de CAC, referandumun gerekli olduğuna karar vermiştir. Başvuru sırasında işyerinde sendikalaşma düzeyi %83 iken, yapılan referandum sonucunda yalnızca %35 oranında sendikayı tanıma yönünde oy çıkmıştır. (Wood, vd, 2003: 131; [http://www.cac.gov.uk/recent_decisions/Decision_texts/9001%20DecOnHoldB allot%20\(Final%20Version\).htm](http://www.cac.gov.uk/recent_decisions/Decision_texts/9001%20DecOnHoldB%20allot%20(Final%20Version).htm)).

Daha önce belirtildiği gibi büyük çok uluslu şirketlerde, sendikaları uzaklaştırma danışmanları (Amerikan veya başka yerel hukuk firmaları ve danışmanları) sendikalaşmanın ve sendikaların tanınmasının önüne geçebilmek için kullanılmaktadır. Bunun dışında kara liste uygulaması da yaygın olarak görülmektedir. Geniş bir taktik yelpazesine sahip olan işverenler, belirli bir işçi grubuna yönelik baskı uygulayıcı toplantılar veya birebir toplantılar düzenleyerek ve yazılı-sözlü çeşitli iletişim kanallarını kullanarak şirketin varlığı, karlılığı ve dolayısıyla ücret düzeyleri ve işler üzerindeki sendikal tehditler konusunda işçileri uyarabilmektedir. Hatta kimi zaman eğer sendika tanınacak olursa işyerinin kapatılacağı dahi söylenmektedir. Örneğin İngiltere ve İrlanda’da yayın yapan

televizyon kanalı olan BSKyB, işçilerine sendikanın tanınması halinde çağrı merkezlerinin yurtdışına kaydırılacağını söylemiştir. İngiltere’de tıbbi ve kozmetik malzeme imalatçısı Decorpart’da ise işçilere “eğer işyerine sendika girecekse, sendikaların işyerinin kapatılmasına neden olacağı” söylenmiştir. Benzer bir tehdit, İngiltere’de uçak motorları üreten GECaledonian’da da yapılmıştır (Gall, 2004: 41).

Türkiye’de sendikalaşma durumunda işten çıkarma veya işyerini kapatma tehdidiyle işçilerin iş güvencesinin baskı altında tutulması en sık görülen korku taktiklerinin başında gelmektedir. Nitekim 2005 yılında tamamlanan bir araştırmada işçilerin %36’sı “işten atılma korkusu” nedeniyle sendikaya üye olmadıklarını belirtmiştir (Buğra, Adaman ve İnel, 2005: 13-14). Bu araştırma sonucunu destekleyen bir diğer rapor ise Türk-İş tarafından 2006 yılında yayınlanmıştır. 2003 - 2005 yılları arasında gerçekleşen işten atılmalara ilişkin örnek olayların verildiği bir listenin de bulunduğu raporda, 4857 sayılı İş Kanunu’nun yürürlüğe girmesini takiben 2005 yılına kadar, Türk-İş’e bağlı sendikalara üye oldukları gerekçesiyle toplam 15.531 işçinin işten çıkarıldığı ifade edilmektedir. 2003-2008 yılları arasında da DİSK’e bağlı sendikalara üye olan yaklaşık 30.000 işçi işten çıkarılmıştır (Bakır ve Akdoğan, 2009: 92-93). Bu rakamlar, Türkiye’de sendikal nedenlerle işten çıkarmanın ne derece yaygın olarak kullanıldığını göstermektedir. Sendikal nedenlerle işten çıkarmalar, aynı zamanda sendikaların örgütlenme gücünü psikolojik açıdan da olumsuz yönde etkilemektedir. Sendikal nedenlerle iş sözleşmesi sona erdirilen işçiler, kendi yaşamlarında ve yakın çevrelerinde “sendikaya üyeliğin sonucu işsizliktir” gibi olumsuz bir önyargının oluşmasına neden olabilmektedir. Sendikalar işçilere başarılı örgütlenme örneklerini göstermede çoğu zaman yetersiz kalmakta, bu nedenle sendikalar işten çıkarılma ile birlikte anılmaktadır. Böylelikle sendikalar aleyhine olumsuz bir psikolojik hava yaratılmaktadır (Tes-İş, 2004: 26).

Bunun yanı sıra Türkiye’de sendikal nedenlerle işten çıkarılan ve işe iade davasını kazanan işçileri işe geri almama veya işe geri aldıktan sonra çeşitli yıldırma politikalarını uygulayarak işçilerin istifa etmesini sağlama, örgütlenme faaliyetini önceden haber alıp engellemek için işçiler arasına muhbirler sokma ve işçiler arasında güvensizlik yaratma, örgütlenmenin başını çeken işçileri veya sendikaya üye olan tüm işçileri ya da bir kısmını işten çıkarma, sendikaya üye olan işçileri fazla mesaiye bırakmama ve işçilerin ücretlerinden keyfi kesintilere giderek sendikal işçilerin reel ücretlerini düşürme, işyerine noter getirerek ya da işçileri işyeri servisleriyle notere götürerek

işçilerin sendikadan istifa etmelerini sağlama, sendikaya üye olan işçileri yıldırma için işçinin görev yerini değiştirme, işçiye daha zor iş verme ve işçiye mesleki bilgi ve yeterliliği dışındaki işleri yapmaya zorlama, sendikalaşan kadın işçilerin sendikadan ayrılmaları için kocaları veya aileleri vasıtasıyla baskı yapılması, işçilerin işyerinden kendi aralarında konuşmalarını yasaklama, işçilerin gittiği camilerde imamların sendikalaşma karşısı vaaz vermesini ve telkinde bulunmasını sağlama, özellikle yerel gazeteler vasıtasıyla kamuoyunda sendikaları karalama kampanyası yürütme, akrabalık, hemşerilik gibi geleneksel ilişkileri kullanarak sendikalaşmanın işverene ihanet anlamına geldiğini öne sürerek işçileri psikolojik olarak baskı altında tutma korku yaklaşımına verilecek örneklerden yalnızca bir kısmıdır.

Ayrıca dünyanın birçok yerinde olduğu gibi Türkiye’de de işverenler sendikalı işçiler için kara liste oluşturmaktadır. Organize sanayi bölgelerinin yaygınlaşması ile birlikte işverenler arasındaki dayanışma artmakta, işverenler sendikal nedenlerle işten çıkarılan bir işçiye işe almamaya özen göstermektedir (Özveri, 2005: 1531; Çoban, 2002: 358-359). Bunun yanı sıra küçük ve orta ölçekli işyerlerinde işverenlerin işçi üzerindeki baskısı daha fazla olmakta; bu nedenle işçiler sendikalara karşı çekingen ve uzak durmaktadır. Küçük ve orta ölçekli işyerleri, genellikle aile işletmeleri olduğu için işçiler çoğunlukla eş, dost, akraba veya hemşerilerden oluşmakta veya bu kişiler vasıtasıyla o işyerinde çalışmaktadır. Bu nedenle işçiler, kendilerine iş bulan ve iş bulmada aracılık edenlere veya işverene ayıp olmaması için sendikalara üye olmaktan kaçınabilmektedir (Tes-İş, 2004: 33; Akkaya, 2003: 232). Sendikaya üye olunması durumunda ise işverenler, işçiye iş bulması konusunda aracılık yapan tanıdığa çeşitli baskılar uygulayarak veya kimi zaman da tehditlerde bulunarak işçinin sendikadan ayrılmasını sağlayabilmektedir.

Türkiye’de bazı sendikaların çalıştırdıkları sekreter, uzman gibi personelin sendikalaşmasına sıcak bakmaması, hatta örgütlenme girişiminde bulunan kişilere korku yaklaşımında bahsettiğimiz birçok yöntemin uygulanması ise ülkemizde sendikaların ne derece samimi olduklarını gösteren ironik bir durumdur. Günümüzde sendikalı olarak çalışan uzman sayısı son derece azdır, örgütlü olan sendika çalışanları adeta “şanslı bir azınlık”ı oluşturmaktadır. Sendikal hak mücadelesi yapan ve yeni üye kazanmak için örgütlenme çalışması yürüten kişilerin bizzat kendilerinin sendikasız olması oldukça çarpıcıdır (Lordoğlu, 2003: 296). Bu durum, işçi sınıfının diğer ke-

simlerinde olduğu gibi, sendikalarda çalışanlar arasında da bir ayrımcılığa ve parçalanmaya neden olmaktadır.

Yumuşak/Tatlı Yaklaşım

Sendikaları ikame etmeye yönelik bu yaklaşımda işverenler, sendikaların gereksiz örgütler olduğunu savunmaktadır. Daha iyi ücret ve çalışma koşulları, işçilerin katılımı ve işçilerin şikâyetlerinin dinlenmesi yoluyla işyerindeki sorunların daha başlamadan önleneyeceği ileri sürülmektedir. Bu yaklaşımla, sendikalara duyulan ihtiyacın ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır (Gall, 2004: 37). Bir başka ifadeyle işverenler uyguladıkları çeşitli insan kaynakları stratejileri ile sendikacılığın arkasında yatan en büyük nedenlerden birisi olan iş tatminsizliğinin ve hoşnutsuzluğunun önüne geçmeye çalışmaktadır (Fiorito, 2001: 337). Bu yaklaşımın kullandığı farklı taktikler bulunmaktadır. Kişisel kayırmalar, iltimaslar, iltimas vaatleri veya imaları bunlar arasında sayılabilir. Örneğin çalışanlara yöneticilikle ilgili bir pozisyon vaadinde bulunulabilir veya sendikayla ilgilenenler daha düşük pozisyonlu işlerde çalıştırılırken, sendikasız veya sendikaya sıcak bakmayan işçilere daha üst pozisyonda işler verilerek sendikalara gerek olmadığı hissi yaratılabilir. İşverenler, sendikadan uzak tutmak istediği işçilerin çalışma koşullarında küçük ancak önemli değişiklikler yaparak (işçilerin gece vardiyasından gündüz vardiyasına kaydırılması gibi), işçilerin eşlerini işe alarak veya korku yaklaşımının aksine üretimin miktar ve kalitesiyle daha az ilgilenerek sendikalara duyulan ihtiyacı ortadan kaldırmaya çalışmaktadır (Roy, 1980: 405-408). Dolayısıyla sendikalar, işverenlerin bir taraftan yukarıda örnekleri verildiği gibi bireylere yönelik “bireyselci” politikalarıyla; diğer taraftan da işçilerin çalıştıkları işyerine bağlılıklarını artıran takım çalışması gibi “yeni kolektivizm” olarak adlandırılan politikalarıyla gereksiz örgütlere dönüştürülmeye çalışılmaktadır (McCabe, 2007: 246). Yumuşak/tatlı yaklaşım, özellikle büyük çok uluslu şirketlerde yaygın olarak uygulanmakla birlikte küçük şirketlerde de bazı ortak semboller vasıtasıyla işyerine bağlılık ve sadakati artırmaya yönelik uygulamalar görülebilmektedir (Dundon, 2002: 239).

Yumuşak/tatlı yaklaşım, sendikaların gereksiz olduğunu göstererek işyerlerini sorunlardan ve çatışmadan uzak tutmanın yollarını aramaktadır. Bu yaklaşım, şikâyetlerin/sorunların çözümü için bağımsız ve sendikaların müdahil olmadığı çözüm mekanizmalarından ve çalışanların sesinin dikkate alındığı izlenimini oluşturmaya yönelik stratejilerden oluşmaktadır. Dolayısıyla işverenler, işçilerle aralarında kavga-

ya veya çatışmaya neden olacak herhangi bir sorun olmadığı, eğer bir anlaşmazlık ortaya çıkarsa da bunun her iki tarafı da tatmin edecek şekilde çözümleneceği, sendikaların varlığının gereksiz olduğu ve işçilerle işverenlerin arasında çıkar ortaklığı olduğu yönünde işçileri ikna etmeye çalışmaktadır. İşverenin kapısının işçilere her zaman açık olması veya birebir iletişim kanallarının kullanılması ise bu yaklaşımın benimsediği bir diğer taktiktir. Bir başka ifadeyle yumuşak/tatlı yaklaşımda, üçüncü bir tarafa (sendika) gerek olmaksızın işverenlerin işçilerle doğrudan iletişime geçeceği mesajı verilmektedir. Örneğin İngiltere’de Inverness Medical adlı sağlık firması, “tüm çalışanlarla geniş bir danışma ve iletişim ağı” kurduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle işyerinde örgütlü olan GMB’nin tanınmasının gerekli olmadığını ve çalışanların üçüncü tarafın müdahalesi olmaksızın doğrudan iletişimi tercih ettiklerini ifade etmiştir (Gall, 2004: 42). Kısacası yumuşak/tatlı yaklaşımı, endüstri ilişkileri kuramlarından olan ve 1970’lerin sonunda ortaya atılan *tekilci yaklaşımın* bir parçası olarak görmek mümkündür.¹⁰

Bu yaklaşımda işçilerin sorunları ve şikâyetleri ile ilgilenmek üzere şirket konseyleri veya personel forumları gibi istişari ve temsili platformlar kurularak sendikasızlık kurumsallaştırılmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle AB’de yumuşak/tatlı yaklaşımı benimseyen işverenler, çoğu zaman sendika temsilcilerinin de içinde yer aldığı çalışma konseylerinin kurulmasına karşıdırlar. Buna verilebilecek en tipik örnek, Avrupa’daki McDonalds restoranlarıdır. McDonalds Avrupa’daki restoranlarında çalışma konseyleri yerine “Mckatılım” (Mcparticipation) olarak da adlandırılan iletişime ve işçilerin katılımına belirli düzeyde imkân veren mekanizmalara dayalı bir yaklaşımı benimsemektedir. Bu yaklaşım, danışma, bilgi verme ve birlikte karar verme haklarını içermemektedir. Mckatılım yalnızca çalışanların çeşitli önerilerde bulunduğu ve şikâyetlerini belirli ölçüde dile getirdiği, takım brifinglerinin yapıldığı bir yaklaşımdır. McDonalds ne sendikalara ne de çalışma konseylerine hoşgörü ile yaklaşmakta; bu iki “tehlike”yi önleyebilmek için Mckatılım yaklaşımını ön plana çıkarmaktadır. Öyle ki çalışma konseylerinin yaygın olarak görüldüğü Almanya’daki restoran yöneticilerine bu konseyler ile başa çıkmaları için pratik bir yardım kitapçığı dağıtılmıştır. Restoranda çalışma konseyinin kurulması, ciddi bir sorun ve yönetimin başarısızlığı olarak değerlendirilmektedir. Restoran yöneticilerinin böyle bir oluşumla karşılaşma-

¹⁰ Tekilci yaklaşıma göre işçi ve işverenler, işletmenin devamını sağlama gibi ortak bir amacı paylaştıkları için çıkar çatışması yerine çıkar birliği söz konusudur. Yönetim, işletmede çalışan işçilerin de çıkarlarını koruyacak şekilde hareket ettiği için işçilerin sendikalara üye olmasına gerek kalmamaktadır. Tekilci yaklaşım konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Uçkan ve Kağnicioğlu, 2008: 54-56.

sı durumunda, Münih merkez ofisinden yetki almadıkça sendika temsilcisi ile dahi konuşması yasaklanmıştır. Nitekim 1997 yılında çalışanların çalışma konseyi seçmesine izin veren bir restoran yöneticisi, yönetici yardımcısı pozisyonuna düşürülmüştür. Fransa’da ise 1994 yılında 12 Mcdonalds yöneticisi sendikal hakları ve çalışma konseyi seçimlerini engelledikleri gerekçesiyle tutuklanmıştır. Mcdonalds’daki örgüt kültürü sonucunda yöneticiler, sendikaları hoş görülme, işbirliğini ve yönetimin iyi uygulamalarını zarara uğratan müdahaleler olarak değerlendirmektedir (Royle, 2002: 262-268, 276).

Türkiye’de ise işçileri sendikalaşmadan vazgeçirebilmek için işçilere maaş dışı maddi yardım ve ödemeler teklif edilmesi, işçilere sendika üye olmamaları durumunda yüksek maaş artışı sağlanacağını vaat etme veya bu artışın gerçekleştirilmesi bu yaklaşıma örnek olarak verilebilir. 2008 yılında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından bir medya kuruluşunda işveren vekili aleyhine sendikal hakların kullanılmasını engellemesi gerekçesiyle açılan ceza davası, hem Türk Ceza Kanunu’nun 118. maddesi kapsamında açılan ilk dava olması nedeniyle, hem de işverenlerin uyguladıkları korku ve yumuşak/tatlı yaklaşımın somut örneklerini ortaya koyması nedeniyle önem taşımaktadır. Başsavcılık tarafından hazırlanan iddianameye göre,¹¹ söz konusu işveren vekili çalışanlarına

“(…) sendikadan istifa edin önünüzü açın, sendikada bu işten anlamayan insanlarla neden muhatap oluyorsunuz, siz seçilmiş insanlar sendikadaki yetersiz insanların güdümünde bulunmamalısınız.

Ben Almanya’da serbest gazeteci olarak yıllarca çalıştım, basın sendika örgütlenmesi falan yoktu, sendika önünüzü kapatıyor, sendika tarafından sağlanan hakların daha ötesini biz size sağlarız, sendika nedeniyle Basın İş Kanunu’na tabi olamıyorsunuz, içeride birikmiş ikramiyeleriniz ödenmiyor, bu belirsizliğe son vermek sizin elinizde sendikadan istifa edin önünüzü açın”

şeklinde telkinde bulunarak çalışanların sendikadan ayrılmaları durumunda kendilerine finansal bazı teşviklerde bulunulacağı vaadini verirken,

“En kalabalık dergi kadrosundan daha kalabalıksınız, (...) dergisinde çalışan gazeteciler olarak seçilmiş kişilersiniz, seçilmiş kişiler olarak bulunmaktasınız, bunun kıymetini siz de bilmelisiniz. (...) burada turnike yok, bir kişi

¹¹ T.C. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Soruşturma No: 2008/40421, Esas No: 2008/19885, İddianame No: 2008/2456

kapıyı açıyor peşinden bir sürü insan giriyor, kapıyı açan kişi dışında kimse işe başlamış görünmüyor, kartlarınızda giriş çıkış sorunu olduğunu unutmayın, iş sözleşmenizde cumartesi günü de mesai yapılacağı yazıyor, ancak dergide kimse cumartesi günü mesai yapmıyor, ihtiyaç gerek olmadığından mesai yapmadığınızı biliyorum ama bu toplantıyı cumartesi günü de pekâlâ yapabiliirdim, sizi cumartesi günü çalıştırabileceğimizi biliyorsunuz. (...)”

diyerek de çalışma koşullarının zorlaştırılabileceği imasında bulunmaktadır. İddianamede yer alan işveren vekilinin bu konuşması, hem korku hem de yumuşak/tatlı yaklaşım için verilebilecek güzel bir örnektir.

Söz konusu iddianamede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) İngiltere’ye karşı 06.02.2002 tarihinde açtığı *Wilson ve the National Union of Journalists; Palmer, Wyeth & the National Union of Rail, Maritime & Transport Workers; Doolan ve diğerleri* davasına atıfta bulunulmuş olması da önem taşımaktadır. Zira AİHM kararında İngiltere’de işçilerin sendika üyeliğinden ayrılması veya sendikaya temsil yetkisi vermemesi karşılığında işverenlerce bazı finansal teşviklerde bulunulmasının ve bu yolla işverenlerin sendikasının gücünü azaltılmaya çalışmasının önünde herhangi bir engel olmadığı belirtilmektedir. İngiltere aleyhine açılan söz konusu davada AİHM, işverenlerin finansal teşvikler yoluyla işçileri sendika üyeliğinden uzaklaştırmaya çalışmasına izin veren yasal düzenlemelerin İHAS’ın 11. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹² AİHM kararına bu şekilde atıfta bulunan iddianameye dayanarak Türk Ceza Kanunu’nun 118. maddesi kapsamında açılan söz konusu ceza davası henüz sonuçlanmamakla birlikte, işçilerin açtıkları işe iade davaları işçiler lehine sonuçlanmıştır.

Kötü/Uğursuz Yaklaşım

Sendikalara ideolojik karşıtlık olarak da adlandırılan bu yaklaşımda sendikalar, yönetim tarafından işletmenin performansını olumsuz yönde etkileyen “gizli komünist örgütler” olarak değerlendirilmektedir. Kötü yaklaşımda, ideolojik bazı eylemler ve propaganda araçları kullanılarak sendikaların “aslında ne olduklarına” dair güçlü bir nefret ve karşıtlık yaratılmaya çalışılmaktadır. Bu yaklaşımda işverenlerin sendika karşıtlığı, bir tür “cadı avcılığı” olarak da nitelendirilmektedir (Gall, 2004: 37; Dundon, 2002: 236; Roy, 1980: 408-409).

¹² AİHM ilgili kararı için bkz:

<http://www.echr.coe.int/eng/Press/2002/july/WilsonandOthersjudepress.htm> (erişim tarihi: 19.11.2009).

Bu yaklaşım, özellikle ABD'deki işverenler arasında yaygın olarak görülmektedir. Ancak son zamanlarda İngiltere'de de ABD'de olduğu gibi sendikalar doğrudan komünistlikle suçlanıp komünist avcılığına çıkılmasa da bu yaklaşım önemli ölçüde güç kazanmaktadır. Bazı işverenler, sendikaların işletmelerin performansını olumsuz yönde etkilediği ve endüstriyel barışı bozduğu yönünde karalamalarda bulunan yayınlar ve sunuşlar yapmaktadır. Dağıtılan bu materyallerde sendikaların adeta birer “asalak” oldukları (kendi saltanatları için üyelerinden para aldıkları), anti-demokratik oldukları (bir takım hileli ve demokratik olmayan yollarla işlerini yürüttükleri) ve üyelerini grev için zorladıkları ifade edilmektedir. Bu yaklaşımda “güçlü sendikaların olduğu eski kötü günlere dönüş”ün olması durumunda daha fazla grev, anlaşmazlık ve ekonomik kriz olacağı, bu nedenle de sendikaların önemli bir tehdit unsuru oldukları yönünde bir mesaj verilmektedir. İşverenler, böyle bir durumda “bu günlere geri dönmek istemezsiniz, değil mi?” diye soru sorarak yönlendirmede de bulunmaktadır (Gall, 2004: 43).

Türkiye’de de işverenler işçileri sendikadan uzak tutmak için sendikaları ve sendikalaşmayı karalayan ideolojik söylemlerde bulunmaktadır. Türkiye’nin en önemli süt ürünleri işletmelerinden birisinin, işyerinde bir sendikanın örgütlenme girişimlerinde bulunması üzerine, 2007 yılının Aralık ayında bazı gazetelerde verdiği ilan, bu konuda verilebilecek çarpıcı örneklerden biridir. (İnsel, 2007) İlanda,

“(…) huzur içinde çalışmalarımız devam ederken işyerimize; bir takım kişiler tarafından organize edilen ve çalışanlarımızı; yönetim, iş yeri ve iş arkadaşlarıyla karşı karşıya gelmelerine neden olacak ve iş barışına zarar verecek bir takım faaliyetler yürütüldüğü; gerçek dışı ve doğru olmayan beyanlarla bazı çalışanlarımızın bu menfi faaliyetlere katılmaları için zorlandıkları ve bununla alakalı olarak maalesef iş yerinde üretimi aksatmaya çalıştıkları, bazı direnişçi personelin; makinalara, ürünlere ve çalışmak isteyen personele zarar verdikleri tesbit edilmiştir (...).”

açıklaması ile sendikalar “iş barışına zarar veren” ve “menfi faaliyetlerde” bulunan bir örgüt olarak tanımlanmakta;

“(…) Yönetim olarak; bu gibi olumsuz propaganda ve faaliyetlere izin vermeyeceğimiz kesindir. (...) şirkete zarar verecek kişileri de bir gün bile bünyemizde tutmayacağımız da bilinmelidir. Bu nedenle çalışanlarımızın kötü niyetli kişilerin menfi propagandalarına kapılarak olumsuz herhangi bir

davranışta bulunmamalarını, herhangi bir sıkıntı veya problemle karşılaş-
tıklarında hiç çekinmeden bizlere başvurmalarını, olumsuz bir durumdan
en büyük zararın kendilerinin göreceğini hiçbir zaman unutmamalarını
hatırlatmak isteriz. (...)"

ifadesiyle de "olumsuz davranışlarda" bulunan işçilerin işten çıkartılabileceği imasın-
da bulunmaktadır.

Yok Edici Yaklaşım

Sendikalara karşı açık bir karşıtlığın olduğu bu yaklaşımda işverenler, sendikayı tanımayı veya en iyi ihtimalle iyi niyetli bir toplu pazarlığı reddederler veya süreci zorlaştırırlar. İşverenler, sendikaları tanıma kararının altını oymaya ve geçersiz hale getirmeye çalışmaktadır. İşçilerin sendikayı taraf olarak tanımalarının önüne geçememesi durumunda işverenler, ücret artışı vermeme veya çok düşük bir ücret artışı verme ya da çalışma koşullarında hiçbir değişiklik yapmama veya çok ufak değişiklikler yapma yoluna gitmektedir. Sendikanın bilgilendirme veya toplantı taleplerini reddetmek veya ertelemek ise kullanılan bir diğer yöntemdir. Böylelikle işveren, sendika üyeliğinin hiçbir getirisi olmadığını göstermeye çalışmakta; aktivistlerin hevesleri ve heyecanları da bu şekilde bastırılmaktadır. İşveren bir sendika ile toplu pazarlık masasına otursa dahi iyi niyetli olmayan, gönülsüz ve yüzeysel bir pazarlık yürüterek ve sendikanın taleplerine cevap vermeyerek sendikayı etkisiz bırakmaya çalışmaktadır. Ayrıca bu yaklaşımda toplu pazarlık sürecini aksatabilmek veya erteleyebilmek için işçiler tam zamanlı ve sürekli işlerden yarı zamanlı geçici işlere kaydırılabilmekte veya işçilerin bir kısmı işten çıkarılabilmektedir. Bu şekilde sendikanın pazarlık gücü azaltılmaktadır. Bu yaklaşımda en fazla yüzeysel pazarlık yöntemi kullanılmakta, daha sonra en fazla işten çıkarmalar ve işte kaydırmalar kullanılmaktadır (Gall, 2004: 43-44).

Türkiye’de ise sendikaya üye olan işçileri işten çıkardıktan sonra yeni işçiler istihdam ederek sendikanın toplu pazarlık yetkisini düşürme, yabancı kaçak işçi çalıştırma ve kayıt dışı istihdam yoluna giderek işçilerin sendikalaşma ihtimallerini tamamen ortadan kaldırma, çoğunluk tespiti sırasında çeşitli hukuk dışı uygulamalara başvurma bu yaklaşım altında değerlendirilebilir. Sendika ile toplu pazarlık masasına oturmak durumunda kalan işveren ise iyi niyetli olmayan bir pazarlık stratejisi yürütmekte ve imzalanan toplu iş sözleşmelerinde İş Kanunu’nda düzenlenen asgari

koşulların genellikle çok fazla üzerine çıkılmamaktadır. Bu bağlamda Türkiye’de imzalanan toplu iş sözleşmelerinin dönemler itibarıyla bir içerik analizinin yapılmasının bu konuda önemli bir boşluğu dolduracağını düşünmekteyiz.

Zorluk Çıkarma Yaklaşımı

Bu yaklaşımda işverenler, genellikle sendikaların kampanyalarını engellemek ve zorlaştırmak için çeşitli taktikler uygulamaktadır. İşverenler, sendikaların mektuplarına veya toplantı taleplerine cevap vermeyebilmekte veya geç cevap verebilmektedir. Eğer bu yöntemler etkili olmaz ve sendika tanımır, işverenler başka taktikleri uygulamaya başlamaktadır. İşletmeyi birkaç farklı bölüme ayırma, bazı işleri taşeronla verme veya potansiyel sendika üyeleri ile bireysel iş sözleşmeleri oluşturma bu yaklaşım kapsamında işverenler tarafından uygulanan başlıca yöntemlerdir (Gall, 2004: 45-46).

Türkiye’de işverenlerin kasıtlı olarak iş kolu ve/veya yetki itirazında bulunarak toplu pazarlık sürecini uzatmasını, taşeronlaşmaya giderek sendikal örgütlülüğü dağıtmasını, işçileri grev oylaması yapılması konusunda yönlendirmesini ve grevdeki işçiler yerine yeni işçi alınmasını bu yaklaşım altında değerlendirmek mümkündür. Son yıllarda yaygınlaşan kapsam dışı personel uygulaması da ülkemizde işverenlerce bir tür sendikasılaştırma aracı olarak kullanılmaktadır (Çelik, 2006: 56-57).

Ancak Türkiye’de zorluk çıkarma yaklaşımına verilebilecek en tipik örnek, yukarıda da değinildiği gibi, işverenlerin toplu pazarlık sürecini uzatmak amacıyla yaptıkları iş kolu ve/veya yetki itirazlarıdır. Sendikanın yetki belgesi almasını engellemek veya geciktirmek isteyen işveren, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’ndaki “mahkemeye itirazın yapılması, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur” (md. 15/son) düzenlemesine dayanarak yetki tespitine itiraz ederek uzun sürecek bir yargı maratonu başlatabilmektedir. Bu şekilde işveren hem toplu pazarlık sürecini geciktirmekte, hem de bu süre içinde korku yaklaşımında değinilen taktikleri uygulayarak sendikalı işçilerin sendika üyeliğinden istifa etmesini sağlamak veya sendikalı işçileri işten çıkarabilmektedir. Dolayısıyla yetki itirazları yaklaşık 1,5-2 sene içinde sonuçlandıktan sonra sendikalar genellikle yetki belgesi almakta, ancak işverenin yıldırma politikaları sonucunda üyesiz sendikalara dönüşmektedir. Nitekim yetki davalarını değerlendiren bir sendika 1990-1998 yılları arasında yetki tespiti nedeniyle açılan davaların %90’ının kazanıldığını, ancak davayı kazanan

sendikaların yalnızca %2'sinin toplu iş sözleşmesi yapabildiğini ortaya çıkarmıştır (Özveri, 2006: 88-96).

İşverenler, kimi zaman grev oylamasını da sendikalara zorluk çıkarma amacıyla kullanabilmektedir. İşverenler, işçilere grev oylaması talebinde bulunmaları ve oylamada “hayır” oyu vermeleri için zorlamada bulunabilirken; sendikaların greve gitmek istemediği durumlarda da işçilere “evet” oyu vermeleri için zorlamada bulunarak sendikaların gücünü kırmaya çalışabilmektedir. Bu konuda verilebilecek en çarpıcı örnek, 2006 yılında Antalya serbest ticaret bölgesinde faaliyet gösteren uluslararası bir medikal işletmesinde başlayan ve bir yıldan uzun süren grevdir. Söz konusu işletmede yürütülen toplu görüşmelerin çıkmaza girmesi üzerine sendika ve işçiler uyuşmazlığın grev yerine Yüksek Hakem Kurulu vasıtasıyla çözümlenmesini isterken işveren, işe yeni aldığı işçilerin grev oylaması talebinde bulunmalarını ve greve “evet” oyu vermelerini sağlayarak sendikayı grev yapmaya zorlamıştır. Dolayısıyla grev oylaması sonucunda, greve “evet” diyenler çalışmaya devam ederken, greve “hayır” diyenler sendikaların yetki belgesinin düşmesini engellemek için greve katılmak durumunda kalmıştır. Ancak sendika, ulusal kamuoyundan ve uluslararası sendikal örgütlerden aldığı destekle grevi bir yıldan uzun bir süre devam ettirmiş ve sürecin sonunda toplu iş sözleşmesi imzalanabilmiştir.¹³

Ehli/Evcil Yaklaşım

Bu yaklaşımda işverenler, kendilerine yakın “ılımlı” sendikaları tanıyarak desteklemekte ve kontrol altında tutmaya çalışmaktadır. Burada işverenler, “sendikayı tanımalı mıyız?” sorusu yerine “hangi sendikayı tanımalıyız?” sorusuna cevap aramaktadır. Bu yaklaşımda işveren, tüm sendikalara karşı değildir; sendikaların arasında kendisine en “uygun” olanını seçme eğilimindedir. Burada “uygunluk”tan kastedilen sendikaların geleneksel pazarlıktan kaçınarak tavizli pazarlık yoluna gitmesi ve “sosyal ortaklık” anlayışına sahip olmasıdır (Gall, 2004: 44-45). Türkiye’de işçilerin bizzat işveren desteği ile kurulan sendikalara üye yapılması, işveren tarafından kabul gören bazı sendikalarla yasal olmamakla birlikte bir tür gizli ve zımni sendikalı işyeri (union-shop) anlaşması yapılarak işe alınmalarını takiben işçilerin söz konusu sendikaya üye yapılması, işçilerin üye oldukları sendikadan ayrılarak işveren güdümünde olan

¹³ Antalya serbest ticaret bölgesinde gerçekleşen söz konusu greve katılanların tamamına yakınının kadın olması da bu grevin diğer ilgi çekici boyutunu oluşturmaktadır. Grevin kadın hareketi açısından değerlendirmesi için bkz: Üstübcü, 2009.

ılımlı sendikalara geçirilmesi, kısacası bireysel sendika özgürlüğünü ihlal eden uygulamalar bu tür yaklaşıma verilecek tipik uygulamalardır.

Türkiye’de özellikle sendika çokluğunun yaşandığı işkollarında işverenler sendikalaşmanın önüne geçememişlerse, sendikalar arasındaki rekabeti kızıştırarak sendikalardan birini diğeri aleyhine güçlendirme yoluna gidebilmektedir. Bu yaklaşımı benimseyen işverenler, çeşitli baskılar uygulayarak işçilerin işverenler tarafından desteklenen sendikaya geçmelerini sağlayabilmektedir. Böylelikle işverenin kendisine yakın bulunduğu sendika güç ve yetki kazanırken, diğeri sendika işyerindeki örgütlenme tabanını ve toplu pazarlık yetkisini kaybedebilmektedir (Urhan, 2005: 255). Eskişehir’de bir cam fabrikasında 2003 yılında aynı iş kolunda ve aynı konfederasyona bağlı iki sendikanın örgütlenmesi üzerine işverenin daha “ılımlı” ve “uyumlu” olan sendikaya destek vererek, diğeri sendikaya üye olanları işten çıkarması bu konuda verilebilecek tipik örneklerden birisidir.¹⁴

Zarar Yaklaşımı

Bu yaklaşımda sendikalar tanıdıktan sonra sendika dışı iletişim ve danışma kanalları kullanılarak sendikalar bypass edilmeye çalışılmaktadır. Bir başka deyişle, işverenler özellikle sendika dışı iletişim kanallarını kullanarak işçilerin kolektif sesini marjinalize etmeye çalışılmaktadır. Tatlı/yumuşak yaklaşımdaki araçların benzerleri kullanılarak sendikaların etkinlikleri azaltılmaktadır. Burada yok edici yaklaşımda olduğu gibi sendikalara doğrudan bir karşıtlık söz konusu değildir. Ancak sendikasız işçilerin de temsil edildiği çeşitli forumlar ve konseyler vasıtasıyla sendikalara alternatif yapılanmaların olduğu gösterilmeye çalışılmaktadır (Gall, 2004: 46-47).

Bu yaklaşımı benimseyen işverenler, işçilerle işbirliğini arttırarak ve iletişimi güçlendirerek sendikaların işyerlerindeki varlıklarını azaltmaya veya etkisizleştirmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle işverenler genellikle işçilerin bireysel katılımını desteklemekte; ancak sendikaların yönetime katılmasına açıkça karşı çıkmaktadır. Dolayısıyla bireysel katılımın teşvik edilmesinin arkasında işverenlerin sendikaları etkisizleştirme amacının yattığını söylemek mümkündür (Yıldırım, 2000: 266). Türkiye’de faaliyet gösteren ve toplam kalite yönetimini uygulayan çok uluslu şirketlerin bir kısmının sendikalarla işbirliğine girerken, diğeri kısmının sendikaları dışlayıcı ve işçilerin doğ-

¹⁴ Eskişehir’de söz konusu cam fabrikasında yaşanan olaylarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Çelik ve Aydın, 2006: 83-95.

rudan katılımını sağlayıcı uygulamalara gitmesini zarar yaklaşımı kapsamında ele almak mümkündür.¹⁵

Sonuç

Son yıllarda tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de çalışma ilişkileri alanında tartışılan konuların başında sendikal kriz yer almaktadır. Şimdiye kadar yapılan çalışmaların birçoğunda sendikal kriz neo-liberal politikalar, esneklik, küreselleşme, işsizlik gibi çevresel faktörlerle açıklanmaya çalışılmış; ancak neo-liberal politikalarla beslenen ve işverenler tarafından uygulanan sendikasızlaştırma politikaları üzerinde yeterince durulmamıştır. Kamu sektöründe istihdam ve sendikalaşma oranının düştüğü bir ortamda sendikalar, özel sektörde işverenlerin uyguladıkları farklı sendikasızlaştırma politikaları karşısında varolma mücadelesi vermektedir.

Sendikaları ikame etme politikaları, genellikle modern yönetim teknikleri uygulayan büyük çok uluslu şirketlerle sınırlı kalırken sendikaları bastırma politikaları, gerek işverenler, gerekse devlet tarafından çok daha yaygın olarak kullanılmaktadır. İşverenler çoğu zaman hukuk dışı, iş ahlakına ve çalışma barışına aykırı uygulamalarla sendikaları işyerlerinden uzaklaştırmaya çalışmaktadır. Türkiye’de mevzuatta örgütlenmeyi zorlaştıran hükümler, boşluklar ve yetersiz yaptırımlar ise işverenlerin sendikasızlaştırma politikaları uygulamaları için uygun bir zemin hazırlamaktadır.

Sendikaların karşı karşıya buldukları tehditle mücadele edebilmesi ve varlıklarını koruyabilmesi için her şeyden önce bu tehdidin ne olduğunu ve ne şekilde kullanıldığını çok iyi analiz etmesi gerekmektedir. Bunun içinse işverenlerin ve hatta devletin uyguladığı sendikasızlaştırmaya ilişkin politikaların sistematize edilmesine ihtiyaç vardır. Yaptığımız bu çalışma, işverenlerin sendikasızlaştırma politikalarını sınıflandırmaya yönelik atılan bir adımdır. İleriki dönemde çeşitli örnek olaylardan yola çıkarak ülkemize özgü politikalar tespit edilecek ve Türkiye’ye ilişkin ayrı bir sınıflandırma çalışması yapılacaktır.

¹⁵ Türkiye’deki çeşitli toplam kalite yönetimi uygulamaları için bkz: Yıldırım, 2000: 260-280; Yücesan-Özdemir, 2000: 241-259.

Kaynakça

- Akkaya, Yüksel. (2003). “Küreselleşme Kısılcında Türkiye’de İşçi Sınıfı ve Temel Özellikleri”, **Petrol-İş 2002-2003 Yılığ**. İstanbul: Petrol-İş Yayın No: 85, ss. 219-238.
- Allan, Cameron, Bamber, Greg J. ve Oliver, Damian. (2006). “Student Experiences and Attitudes to Unionism: A Study of Retailing and Fast Food”, ss.29-38. (<http://www98.griffith.edu.au/dspace/handle/10072/13222-erişim tarihi: 23.09.2009>).
- Bakır, Onur ve Akdoğan, Deniz. (Ocak-Şubat 2009). “Türkiye’de Sendikalaşma ve Özel Sektörde Sendikal Örgütlenme”, **Türk-İş Dergisi**, Sayı: 383, ss. 88-95.
- Bernstein, Aaron. (1994). “Why America Needs Unions But Not the Kind It Has Now”, **Business Week**, May 23, s. 70.
- Buğra, Ayşe, Adaman, Fikret ve İnel, Ahmet. (2005). **Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler ve Türkiye’de Sendikaların Değişen Rolü**. Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu, Araştırma Raporu.
- Cooper, Rae; Ellem, Bradon; Briggs, Chris ve Broek, Diane van den. (September 2009).”Anti-Unionism, Employer Strategy, and the Australian State, 1996-2005, **Labour Studies Journal**. Vol: 34, No: 3, ss. 339-362.
- Çelik, Aziz. (2006). “Sendikaların Yeni Dünyası”, **Türkiye’de Sendikal Kriz ve Sendikal Arayışlar**. Ankara: Epos Yayınları: 37, ss. 17-74.
- Çelik, Aziz ve Aydın, Zafer. (2006). “Paşabahçe Eskişehir İşçilerinin Mücadelesi: Gündümlü Sendikacılığa Karşı Bir Deneyim”, **Almanak 2005**. İstanbul: Sosyal Araştırmalar Vakfı: 11, ss. 83-95.
- Çoban, Tonguç. (2002). “Sivil Toplum ve Sendikal Hareket”, **Türkiye’de Sivil Toplum ve Milliyetçilik**. İstanbul: İletişim Yayınları, ss. 357-360.
- Dundon, Tony. (2002). “Union Avoidance and Employer Hostility to Union Organizing in the UK”, **Industrial Relations Research Association Series, Proceedings of the 54th Annual Meeting**, ss.233-242.

- Dundon, Tony. (2002). "Employer Opposition and Union Avoidance in the UK", **Industrial Relations Journal**, 33: 3, ss. 234-245.
- Fiorito, Jack. (Spring 2001). "Human Resource Management Practices and Worker Desires for Union Representation", **Journal of Labor Research**, Vol: XXII, No: 2, ss. 335-354.
- Gall, Gregor. (2004). "British Employer Resistance to Trade Union Recognition", **Human Resource Management Journal**, Vol: 14, No: 2, ss. 36-53.
- Gall, Gregor ve McKay, Sonia. (2001). "Facing 'Fairness at Work': Union Perception of Employer Opposition and Response to Union Recognition", **Industrial Relations Journal**, 32: 2, ss. 94-113.
- Gülmez, Mesut. (2005). **Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu**. Ankara: Belediye-İş Yayınları.
- Gülmez, Mesut. (2007). "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na Uyum Sağlayabilecek miyiz?", **Çalışma ve Toplum**, Cilt: 12, No: 1, ss. 27-52.
- Heery, Edmund ve Simms, Melanie. (2009). "Employer Responses to Union Organising: Patterns and Effects", **Human Resource Management Journal**.
- İnsel, Ahmet. (16.12.2007). "Sendika Düşmanı Çağdaş İşveren", **Radikal**. http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2&haberno=7771 (erişim tarihi:16.11.2009).
- Logan, John. (2002). "Consultants, Lawyers, and the 'Union Free' Movement in the USA since the 1970s", **Industrial Relations Journal**. 33: 3, ss. 197-214.
- Logan, John. (2004). "The Fine Art of Union Busting", **New Labour Forum**, 13: 2, ss.76-91.
- Logan, John. (2008). **U.S. Anti-Union Consultants: A Threat to the Rights of British Workers**. London: TUC.
- Lordoğlu, Kuvvet. (2003). "Türk Sendikal Hareketinin Özgün Kriz Alanları Var mıdır?", **Petrol-İş 2002-2003**. İstanbul: Petrol-İş Yayın No: 85, ss. 289-301.

- McCabe, Darren. (2007). “Individualization at Work?: Subjectivity, Teamworking and Anti-Unionism”, **Organization**, Vol: 14(2), ss. 243-266.
- Özveri, Murat. (2005). “Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları”, **Legal İSGHD**, Sayı: 8, ss. 1521-1544.
- Özveri, Murat. (2006). “Sendikal Hareket, Sorunlar, Arayışlar”, **Türkiye’de Sendikal Kriz ve Sendikal Arayışlar**. Ankara: Epos Yayınları: 37, ss. 75-116.
- Roy, Donald F. (1980). “Repression and Incorporation”, **Capital and Labour- A Marxist Primer**. (Ed. T. Nichols). Galsgow: Fontana, ss. 395-415.
- Royle, Tony. (2002). “Just Vote No! Union-busting in the European Fast- food Industry: The Case of McDonald’s”, **Industrial Relations Journal**, 33: 3, ss. 262-278.
- Tes-İş. (Mart 2004). “Sendikal Örgütlenme Engeller ve Deneyimler”, **Tes-İş**, ss.18-67.
- Uçkan, Banu ve Kağmıoğlu, Deniz. (2008). **Endüstri İlişkileri**. Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 1573.
- Uçkan, Banu ve Kağmıoğlu, Deniz. (2009). “İşçilerin Sendikalara İlişkin Algı ve Tutumları: Eskişehir Örneği”, **Çalışma ve Toplum**, Cilt: 22, No: 3, ss. 35-56.
- Urhan, Betül. (2005). **Sendikal Örgütlenme Bunalımı ve Türkiye’deki Durum**. İstanbul: Petrol-İş Yayınları: 97.
- Urhan, Betül ve Selamoğlu, Ahmet. (2008). “İşçilerin Sendikalara Yönelik Tutum ve Davranışları; Kocaeli Örneği”, **Çalışma ve Toplum**, Cilt: 18, No: 3, ss. 171-197.
- Üstübcü, Aysen. (2009). “Export-Processing Zones and Gendering the Resistance: “Women’s Strike” in Antalya Free Zone in Turkey”, **Gender Institute**, New Working Paper Series, Issue: 24
<http://www.lse.ac.uk/collections/genderInstitute/ayсен.pdf> (erişim tarihi: 04.11.2009)
- Wood, Stephen, Moore Sian and Ewing Ketih. (2003). “The Impact of the Trade Union Recognition Procedure under the Employment Relations Act, 2000-2”, **Representing Workers: Trade Union Recognition and Membership in Britian**. Routledge.

Yıldırım, Engin. (Güz 2000). “Türkiye’de Toplam Kalite Yönetimi Uygulamalarının İşçiler ve Endüstri İlişkileri Üzerindeki Etkileri”, **Toplum ve Bilim**. Sayı: 86, ss. 260-280.

Yücesan-Özdemir, Gamze. (Güz 2000). “Başkaldırı, Onay yada Boyun Eğme?: Hegemonik Fabrika Rejiminde Mavi Yakalı İşçilerin Hikayesi”, **Toplum ve Bilim**. Sayı: 86, ss.241-259.

-[http://www.cac.gov.uk/recent_decisions/Decision_texts/90_01%20DecOnHoldBallot%20\(Final%20Version\).htm](http://www.cac.gov.uk/recent_decisions/Decision_texts/90_01%20DecOnHoldBallot%20(Final%20Version).htm) (erişim tarihi: 24.09.2009).

<http://www.businesslink.gov.uk/bdotg/action/detail?type=RESOURCES &itemId=1074437966> (erişim tarihi: 25.09.2009).

<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm> (erişim tarihi:17.11.2009).

<http://www.echr.coe.int/eng/Press/2002/july/WilsonandOthersjudepress.htm> (erişim tarihi: 19.11.2009).



(12. Makale – 2011)

Prof. Dr. Oktay UYGUN

*Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiği Tehditler Karşısında
İnsan Haklarının Önemi**

* Kamu Hukuku İncelemeleri, Der.: Oktay Uygun, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011.



ÇAĞIMIZIN İNSAN ONURUNA YÖNELTİĞİ TEHDİTLER KARŞISINDA İNSAN HAKLARININ ÖNEMİ



Oktay UYGUN*

I. İnsan Doğası, İnsan Onuru ve İnsan Hakları Kavramları

İnsan hakları öğretisinin felsefi dayanakları ilk çağ düşüncesine kadar geriye gidilerek izlenebilir. Bu öğretinin sistemli biçimde ilk kez ortaya çıkışı ise, Avrupa kültür çevresinde 17. ve 18. yüzyıllarda söz konusu olmuştur. Bu üç-dört asırlık tarihsel arka planın, konuyla ilgili temel kavramlar olan *özgürlük*, *eşitlik*, *insan hakkı*, *insan doğası* ve *insan onuru* gibi terimler üzerinde bir uzlaşmaya varmak bakımından yeterli olduğu düşünülebilir. Fakat durum böyle değildir. Günümüzde başta “insan hakları” olmak üzere, ilgili diğer bütün kavramların yüzlerce farklı tanımı bulunuyor. Bu nedenle, konunun özünü ele almadan önce, ilgili kavramlar hakkında bazı açıklamalarda bulunmak yararlı olacaktır.

İnsan hakları ile ilgili tanımlar birbirinden büyük ölçüde farklılaşmakla birlikte, bu hakların önemli bir özelliği üzerinde çoğu kişi hemfikirdir. Bu özellik, insan haklarının başka tür haklar, çıkarlar veya talepler karşısındaki üstünlüğüdür. Çağdaş de-

* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

mokratik ülkelerde baskın olan görüş budur. Bir insan hakkıyla kişisel veya toplumsal bir çıkar veya talep karşılaştığında, korunması gereken üstün değer o konuya ilişkin insan hakkıdır.¹ O kadar ki, kamu düzeninin, kamu yararının veya ülke bütünlüğünün korunması gibi son derece önemli gerekçelere dayansa bile, bazı insan haklarına hiçbir biçimde sınırlama getirilemez. Diğer bazı haklar ise ancak belirli koşullar çerçevesinde ve ölçülü olmak kaydıyla sınırlanabilir. Peki, insan haklarının diğer haklar, çıkarlar veya talepler karşısındaki bu üstünlüğü nereden geliyor? Hukukçular, siyaset bilimciler, felsefeciler ve diğerleri bu soruya kendi bakış açılarını yansıtan ve birbirinden önemli ölçüde farklılaşan yanıtlar vermişlerdir.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, insan hakları insanın değerini koruyan haklardır. Buradaki “*insanın değeri*” kavramı, her koşulda saygıyı hak eden bir insani özü ifade eder. Hukukçular insanın değeri veya insani öz kavramları yerine, daha çok, tüm insanların sahip olduğu temel bir özellik olarak “*insan onuru*” kavramını kullanır. Özdeş olmasa bile, birbirine oldukça yakın anlama sahip bu kavramlar ile vurgulanmak istenen şudur: Tüm insanlar onur bakımından eşittir. Çünkü dil, din, ırk, cinsiyet, zenginlik gibi farklılıkların ötesinde, insanlar yalnızca kendi türüne özgü bazı temel niteliklere sahiptir. Sahip olduğumuzu düşündüğümüz bu özelliklerden hareketle, her koşulda uyulması gereken bazı ahlaki ödevlere ulaşırız. Bu ahlaki ödevlerin özü, bizi “insan” yapan ve evrensel olarak sahip olduğumuzu düşündüğümüz temel niteliklerimizin (bir anlamda insan doğasının) her koşulda korunmasıdır. İşte insan hakları, aslında, bu ödevi somutlaştıran araçlardır. Söz konusu ödev düşünürler tarafından önce ahlaki bir yükümlülük olarak temellendirilmiş, giderek hukuki güvence altına alınarak temel hukuk normlarına dönüştürülmüştür. 20. yüzyılın ortalarından itibaren sayıları hızla çoğalan hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle, bugün insan onurunu korumayı amaçlayan insan hakları uluslararası hukukun çok önemli bir parçası haline gelmiştir.

İnsan doğasının/onurunun korunması yönündeki ahlaki ve hukuki buyrukların modern çağda Batı dünyasında yaygın kabul gördüğünü söyleyebiliriz. Dinsel kültür de bu kabulü bir ölçüde kolaylaştırıcı rol oynamıştır. Bir dindar için söz konusu buyruklara uymanın gerekliliği açıktır. Özellikle semavi dinler bakımından, insanın Tanrı suretinde yaratıldığı ve Tanrı'nın kutsallığından pay aldığı kabul edildiği için, bu özelliklerin korunması tabiidir. Bu bakış açısından insan, doğadaki tüm diğer var-

¹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1997, s.92.

lıklardan daha üstün bir saygınlığa sahiptir. Giderek evrendeki tüm varlıkların, Tanrı tarafından insanın yararına sunulmuş nimetler olduğu, bu nedenle var edildikleri de ileri sürülmüştür.

Dinsel bakış açısıyla insan haklarını temellendirmek sorunludur. Yeryüzünde çok sayıda farklı inanç sistemi vardır. Eğer insan hakları tüm insanların eşit olarak sahip olması gereken yetkilerse, şu ya da bu dinsel inancın bakış açısıyla temellendirilemez. Herhangi bir inanç sistemine bağlı olmayan veya insana doğadaki diğer varlıklar karşısında mutlak bir üstünlük tanımayan inanç sistemlerine mensup bireyleri de kapsayan başka bir ölçüte ihtiyacımız vardır. Bu durumda, insan onurunu korumak, insanın doğanın geri kalanı karşısındaki farklı konumunu temellendirmek için laik bir gerekçeye ihtiyacımız olacaktır. Bu doğrultuda, insan onuruna felsefi bir temel oluşturma yönündeki en ikna edici çabayı ünlü filozof Kant sergilemiştir.

Kant'a göre insan, onu doğanın geri kalanından ayıran ve saygı duyulması gereken bir özelliğe sahiptir. Bu özellik insanın *ahlaki seçimler* yapabilme kapasitesidir. Özgür iradesi sayesinde insan, diğer varlıklardan farklı olarak, doğa yasalarının determinizminden sıyrılıp ahlaki bir yasaya göre hareket edebilir. Bu kapasite, aralarındaki çeşitli farklılıklara rağmen tüm insanları birleştiren, herkese eşit olarak dağıtılmış bir özelliktir.² İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Kant'ın yaklaşımına benzer şekilde, insanın haklarla donatılmış saygın ve onurlu bir varlık oluşunu onun ***akıl ve vicdan*** sahibi olmasına bağlamıştır (md.1).

1. Modern Devlet ve İnsan Hakları

İnsan doğasının önemli öğeleri arasında akıl ve vicdan sahibi olmasının sayılması ve bu evrensel özellikler nedeniyle insanın onurlu, saygın bir varlık olduğunun kabul edilmesi, söz konusu özelliğin nasıl korunacağı sorusunu gündeme getirir. Modern çağın başlangıcında, Avrupa'da bu özelliklere yönelik en büyük tehdit “mutlak monarşi” biçiminde örgütlenen devletten gelmekteydi. Modern devlet, daha önce hiçbir iktidarın sahip olmadığı kadar bireyler karşısında güçlü duruma gelmişti. Feodalitenin geçerli olduğu Ortaçağ Avrupa'sında birey üzerinde baskı oluşturabilecek otoriteler bölünmüşlük arz ediyordu. Zaten günümüz anlamıyla bireyin o çağda var olduğunu söylemek de pek mümkün değil. Feodal beylikler, kendi kendini yöneten kentler, eğitim ve yargı başta olmak üzere toplumsal yaşamın pek çok alanında etkili

² Francis Fukuyama, *İnsan Ötesi Geleceğimiz* (Çev. Ç. Aksoy Fromm), ODTÜ Yayıncılık, Ankara, 2003, s.187.

olan Kilise ve çeşitli şekillerde örgütlenen cemaatler değişik yönlerden bireyler üzerinde otorite sahibiydi. Bir otoritenin baskısından bunalan kişi, bir başka otoritenin nüfuz alanına girerek görece korunma sağlayabilirdi. Birbiriyle rekabet eden, çoğu kez nüfuz çatışması yaşayan bu otoritelerin çokluğu, hiç birinin mutlak ve karşı konulamayacak derecede üstün bir otorite haline gelememesine yol açıyordu. Ancak teknolojik gelişmenin yol açtığı ekonomik ve toplumsal değişim, bu otoritelerden birine, diğerlerinin tümünü egemenliği altına alma olanağı tanıdığında durum değişecektir. Modern devlet, Avrupa'da 17. yüzyıldan itibaren dinsel alan dâhil her alanda son sözü söyleme ve diğer tüm otoriteleri kendine bağlama kapasitesine sahip hükümdarlıkların belirmesiyle ortaya çıkacaktır. Thomas Hobbes'un betimlemesiyle, modern devlet, karşı konulması mümkün olmayan bir canavar (leviathan) olarak kurulacaktır. Devlet, birey ile kendisi arasındaki bütün geleneksel, dinsel, iktisadi vb. kurumları kaldırdığı için, birey bu dev canavar karşısında hem yalnız hem de nokta kadar küçük kalmıştır. Bu durum, kişinin akıl ve vicdan sahibi olma özelliğinin gerekli kıldığı özgürlüğü tehlikeye düşürür.

Tarih sahnesine ilk çıkan modern devletler adeta birer fil, bireyler de birer karnınca olmuştur. Filin hareket ederken karnıncaları ezmesini önleyecek, devleti bunu yapmaktan alıkoyacak bir araç gereklidir. Birey eskiden olduğu gibi Kiliseye sığınarak, bir feodal beyin korunaklı şatosuna kaçarak veya bir kentin himayesine girerek hükümdarın baskısından kaçamaz. Böyle bir sığınma veya korunma ihtiyacını en çok duyan kesim, o çağlarda burjuvazidir. Zenginliğin kaynağının topraktan ticarete kayması nedeniyle ekonomik üstünlüğü ele geçirmeye başlayan burjuvazi, servetini güvence altına almak, güvenli biçimde çoğaltmak ve mirasçılara geçirmek isterdir. Oysa burjuvazinin sınıf olarak belirlediği ilk dönemlerde, bu sınıf mensuplarının statüsü hiç de bunlara elverişli değildir. Soylular ve din adamları gibi ayrıcalıklı sınıfa dâhil değildirler. Serfler gibi toprağa bağımlı olmamakla birlikte, ticari faaliyetleri için gereken seyahat özgürlükleri güvence altında değildir. Belirli bir döneme kadar yalnızca serflerle evlenebilir, mirasını çocuğuna geçiremezlerdi. Ticari faaliyetin gerektirdiği serbestlik ve güvenden yoksundular. Her kent ve feodal beylik tüccarlara karşı farklı politikalar izler, farklı vergi oranları ve farklı kurallar uygulardı. Bu durum, geniş bir coğrafyada ticareti güvenli bir şekilde yapabilmeyi olağanüstü ölçüde zorlaştırıyordu. Feodalizmden kapitalizme geçiş sürecinde Avrupa'da burjuvazinin feodal beyler ve Kiliseye karşı iktidar mücadelesinde kralları desteklemesinin ardındaki temel neden budur. Kralların feodal bölünmüşlüğü kaldırarak, üzerinde güvenli

biçimde ticaret yapılabilecek büyük bir ülke kurmaları burjuvazi için hayati önem taşıyordu. Bu sayede artık bir feodal beylikten veya kentten diğerine geçerken vergi vermekten kurtulmuş, uyuşmazlıklarını farklı kurallar uygulayan çok sayıda yerel mahkeme yerine ulusal kanuna göre çözen kraliyet mahkemelerine götürebilmiş, kısacası çok daha geniş bir pazarda güvenle ticaret yapabilir hale gelmişti.

Feodal bölünmüşlüğü mutlak monarşi biçiminde örgütlenen ulus devletle aşılmasıyla burjuvazinin elde ettiği bu avantajların yazılı, sağlam bir güvencesi yoktu. Özellikle de, söz konusu avantajlarını hükümdara karşı koruyacak araçlardan yoksundu. İşte bazı Avrupa ülkelerinde “haklar bildirisini” veya “anayasa” formunda ortaya çıkan ve miras, mülkiyet, seyahat, düşünce ve inanç gibi hak ve özgürlükleri güvence altına alan yazılı belgeler bu gereksinimi karşılamak üzere ortaya çıkmıştır. Önceleri ahlaki yükümlülükler olarak dile getirilen insan haklarının yazılı ve üstün hukuk normlarına dönüşmesinin ardındaki toplumsal dinamik budur.

Burjuvazi, daha önce desteklediği hükümdarlara karşı haklarını ve çıkarlarını koruma mücadelesine girişmiştir. Bu mücadelenin ürünü olarak ortaya çıkan belgeler sınıfsal çıkarlarla doğrudan bağlantılı olmasına rağmen sınıfsal bir dil kullanılarak kaleme alınmamıştır. Bunun nedeni, burjuvazinin ayrıcalıklı sınıflar (soylular ve din adamları) karşısında giriştiği eşitlik ve özgürlük mücadelesine diğer kesimlerin desteğini sağlamak istemesidir. Ülkedeki tüm insanları kapsayan ulusal, hatta evrensel bir söylemin kullanılmasıyla beklenen destek sağlanmıştır. O dönemin belgelerinde belli bir sınıfın çıkarlarını koruyacak düzenlemelerden değil; örneğin tüm Fransızların veya tüm insanların haklarından söz edilir.

Kökeninde belirli bir ırkın (beyazlar), belirli bir sınıfın (burjuvazi) ve belirli bir cinsin (erkekler) talepleri olarak ortaya çıksa da, zamanla söz konusu talepler evrensel bir formülasyona kavuşmuş, insan hakları olarak kabul görmüştür.³ John Locke, insan haklarını *hayat, özgürlük ve mülkiyet* olarak saymış, Jefferson buna *mutluluğu arama hakkını* eklemiş, Fransız Devrimi sırasında ilan edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi *özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme* şeklinde kısa bir liste sunmuştur.⁴ Günümüz insan hakları belgeleriyle karşılaştırıldığında bu listelerin kısalığı dikkat

³ “İnsan hakları” kavramında kullanılan “insan” sözcüğünün uzun süre kadınlar, beyaz derili olmayanlar ve köleleri dışarıda bırakacak bir şekilde anlaşıldığını çarpıcı örneklerle açıklayan bir makale için bkz: Harro von Senger, “From the Limited to the Universal Concept of Human Rights: Two Periods of Human Rights”, *Human Rights and Cultural Diversity*, Keip Publishing, Goldbach, 1993, s.47-100.

⁴ Oktay Uygun, “İnsan Hakları Kuramı”, *İnsan Hakları* (Ed. Korkut Tankuter), YKY, İstanbul, 2000, s.21-22.

çekicidir. Dahası, eğer insan hakları insan doğasına dayandırılıyor, temel, değişmez ve evrensel insani özelliklerimizi koruyor ise, sahip olmamız gereken hakların neden bir kerede sayılarak kesin bir listeye bağlanamadığı sorusu akla gelebilir. İnsan hakları öğretisinin ortaya çıktığı dönemden bu yana geçen sürede, ulusal anayasalar ve uluslararası belgelerde güvenceye bağlanan insan haklarının sayısına baktığımızda, göreceğimiz muazzam artış bu soruyu anlamlı kılıyor.

2. İnsan Haklarının Sayısı Neden Sürekli Artıyor?

Günümüzde insan hakları artık kuşaklara ayrılarak sayılıyor: Birinci kuşak *klasik haklar*, ikinci kuşak *sosyal haklar* ve üçüncü kuşak *dayanışma hakları*. Bazı yazarlar son yıllarda dördüncü, beşinci... şeklinde yeni hak kuşaklarından söz etmektedir. İnsan haklarının sayısı neden artıyor? Haklara kaynaklık eden insan doğası mı değişiyor, yoksa korunması gereken insan doğasının/onurunun hala keşfedilememiş yönleri mi var? Soruları çoğaltmak mümkün: İnsan haklarının yaygın tanımlarından biri olan, “*kişinin sırf insan olduğu için sahip olması gereken haklar*” tanımından hareket edersek, sırf insan olmak ne demektir sorusuna mı kesin cevap veremiyoruz? Yoksa insan olmanın kaynaklanan temel özelliklerimizin korunması her devirde farklılık mı gösteriyor? Hakların sürekli artış göstermesinin dinamikleri nelerdir?

İnsan doğası üzerindeki bitmez tükenmez tartışmaları bir an için göz ardı edip, Kant’ın söylediği ahlaki seçimler yapabilme kapasitemizi veya Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi’nin sözünü ettiği akıl ve vicdan sahibi olma özelliğimizi temel aldığımızda bile, bu özelliklerimizi koruyacak hakları bir kerede sayıp tüketemeyiz. Bunun nedeni, söz konusu özellikleri aşındırmaya, kullanılmaz hale getirmeye neden olan etkenlerin her devirde değişiklik göstermesidir. Haklar insan doğasının bu temel özelliklerini koruyan araçlar olduğuna göre, etkili bir koruma için doğamıza yönelik önemli yeni tehditlere karşı yeni haklar formüle etme çabası içine girmemiz kaçınılmaz. Nitekim ikinci ve üçüncü kuşak hakların ortaya çıkışında sürecin bu şekilde yaşandığını çok net biçimde görüyoruz.

a. Birinci Kuşak Haklar

Klasik haklar olarak da adlandırılan birinci kuşak haklar, 17. ve 18. yüzyıl düşünürlerince dile getirilmiş; Amerikan ve Fransız Devrimleri ile büyük ölçüde uygulamaya geçirilmişti. Birinci kuşak hakların temel özelliği, kişilere, devletin karışamayacağı özel bir alan yaratmasıdır. Bu özel alan içinde kişiler diledikleri gibi hareket

edebilir. Klasik haklar, kişileri devlete karşı korur. Devlete kişilerin özel alanına girmeme, karışmama yükümlülüğü getirir. Örneğin ifade özgürlüğü, devlete, fikir ve kanaatlerin açıklanmasına engel olmama borcu yükler. Dernek kurma hakkı, devletin, kişilerin dernek kurmasına engel olmayacağını ifade eder. Mülkiyet hakkı, herkesin meşru yollardan mal-mülk sahibi olmasını ve gerçek karşılığı ödenmeksizin kamulaştırılmayacağını güvence altına alır.⁵

Birinci kuşak hakların güvence altına alındığı Avrupa ülkelerinde, 18. ve 19. yüzyıllarda, insanların büyük çoğunluğu, yoksulluk nedeniyle bu haklardan yararlanamıyordu. Oysa herkesin bu haklara doğuştan sahip olduğu kabul ediliyordu. İnsanların yaşam hakkı vardı, ancak en basit hastalıklara karşı bile çaresizdiler. Ne doktora gidecek ne de ilâç alacak paraları vardı. Konut dokunulmazlıkları vardı, ancak başlarını sokacak bir konutları yoktu. Düşünce özgürlükleri de vardı; ama sabahın köründen akşam geç saatlere kadar çalışmaktan ne düşünecek zamanları, ne de düşünmek için gerekli olan asgarî eğitimleri vardı. Bu koşullar altında, parlak cümlelerle ve görkemli törenlerle ilân edilen hak ve özgürlüklerden, toplum içinde, maddî bakımdan varlıklı küçük bir kesim dışında kimse yararlanamıyordu. Oysa bu hakların tüm insanlar için var olduğu söyleniyordu.⁶

Zamanla, insan haklarından yararlanabilmek için, insanların serbest, özgür olmalarının yeterli olmadığı anlaşılmıştı. Özgür oldukları hâlde, yoksulluk ya da başka nedenlerle bu haklardan yararlanamayanların desteklenmesi gerekiyordu. Bu amaçla, 19. yüzyıldan başlayarak insan hakları düşüncesinde önemli bir gelişme oldu. İnsan hakları, artık yalnızca bir serbesti, bir özgürlük olarak değil, aynı zamanda bir *hizmet isteme yetkisi* veren haklar olarak düşünölmeye başlandı. Kuşkusuz bu gelişmenin ardında, yoksul kesimlerin, emekçi sınıfların 19. yüzyıl boyunca Avrupa ölçeğinde verdiği hak mücadelesi vardır.

Bu yeni gelişmeyi bir örnekle açıklayalım. Eskiden öğrenim özgürlüğü, yalnızca kişilerin diledikleri öğrenimi görmek konusunda serbest olduklarını ifade ediyordu. Çalışma özgürlüğü, herkesin, dilediği işte çalışabileceğini, istemediği takdirde çalışmaya zorlanamayacağını ifade ediyordu. Oysa oluşan yeni anlayış, öğrenim görme ve çalışma konularında kişilerin yalnızca serbest kalmalarını değil, bu konularda devletin bir hizmet sunmasını da zorunlu görüyordu. Devlet, ekonomik koşulları iyi

⁵ Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", s.21-22.

⁶ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, AÜHF Yayını, Ankara, 1981, s.51.

olmayan kişilere öğrenim ve çalışma özgürlüklerinden yararlanabilmeleri için kolaylıklar sağlamalıydı. Bunun için, parasız okullar açarak, yeterli sayıda öğretmen yetiştirerek yoksul varsıl herkesin temel eğitimden yararlanmasını sağlayacaktı. İşsizliği önlemek için iş alanları yaratarak herkesin bir işinin olmasını ve çalışma özgürlüğünden yararlanmasını sağlayacaktı.

b. İkinci Kuşak Haklar

İnsan haklarının, devlete bir hizmet sunma görevi yükleyen kısmı *sosyal haklar* ya da *ikinci kuşak haklar* olarak adlandırıldı. Birinci kuşak hakların güvence altına alınmasında burjuvazi önemli rol oynadı. İkinci kuşak haklar bakımından itici güç, Sanayi Devrimi ile ortaya çıkan işçi sınıfıdır. İkinci kuşak hakların gerçekleştirildiği ülkelerde, yoksul varsıl herkes insan haklarından yararlanma olanağına kavuştu. Kuşkusuz, devlete yalnızca karışmama, insanları serbest bırakma görevi yükleyen klâsik haklar öneminden hiçbir şey yitirmedi.

17. ve 18. yüzyılda ortaya çıkan hakları “birinci kuşak”, 19. ve 20. yüzyılda ortaya çıkan sosyal hakları “ikinci kuşak” haklar olarak adlandırdık. Hakların sayısındaki artış burada sona ermedi. İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra, diğer bir deyişle, 20. yüzyılın ikinci yarısında, daha öncekilerden farklı yeni haklar ortaya çıktı. *Dayanışma hakları* olarak da adlandırılan bu yeni grup, “üçüncü kuşak” hakları oluşturuyor. Dayanışma haklarını doğuran nedenlerin başında, bilimsel ve teknik ilerlemenin yarattığı sorunlar gelmektedir. Nedir bu sorunlar? Çevre kirliliğinin korkunç boyutlara ulaşması, nükleer silahların tüm insanlığı yok edecek bir savaş tehlikesine yol açması, ülkeler ya da bölgeler arasında çok büyük gelişme farklarının bulunması ilk akla gelen ciddi sorunlardır. İnsanlık, bu sorunların çözümü için çeşitli arayışlar içindedir. Konunun insan hakları çerçevesinde düşünülmesi, bu çözüm arayışlarından birini oluşturuyor.

c. Üçüncü Kuşak Haklar

Dayanışma hakları olarak uluslararası belgelerde, bugüne kadar dört ayrı hakkın öne çıktığını söyleyebiliriz: Çevre hakkı, insanlığın ortak mal varlığına saygı hakkı, gelişme hakkı ve barış hakkı. Bu hakları ortaya çıkaran dinamiklere baktığımızda, haklar ile insan onuruna yönelik tehditler arasındaki ilişkiyi net biçimde görebiliyoruz. *Çevre hakkı*, çevrede meydana gelen bozulmanın insan yaşamını güçleştirilmesi üzerine gündeme gelmiştir. Her geçen gün doğal ortamlar (hava, akarsular, denizler

vb.) kirlenmektedir. Doğal kaynaklar (ormanlar, enerji kaynakları, toprak vb.) yok olmakta, tükenmekte ya da bozulmaktadır. Kentleşme insan sağlığını tehdit eder biçimde gelişmektedir. Tüm bu etkenler, yalnızca günümüz insanların değil, gelecek kuşakların da yaşamını güçleştiriyor. İşte, çevre hakkı, insanlara sağlıklı, temiz, bozulmamış bir çevrede yaşama hakkı vermektedir.

İnsanlığın ortak mal varlığına saygı hakkı, yeryüzündeki doğal ve kültürel eserlerin korunmasına yöneliktir. Ürgüp'teki "Peri Bacaları", Amerika Birleşik Devletleri'nin Arizona eyaletindeki "Büyük Kanyon", Mısır'daki "Piramitler", Edirne'deki "Selimiye Camisi" ya da "İstanbul Surları", yalnızca buldukları ülkenin değil, tüm insanlığın ortak malıdır. Her insanın bu eserlerden yararlanma hakkı vardır. Günümüzde bir türlü önlenemeyen savaşlar, plansız kentleşme, çevrenin tahribi söz konusu doğal ve kültürel varlıkların yok olmasına neden olabilecek derecede büyük bir tehdit oluşturuyor.

Gelişme hakkı, uygarlığın gelişmesiyle ortaya çıkan nimetlerden herkesin, her topluluğun eşit ve dengeli biçimde yararlanmasını hedef alır. İnsanların bir bölümü refah içinde yaşarken, diğer bölümünün açlık, yoksulluk, eğitimsizlik ya da hastalıklarla boğuşması kabul edilemez. Geri kalmış ülkelerdeki insanların birinci ve ikinci kuşak hakları fiilen kullanılabilmesi, bu hakları güvence altına alabilecek derecede gelişmiş bir ekonomiyle mümkündür. Bu nedenle, söz konusu ülkelerin gelişmesinin sağlanması, uluslararası topluma yönelik bir hak talebi olarak ortaya konmuştur. Bu hak sayesinde, özellikle sömürgeci politikalar nedeniyle geri kalan ülkelerin vatandaşlarına, insan kişiliğinin gelişmesini sağlayacak sosyal koşulları yaratma olanağı sağlanacağı umulmaktadır.

Barış Hakkı, insanlara savaşın olmadığı, terörün ve şiddetin önlendiği, silahlanmanın önüne geçildiği bir ortamda yaşama olanağı sağlar. Savaş, şiddet ve terör tüm insan haklarının yoğun biçimde zedelenmesine ya da ortadan kaldırılmasına yol açar. Burada akla şu soru gelebilir: Savaş ve çatışma her çağda vardı, neden bu risk daha önce değil de 20. yüzyılda bir hak talebi ortaya çıkardı. Bunun nedeni 20. yüzyıl savaşlarının niteliğindeki değişimdir. 20. yüzyıl savaşları bir yandan ordular arasındaki çatışmalar olmaktan çıkıp sivilleri de hedef alan topyekûn savaşlara dönüşmüş, diğer yandan askeri teknoloji insan türünün tamamını, hatta yeryüzündeki tüm canlı yaşamı sona erdirecek nitelikte nükleer silahlara sahip olmayı mümkün kılmıştır.

II. 21. YÜZYILDA İNSAN ONURUNA YÖNELİK YENİ TEHDİTLER

İlk üç kuşak hakların insan onuruna yönelik hangi tehditleri bertaraf etmek üzere formüle edildiğini gördük. Şimdi şu soruyu sormanın zamanıdır: İçinde bulunduğumuz 21. yüzyıl insan onuruna yönelik yeni tehditler getirmiş midir? Getirmişse, bu tehditleri karşılayacak haklar nasıl formüle edilebilir?

21. yüzyılın insan onuruna yönelik tehditlerinin neler olabileceği konusunda geçen yüzyılın ilk yarısında çeşitli spekülasyonlar yapılmıştır. Bunlar içinde iki politik bilimkurgu kitabı, geleceğe yönelik güçlü tahminler içermesi bakımından özellikle dikkat çekiyor. İlk kitap Aldous Huxley'nin 1932 tarihli *Cesur Yeni Dünya* adlı çalışmasıdır.⁷ Huxley bu kitabında, insanlığı bekleyen en büyük tehlike olarak biyoteknolojinin insan doğasını değiştirme potansiyelinden söz eder. Yazara göre, geleceğin biyoteknolojisi insanoğlunun çok temel bazı sorunlarına çare bulacak fakat bunu yaparken hem insan doğasını hem de toplumsal düzeni köklü biçimde değiştirecektir. Öyle ki, yeni nesil için “insan” sıfatını kullanmak belki de mümkün olmayacaktır. İkinci kitap 1949'da yayımlanan George Orwell'in *Bin Dokuz Yüz Seksendört* isimli romanıdır.⁸ Burada yazar bir başka tehlikeden söz eder: Bilişim teknolojisindeki gelişmeler, gelecekte devlete kişinin özel alanı üzerinde tam bir kontrol yetkisi verecektir. Bu durum bireysel özgürlüklerin yok edildiği totaliter bir egemenliği mümkün kılacaktır.⁹

İçinde bulunduğumuz 21. yüzyılda insan onurunun korunmasına yönelik bir başka büyük tehdit nispeten geç fark edilmiştir. Bu tehdit insan haklarının önemli bir kısmını oluşturan sosyal hakların zayıflaması, giderek insan hakkı olma niteliğinin tartışmaya açılmasıdır. Sosyal hakların onurlu bir hayat sürdürmek için getirdiği güvenceler 1970'li yıllardan itibaren liberal demokratik ülkelerde büyük bir gerilemeye sahne olmuştur. Halen yaşamakta olduğumuz ve küreselleşme olarak adlandırılan sürecin sonucu olan bu gerileme dünyanın pek çok bölgesinde devam ediyor. Şimdi sırasıyla, insan onuruna yönelik bu üç tehdidin niteliği üzerinde duralım.

⁷ Aldous Huxley, *Cesur Yeni Dünya* (Çev. Ü. Tosun), İthaki Yayınları, İstanbul, 2000.

⁸ George Orwell, *Bin Dokuz Yüz Seksendört*, Can Yayınları, İstanbul, 1999.

⁹ Francis Fukuyama'nın *İnsan Ötesi Geleceğimiz* isimli kitabı (ODTÜ Yayıncılık, Ankara, 2003) bu iki tehlike üzerine odaklanmış başarılı bir çalışmadır.

1. Biyoteknoloji ve İnsan Doğası

Huxley, *Cesur Yeni Dünya*'da, altı yüzyıl sonra (26. yüzyılda) üreme teknolojisi, insan duygularını kontrol edecek ilaç endüstrisi ve uykuda öğretim tekniği sayesinde insanların kaslara ayrıldığı yeni bir toplum düzeninin kurulacağını belirtir. Bu düzende hastalık, savaş, çatışma, mutsuzluk, depresyon, sıkıntı, delilik gibi modern insanın ve toplumun temel sorunları tümüyle çözülmüştür. Herkes her arzusunu tatmin edebilmektedir. İnsanlar doğmamakta, merkezi bir sistemin kontrolünde, istenilen karakter özelliklerine sahip biçimde yumurtadan çıkmaktadır. Biyoteknoloji daha doğmadan insanın pek çok özelliğinin istenilen biçimde değiştirilmesini mümkün kılmaktadır. Diğer bazı özellikler de sonradan ilaçlar ve telkin ile kişiye kazandırılabilir. İnsanlar zeka seviyeleri ve sosyal statüleri gibi yönlerden dört ayrı kasta ayrılarak mükemmel toplum düzeni yaratılmıştır. Şartlandırma merkezinde üstün zekalı Alfa'lardan aptal Epsilonlara kadar herkesin kendi statüsüne seve seve razı olması garanti altına alınır. Huxley, bilim ve teknolojinin böyle bir düzeye 26. yüzyılda ulaşacağını söylemesine rağmen, bu tahmininde bir düzeltme yapar. Kitabının ilk basımının üzerinden 15 yıl geçtikten sonra, yeni baskı için yazdığı önsözde, "*bugün tek bir yüzyıl içinde bütün bu dehşet üzerimize çökebilecek gibi görünmektedir*"¹⁰ diyecektir.

Huxley yanılmamıştır. Kitabının ilk baskısının üzerinden bir yüzyıl geçmeden, biyoteknoloji ve nörofarmakoloji Cesur Yeni Dünya'nın kapılarını açacak ve bizleri insan ötesi bir tarihsel döneme taşıyacak düzeye erişmiştir. Bu konudaki bazı gelişmelere kısaca göz atmakta yarar var. Genetik müdahaleyle insan doğasını köklü biçimde değiştirmeyi mümkün kılacak önemli bir adım, 2000 yılında İnsan Genomu Projesi'nin tamamlanmasıyla atılmıştır. Yakın gelecekte genlerimizin belirlediği bir tür olmaktan çıkıp genlerini belirleyen bir türe dönüşmemiz mümkündür. Çeşitli hayvanların başarılı biçimde klonlanmasıyla, aynı şeyin insan bakımından da mümkün olduğu kanıtlanmıştır. Günümüzde milyonlarca insanın kullandığı Prozac ve Ritalin gibi ilaçlarla, insan doğasının içe kapanıklık, depresyon, öfke, saldırganlık ve dikkatsizlik gibi kişiden kişiye değişen pek çok özelliği denetim altına alınabilmektedir. Yan etkilerini göz ardı edersek, insanı sürekli mutlu hissettirecek ilaç ve benzeri ürünlere ulaşmak zor değildir.

Bütün bu gelişmeler yoğun etik ve hukuki tartışmaları beraberinde getiriyor. Genetik bilimi insanları pek çok hastalıktan ve sakatlıktan kurtarıp daha zeki ve yetenekli

¹⁰ Huxley, a.g.e., s.17.

kılabileceği gibi, Cesur Yeni Dünya’da betimlendiği üzere, eşitlik ve özgürlük kavramlarının anlamını yitirdiği totaliter bir cehennem de mahkûm edebilir. Bilimin ve teknolojinin insan doğasını değiştirecek düzeye erişmesi karşısında, olası kötüye kullanım girişimleri nasıl engellenecektir? Bu alandaki bilimsel çalışmaların insan onuru bakımından zararlı ya da tehlikeli olduğuna kim nasıl karar verecektir? Bir kesim, toplumun bilimin ve teknolojinin yenilik arayışlarına kısıtlama getirmemesi gerektiğini savunur. Diğer bir kesim, bu özgürlükçü yaklaşımı reddederek ahlaki kaygılarla bilimin kısıtlanabileceğini ileri sürer. Burada önemli bir sorun da, bilim üzerindeki kısıtlama yetkisinin politikacılara tanınmış olmasıdır. Fukuyama’nın belirttiği gibi, bilimcilerin kendi etkinlik alanlarında yürüttükleri çalışmalara dışarıdan kısıtlama getirilmesi çabası, dünyanın güneşin çevresinde döndüğünü söylediği için Galileo’yu mahkûm eden Katolik Kilisesi’ni hatırlatıyor. Oysa dünyamız bu ortaçağ zihniyetinden kurtulmuş, bilim, süreç içinde doğrudan insanlığın çıkarına hizmet eden bir etkinlik türü olarak kendi meşruiyetini kazanmıştır. Peki, bilimsel çalışmalar her zaman ve her koşulda insanlığın yararına yönelik etkinliklerdir ve bu nedenle dışarıdan bir müdahaleye maruz kalmamalıdır diyebilir miyiz? Bu soruya tereddütsüz “evet” cevabı vermek kolay değildir. Bilimsel çalışmaların bir kısmı, günümüzde, tamamen ticari çıkarlarla bağlantılıdır. Hırs ve rekabet, zaman zaman etik kuralların göz ardı edilerek büyük insani dramların yaşanmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu tür dramların en çarpıcı örnekleri yakın geçmişte ilaç endüstrisinde yaşanan olaylardan çıkartılabilir.¹¹

Son yıllarda, insan doğasını değiştirme potansiyeline sahip olduğu için devletlerin veya uluslararası kuruluşların biyoteknoloji ve nörofarmakoloji alanındaki gelişmeyi denetim altına alacak bazı yasaklar getirdiğini görüyoruz. Bu yasaklar, ne yazık ki, bilimciler ile politikacılar arasında varılan bir uzlaşmanın ürünü olarak ortaya çıkmamıştır. Çoğu bilimci, bilimin yakın gelecekte insan doğasını değiştirerek tamamen sağlıklı bireylerden oluşan, üstün zekalı, barışçıl ve mutlu bir toplum yaratma potansiyelini göz kamaştırıcı bulur ve bu hedef için bazı riskleri göğüslemeyi kabul eder.¹² Buna karşılık çoğu politikacı, aynı bilimin insanların normal (?) ve üstün zekalı biçiminde iki kasta ayrıldığı yeni bir toplumsal düzenin temellerini atarak ırkçı ve totaliter rejimleri hortlatabileceği kaygısını taşır. Hemen görülebileceği üzere, bu

¹¹ Fukuyama, *a.g.e.*, s.227–231.

¹² Genetik biliminin felsefi açıdan tanımlanan insan doğası ve insan onuru gibi kavramlarla sınırlandırılmasına eleştirel bir yaklaşım için bkz: Deryck Beyleveld, Roger Brownsword, “Human Dignity, Human Rights, and Human Genetics”, *The Modern Law Review Limited*, 61:5, 1998, s.661–680; Elizabeth Fenton, “Genetic Enhancement: A Threat to Human Rights?”, *Bioethics*, Vol. 22, Number 1, 2008, s.1–7.

iyimser beklenti ve kötümser kaygı, büyük ölçüde bilimin nasıl kullanılacağı ile ilgili bir durumdur. Zamanla bilimin insan özgürlüğünü ve eşitliğini yok edecek biçimde kötüye kullanılmasının engellenmesi hususunda genel bir uzlaşmaya varılması, bilimsel araştırma özgürlüğü ile insan onurunun korunması konusunda kabul edilebilir bir dengenin kurulması mümkün olabilir. Örneğin insan klonlanmasının yasaklanması konusunda daha çok insan hemfikir gözüküyor. Çünkü bu işlem, tereddütsüz biçimde, (klonlanmış) insanı klonlandığı kişinin yedek organ deposu konumuna indirgeyerek araçsallaştıran ve ticari metaya dönüştüren bir niteliğe sahiptir.¹³ Biyoteknolojinin diğer uygulamaları bakımından ise, yasaklayıcı tutumun biyologlar arasında pek fazla destek bulamadığı görülüyor. Biyoteknolojinin sınırlarının çizilmesi konusunda genel bir mutabakata varabilmemiz için biri pratik diğeri teorik iki büyük sorunla yüzleşmemiz gerekiyor.

Pratik sorun, biyoteknoloji ve nörofarmakolojideki gelişmelerin devletler veya uluslararası örgütler aracılığıyla kolayca denetim altına alınamamasıdır. Bu alanda insan doğasını değiştirecek uygulamalar küçük laboratuvarlarda, gözden uzak küçük bütçeli araştırma merkezlerinde yapılabilir. Bir ülkenin nükleer santral kurup kurmadığını uzaydaki uydular aracılığıyla bile görmek mümkün iken, yüzlerce ülkede on binlerce laboratuvar da ne yapıldığını tahmin etmek bile güçtür. Dolayısıyla biyoteknolojinin eşitlik ve özgürlük karşıtı otoriter ideolojiler doğrultusunda kullanılması, kopyalama tekniği sayesinde klonların yedek organ deposu olarak üretimi ve insan vücudunun ticari metaya dönüştürülmesi olasılığı göz ardı edilemez.

Pratik sorunların, bir an için, olası kötüye kullanma durumlarını başarılı biçimde engelleyecek mekanizmaların oluşturulmasıyla çözüme kavuşturulduğunu kabul edelim. Teorik sorun, biyoteknolojinin insan doğasını değiştirmesine neden karşı çıkılması gerektiğine verilecek cevap ile ilgilidir. İnsan doğasını korumak neden önemlidir? İnsan doğası ve onun üzerine inşa edilen insan onuru kavramları çoğu felsefeci veya hukukçu için kutsal kavramlardır. İnsan onurunun korunmasını amaçlayan insan hakları tartışılmaz ahlaki üstünlüğe sahip değerlerdir. Onurlu bir yaşam sürmenin ve bunu mümkün kılan haklara sahip olmanın önemi yadsınamaz ise de, insan haklarının üzerinde yükseldiği kavramların ve varsayımların geçerliliği sorgulanabilir. İnsan doğası diye adlandırdığımız bugünkü insani özelliklerimiz milyon-

¹³ İnsan klonlanmasına getirilen yasağa da karşı olan bilimciler vardır: Biyolog John Harris'e göre, ırkçı amaçlar doğrultusunda kötüye kullanılabilir diye klonlamaya karşı çıkmak, tecavüz ihtimali var diye cinsel ilişkiyi yasaklamaya benzer. *Clones, Genes, and Immortality*, Oxford University Press, 1998, s. 32'den aktaran Deryck Beyleveld, Roger Brownsword, "Human Dignity, Human Rights, and Human Genetics", s.674.

larca yıldır süren evrimin bir sonucudur. Halen devam eden bu evrim sürecinin yan ürünleri olarak ortaya çıkan bir dizi duygusal tepkiyi değışmez insan doğası olarak dondurmak ve onurlu bir yaşamın ancak bu özelliklerin korunmasıyla mümkün olduğunu söylemek ne derece inandırıcıdır? Bilim, insan türünü takip edebildiği en eski devirlere kadar acı çekmenin, hastalıklarla boğuşmanın, yalnızlık duygusunun, korkunun, üzüntünün ve daha birçok durumun hep var olduğunu söylüyor. Bunları insan doğasına içkin özellikler olarak görüp insan onurunu temellendirmede kullanmamız ne derece doğrudur?

Genetik müdahale veya başka yöntemlerle insanın acı çekmekten, hastalıktan, korku ve üzüntüden kurtarılmasının insan doğasının değıştirilmesi anlamına geleceği açıktır. Ama insan doğasının her özelliği onurlu bir yaşam için korunmayı hak eder mi? İnsan ötesi geleceğimiz vücudunun çoğu kısmı yapay organlardan oluşan uzun ömürlü bir biyonik varlık olabilir. Endişe, korku, üzüntü gibi istenilmeyen duyguları köreltilmiş, buna karşılık zeka kapasitesi yükseltilmiş bir yeni insana da dönüşebiliriz. İnsanlık gelecekte, et, kemik, kan gibi unsurları içermeyen ve her türlü doğa koşullarına dayanıklı yeni bir bedende yaşamayı da tercih edebilir. Bunların hangisi gerçekleştiğinde insan olmaktan çıkarılır? Elimizde bilimin insan doğasına müdahalesine sınır çizecek, “bundan ötesi yasaktır” diyecek sağlam bir ölçüt var mı? Sorunun cevabı için bu tartışmaların hayal bile edilmediği bir dönemin ünlü filozofuna dönmekte yarar var. Kant, insanı doğanın geri kalanından ayıran temel özellik olarak, onun ahlaki seçimler yapabilme kapasitesini göstermişti. Bu kapasiteyi zedelemeyen, ortadan kaldırmayan ama fiziksel veya ruhsal yapımızı köklü biçimde farklılaştıran değışiklikler için bilimin sınırlanması aşırı muhafazakârlık olur. Bu durumda biyoteknolojinin bizleri hastalıktan, acıdan, korkudan ve üzüntüden kurtarmasını onaylayabiliriz. Peki, bu duygularından arınmış bir insan yine eskisi gibi bir adalet duygusuna, eşitlik anlayışına, hoşgörüye ve vicdani kanaat üretme kapasitesine sahip olabilir mi? Belki de bugünkü ahlaki kapasitemiz, başka pek çok şeyin yanı sıra bu tür duyguların ve acı deneyimlerin etkileşimiyle ortaya çıkan bir özelliğimizdir. Duygularımızı ve tepkilerimizi değıştirecek veya yönlendirecek genetik müdahalelerin ahlaki kapasitemizi ne yönde etkileyeceğinden emin olamayız. Bu tür müdahaleler ahlaki kapasitemizi yükseltebileceği gibi, azaltabilir de.

İnsan ötesi geleceğimize uzanan değışim sürecini iyi kontrol edebilir ve ahlaki seçimler yapabilme kapasitemizi korumayı/geliştirmeyi başarabilirsek, adil bir toplum düzeninin temel kurallarını evrim sürecinin insan doğasına nakşettiği tesadüfi özellik-

lerden çıkartmak zorunda kalmayabiliriz. Kendi doğasını değiştirebilen bir tür olarak adil bir toplumsal düzen kurabiliriz. Onurlu bir yaşamı ve bunu mümkün kılacak hakları varsayımlardan uzak, daha gerçekçi bir teorik temele oturtabiliriz. Kuşkusuz sürecin hiç istenilmeyen bir yönde gelişmesi de ihtimal dâhilindedir. Günün birinde ahlaki seçimler yapabilme kapasitesini yitirmiş bir kuşak ortaya çıkarsa, insan onuru ve insan hakları kavramlarından söz etmek anlamsızlaşabilir.

İnsan doğasının hangi niteliklerini korumalıyız? Hangi nitelikler onurlu bir yaşam için vazgeçilmezdir? Bilimin sınırlarını çizecek olan *insan onuru* duvarı nereye örülecek ve yüksekliği ne olacaktır? Bu konudaki tartışma, çoktan biyologlarla insan hakları savunucuları arasında başlamış durumda. Tartışmanın tarafları arasında kapatılması çok zor görünen büyük bir mesafe var. Bunun nedeni, insan doğası kavramına sosyal bilimcilerle doğa ve insan bilimcilerin yükledikleri anlam farklılığıdır. Bir felsefeci veya insan hakları savunucusu için insan doğası, kendisinden üstün ahlaki ilkeler çıkartılabilecek büyüklü bir kavramdır. Oysa bir doğa bilimci, insan doğasına başka bir canlı hatta cansız nesnenin doğasından çok da farklı yaklaşmaz. Örneğin, DNA'nın yapısını keşfeden Nobel ödüllü moleküler biyoloji uzmanı James Watson, insan haklarına kutsallık kazandırmak için insan doğası kavramına dayanılmasına şiddetle karşı çıkıyor. Watson'a göre,

“Bu hak sözcüğü tehlikeli olmaya başlıyor... Haklar veya kutsallık demeyi bırakmak istiyorum. Onların yerine insanların gereksinimleri olduğunu ve sosyal bir canlı türü olarak insanların yiyecek, eğitim ya da sağlık gibi gereksinimlerini karşılamaya çalışmamız gerektiğini söyleyelim; bizim asıl yapmamız gereken bu. Yarı mistik tavırla buna gerektiğinden daha fazla anlam katmaya çalışmak Steven Spielberg ya da onun gibi birinin işi.”¹⁴

Watson'ın haklı olduğu nokta, tarih boyunca insan haklarını güvence altına alma mücadelesinin hep yarı mistik bir temellendirme veya haklılaştırma ile paralel gittiğidir. İnsan haklarını devlete karşı korumak için bulunan gerekçelere bir göz attığımızda bunu kolayca fark ederiz: İnsan hakları dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez niteliktedir çünkü bu hakları Tanrı vermiştir, çünkü devlet kurulmadan önce de onlara sahiptik, çünkü insan doğasının temel özelliklerini yansıtır, çünkü onlarsız insan olunamaz... Bu ve benzeri gerekçelerin devlete karşı insan haklarının güvence altına alınmasında güçlü bir felsefi/teorik dayanak oluşturduğuna kuşku yok. Ama bir doğa

¹⁴ *Engineering the Human Germline: An Exploration of the Science and Ethics of Altering the Genes We Pass to Our Children* (Ed. J. Stock, G. Campell), Oxford University Press, New York 2000, s.85'ten aktaran Fukuyama, a.g.e., s.131.

bilimcinin gözünde Tanrı, doğa veya insan doğası ile haklar arasında kurulan ve haklara kutsallık kazandıran bu ilişkinin gerçekçi bir yanı yok.

Watson'ın gözden kaçırdığı nokta, söz konusu kutsallaştırma çabasının yalnızca insan haklarına özgü olmadığıdır. Aslında tarih boyunca, toplum düzeninin tüm temel kuralları, tartışılmaz ve sorgulanamaz nitelikte olsun diye kutsallaştırılmıştır. İlk sosyal yasalardan olan haram birleşme (ensest ilişki) yasağından, vatanın bölünmezliği ilkesine kadar pek çok yarı mistik kurala sahibiz. Modern çağa kadar insanoğlu toplum düzeninin temel yasalarını kendisinin yaptığını bile söylemekten ısrarla kaçınmış, yasaların kaynağını Tanrı'ya veya doğaya dayandırmıştır. Onları sorgulanamaz kılmanın en güvenli yolu olmuştur bu tavrı. Devletin ilk ortaya çıktığı 5.000–6.000 yıl öncesinden modern çağın başına kadar, eski yöneticiler, meşruiyet kazanmak için yönetme yetkilerinin kaynağını Tanrı'ya dayandırmışlardır. Modern çağda teokratik egemenlik anlayışının yerine geçen halk egemenliği veya ulusal egemenlik ilkesi de en az eski egemenlik anlayışı kadar mistik bir kavramdır.¹⁵ Jean Bodin, Thomas Hobbes ve J. J. Rousseau'nun egemen iradeye yüklediği “bölünmez”, “mutlak” “süreklî” gibi özellikler, kolayca fark edileceği gibi ancak Tanrısal iradeye atfedilebilecek özelliklerdir. Hiçbir gerçekçi temeli olmasa bile, insanlık ancak kurduğu düzene ve onun temel ilkelerine kutsallık atfederek sosyalleşmeyi başarmış ve varlığını sürdürebilmiştir. Watson'un bakış açısıyla, paradoksal biçimde, mistisize etmek, kutsallaştırmak insan doğasına içkin bir özellik gibi görünüyor. Toplumun temel yasalarını mistisize etmemiş hiçbir toplum varlığını sürdürmemiştir. Günümüz dünyasında da böyle bir toplum bulunmuyor. Aydınlanma çağı ideolojileri ve modern bilim yalnızca mistifikasyonu dinsel temelli olmaktan çıkarıp laik temellere oturtmuş ama ortadan kaldırmamıştır. Günün birinde insanların eşitlik ve özgürlüğünü güvence altına alan kurallara hiçbir mistik anlam yüklemeyen, yalnızca bunlar yararlı kurallardır diyerek insan onurunu korumak mümkün olabilecek midir?¹⁶ Bu soruya bugünden yanıt vermek zor gözüküyor.

2. Bilişim Teknolojisi ve İnsan Onuru

George Orwell *Bin Dokuz Yüz Seksendört* isimli romanında, 20. yüzyıl sona ermeden teknolojik gelişmelerin devlete bilgi ve iletişim kaynakları üzerinde tekel kurma

¹⁵ Leon Duguit teokratik egemenlik anlayışıyla ulusal egemenlik anlayışının bu yönden benzer varsayımlar üzerine temellendirildiğini başarılı bir şekilde açıklar. Bkz: “Egemenlik ve Özgürlük” *Devlet Kuramı*, (Der. C. B. Akal), Dost Kitabevi, Ankara, 2000, s.379–400.

¹⁶ İnsanı ve onun haklarını kutsallaştırmadan insan haklarını temellendirme çabası için bkz: Michael Ignatieff, *Whose Universal Values?: The Crisis in Human Rights*, Amsterdam, 1999, s.43–56.

olanağı tanıyacağını ileri sürmüştü. Devlet bu sayede herkesin özel yaşamını kontrol edebilecek, herkese resmi ideolojiyi empoze edebilecek ve farklı görüşleri tamamen yok edebilecekti. Totaliter bir egemenlik anlamına gelen bu tablo 1984 yılında ne ölçüde gerçekleşmiştir? Orwell bilişim teknolojisinin gelişim trendini doğru tahmin etmekle birlikte, iki noktada yanılmıştır. Birinci yanlış zamanlamayla ilgilidir. 1984 yılı, iletişimin kitapta belirtildiği kadar geliştiği bir tarih değildir. Kişisel bilgisayarlar henüz kullanılmaya başlanmıştır. Cep telefonlarıyla sesli, yazılı ve görüntülü veri iletimi söz konusu değildir. İnternet bugünkü kapasitesinin ve işlevinin binlerce kat gerisindedir: Kökeni 1960'lı yıllara kadar uzansa da, internet uzun süre askeri birimler, üniversiteler ve profesyoneller tarafından kullanılabilen bir teknoloji olarak kaldı. İlk gerçek kullanıcı dostu internet ara yüzü 1991 yılında gerçekleştirildi.

1949'da yayımlanan bir kitap için, bilişim teknolojisindeki gelişmelerin zamanlamasıyla ilgili bu yanlış son derece anlaşılabilir. Orwell'in asıl yanlışlığı bilişim teknolojisindeki gelişmelerin totaliter bir egemenliği mümkün kılacağı tespitinin doğru çıkmamış olmasıdır. Günümüzde bilişim teknolojisi Orwell'in kitabında belirtilen düzeye erişmiş, hatta bazı bakımlardan onu aşmıştır. O kadar ki, gelişmeler artık özel yaşamın gizliliğini pek çok noktada kaldırmıştır. Sokak ve işyeri kameraları, cep telefonları, kredi kartları ve diğer bazı elektronik araçlar sayesinde, bir kişinin 24 saatini nerede ve nasıl geçirdiğini tespit etmek mümkündür. Çoğu ülkede, kamuya ya da özel sektöre ait bilgisayarlar, kişilerin sağlık durumları, kariyerleri, medeni ve mali durumları, tüketim alışkanlıkları, hobileri ve iş hayatlarına ilişkin ayrıntılı bilgileri saklamaktadır. Bu bilgilerin kolayca ulaşılacak bir ortamda saklanmasının insan yaşamını kolaylaştıran bir yönü olduğu kuşkusuzdur. Ancak, sorun, bu tür bilgilerin kötüye kullanılması olasılığının çok yüksek olması ve denetim mekanizmalarının yetersiz kalmasıdır.

Bilgi ve iletişim teknolojisindeki baş döndürücü gelişmelerin henüz yaşanmadığı dönemde, 1970'li yıllara kadar, özel yaşamın gizliliği hakkının, geçerli bir neden olmadıkça, kişiye adını, adresini, yaşını, malvarlığını, adli sicilini, trafik ceza kayıtlarını, bankalara olan borçlarını, kredi kullanarak yaptığı alışverişleri ve daha birçok bilgiyi açıklamama hakkı verdiğini söylemek mümkündür. Oysa günümüzde, bu tür bilgilerin çoğu, başkalarının kolayca ulaşabileceği kamuya ait veri bankalarında ya da özel kuruluşların bilgi bankalarında saklanmaktadır. Bireyin özel yaşamına ait pek çok ayrıntı mahrem bilgi olmaktan çıkmış, dolayısıyla, özel yaşamın gizliliği hakkının koruduğu alan fiilen daralmıştır. Halen bu hakkın koruma alanı içinde olduğu kabul

edilen bilgilerin ise, kişinin rızası olmaksızın açığa vurulmasının nasıl önleneceği, etkili denetim mekanizmalarının nasıl kurulacağı bilinmemektedir.

Postanın gizliliği, geçmişte, özel yaşamın gizliliği hakkının önemli bir boyutuuydu. İster mektup, ister daha yeni araçlar olan telefon ve faks kullanılarak yapılsın, iletişimin gizliliği esas bu hakkın özüyüdü. Günümüzde iletişim, büyük ölçüde, bu tür araçlarla değil, mobil telefon, elektronik posta ve internet üzerinden yapılan yazılı, sesli ya da görüntülü veri transferi ile gerçekleştiriliyor. Elektronik iletişim, gizliliği sağlamaya yönelik yeni teknolojilere rağmen, mahremiyeti kolayca ihlal edilebilir bir faaliyetdir. Bu tür ihlaller, hem bireyler ve özel kuruluşlar hem de resmi kurumlar tarafından düzenli olarak yapılıyor. En saygın gazeteler, en güvenilir üretici firmalar, en büyük internet servis sağlayıcıları ve başkaları, internet ortamına giren kişilerin ziyaret ettikleri sitelerin kayıtlarına ulaşarak, kişilerin eğilimlerini ve tercihlerini öğrenmekte, bu bilgileri ticari amaçlar için kullanmaktadır. Bazı devletler, uydular aracılığıyla yapılan tüm elektronik iletişimi denetleyecek kapasitede tesislere sahiptir. Teknolojiyi yakından takip eden amatörler için bile, başkalarının elektronik posta hesaplarının şifrelerini kırmak ve tüm içeriğe ulaşmak mümkündür.

Günümüzde internette dolaşmak, sokakta dolaşmaktan daha mahrem bir faaliyet değildir. Ancak kişiler, çoğu kez, interneti mahremiyetine güvenerek kullanıyor. Hukuk sistemleri kişilerin internette bıraktıkları izlerin takibini henüz hak ihlali olarak tanımlamamıştır. Kişinin rızası olmaksızın yapılan elektronik izlemenin yaptırma bağlandığı ender durumlarda da, ihlalin tespiti ve failin belirlenmesi son derece güçtür. Bu gelişmeler karşısında, elektronik iletişimin adeta kamuya açık biçimde yapıldığını söylemek mümkündür. Bundan sonraki gelişmelerin ne yönde olacağını, teknolojinin elektronik iletişimin mahremiyetini sağlayacak güvenli çözümler getirip getiremeyeceğini henüz bilmiyoruz. Şu anda görünen, yeni iletişim tekniklerinin mahremiyetini sağlamanın olağanüstü zor oluşudur. Belki de kısa bir süre sonra, insanlar iletişimin gizliliği esasının özel yaşamın gizliliği hakkının bir ögesi olmaktan çıktığı fikrine alışmaya başlayacaktır.¹⁷

Bilişim teknolojisindeki tüm bu gelişmelere rağmen, Orwell'in totaliter egemenlik beklentisi gerçekleşmemiştir. Bunun nedeni, aynı teknolojiyi kişilerin de kullanabil-

¹⁷ Elektronik iletişimin mahremiyetinin sağlanması bakımından, şimdilik kuramsal bir tasarım olan kuantum bilgisayar ve kuantum kriptografi ümit veriyor. Kuantum kriptografi tekniği ile yapılacak iletişimin kesinlikle üçüncü kişiler tarafından izlenemeyeceği, çünkü doğa yasalarının böyle bir müdahaleye izin vermediği belirtiliyor. 20-30 yıl içinde geliştirileceği umulan bu yeni teknoloji hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: <http://qubit.org>

mesidir. Devlet kişileri kolayca izleyebildiği gibi, kişiler de devletin faaliyetlerini kolayca izleyebilmektedir. Kamu görevlilerinin keyfi işlemleri, usulsüz veya yasaya aykırı faaliyetleri kişiler tarafından kolayca fotoğraf veya video olarak kaydedilip anında tüm dünyaya duyurulabilmektedir. Bilişim teknolojisi günümüzde, herkesi izleyen *Büyük Biraderin* yanı sıra, *Büyük Biraderi* izleyen duyarlı ve meraklı bir yurttaş kitlesinin ortaya çıkmasını sağladı.¹⁸

3. Küreselleşme ve Toplumsal Refah

İçinde yaşadığımız çağda yalnızca bilgi ve iletişim değil, ekonominin de küreselleşmesine tanık oluyoruz. Ekonominin küreselleşmesi ekonomik büyüme konusunda yeni olanaklar sunmakla birlikte, işsizlik, yoksulluk, eşitsizlik ve insan hakları ihlallerine de yol açıyor. Bir süredir, çalışma hakkı ve çalışma koşulları ile ilgili hakların, sendikal faaliyetin, toplu sözleşme ve grev hakkının, küresel ekonominin gerekleri doğrultusunda sınırlandırıldığına tanık oluyoruz. Küreselleşmenin ardındaki yeni liberal ideolojinin getirdiği özelleştirme politikası sosyal güvenlik haklarını zayıflatmakta, eğitim hakkından herkesin eşit ölçüde yararlanmasını engellemekte, kültürel yaşama katılma hakkının gerçekleştirilmesini güçleştirmektedir.¹⁹ Küreselleşmenin, günümüzde, onurlu bir yaşamı güvence altına alan sosyal hakların gerilemesine yol açtığını söylemek mümkündür.

Sosyal haklardaki gerilemenin başlıca nedeni, ekonominin küreselleşmesinin devletlerin sosyal amaçlı politikalar izlemesini olağanüstü boyutlarda güçleştirmesidir. Devletlerin, her geçen gün, yurttaşların refahının sağlanması ve sosyal hakların gerçekleştirilmesi bakımından daha fazla dezavantajlı konuma düştüğüne tanık oluyoruz. 21. yüzyılın başında, özerkliği ve politika üretme kapasitesi büyük ölçüde zedelenen ulus devletler, küresel sermayenin işlerini yürüten bürolara dönüşmek üzeredir. Artık pek çok devlet, piyasayı düzenlemek ve denetlemek yönündeki eski politikaları terk etmiş, yalnızca piyasa güçlerinin işini kolaylaştırmak rolünü üstlenmiştir.²⁰

¹⁸ Fukuyama, a.g.e., s.4-5.

¹⁹ Bkz: Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin 11 Mayıs 1998 tarihli, "Küreselleşmenin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara Etkisi" konulu 18. toplantısında, Komite başkanı Philip Alston'un açıklamaları. Economic and Social Council Official Records. Supplement No.2, par. 440-442 Toplantı sonunda Komitenin aldığı kararda, küreselleşmenin sosyal ve kültürel haklar üzerindeki olumsuz etkisi örneklendirilerek, koruyucu önlemlerin alınması gerekliliği güçlü biçimde vurgulanmıştır. Bkz; aynı yerde, par.515.

²⁰ Gülten Kazgan, *Küreselleşme ve Ulus-Devlet*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2000, s. 244; Janusz Symonides, "Globalization and Human Rights", *Mediterranean Journal of Human Rights*, Vol. 4, 2000, s.151.

Küreselleşmenin olumsuz etkilerine ve sosyal haklar alanında yaşanan gerilemeye karşı bir önlem olarak, özellikle ülkemizde, ulus devletin egemenliğinin güçlendirilmesi görüşünün yaygınlık kazandığı görülüyor. Bu görüşün haklılık payı olmakla birlikte, göz ardı ettiği ve yanlıya düştüğü önemli noktalar var. Ulus devletin egemenliğinin güçlendirilmesinden yana olanların birinci yanlısı, “ulus devlet” ile “sosyal devlet”i özdeşleştirmeleridir. Bu kesimde, ulus devletin her zaman ve her koşulda sosyal politikalar izleyeceği düşüncesi hakimdir. Oysa ulus devletin doğuşu, Batı Avrupa’da ticari kapitalizmin gelişmesi ile paralel bir süreç izler ve burjuvazinin kent devletleri ile feodal beylikler üzerinde daha geniş ölçekli bir pazar kurulması gereksinimine karşılık gelir. Çocukları ve kadınları yaşına ve cinsiyetine uygun olmayan işlerde, maden ocaklarında çalıştıran, günlük çalışma süresini 16 saate kadar çıkartan ve bu ağır çalışma koşullarını yalnızca hayatta kalmayı sağlayacak bir gıdayı alabilecek kadar ücret ödeyerek gerçekleştiren **vahşi kapitalizm**, ulus devlet çatısı altında uygulanmıştır. Devletin, kapitalizmin işleyişinden zarar gören kesimleri gözetten sosyal politikalar izlemesi, ulus devlet olmanın doğal bir sonucu olarak değil, oy hakkının genelleşmesi ile mümkün olmuştur. Verdikleri siyasal mücadele sayesinde çalışanlar, yoksul insanlar, kapitalizmin olumsuzluklarını törpüleyecek politikaların yürürlüğe sokulmasını sağlayabilmişlerdir. Yoksa ulus devlet, varlık nedeninden ötürü ya da doğası gereği sosyal politikalar izleyen bir devlet değildir.

Ulus devletin ortaya çıkışı kapitalizmin doğuşu ile yakından ilgili olduğu gibi, kendi içindeki evrimi de kapitalizmin gelişmesine paralel olarak belirlenmektedir. Kapitalizmin bugünkü aşamasında, dünya ekonomisi *Kuzey Amerika (NAFTA)*, *Avrupa Birliği* ve *Japonya* sacayağı üzerine oturan bölgeselleşmiş bir ekonomidir. Japonya’nın, yakın gelecekte, çevresindeki ülkelerle birlikte “Uzak Doğu Bölgesi” şeklinde daha geniş bir blok oluşturması beklenebilir. 21. yüzyılın ilk çeyreği sona ermeden, bugünkü kalkınma hızıyla, Çin dünyanın dördüncü büyük ekonomik gücü olacaktır. Rusya, dağılan Sovyetler Birliği’nin bazı üyeleriyle, belirli bir süre sonra önemli bir ekonomik güç olarak sahneye çıkabilir. Tüm bu tahminler, gelecekte, dünya ekonomisinin ulus devleti aşan ekonomik bloklar etrafında şekilleneceğini gösteriyor. Bunun doğal sonucu, ulus devletin egemenlik alanının büyük ölçüde daralmasıdır. Bu süreci görmezden gelip, ulus devletin egemenliğinin güçlendirilebileceğini savunmak gerçekçi bir yaklaşım değildir.²¹

²¹ Oktay Uygun, “Ulusüstü Siyasal Birlikler ve Küreselleşme”, *Küreselleşme ve Ulus Devlet* (Der. Meryem Koray), YTÜ Stratejik Araştırmalar Merkezi Yayını, İstanbul, 2001, s.154.

Son yıllarda bilgi ve iletişim teknolojisindeki gelişmeler toplumsal yaşamın pek çok yönü üzerinde küresel sonuçlar doğuran değişimlere yol açıyorsa da, dünya ekonomisi üzerindeki etkisi ulus devleti aşan ekonomik bloklarla sınırlı kalmıştır. Yakın gelecekte bu bloklaşmanın daha da güçleneceği ve oluşan bazı blokların ulus devletlerle yarışan siyasal aktörler konumuna geleceği muhtemel gözüktüyor.

Ulus devleti eriten süreçler, onun sosyal amaçlı politikalar izlemesini de engellemektedir. Küreselleşen kapitalizmin uygulamalarından zarar gören kesimlerin, çözüm olarak yalnızca ulus devlete sarılması sonuçsuz kalmaya mahkum bir çaba olarak gözüktüyor. Devletler, sosyal politikalar izlemek amacıyla sermayeden daha fazla vergi alma olanağını tümüyle yitirmiş durumdadır. Sermayenin giderek ulusal kimliğini yitirmeye ve dünya ölçeğinde hareket yeteneği kazanmaya başlamasıyla birlikte, devletler, ulusal sermayenin başka ülkelere göç etmesini önlemek ve yabancı sermayenin gelmesini sağlamak için vergi yükünü azaltacak politikalar izlemek zorundadır. Gelişmekte olan ülkeler arasında, yabancı sermayeyi ülkeye çekmek için sosyal haklar, çevre hakları, tüketici hakları ve diğer bazı klasik haklar bakımından standartların aşağıya çekilmesi yarışı başlamıştır. Bu yarış sürecinde, sosyal amaçlı politikalar izlenemeyeceği gibi, kamu harcamalarında esas yük, ücretliler ile uluslararasılaşamayan küçük sermayeye binecektir.²²

Söz konusu kısır döngünün ulus devlet modeli içinde aşılması kolay değildir. Ekonominin küreselleşmesiyle birlikte *vahşi kapitalizm* dönemine benzer koşulların oluşmaya başladığı günümüz dünyasında, kapitalizmin denetim altına alınması bakımından, ulus devlet artık tek başına elverişli bir araç değildir. Ulus devlet, örgütünü ayakta tutacak asgari harcamalarını karşılayabilmek için küresel sermayenin beklentilerini karşılamak zorundadır. Bu konuda, iktidara gelecek partilerin sağda ya da solda olması da çok şey değiştirmiyor. Gelişmiş ülkelerle birlikte pek çok gelişmekte olan ülkede, partilerin ekonomik politikaları arasındaki farkın iyice azalmış olması bu gelişmeyle bağlantılıdır. Örneğin, İngiltere’de siyasal yaşama egemen olan iki büyük parti; İşçi Partisi ve Muhafazakâr Parti, İkinci Dünya Savaşı sonrasında sosyo-ekonomik politikaları (özelleştirme-devletleştirme, sosyal refah programlarını genişletme-daraltma, devletin planlamadaki rolünü arttırma-azaltma yanlısı olma) açısından önemli ölçüde farklılaşır. Bugün İşçi Partisi’nin ekonomi politikasının Muhafazakâr Parti’nin yaklaşımlarından çok farklı olduğunu söylemek mümkün de-

²² Kazgan, a.g.e.,s.235; Symonides, a.g.m., s.153-155.

ğildir. Ülkemizde, 2002 tarihli seçimlerle görevden ayrılan hükümet, içinde siyasal yelpazenin sağından ve solundan milliyetçi iki parti barındırmasına karşın, tahkim yasası gibi küresel sermayenin beklentilerini karşılayacak büyük değişiklikleri yapmakta tereddüt etmemiştir. Siyasal partiler, artık, sosyo-ekonomik görüşlerinden çok etnik, dinsel, kültürel farklılaşmanın yarattığı sorunlara önerdikleri çözümler bakımından farklılaşıyor.²³

Küresel kapitalizmin denetim altına alınması bakımından gerçekçi bir yol, ulus devleti tarihsel perspektifi içinde kavrayan yaklaşımla bulunabilir. Ulus devletler, şekli varlıklarını ve bazı klasik fonksiyonlarını daha uzun süre koruyacak olsalar da, oluşmakta olan ulusüstü yapılar içinde erime sürecine girmiştir. Kapitalizm, yerel iktidarlar ile ulusüstü iktidar odakları arasında bir “ara örgüt” konumuna düşmeye başlayan ulus devlet ile denetim altına alınamaz. Kapitalizmin işleyişinin insanileştirilmesi ve olumsuzluklarının törpülenmesi bakımından, ulusüstü mekanlarda verilecek siyasal mücadele daha fazla belirleyici olacaktır. Nitekim, IMF gibi kapitalizmin küresel bir örgütünün, çok yetersiz de olsa, son yıllarda faaliyetlerine insan haklarını gözeten bir boyut eklediğini belirtmesi, Dünya Bankasının bu konudaki politikasının güçlendirilmeye çalışılması, Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyinin 90’lı yıllardaki çabalarının bir sonucudur.²⁴ Böyle bir sonuç, ulus devlet düzeyinde yürütülecek siyasal mücadele ile elde edilemezdi. Ayrıca, ulusaltı iktidar merkezlerinin (yerel yönetimler, özerk bölgeler), giderek daha fazla doğrudan demokrasinin araçlarına yer vermek suretiyle, sosyal hizmetlerin güçlendirilmesi konusunda belirli roller üstlenebileceğini de belirtmek gerekir.

Bugün için, kapitalizmin ulusüstü mekanlarda denetim altına alınmasında ciddi zorluklar vardır. Bu konuda kritik önem taşıyan nokta, ulusüstü mekanların kapitalizmin işleyişinden zarar görenlerin seslerini duyurabileceği yerler olmamasıdır. Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu, Dünya Ticaret Örgütü gibi küresel örgütler, uluslararası sermayenin denetimindedir. Ulus devlet üzerinde oluşan ekonomik bloklarda da (AB, NAFTA vb.) durum aynıdır. Birleşmiş Milletler ya da Avrupa Konseyi gibi örgütlerin insan haklarını güvence altına alan mekanizmaları, birinci kuşak haklar bakımından çok daha güçlüdür. Sosyal hakları ne bölgesel ne de küresel düzeyde *etkili*

²³ Oktay Uygun, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, *Anayasa Yargısı* 20, Ankara, 2003, s.275.

²⁴ IMF’nin faaliyetlerinde sosyal, ekonomik ve kültürel hakların korunması yönünde çaba gösterilmesi ile ilgili tartışmalar için bkz: Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 1999. Report on the Eighteenth and Nineteenth Sessions. par. 440-446, 459 Komitenin IMF ve Dünya Bankasına yönelik çağrısı için bkz; aynı yerde, par. 515-7

biçimde koruyacak mekanizmalar geliştirilememiştir. Bu tür ulusüstü mekanizmaların kurulması ve mevcut olanların güçlendirilmesi, sosyal hakların gerçekleştirilmesi bakımından en etkili yollardan biridir.

III.Yeni Tehditlerin Ortaya Çıkardığı Yeni Hak Talepleri

1. Bilgi Çağında İnsan Onurunun ve Özel Yaşamın Korunması

Bilgi ve iletişim teknolojisi ile biyoteknolojinin günümüzde eriştiği düzeyin insan onurunu tehdit eden yeni tehlikeler ortaya çıkardığına yukarıda değinmiştik. Bu tehlikelere karşı insan onurunu korumak için bazı konularda yeni hakların güvence altına alınması, diğer bazı konularda da mevcut hakların yeni durumları kapsayacak biçimde ek güvencelerle desteklenmesi gerekir. Son yıllarda gerek öğretilerde, gerekse ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerde bu yöndeki çabaların yoğunlaştığı görülüyor. Bilim ve teknolojinin olası kötüye kullanımına karşı insan onurunun korunmasını amaçlayan söz konusu hakları *dördüncü kuşak haklar* olarak adlandırmak mümkündür. Bu hak kategorisinin en bilinen örnekleri biyoteknoloji alanındaki düzenlemelerdir.

a. Kişisel Bütünlük Hakkı?

Çağdaş teknoloji hayatımızı kolaylaştırdığı kadar, bazı bakımlardan onurlu bir yaşam sürdürmemize engel oluşturacak riskleri de beraberinde getiriyor. Özellikle tıp ve biyoloji alanındaki gelişmeler, bilimin ve teknolojinin bu alandaki olası kötüye kullanımına karşı insan onurunun korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu yönde bir koruma sağlamak için vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı gibi mevcut temel haklara bazı eklemeler yapılabileceği düşünülebilir. Ancak böyle bir düzenleme yetersiz kalacaktır. Bu nedenle konunun yeni bir hak olarak düzenlenmesi düşünülmelidir. Kuşkusuz, burada amaç bilimin ve teknolojinin gelişimini frenlemek değil, yalnızca bu gelişimin insan onurunu zedelemekten kaçınmasını güvence altına almaktır. Bu nasıl olacaktır?

Avrupa Konseyi çerçevesinde ortaya çıkan bazı belgeler, konunun düzenlenmesine ışık tutacak ilkeleri ortaya koymuştur. Bu belgelerin başlıcaları şunlardır: 1997 tarihli “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, 1998 tarihli “İnsan Klonlanmasının

Yasaklanması Protokolü” ve 2002 tarihli “Organ ve Doku Nakli Protokolü.” Bu belgelerde düzenlenen ilkelere hareketle, “*kişisel bütünlük hakkı*” başlığıyla yeni bir haka anayasada yer verilmesi son derece yararlı olacaktır. Maddenin formülasyonu için 2000 yılında kabul edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın üçüncü maddesinden yararlanılabilir. Madde şöyledir:

- 1) Herkesin kendi fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne karşı saygı duyulmasını isteme hakkı vardır.
- 2) Tıp ve biyoloji bilimleri alanlarında, aşağıdaki hususlar özellikle gözetilmelidir:
 - İlgili kişilerin, yasalarda belirtilen işlemlere göre özgür ve bilinçli olarak izinlerinin alınması,
 - Üstün gen yaratma uygulamalarının, özellikle insan seleksiyonunu amaçlayanların yasaklanması,
 - İnsan vücudunun ve onun bölümlerinin ticari kazanç kaynağı durumuna getirilmesinin yasaklanması,
 - İnsan klonlanmasının yasaklanması.

b. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı

Kişisel verilerin korunması konusu, günümüzde artık özel hayatın gizliliği hakkı ya da diğer haklar çerçevesinde etkili biçimde korunamayacak bir önem ve karmaşıklık arz ediyor. 21. yüzyılın başındaki insan daha anne karnında iken gözlem altına alınmakta ve bu durum ölümüne dek hatta ölüm sonrasında da devam etmektedir. Bu süre içinde elde edilen kişisel verilerin sağlık ve güvenlik amacıyla saklanması ve kullanılması kişisel ve toplumsal yarar açısından gerekli görülmektedir. Ancak bu verilerin kişi özgürlüğünü ve mahremiyetini ihlal edecek biçimde kullanılma olasılığı vardır. Söz konusu verilerin kullanılması, bazı durumlarda ciddi etik tartışmalara da yol açabilir. Bütün bu olasılıkları dikkate alarak kişisel verilerin elde edilmesi, saklanması ve kullanılmasını insan onuruna uygun bir düzenlemeye kavuşturacak yeni ilkelere ihtiyaç vardır.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, kişisel verilerin korunmasını bağımsız bir hak olarak düzenlemiştir. “Özel yaşama ve aile yaşamına saygı” hakkının hemen ardından gelen bu hakkın içeriği şöyledir (md.8):

Kişisel Verilerin Korunması

- Herkes kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir.
- Bu veriler adil bir şekilde, belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörülmüş diğer meşru bir temele dayanarak tutulur. Herkes kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzeltirme hakkına sahiptir.
- Bu kurallara uyulması bağımsız bir makam tarafından denetlenir.

Kişisel verilerin korunması Türkiye’de henüz bağımsız bir anayasal hak olmakla birlikte, bu konu yeni anayasa çalışmalarında dikkate alınmaktadır. Hem Ergun Özbudun başkanlığında bir komisyon tarafından hazırlanan anayasa taslağında, hem de Türkiye Barolar Birliği’nin anayasa önerisinde söz konusu hak düzenlenmiştir.²⁵ Özbudun metnindeki hüküm şöyledir (md.20):

Kişisel Bilgilerin Korunması

(1) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel bilgi ve verilerin korunması hakkına sahiptir.

(2) Bu bilgiler, ancak kişinin açık rızasına veya kanunla öngörülen meşru bir sebebe dayalı olarak kullanılabilir. Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan veya kayıtlarda yer alan bilgilere erişme, bunlarda düzeltme yaptırma ve bu bilgilerin amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına sahiptir.

Özbudun metninin konuyu yeni bir hak olarak düzenlemesi son derece yerindedir. Fakat bu düzenlemenin önemli bir eksiği vardır. Kişisel verilerin kötüye kullanılması bakımından en büyük tehdit, diğer klasik haklarda olduğu gibi, devletten gelecektir. Bu nedenle kişisel verilerin korunması hakkını devlete karşı güvenceye alan düzenlemelere ihtiyaç vardır. Yukarıdaki metinlerin karşılaştırılmasından görüleceği üzere, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, bu konuda, kişisel verilerin kullanımını denetleyen bağımsız bir makamın kurulmasını öngörmüştür. Türkiye Barolar Birliği metni de bu yaklaşımı benimsemiştir. TBB metninde kişisel bilgi ve verilerin korunması başlıklı 33. maddenin ilk iki fıkrasında bu hakka ilişkin ilkeler belirtildikten sonra, 3. fıkrada şu hükme yer verilmiştir: “*Bu kuralların uygulanması, kanunla kurulmuş bağımsız bir makam tarafından sağlanır ve denetlenir.*”

²⁵ Türkiye Barolar Birliği’nin metni için bkz: *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, TBB Yayını, Ankara, 2007. Egun Özbudun başkanlığındaki komisyonun hazırladığı metin için bkz: 13 Eylül 2000 tarihli Milliyet ve diğer gazeteler.

2. Küreselleşme Çağında Sosyal Haklar

Ekonominin yeni bir küreselleşme dalgası içine girdiği 1970'lerden itibaren, ulus devletlerin kamusal politikalarında önemli değişiklikler oldu. Gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin büyük çoğunluğunda kamu harcamalarının kısıtlanması, devletin küçültülmesi ve özelleştirme uygulamalarını içeren yeni liberal politikalar yürürlüğe sokuldu. Bu politikaların doğal bir sonucu olarak, yukarıda belirtildiği gibi, sosyal devlet anlayışının kurumsallaştırıldığı ülkelerde, devletler herkese insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlama görevlerini yerine getiremez oldu. Pek çok devlet sosyal haklardan kaynaklanan yükümlülüklerini azaltmaya ya da onlardan tamamen kurtulmaya çalıştı. 21. yüzyılın başında insan onuruna yönelik en büyük tehditlerden biri, yeni liberal politikaların sonucu olarak ortaya çıkan geniş kitlelerin yaşam standartlarındaki bu gerilemedir. Söz konusu politikalar, her geçen gün, yoksulluk sınırının altındaki insan sayısını artırıyor. Bu olumsuz gelişmeye karşı kişilerin asgari yaşam standartlarını koruyacak, onurlu bir yaşamı güvence altına alacak haklara ihtiyacımız var. İnsan hakları içinde sosyal haklar kategorisi bu nitelikteki haklardan oluşur.

a. Türkiye'de Sosyal Haklar

Sosyal haklar Türkiye'de ilk kez 1961 Anayasası ile anayasal düzenlemeye konu oldu. Fakat bu düzenleme biçimi hükümetler bakımından yeterince zorlayıcı hükümler içermediğinden, çoğu sosyal hak anayasa metnine eklenmiş güzel temenniler olarak kaldı; etkili biçimde uygulanamadı. Günümüzde yeni anayasa çalışmalarında bu konunun ele alındığı görülüyor. Ergun Özbudun metni ile Türkiye Barolar Birliği metni karşılaştırıldığında, sosyal haklar bakımından önemli bir yaklaşım farkı bulunduğu hemen dikkati çekiyor. Özbudun metninin *sosyal haklar* konusundaki tutumu çok nettir. Yeni liberal politikalar doğrultusunda, sosyal haklarda ciddi bir gerileme ve devletin sosyal amaçlı faaliyetlerinde büyük bir kısıtlama görülüyor.²⁶ Bu durum, metnin içeriğine ilişkin genel bilgilerin verildiği “yenilikler” başlıklı bölümünde belirtilmiştir. Burada, 1982 Anayasası'nda yer aldığı halde taslağa alınmayan sosyal hakların listesi yapılmıştır. Ayrıca mevcut anayasanın sosyal ve ekonomik haklar bölümünde yer alan bazı hükümlerin, temel haklar bölümünden çıkartılıp anayasanın

²⁶ Ergun Özbudun başkanlığındaki komisyon tarafından hazırlanan anayasa taslağı metninin sosyal haklar bakımından incelenmesi için bkz: Oktay Uygun, “İnsan Hakları Açısından Yeni Anayasa Çalışmaları”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008/2, s.323-352.

başka bir bölümünde devlete yönelik bir ödev olarak düzenlendiği vurgulanmıştır. Bu son düzenlemenin gerekçesi şöyle açıklanmıştır:

“Önceki Anayasalarımızda, devletin mali imkânlarıyla sınırlı olan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde yer alan çevrenin korunması, tabii servetler ve kaynakların korunması ve kullanılması, kıyıların korunması, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması gibi hükümler, ormanların korunmasına ilişkin düzenlemeyle birlikte “Çevrenin Korunması ve Milli Servetlere İlişkin Hükümler” şeklinde özel bir kısım olarak yeniden düzenlenmiştir. Böylece, çağımızın büyük felâketi olarak görülen ve ülkemizi ciddi şekilde etkileyen küresel ısınmanın önlenmesi çabalarının hayati önem kazandığı bir dönemde, çevrenin etkili bir şekilde korunması yönünde Anayasa Devlete yönelik direktif bir hüküm konulmuştur.”

Bu gerekçede iki nokta öne çıkıyor. Birincisi, söz konusu değişikliğin, belirtilen hakları “devletin mali imkânları”na bağlı olmaktan kurtarmayı amaçladığı ifade ediyor. İkincisi, bir hak olmaktan çıkartılıp devlet görevi şeklinde düzenlendiği takdirde, çevrenin daha etkili biçimde korunacağı belirtiliyor. Her iki gerekçenin de tutarlı, mantıklı bir yönü yoktur. Çevrenin korunması elbette devlete bir görev olarak verilebilir. Zaten bu konuda devleti görevlendiren ulusal ve uluslararası düzenlemelerde çeşitli hükümler bulunuyor. Çevrenin korunmasının bir temel hak olarak düzenlenmesi, daha yüksek bir duyarlılık ve daha etkili bir koruma anlamına gelir. Çünkü temel haklar, devlete hakkın konusunu gerçekleştirme görevi yüklediği gibi, kişilere de bu görevin gerçekleştirilmesini devletten talep etme yetkisi verir. Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına dayanan bir devlet olarak tanımlandığına göre (Özbudun metni m. 2), hükümetlerin devletin temel niteliğini ilgilendiren bu konuda çok daha duyarlı olacaklarını beklemek tabiidir.

Çevrenin korunmasını hak olmaktan çıkarmakla, bu konuyla ilgili devlet görevinin “mali imkânlar” sınırlamasından kurtarıldığını söylemek gerçekçi değildir. Amaç çevre hakkını veya genel olarak sosyal hakları bu kısıttan kurtarmak olsaydı, metnin 50. maddesindeki, “*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen ödevlerini, bu ödevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir*” hükmündeki “mali kaynakların yeterliliği” ibaresine yer verilmemesi daha doğru olurdu. Uluslararası alandaki eğilimin tersine, çevrenin bir hak olmaktan çıkartılması hangi gerekçeyle olursa olsun savunmak kolay değildir.

b. Sosyal Hakların Somutlaştırılması

1970’li yıllardan itibaren sosyal haklar alanında uluslararası ölçekte bir gerilemenin varlığıyla birlikte, bu hakların somutlaştırılması, diğer bir deyişle, gerçekleştirilmesi zorunlu asgari düzeylerinin belirtilmesi çabasının da yaygınlaştığı gözlenmektedir. Sosyal hakları düzenleyen uluslararası sözleşmelerin denetim organları ve ulusal anayasaları yorumlayan yargı yerleri, sosyal hakların dava yoluyla talep edilebilir asgari düzeylerinin açıklığa kavuşturulması konusunda belirli bir mesafe almıştır. Bu konuda özellikle 19 Ocak 2000 tarih ve 3 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tavsiye kararından söz etmek gerekir.²⁷ Söz konusu kararda, beslenme, barınma, giyim ve sağlık hizmetleri konusunda, üye ülkelere, zor koşullarda yaşayan bireylerin gereksinimlerini minimum düzeyde karşılayacak hakların güvence altına alınması tavsiye edilmiştir. Esasen bu konularda Konsey üyesi ülkelerde yasal veya anayasal düzeyde haklar tanınmıştır. Ancak sorun, bu hakların somutlaştırılması yani yerine getirilmesi zorunlu düzeylerinin belirtilmesidir. Bakanlar Komitesi, bu kararda, üye ülkelere, belirtilen konularda bireylerin temel gereksinimlerini karşılamaya yönelik evrensel bir hakkı güvence altına almayı tavsiye ediyor. Söz konusu tavsiye kararı, Türk Hukuku bakımından, anayasada düzenlenen bazı sosyal hakların gerçekleştirilmesi zorunlu asgari düzeylerin belirtilmesi ve yeni bazı hakların güvence altına alınmasıyla yerine getirilebilir.

Yeni bir anayasanın, yalnızca sosyal hakları isim olarak saymakla yetinmeyip bu hakların somutlaştırılması yönündeki gelişmeleri de dikkate alması gerekir. Özbudun metni ilk bakışta böyle bir tutum izleyecekmiş görüntüsü verir. Çünkü bu metin “*kısa anayasa*” sloganıyla hazırlanmış ve işlevsiz, etkisiz bir hüküm içermemeyi ilke edinmiştir. Bu durumda, son iki anayasamızda yer alan ama gerçekleştirilmesi zorunlu asgari düzeyleri gösterilmediği için önemli bir işlevi olmayan bazı sosyal hakların metne hiç alınmaması, diğer bazılarının ise haklar bölümünden çıkartılarak başka bölümlere aktarılması kısa anayasa hedefi ve yeni liberal ideolojinin tercihleriyle uyumlu bir durumdur. Anlaşılması güç ve çelişkili olan husus ise, taslakta yer verilen sınırlı sayıdaki sosyal hakkın somutlaştırılması için hiçbir çaba gösterilmemiş olmasıdır. Özbudun metni hem sosyal haklarda büyük bir kısıntıya gitmiş, hem de düzenlediği hakların kâğıt üstünde kalacak olmasını bir sorun olarak görmemiştir.

²⁷ Recommendation No. R (2000) 3 of the Committee of Ministers to member states on the Right to the Satisfaction of basic Material Needs of Persons in Situations of Extreme Hardship (Adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000 at the 694th meeting of the Ministers’ Deputies)

1982 Anayasası, düzenlediği sosyal haklar içinde yalnızca eğitim hakkının gerçekleştirilmesi zorunlu asgari düzeyini belirtmiş; *ilköğretim zorunlu ve parasızdır* denilerek devlete yerine getirmekle yükümlü olduğu, getirmediği takdirde dava yoluyla talep edilebilir bir hak ortaya koymuştur. Diğer sosyal hakların gerçekleştirilmesi zorunlu asgari düzeyleri ne Anayasa ne de yargı kararlarıyla tespit edilmediğinden, söz konusu haklar genellikle güzel sözler olarak kalmış, hayata geçirilememiştir. Bu uygulamazlık durumu, ilgili hakların “temel hak” olma niteliğini de zedelemiştir. Temel hak, insan onurunun korunması bakımından sahip olduğu vazgeçilmez önem nedeniyle anayasal güvenceye bağlanmış hak demektir. Bu denli önem taşıyan bir hakkın gerçekleştirilmemesi kolay açıklanabilir bir çelişki değildir. Bu çelişkiyi aşmanın yolu, sosyal hakların gerçekleştirilmesi zorunlu asgari düzeylerini belirtmekten geçiyor. Bu konuda Türkiye Barolar Birliği anayasa önerisinin önemli bir katkı sağladığını belirtmek gerekir. Söz konusu metinde eğitim, sağlık, konut ve sosyal güvenlik gibi hakların gerçekleştirilmesi zorunlu asgari düzeyleri belirtilmiştir.²⁸

c. Yeni Sosyal Haklar

Yeni bir anayasa yapım süreci, mevcut sosyal hakların gerçekleştirilmesi zorunlu asgari düzeylerini göstererek güvenceye kavuşturmanın yanı sıra, çağın gerektirdiği yeni hakları da dikkate almalıdır. Bu bağlamda ulusal veya uluslararası ölçekte önem kazanan bazı konuların temel hak olarak düzenlenmesinin gerekliliği tartışılmalıdır. Bu konuda aşağıda iki örnek verilecektir: “Tüketici hakları” ve “yeterli besin ve temiz suya ulaşma hakkı.”

Tüketici hakları Türk hukukuna yabancı bir konu değildir. Ülkemizde tüketici hakları bakımından, devlet gerekli yasal düzenlemeler ile idari ve adli yapıyı belli ölçüde oluşturmuştur. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 1995 yılında çıkarılmış, tüketici hakem heyetleri il ve ilçe ölçeğinde oluşturulmuş, tüketici mahkemeleri çalışmaya başlamıştır. Ancak bu durum, tüketici haklarının temel hak statüsüne kavuşturulduğu anlamına gelmiyor. İkinci hak ise, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi raporlarında sık sık sözü edilmesine rağmen, hukukumuzun henüz dikkate almadığı bir haktır. Bununla birlikte, yaşamakta olduğumuz çevre yıkımı, küresel ısınma ve küreselleşmenin getirdiği genel yoksullaşma nedeniyle, bu hakkın temel hak şeklinde anayasada düzenlenmesi yararlı olacaktır.

²⁸ Bkz: Uygun, “İnsan Hakları Açısından Yeni Anayasa Çalışmaları”, s.343-347.

ç. Tüketici Hakları

Günümüzde tüketiciler, hangi sosyal statüde ve ekonomik düzeyde olursa olsun, piyasaya sunulan mal ve hizmetler bakımından korunması gereken bir kesim oluşturmaktadır. Tüketicilerin sağlığı ve güvenliği sosyal devletin kayıtsız kalamayacağı bir durumdur. Bu nedenle, tüketici hakları temel hakların bir parçası kabul edilerek anayasal düzeyde güvence altına alınmalıdır. 1982 Anayasası tüketicilerin korunması ile ilgili bir maddeye temel hak ve özgürlükler bölümünde değil, ekonomik hükümler bölümünde devletin görevi olarak yer vermişti. Bu düzenleme tüketicilerin korunması bakımından etkili bir yöntem değildir. Tüketici hakları, nitelik itibarıyla sosyal hak özelliği gösterir. Sosyal hakların baskın özelliği, en genel anlamda, toplumda korunmaya muhtaç kesimlerin devletin olumlu edimi sayesinde korunmasını sağlamaktır. Günümüzde tüketiciler, hangi sosyo-ekonomik kesimden gelirse gelsin, sağlık, güvenlik ve ekonomik çıkarları yönünden korunmaya muhtaç bir kesim oluşturur. Temel hakları klasik haklar ve sosyal haklar olarak iki bölüme ayıran bir anayasada, tüketici haklarının yeri sosyal haklar bölümü olmalıdır. Klasik ve sosyal hakların yanı sıra üçüncü kuşak haklara da yer veren bir anayasa metninde, bu hak üçüncü kuşak hakları arasında da düzenlenebilir. Çünkü tüketici hakkının etkin kullanımı, diğer üçüncü kuşak haklarda olduğu gibi, bireylerin, kurumların ve devletin dayanışması ile söz konusu olabilir. Tüketici haklarına yer veren TBB metnindeki hüküm şöyledir (m.68):

- Tüketiciler, mal ve hizmetler bakımından, yeterli düzeyde bilgilendirme, aldatıcı reklâmlardan korunma, uygun bir garanti süresinden yararlanma, uğradıkları zararın tazminini isteme gibi konularda etkili idari ve adli yollara başvurma haklarına sahiptir.
- Mal ve hizmet arzında, tüketicilerin sağlığının, güvenliğinin ve ekonomik çıkarlarının korunması için zorunlu olan yükümlülükler kanunla düzenlenir.

d. Yeterli Besin ve Temiz Suya Ulaşma Hakkı

Ülkemizde ilk kez TBB metninde önerilen bu hak, 19 Ocak 2000 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tavsiye kararı doğrultusunda düzenlenmiştir. Yaşamakta olduğumuz küresel ısınma ve çevre yıkımının önemli sonuçlarından biri, geniş kitlelerin hayatta kalmalarını güçleştiren koşulları ortaya çıkarmasıdır. Bunların başında da yeterli besin elde etme ve temiz suya ulaşma güçlüğü geliyor. Özellikle şebeke

suyunun içilebilir olma niteliğini yitirdiği bazı büyük kentlerimizde, dar gelirli kişilerin günlük içme suyu ihtiyacını karşılaması büyük ölçüde zorlaşmıştır. Yaşam için son derece gerekli olan bu maddenin evde, okulda, işyerinde ve diğer özel-kamusal mekanlarda yeterli düzeyde teminini bir insan hakkı olarak görmek gerekir. Bu bakış açısıyla, yeni anayasanın, insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyinin güvencesi olarak bu konuyu bir temel hak olarak düzenlemesi yerinde olacaktır. TBB metni, söz konusu hakkı şu şekilde düzenlemiştir (md.67):

Hiç kimse yaşamını sürdürmeye yetecek ölçüde gıda ve temiz suya ulaşma hakkından yoksun bırakılamaz. Bu hakkın gerçekleştirilmesi için yerel yönetimler ile çalıştırdıkları kişiler bakımından kamu ve özel sektöre ait işyerlerinin üstlenecekleri yükümlülükler kanunla düzenlenir.

e. Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı

1961 ve 1982 Anayasaları, düzenledikleri sosyal hakların ardından, devletin bu haklardan ve anayasanın belirttiği diğer sosyal yükümlülüklerden kaynaklanan ödevlerinin sınırını gösteren birer maddeye yer vermiştir. Söz konusu madde, hakların gerçekleştirilmesi ile devletin mali olanakları arasında bir bağ kuruyor. Bu madde, eğitim hakkı dışında hiçbir sosyal hakkın gerçekleştirilmesi zorunlu asgari düzeyi anayasada belirtilmediği için, hükümetlere sosyal hakları gerçekleştirmekten kaçınma olanağı sağlar biçimde yorumlanmaya elverişlidir. Devletin mali olanaklarının anayasada belirtilen sosyal hakları gerçekleştirmeyi mümkün kılp kılmadığının tespiti, hukukilik denetimi olmaktan çok yerindelik denetimi olarak görüldüğünden, sosyal hakları kullanamayan kişilerin yargı organlarına başvurması söz konusu olmamaktadır. Bu maddede 2001 değişikliği ile yapılan düzenleme, belirtilen sakıncayı bir ölçüde gidermekle birlikte, sorunu tam olarak çözmemiştir.

Özbudun metni, bu konuda 1982 Anayasası'ndaki hükmü muhafaza ederek sosyal hakların kâğıt üstünde kalmaktan kurtarılması konusunda duyarlı olmadığını göstermiştir. TBB metni ise, hem ilgili maddelerde hakların gerçekleştirilmesi zorunlu asgari düzeylerini göstermesi hem de 1982 Anayasası'nın 65. maddesini sosyal devlet ilkesine uygun düzenlemesi bakımından örnek bir yaklaşım sergilemiştir. Özbudun metninin madde başlığı "*Devletin Sosyal ve Ekonomik Ödevlerinin Sınırları*", TBB metninin "*Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevleri*" şeklinde belirlenerek, ilkinde hakların sınırına, ikincisinde hakların gerçekleştirilmesi bakımından devletin görevine vurgu yapılmış olmaktadır. Metinler şöyledir:

Özbudun metni (md.50):

- Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen ödevlerini, bu ödevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.

TBB metni (md.69):

- Devlet ekonomik ve akçalı kaynaklarını; sosyal ve ekonomik alanlarda anayasayla belirlenen görevlerinin gerektirdiği öncelikleri gözeterek kullanır.

3. Sosyal Devletin Geleceği

Türkiye Cumhuriyeti, 1961 Anayasası'ndan bu yana, devletin temel nitelikleri arasına “*sosyal devlet ilkesi*”ni eklemiştir. Bu ilkenin hayata geçirilmesi sosyal hakların uygulanabilmesine bağlıdır. Sosyal haklar, onurlu ve insanca bir yaşam düzeyinin vazgeçilmez araçlarıdır. Yürürlükteki anayasada yer alan sosyal haklar, bugüne kadar çok yetersiz düzeyde gerçekleştirilebilmiştir. Özbudun metninde sosyal haklar iyice geriletilmiş, devletin yurttaşlarına sosyal hizmet sunma yükümlülüğü zayıflatılmıştır. İçinde bulunduğumuz küreselleşme süreci, zaten sosyal hakları olumsuz yönde etkilemektedir. Yeni anayasanın bu olguyu dikkate alarak sosyal hakları güçlendirmesi gerekirken, tam tersi yapılmaktadır.

Avrupa Birliği ile üyelik müzakereleri yürüten Türkiye'nin, insan hakları alanında Avrupa standardını gerçekleştirmeyi hedef olarak belirlemesi gerekir. İnsan hakları açısından Avrupa standardı deyince, eskiden yalnızca klasik (1. kuşak) hakları düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi akla gelirdi. Şimdi durum değişmiştir. 1990'lardan itibaren, Avrupa Konseyi üyeliği için yalnızca AİHS değil, Avrupa Sosyal Şartı ile birlikte azınlıkların korunması ve işkencenin önlenmesini amaçlayan belgelerin de onaylanması koşulu aranmaktadır. Özbudun metni ise, yalnızca AİHS ile metin düzeyinde bir paralellik kurmayı hedeflemiştir. Sözleşmeyi günün koşullarına göre geliştiren AİHM içtihatlarını dikkate almadığı gibi, Avrupa standardını yansıtan diğer sözleşmeleri de göz önüne almamıştır. Yeni liberal ideolojinin şekillendirdiği bu tutum nedeniyle, Avrupa Sosyal Şartı tamamen görmezlikten gelinmiştir. Özbudun metni, sosyal haklar ve sosyal devlet ilkesi yönünden 1982 Anayasası'ndan bile geri bir metindir. 1982 Anayasası'nın düzenlediği sosyal hakların bir kısmı uygulanama-

yacak soyut hükümler olarak metne yazılmış, bazıları hak olmaktan çıkartılarak korunmuş, diğer bazıları ise metne hiç alınmamıştır.

Türkiye’de son yıllarda izlenen politikalarla, asgari bir yaşam düzeyine sahip olmak, herkesin yararlanabileceği bir hak değil, adeta merkezi ve yerel yönetimlerin lütfuna ve hayır kurumlarının hayırseverliğine bağlı bir imtiyaza dönüştürülmüştür. Bu bakış açısı, *sosyal devlet* ilkesi yerine, 19. yüzyılın ilk yarısında geçerli olan *sosyal yardım devleti* ilkesinin getirilmesi demektir.²⁹ Yeni anayasa çalışmalarının her şeyden önce bu hatalı bakış açısından kurtarılması gerekir. İnsan hakları bir bütündür; bir kısmını ihmal edip diğerlerini gerçekleştirmeye çalışmak sağlıklı bir yol değildir. 1961 Anayasası ile hukuk sistemimize giren sosyal haklara ve sosyal devlet ilkesine sahip çıkmak, iç barışın, onurlu bir yaşamın ve geleceğe umutla bakabilmenin en güvenli yoludur.

Sonuç

21. yüzyıla iki kutuplu dünya düzeninin ve soğuk savaşın sona erdiği bir atmosferde girdik. Küreselleşme olarak adlandırdığımız sürecin kazandığı derinlik, bilim ve teknolojiye baş döndürücü gelişmeler, bazı otoriter rejimlerin yıkılıp yerlerini demokratik rejimlere bırakması, yeni yüzyılın, iki büyük dünya savaşına sahne olan eski yüzyıla oranla pek çok açıdan daha iyi bir dönem olacağı beklentisini yarattı. Bu iyimser beklentinin bir boyutu da, insani değerlerin daha çok koruma göreceği, insanca yaşam koşullarını güvence altına alan insan haklarının daha iyi düzeyde gerçekleştirileceği bir dünya düzeniydi. Yeni yüzyılın ilk on yılı bakımından bu iyimser beklentilerin asgari düzeyde bile karşılanamadığı söylenebilir. 21. yüzyılda ortaya çıkan insan onuruna yönelik yeni tehditlere pek hazırlıklı olmadığımız anlaşılıyor. Biyoteknolojinin kullanımı, bilişim teknolojisindeki gelişmeler ve ekonominin küreselleşmesiyle bağlantılı olarak beliren bu tehditlere karşı onurlu bir yaşamı nasıl savunacağız? İnsan haklarını (sosyal haklar ve yeni hak kategorileriyle birlikte) bir bütün olarak kabul edip her düzeyde güçlendirmek etkili bir yol olarak görünüyor. Son birkaç yüzyıla yayılan insan haklarını hukuki güvenceye bağlama çabası, insanlık tarihindeki en görkemli mücadelelerden biridir. Bu mücadele, yeni hak taleplerini ortaya çıkaracak biçimde, içinde bulunduğumuz 21. yüzyılda da sürecektir.

²⁹ Sosyal yardım devleti kavramı için bkz: Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta, İstanbul, 2007, s.395-398.



(13. Makale – 2011)

Prof. Dr. Sabahattin NAL*

*Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de
Ulusal Güvenlik ve İfade Özgürlüğü***

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

** Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl: 2011, Sayı: 77-78, s. 104-128. [Gözden geçirilmiş hâlidir.]



MEDENÎ VE SİYASÎ HAKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME'DE ULUSAL GÜVENLİK VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ



Sabahattin NAL*

Öz

Bu çalışmada, Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHİUS)'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi (Komite) kararlarında ulusal güvenlik gerekçesiyle ifade özgürlüğünün sınırlandırılması incelenmiştir. Kararların incelenmesine geçilmeden önce kısaca MSHİUS'da güvenceye alınan haklar, Komite'nin yapısı ve denetim yöntemi üzerinde durulmuştur. İnceleme sonunda ulusal güvenlik gerekçesiyle ifade özgürlüğünün sınırlandırıldığı iddiasıyla Komite'ye sınırlı sayıda başvuru yapıldığı, Komite'nin bu başvurular karşısında çok ayrıntılı olmasa da ifade özgürlüğünden yana bir yaklaşım sergilediği söylenebilir.

Abstract

This study examines the limits to the freedom of expression due to national security in the decisions of the Human Rights Committee that is the auditing body of the International Convention on Civil and Political Rights. Before the analysis of the Committee decisions, the rights that are protected by the Convention, the emergence, structure, the method of audit of the Committee will be described. The analysis of the decisions shows that there is a limited number of applications with the claim of limitation of the freedom of expression due to national security and also that the Committee has an ambiguous and relatively reserved attitude towards the applications.

* Yrd. Doç. Dr., Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi.

Giriş

Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHİUS), İnsan Hakları Komisyonu'nun yaklaşık on sekiz yıl süren çalışmasının sonunda ortaya çıkmış ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı kararla kabul edilmiş, taraf devletlerin imza¹ ve onayına sunulmuştur.² MSHİUS'un yürürlüğe girmesi için en az otuz beş devlet tarafından onaylanması koşulu aranmış (m. 49), bu koşulun gerçekleşmesi ise on yıl sürmüştür. Bundan dolayı belge ancak 23.03.1976 yılında yürürlüğe girebilmiştir.³

Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, genel olarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (Evrensel Bildirge)'nde yer alan insan kişiliğine bağlı klasik hak ve özgürlükleri kapsamakta ve bunları daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemektedir.⁴ Bunlar arasında yaşam hakkı (m. 6);⁵ işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ve ceza yasağı (m. 7); kölelik, angarya ve zorla çalıştırma yasağı (m. 8); kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (m. 9); özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin insanca muamele görme hakkı (m. 10);⁶ adil yargılanma hakkı (m. 14); sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmeme sonucunda hapis yaşama mahkûm edilme yasağı (m. 11); serbest dolaşım hakkı (m. 12); sınır dışı edilmeye karşı usulî güvenceler (m. 13); özel yaşamın korunması hakkı (m. 17); düşünce, vicdan ve

¹ Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, bugün itibarıyla yüz yetmiş dokuz tarafından imzalanmış, yüz yetmiş üç devlet tarafından onaylanmıştır bkz. <https://indicators.ohchr.org/> [Erişim tarihi: 16.06.2023]. MSHİUS Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanmış ve 04.06.2003 tarihinde 4868 sayılı kanun ile TBMM tarafından beyanlar ve çekince ile onaylanması uygun bulunmuştur, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4868.html> [Erişim tarihi: 24.02.2010].

² A/RES/2200 A(XXI), [1966]. <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>

³ http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en [Erişim tarihi: 12.03.2010].

⁴ Bu konuda bkz. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en [Erişim tarihi: 25.02.2010]. Türkiye, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Kofi Annan'ın 2000 yılındaki Bin Yıl Zirvesi öncesinde, üye devletlere yaptığı çağırını dikkate alarak ve Avrupa Birliği'ne üyelik çalışmaları çerçevesinde, hem Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'yi hem Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'yi onaylamıştır. Turgut Tarhanlı, "Sunuş", Raija Hanski-Martin Scheinin (Der.), İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları içinde (Çev. Defne Orhun), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. x.

⁵ Bu düzenleme, ölüm cezasına ilişkin çok sayıda sınırlama getirirse de ölüm cezasını bütünüyle ortadan kaldırmamaktadır. Ölüm cezasına ilişkin yasak İkinci İhtiyari Protokol tarafından getirilmiştir. Bu protokol 15.12.1989'da kabul edilip 11.07.1991'de yürürlüğe girmiştir. Bkz. UN Doc.A/RES/44/128,

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/548/87/IMG/NR054887.pdf?OpenElement> [Erişim tarihi: 21.02.2010].

⁶ Bu madde, gözetli koşullarını da düzenlemekte ve taraf devletlere cezaevi koşullarının evrensel standartları karşılama güvence altına almak için gerekli parasal kaynakları resmi olarak sağlama yükümlülüğü getirmektedir.

din özgürlüğü (m. 18); ifade özgürlüğü (m. 19); toplanma hakkı (m. 21), örgütlenme hakkı (m. 22);⁷ evlenme hakkı (m. 23); çocuk hakları (m. 24); yönetime katılma hakkı (25); hukuk önünde eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı (m. 26) gibi hak ve özgürlükler yer almaktadır. Evrensel Bildirge’de yer alan başka ülkelerde serbestçe dolaşabilme ve yerleşme hakkı (m. 13), sığınma hakkı (m. 14) gibi kimi haklar MSHİUS’da yer almamıştır. Ancak diğer yandan MSHİUS, Evrensel Bildirge’de yer almayan kimi hakları da kapsamaktadır. Bunlar arasında etnik, dinsel ya da dilsel azınlıkların kültürlerini ve dillerini kullanma ve ibadetlerini yapma hakkı (m. 27); ulusların kendi kaderini tayin hakkı (self determination) (m. 1); kendi doğal kaynaklarına sahip olma ve bunları serbestçe kullanabilme hakkı (m. 47) sayılabilir. Yine MSHİUS, Evrensel Bildirge’de yer almayan dikkat çekici bir hükme daha yer vermiştir. Bu hüküm her türlü savaş propagandası ile ulusal, irksal, dinsel düzeylerde kin ve nefret yaratarak ayırma, düşmanlığa ve şiddete yol açabilecek görüşlerin yayılmasını yasaklamaktadır (m. 20).

Yukarıda belirtildiği gibi MSHİUS’un 1. maddesi, bütün halklara kendi kaderini tayin hakkı tanımaktadır. Bu hak bütün halklara tanındığından gerçek anlamda bir kolektif insan hakkıdır. İnsan Hakları Komitesi (Komite)’ne göre bu hak İhtiyari Protokol kapsamında bireysel başvuru konusu olamaz.⁸ Buna karşılık azınlık haklarıyla ilgili olan ve kolektif açılımlara sahip bireysel bir hak olarak formüle edilen 27. madde⁹ kayda değer sayıda başvuruya konu olmuştur.¹⁰

Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin en özgün yanlarından biri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde olduğu gibi, güvenceye aldığı haklara taraf devletlerce saygı gösterilip gösterilmediğini denetlemek amacıyla getirmiş olduğu İnsan Hakları Komitesi’dir. Öneminden dolayı adı geçen Komite’nin ulusal güvenlik gerekçesine dayanarak ifade özgürlüğünün sınırlanması yönündeki kararlarının incelenmesinden önce, yapısı, çalışma ve denetim yöntemi üzerinde durulmaktadır.

⁷ Bu madde sendikal hakları da kapsamaktadır.

⁸ *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984 [26 March 1990], U.N. Doc. Supp. No. 40 [A/45/40] at 1 (1990), § 32.1-32.3, <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session45/167-1984.htm> [Erişim tarihi: 25.02.2010].

⁹ Madde şu şekildedir: “Etnik, dinsel ya da dil azınlıklarının bulunduğu devletlerde, bu azınlıklara mensup olan kişiler, kendi gruplarının diğer üyeleri ile birlikte, kendi kültürlerinden yararlanma, kendi dinlerine inanma ve bu dine göre ibadet etme ya da kendi dillerini kullanma hakkından yoksun bırakılmayacaklardır.”

¹⁰ Rajja Hanski-Martin Scheinin (Der.), İnsan Hakları Komitesi’nin Emsal Kararları, s. 3-4, yukarıda dipnot 4.

I. İnsan Hakları Komitesi'nin Yapısı ve Denetim Yöntemi

Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 28. maddesine göre 1976 yılında kurulup 1977 yılında çalışmaya başlayan Komite, çalışmalarını İnsan Hakları Komitesi Usul Kuralları (*Rules of Procedure of the Human Rights Committee*)'na göre yürütmektedir.¹¹

Taraf devletlerce gösterilen iki aday arasından yine taraf devletlerin temsilcilerince dört yıl için seçilen on sekiz uzmandan oluşan Komite (m. 28), MSHİUS'un etkili bir biçimde uygulanıp uygulanmadığını üç yolla denetlemektedir. Bunlardan ilki, taraf devletlerce sunulan raporları incelemek ve bu konuda nihai gözlemlerini açıklamaktır.¹² İkincisi devletlerarası başvuruları incelemektir.¹³ Üçüncüsü ise taraf devletlerin MSHİUS'dan kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlaline ilişkin kişi veya gruplarca yapılan başvuruları incelemektir. Ancak bu konuya ilişkin düzenleme MSHİUS'da yer almamış, İhtiyari Protokol (*Optional Protocol*)¹⁴ ile MSHİUS sistemine dâhil edilmiştir. Bu üç denetleme yönteminden yalnızca rapor yükümlülüğü MSHİUS'a taraf olan bütün devletler için zorunludur. Komite, denetim görevinin yanı sıra ayrıca MSHİUS'la ilgili Genel Yorum (*General Comment*) yapmaktadır.¹⁵ Şimdiye kadar otuz yedi Genel Yorum yapmıştır.¹⁶ Bunlar genellikle MSHİUS'un kimi maddelerini yorumlayan ve devletlerin sundukları raporlarda dikkat etmeleri gereken hususlara ilişkin yol gösteren, devletlerin MSHİUS ile üstlenmiş oldukları yükümlülükleri yerine getirmeleri konusunda yol gösteren, yardımcı olan açıklamalardır. Bir başka ifadeyle Genel Yorumlar Komite'nin içtihatlarını sistematik hale getiren açık-

¹¹ Rules of Procedure of the Human Rights Committee, CCPR/C/3/Rev.8 (2005), <http://www.ccprcentre.org/en/rules-of-the-procedure-of-the-human-rights-committee> (Erişim tarihi: 22.02.2010).

¹² Bkz. MSHİUS, m. 40.

¹³ Devletlerarası şikâyet yöntemi herhangi bir karar içermeyen, bir uzlaştırma yöntemidir. Bu yöntemde amaç devleti yargılamak değil, MSHUS'a uygunluk konusunda değişik görüşleri uzlaştırmaktır. Bundan dolayı da etkili yöntem olduğu söylenemez. Bkz. Mesut Gülmez, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No. 60, Ankara 2004, s. 213.

¹⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmış ve 9. maddeye uygun olarak 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol şimdiye kadar yüz yirmi devlet tarafından imzalanmış, yüz on beş devlet tarafından onaylanmıştır, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en (Erişim tarihi: 24.02.2010). Ek Protokol, Türkiye tarafından 3 Şubat 2004 tarihinde imzalanmış, 01.03.2006 tarihinde 5468 sayılı kanunla beyanlar ve çekincelerle birlikte onaylanmıştır, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5468.html> (Erişim tarihi: 24.02.2010).

¹⁵ MSHİUS, m. 40/4.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/ccpr/general-comments> (Erişim tarihi: 16.06.2023).

lamalardır. Komite'nin bir başka görevi ise MSHİUS'da tanınan hakların ihlalinin mağdur olduğunu ileri süren kişi ve grupların şikâyetlerini incelemektir. MSHİUS bireysel başvuru hakkına yer vermemiş, bu konu İhtiyari Protokol'de düzenlenmiştir.¹⁷

Komite'nin bireysel başvurularla ilgili olarak vermiş olduğu kararlar MSHİUS'un ihlal edilip edilmediğini saptamaktadır. Ayrıca bu kararlar soruna ilişkin olası çözüm önerilerini de içermektedir. Örneğin kararlarda ilgili devlete gözaltına alınan bir kişinin ölümünden sorumlu olanları yargı önüne çıkarması, mağdurlara etkili başvuru yolları olanağını sağlaması, tazminat ödemesi ve bir daha bu tür ihlallerin ortaya çıkmaması için gerekenleri yapması gibi önerilerde bulunmaktadır.¹⁸ Ancak Komite kararları MSHİUS'u ihlal ettiği saptanan yasayı ya da işlemi iptal etmemektedir. Komite'nin kararları doğrultusunda düzenlemeler yapmak, ihlale neden olan hukuksal düzenlemeyi veya uygulamayı ortadan kaldırmak taraf devlete düşen bir yükümlülüktür. Komite bir ihlale karar verdiğinde taraf devletten kararı etkili hale getirme yönünde aldığı önlemler hakkında üç ay içinde bilgi vermesini istemektedir. Komite bu yöndeki talebini MSHİUS'un 2. maddesine dayandırmaktadır. Örneğin *Eustace Henry and Everaldo Douglas v. Jamaica*¹⁹ vakasında verdiği karara göre MSHİUS'un 2. maddesinin 3. fıkrası taraf devletlere MSHİUS'da tanınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkese etkili başvuru yolu tanıma yükümlülüğü getirmektedir. İhtiyari Protokole taraf olan bir devlet, Protokolü onaylamakla bu etkili yollar arasına Komite'ye başvuruda bulunma hakkını da katmış olmaktadır.

Usul Kurallarının 101. maddesi, Komite kararlarının taraf devletlerce etkili hale getirilmesi amacıyla alınan önlemleri izlemek için bir özel raportör atanmasını öngörmüştür. Özel raportör bu amaçla taraf devletin temsilcileriyle bağlantı kurabilir ve uygun gördüğü önlemleri alır. Gerek gördüğü durumlarda ek önlemler alması konusunda Komite'ye önerilerde bulunabilir. İzleme etkinlikleriyle ilgili olarak Komite'ye düzenli bir şekilde rapor verir. Komite de yıllık raporunda izleme etkinliklerine

¹⁷ Bkz. A/RES/2200 (XXI), 16.12.1966, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/IMG/NR000503.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi: 12.05.2010).

¹⁸ Örneğin, Komite Jong-Kyu Sohn vakasında taraf devletten MSHİUS madde 2(3/a) çerçevesinde tazminat da dâhil olmak üzere başvurucunun zararlarını gidermesini, gelecekte de benzer ihlallerin söz konusu olmaması için Labor Dispute Adjustment madde 13(2/a)'ü gözden geçirmesini istemiştir. Hatta Komite kararında, taraf devletin gelecekte de benzer ihlallerin meydana gelmemesini sağlamak yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir. Bkz. *Jong-Kyu Sohn v. Republic of Korea*, Communication No. 518/1992, U.N. Doc. CCPR/C/54/D/518/1992 (1995), § 12, <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/MasterFrameView/c1721c4500e29074802566e30035eebf?Opendocument> (Erişim tarihi: 21.09.2009).

¹⁹ Communication No. 571/1994, U.N. Doc. CCPR/C/57/D/571/1994 (1996), § 11, 12, <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/571-1994.html> (Erişim tarihi: 12.02.2010).

ilişkin bilgilere yer verir. Komite kararlarının bağlayıcı olduğu konusunda İhtiyari Protokol'de bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamaya bakıldığında Komite kararlarında taraf devletlerden MSHİUS çerçevesinde kimi önlemler almasını, yasalarında değişiklikler yapmasını, başvuruculara tazminat ödemesini istemektedir. Örneğin *Delia Saldias de Lopez v. Uruguay* vakasında Komite, taraf devletin MSHİUS'un 2. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde kimi önlemler alması gerektiğini belirtmiştir. Bu çerçevede başvurucunun Uruguay'dan ayrılmasına izin verilmesi, tazminat da dâhil olmak üzere uğradığı zararların giderilmesi ve gelecekte benzer ihlallerin söz konusu olmaması için önlemler alınması istenmiştir.²⁰

Benzer şekilde *Tshitenge Muteba v. Zaire* başvurusunda Komite, başvurucuya tazminat ödenmesini, işkence suçlarının bulunmasını ve benzer hak ihlallerinin yaşanmaması için gerekli önlemlerin alınmasını istemiştir.²¹

Taraf devletlerin uygulamada, Komite kararlarını dikkate alarak yasalarını ve uygulamalarını değiştirdiği görülmektedir.²² Örneğin Komite *Toonen v Australia*²³ vakasında, erkekler arasındaki eşcinselliği cezalandıran yasanın MSHİUS'a aykırı olduğuna karar vermiştir. Komite'nin bu kararı doğrultusunda Avusturalya hükümeti söz konusu yasayı yürürlükten kaldırmıştır. Benzer biçimde Komite, *Broeks v. the Netherlands*²⁴ vakasında Hollanda sosyal güvenlik mevzuatının kadınlara karşı ayrımcı hükümler içerdiğine karar vermiş, bunun üzerine Hollanda ayrımcılık oluşturan düzenlemeler konusunda gerekli mevzuat değişikliğini yapmıştır.²⁵

Komite MSHİUS'da güvenceye alınan bir hakka getirilen sınırlamayı incelerken nasıl bir yöntem izlediğini 27 No'lu Genel Yorum'da ortaya koymuştur.²⁶ Adı geçen Genel Yorum'a göre bir sınırlama; (A) hukukça öngörülmesi (yasallık/hukuksallık ilkesi), (B) meşru hedeflerden birini korumayı amaçlamalı (meşruluk ilkesi) ve (C) sınırlamalar bu amaç için gerekli olmalıdır. Komite, MSHİUS'un 19. maddesinde

²⁰ ibid, § 14.

²¹ ibid, § 13.

²² Bu konuda bkz. Songül Atak, "İnsan Hakları Komitesi ve Bireysel Şikâyet Yöntemi", <http://www.akader.info/sbard/sayilar/2005Eylul/10.pdf> (Erişim tarihi: 24.02.2010).

²³ CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws488.htm> (Erişim tarihi: 17.02.2010).

²⁴ Communication No. 172/1984, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 196 (1990), <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/news-cans/172-1984.html> (Erişim tarihi: 27.02.2010).

²⁵ Songül Atak, "İnsan Hakları Komitesi ve Bireysel Şikâyet Yöntemi", yukarıda dipnot 22.

²⁶ Human Rights Committee, General Comment 27, Freedom of movement (Art.12), U.N. Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (1999), <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom27.htm> (Erişim tarihi: 23.02.2010).

güvenceye alınan ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamaları denetlerken de bu yöntemi uygulamaktadır.²⁷

A. Yasallık/Hukuksallık İlkesi

27 No’lu Genel Yorum’un 12. paragrafına göre bir hukuk kuralı açık ve kesin olma koşullarını taşımalıdır. Bu koşullar bireylerin davranışlarının sonuçlarının ne tür yaptırımlarla karşılanacağını görebilmeleri için gereklidir. Bu nitelikleri taşımayan hukuk kurallarının neye izin verilip verilmediği konusunda belirsizlik yaratması belirsiz konulardaki davranışları cesaretlendirebilir. Bundan dolayı Komite’ye göre hukuk kuralları muhataplarının anlayacağı açıklıkta olmalıdır. Ancak böyle olduğu takdirde kişiler hem yükümlülüklerini hem de davranışlarının hukuka uygun olup olmadığını anlayabilir.²⁸ Yine Komite’ye göre bir hukuk kuralı çok geniş ve genelse “hukukça öngörülme” ölçütünü karşılamayacaktır. Bununla birlikte bu geniş ve genel olmanın nedeni meşrulaştırılabiliyorsa MSHIUS’la uyumlu kabul edilmektedir.²⁹

Komite kimi kararlarında, başvuruculara uygulanan yaptırımların hukukça ön-görülme koşulunu taşımadığına karar vermiştir. Örneğin *Monja Jona v. Madagascar* başvurusunda Komite, başvurucuya uygulanan muamelelerin hukuksal dayanağının olmadığına dikkat çekmiştir. Karara konu vakada Monima adlı muhalefet partisinin lideri ve başkanlık seçimlerinde aday olan başvurucu, seçimleri kazanamaması üzerine seçim sonuçlarını eleştiren bir basın toplantısı düzenlemiştir. Bu basın toplantısından kısa bir süre sonra gözaltına alınmış ve bir askeri kampta tutulmuş fakat gözaltı ve tutulma nedenleri konusunda bilgilendirilmemiştir.³⁰ Komite’nin önüne gelen vakada kendisine karşı başvuru yapılan devlet, başvurucunun belli örgütlerin dağıtılmasını düzenleyen hukuk kuralları çerçevesinde gözaltına alındığını ve yıkıcı (*submissive*) eylemlerden dolayı mahkûm olan kişilerin bulunduğu cezaevine konulduğunu ileri sürmüştü; ancak Komite’ye sunduğu bilgilerde başvurucunun söz konusu

²⁷ *Faurisson v. France*, Communication No. 550/1993, France. 16/12/96. CCPR/C/58/D/550/1993. [Jurisprudence], § 9.7, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/MasterFrameView/4c47b59ea48f7343802566f200352fea?Opendocument> (Erişim tarihi: 25.02.2010).

²⁸ *LJM de G v. Netherlands*, Communication No. 578/1994, UN.GAOR, Human Rights Committee, 14 July 1995. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/MasterFrameView/f7f38c12a4a283b580256798004ab0bd?Opendocument> (Erişim tarihi: 12.02.2010).

²⁹ *Faurisson v. France*, § 9.5, yukarıda dipnot 27.

³⁰ *Monja Jona v. Madagascar*, Communication No. 132/1982, UN.GAOR, Human Rights, Communication views adopted 1 April 1985, § 12.2, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/MasterFrameView/ef3e0bd958c2b818c1256ab9003294ad?Opendocument> (Erişim tarihi: 19.10.2009).

hukuk kurallarınca yasaklanan eylemlerin içinde olduğunu gösteren kanıtlar ortaya koyamamıştır. Başvurucu ne suçlanmış ne de yargılanmıştır.³¹ Komite, yıkıcı olduğu ileri sürülen etkinliğin özgül hukuk kurallarına gönderme yapılarak kanıtlanması gerektiğine dikkat çekmiş ve söz konusu vakada başvurusunun hiçbir eyleminin hukukça yasaklandığı sonucuna ulaşmamıştır. Komite'ye göre siyasal düşüncelerinden dolayı başvurusunun hakları ihlal edilmiş ve aynı nedenlerden dolayı işkenceye tabi tutulmuştur.³²

Komite kararlarına göre MSHİUS'da güvenceye alınan hakları kısıtlayan hukuk kuralları MSHİUS'un amaçlarıyla uyumlu olmalıdır. Komite bu yaklaşımını Avustralya'nın Tazmania eyaletinin Ceza Kanunu'nun 122 ve 123. maddelerinde yer alan ve erkekler arasındaki eşcinsel ilişkiyi cezalandıran düzenlemelerin MSHİUS'un 2. maddesinin 1. fıkrasını, 17 ve 26. maddelerini ihlal ettiği ileri sürülen *Toonen v. Australia* vakasında ortaya koymuştur.³³

B. Meşruluk İlkesi

İnsan haklarıyla ilgili belli başlı uluslararası belgeler, ifade özgürlüğünün ulusal güvenlik gerekçesiyle sınırlanmasına izin vermektedir.³⁴ Ancak sınırlamanın meşru kabul edilebilmesi için söz konusu amacı gerçekleştirmeye yönelik olması gerekmektedir.³⁵ Sınırlamanın izin verilen amaca hizmet etmesi yeterli değildir; aynı zamanda bu amaç için gerekli olma koşulunu da taşımalıdır. Yine sınırlayıcı önlemler ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Bir başka ifadeyle istenen sonuca ulaşılması için kullanılacak araçlar arasında en az kısıtlayıcı olan seçilmeli ve bu önlem korunan yararlar ölçülü olmalıdır.³⁶

Taraf devletler bir sınırlamanın amacının ulusal güvenliğin korunması olduğunu ileri sürdüklerinde uluslararası sözleşmelerin denetim organları, genellikle devletlerin

³¹ *ibid*, § 13.

³² *ibid*, § 14.

³³ *Toonen v. Australia*, 8.2, yukarıda dipnot 23.

³⁴ Örneğin bkz. Evrensel Bildirge'nin 29. maddesi; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13(2) maddesi; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 27. maddesi (kollektif güvenlik), 29(3) (devletin güvenliği), 29(5) (ulusal bağımsızlık); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi.

³⁵ *The Sunday Times v. the UK* (No. 1), Application No. 6538/1974, 26.04.1979, § 55-57.

³⁶ General Comment No. 27, § 14, yukarıda dipnot 26.

bu iddiasını yerinde bulmaktadır.³⁷ Bir başka ifadeyle devletler, meşruluk sınavmasını kolayca geçmektedir.

C. Gereklilik İlkesi

Ulusal güvenlik gerekçesiyle ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında en çok ihlal edilen ölçüt “gereklilik” ilkesi olmaktadır. Buradaki “gereklilik”, taraf/ilgili devletin gerekli olarak görmesinden ziyade demokratik bir toplumdaki gerekliliktir.³⁸

Demokratik toplumda gereklilik kavramı, Evrensel Bildirge’de yer almıştır. Adı geçen Bildirge’nin 29. maddesine göre:

“Herkes haklarını kullanırken ve özgürlüklerinden yararlanırken başkalarının hak ve özgürlüklerinin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ve demokratik bir toplumda genel ahlak ve kamu düzeniyle genel refahın gereklerinin karşılanması amacıyla yalnız yasayla belirlenmiş sınırlamalara bağlı olur.”³⁹

Bu maddeden de anlaşıldığı gibi ifade özgürlüğü mutlak değildir.⁴⁰ Devletler bu özgürlüğü belirli yasaklara ve cezalara bağlayabilirler. Ancak Komite’ye göre ifade ve diğer özgürlüklerle ilgili sınırlamalarda, ulusal güvenlik veya diğer meşru amaçlar özgül kanıtlarla ortaya konulmalıdır.⁴¹ Bu koşula uyulmadığı için *Pietroroia v. Uruguay* vakasında Komite, MSHİUS’un 19. maddesinin 2. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴² Karara konu olan vakada başvuru gözetilmesine alınmış, siyasi ve ticari etkinliklerinden dolayı kötü muameleye tabi tutulmuş ve on iki yıl hapis cezasına

³⁷ Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve İnsan Hakları Komitesi.

³⁸ Danilo Türk and Louis Joinet, “The Right to Freedom of Opinion and Expression: Final Report, UN. ESCOR”, Commission on Human Rights, 44th Session, § 20, 25, UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/9 (14 July 1992), § 64, http://search.ohchr.org/search?q=danilo+t%C3%BCrk+and+louis+joinet&btnG=Search&entqr=0&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&client=en_frontend&ud=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&proxystylesheet=en_frontend&site=default_collection [Erişim tarihi: 21.12.2010].

³⁹ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/bmihbeyan/bmihbeyan.htm> [Erişim tarihi: 14.08.2009].

⁴⁰ *Vladimir Viktorovich Shchetko and Vladimir Vladimirovich Shchetko v. Belarus*, Communication No. 1009/2001, U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1009/2001 (2000), § 7.3. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/140844cdfddda67c12571cc00511f56?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/140844cdfddda67c12571cc00511f56?Opendocument) [Erişim tarihi: 12.10.2009].

⁴¹ *L. Weinberger Weisz v. Uruguay*, Communication No. 28/1978, U.N. GAOR, Hum. Rts. Comm., <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/MasterFrameView/367ae61eb74eefc1256ab20042b749?Opendocument> (14.08.2009); Leopuldo Buffo Carballal v. Uruguay, Communication No. 33/1978, U. N. GAOR, Hum. Rts. Comm., <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/MasterFrameView/66984ca1061a98bfc1256ab200444283?Opendocument> [Erişim tarihi: 21.02.2010].

⁴² *Pietroroia v. Uruguay*, Communication No. 44/1979, U. N. GAOR, Hum. Rts. Comm., [views adopted 27 March 1981], § 15-16, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/MasterFrameView/89381ac4f4bf09fac1256ab20047b0e5?Opendocument> [Erişim tarihi: 15.09.2009].

mahkûm edilmiştir. Komite'ye göre taraf devlet, başvurucunun cezalandırılmasının meşruluğunu gösterecek özgül deliller ortaya koyamadığından MSHİUS'u ihlal etmiştir.⁴³

İnsan Hakları Komitesi, din özgürlüğü ile ilgili 22 No'lu Genel Yorum'da sınırlamaların yalnızca ilgili maddede öngörülen özgül amaçları gerçekleştirmek için gerekli olması yönünde görüş bildirmiştir.⁴⁴ Komite bu ölçütü MSHİUS'da yer alan ifade özgürlüğü ve diğer haklara ilişkin vakalara da uygulamaktadır.⁴⁵ Buna bağlı olarak her sınırlamanın en az sınırlayıcı nitelikte olması gerektiği söylenebilir. Bu ölçüt, Komite'nin uyguladığı ölçülülük testinden daha fazla sınırlayıcı niteliğe sahiptir. Ölçülülük testine göre bir sınırlama, meşru amacın gerektirdiği ölçüde makul olmalıdır. Aynı amacı gerçekleştirmekle birlikte ifade özgürlüğüne daha az müdahale eden alternatif bir önlem söz konusu ise seçilen önlem gerekli değildir.⁴⁶ Önlem mümkün olduğunca hakkı zayıflatmamalı, geniş ve amaçsız bir biçimde ifadeyi kısıtlamamalıdır.⁴⁷ Dolayısıyla sınırlamaların etkisi ölçülü ve her bir sınırlamanın yararı, onun maliyetinden fazla olmalıdır.⁴⁸

Yine bu testin uygulanmasında mahkemeler ve diğer denetim organları, sınırlamaların uygulandığı zamanın koşullarını dikkate almalıdır.⁴⁹ Örneğin ulusal güvenlik gerekçesiyle savaş zamanında meşru olan bir sınırlama barış zamanında meşru olmayabilir.

İfade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar tartışılırken şiddet içerikli ifadeler konusu da ele alınmalıdır. İfade, doğrudan şiddeti kışkırtma niyeti taşıyorsa ve ifade ile şiddet arasında bir neden sonuç ilişkisi varsa sınırlama gereklidir. Bu ölçüt, BM İfade Özgürlüğü Özel Raportörleri tarafından da kabul edilmiş⁵⁰ ve 1996'dan bu yana

⁴³ ibid, § 13.2, 14.

⁴⁴ General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion [Art. 18]: 30/07/93. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, General Comment No. 22. [General Comments]. [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/9a30112c-27d1167cc12563ed004d8f15?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/9a30112c-27d1167cc12563ed004d8f15?Opendocument) [Erişim tarihi: 28.12.2009].

⁴⁵ *Pietraroia v. Uruguay*, § 16, yukarıda dipnot 42; *Toonen v. Australia*, yukarıda dipnot 23.

⁴⁶ Bkz. *Keun-Tae Kim v Republic of Korea*, Communication No. 574/1994, U.N. Doc. CCPR/C/64/D/574/1994 (1999), <http://www.unhcr.org/refworld/country,HRC,KOR,4562d8cf2,3f588eff7,0.html> [Erişim tarihi: 16.02.2010].

⁴⁷ *Faurisson v France*, § 8. Yargıç Evatt, Kretzmer ve Klein'in ayrıık oy yazıları. Yukarıda dipnot 27.

⁴⁸ *Pietraroia v Uruguay*, § 16, yukarıda dipnot 40.

⁴⁹ Bkz. *Jong-Kyu Sohn v Republic of Korea*, yukarıda dipnot 18.

⁵⁰ Bkz. Question of the Human Rights of all Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment, UN Doc E/CN.4/1996/39, 11 March 1996, § 154, <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/f72d842a16ae2d-53802566b1005779fe?Opendocument> [14.01.2010].

ifade özgürlüğü ile ilgili yıllık kararlarında Komite tarafından taraf devletlere tavsiye edilmektedir.⁵¹ BM Güvenlik Konseyi, bir ifadenin ancak şiddeti kışkırtıyor/tahrir ediyorsa (*incite*) sınırlanabileceğini 1456⁵² ve 1624⁵³ No'lu tavsiye kararlarında benimsemiştir. Bu kararlar, ifadeyle terörist etkinlik ve şiddet arasında neden sonuç ilişkisi bulunmasını da aramaktadır. Ayrıca Güvenlik Konseyi 1624 No'lu kararında bütün devletlere terörist eylemleri ve şiddeti kışkırtmayı engellemek için yasal düzenleme yapmaları çağrısında bulunmuştur.⁵⁴ Her iki karar da teröre karşı alınacak önlemlerin devletlerin uluslararası hukuk çerçevesindeki yükümlülükleriyle ve uluslararası insan hakları hukukuyla uyumlu olması gerektiğine dikkat çekmiştir.⁵⁵

Benzer bir ölçüt *Karataş v. Turkey* kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme) tarafından da benimsenmiştir.⁵⁶ Karara konu olan vakada başvuru, terörist saldırıların yoğun olduğu bir ortamda terör eylemlerini öven şüirler yayımladığı gerekçesiyle mahkûm olmuştur. Mahkeme, önüne gelen davada ulusal güvenliğe ciddi ve sürekli tehditlerin olduğu bir ortamda bile başvurunun ifade özgürlüğüne vurgu yapmış ve mahkûm edilmesinin bu hakkı ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme kararında şüirlerle şiddet arasında bir ilişki olmadığına dikkat çekmiştir:

Davaya konu olan şüirlerin siyasi bir boyuta sahip olduğu tartışmasız bir gerçektir. Söz konusu şüirlerde renkli bir hayal gücü kullanılarak Türkiye'deki Kürt kökenli nüfusun hoşnutsuzluğu dile getirilmiştir. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. fıkrasının kamu yararı olduğu takdirde siyasi konuşmaların veya sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlandırılmasına sınırlı bir biçimde izin verdiğini belirtmiştir. Demokratik bir sistemdeki hareketler veya hükümetin ihmalleri yalnızca yasamanın ve yargının değil aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olmalıdır. Ayrıca hükümetin sahip olduğu egemen konum, özellikle haksız saldırılar ve muhaliflerinin eleştirilerine cevap verilmesi konusunda başka araçların bulundu-

⁵¹ Bkz. UN Doc. E/CN.4/1996/53, 19 April 1996, <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/dca4f0a-7370b032080256690004e5f19?OpenDocument> (Erişim tarihi: 21.12.2010).

⁵² United Nations Security Council, Resolution 1456, UN SC, 4688th mtg, UN Doc S/Res/1456 (2003), 20 January 2003, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/216/05/PDF/N0321605.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi: 14.03.2010).

⁵³ United Nations Security Council, Resolution 1624, UN SC, 5261st mtg, UN Doc S/Res/1624 (2005) 14 September 2005, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/510/52/PDF/N0551052.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi: 14.03.2010).

⁵⁴ *ibid*, 1(a).

⁵⁵ Resolution 1456, (6), yukarıda dipnot 52; Resolution 1624, (4), yukarıda dipnot 53.

⁵⁶ *Karataş v. Turkey*, Application No. 2318/94, 08.07.1999.

ğu durumlarda cezalandırmaya başvurulması konusunda bir sınırlamayı zorunlu kılmaktadır. Nitekim davaya konu olan şiirlerin kimi bölümlerinin ton açısından ciddi biçimde saldırgan olmasına ve şiddet kullanmaya davet etmesine karşın Mahkeme, doğası gereği şiirlerin sanatsal yapısının ve sınırlı bir etkiye sahip olmasının bir ayaklanmaya davetten ziyade zor siyasi konum itibariyle derin bir üzüntü ifadesini içerdiklerini göz önünde bulundurmaktadır.⁵⁷

Mahkemenin bu kararı, ifade özgürlüğünün sınırlanması için kişilerin şiddeti kışkırtma niyetinin gerekliliğine ve sonuçta şiddetin meydana gelmiş olmasına vurgu yapmaktadır. Karar ayrıca ifade ve gerçek şiddetin vukuu arasındaki nedensellik ilişkisine vurgu yapmaktadır.

İfade özgürlüğü bağlamında gazetecilere uygulanan cezai yaptırımlar üzerinde de durulmalıdır. Bu cezaların ifade özgürlüğü üzerindeki caydırıcı etkisi, özellikle medya bağlamında kendini göstermektedir. İfade özgürlüğünü kullandıkları için medya mensuplarına uygulanan cezaların uygun olmadığı insan hakları mahkemelelerinin, BM'nin, AGİT (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı)'ın ve OAS (*Organization of American States*)'in dikkatini çekmiştir.⁵⁸ Enformasyon ve düşüncenin yayılmasında medyanın önemi ve yeri dikkate alındığında MSHİUS'un 19. maddesi çerçevesinde gazetecilerin hapis cezasına çarptırılması nadiren meşrulaştırılabilir.

Komite ifade özgürlüğüyle ilgili sınırlamalarda takdir yetkisini ele almıştır. 27 No'lu Genel Yorum'a göre sınırlamaların uygulanmasını düzenleyen yasalar uygulayıcılara sınırlı takdir yetkisi tanınmalıdır.⁵⁹ Takdir yetkisi öğretisi, Mahkeme içtihatla-

⁵⁷ ibid, § 50, 52.

⁵⁸ Bkz. Örneğin The January 2000 report of the UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of expression to the UN Human Rights Committee E/CN.4/2000/63, para. 205, <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/16583a84ba1b3ae5802568bd004e80f7?Opendocument> (Erişim tarihi: 16.02.2010); the Warsaw Declaration of the OSCE Parliamentary Assembly, 8 July 1997, para. 140, http://www.osce.org/documents/gen/2005/07/15827_en.pdf (17.02.2010); and The Joint Declaration dated 10 December 2002 of the UN, OSCE and OAS Special Mandates on freedom of expression, http://www.osce.org/documents/rfm/2002/12/190_en.pdf (Erişim tarihi: 17.02.2010). İnsan Hakları Komitesi defalarca somut vakalar bağlamında hakaret cezasıyla ilgili hukukun yanlış uygulandığını ortaya koymuştur. Bu bağlamda kimi ülkelere reform yapmalarını tavsiye etmiştir. Örneğin Azerbaycan'a, [Concluding observations of the Human Rights Committee: Azerbaijan, UN Doc. CCPR/CO/73/AZE, 12 November 2001], <http://www.universalthumanrightsindex.org/hrsearch/displayDocumentVersions.do?lang=en&docId=257>; Norveç'e [Concluding Observations of the Human Rights Committee: Norway, UN Doc. CCPR/C/79/Add.112, 1 November 1999], [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/82272dbf8e4d44c480256820005dd784?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/82272dbf8e4d44c480256820005dd784?Opendocument) (Erişim tarihi: 18.02.2010).

⁵⁹ General Comment No. 27, § 13, yukarıda dipnot 26.

rında önemli bir yer tutmasına karşın⁶⁰ İnsan Hakları Komitesi tarafından benimsenmemiştir. Komite, 1982 yılında genel ahlak gerekçesiyle ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamayı MSHİUS'a uygun bulurken “Genel ahlak ülkeden ülkeye çok değiştiğinden bu konuda evrensel olarak kabul edilebilecek ortak standartlar söz konusu değildir. Sonuç olarak bu konuda ulusal otoritelere bir takdir yetkisi verilmelidir.” gerekçesine yer vermiştir.⁶¹

Takdir yetkisi konusu, daha yakın tarihli bir başvuruda da Komite'nin önüne getirilmiştir. Karara konu olan vakada Finlandiya'da yaşayan Saami etnik grubuna mensup başvuruçular, yaşadıkları bölgedeki madencilikle ilgili etkinliğin ağaçların kesilmesine yol açtığını, bunun da ren geyiği yetiştiriciliğini olumsuz etkilemesi nedeniyle ekonomik haklarını tehdit ettiğini ileri sürmüşlerdir.⁶² Finlandiya ise 27. maddenin uygulanmasında taraf devletlere takdir yetkisi bırakılması gerektiğini belirtmiştir. Taraf devlet, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da gönderme yaparak ulusal yargı organlarının karar verme bakımından uluslararası mahkemelerden daha iyi bir konumda olduklarına dikkat çekmiştir. Yine taraf devlet, iki idari makam ve yüksek idare mahkemesi kararlarının verilen izinlerin ve ilgili önlemlerin hukuka uygun olduğunu ortaya koyduğunu ileri sürmüştür.⁶³ Komite ise bir devletin ekonomik kalkınma konusunda özel teşebbüs eliyle kalkınmayı seçmesinin anlaşılabilir olduğuna dikkat çekmiş; fakat bu konudaki tercihini takdir yetkisine değil, 27. madde çerçevesindeki yükümlülüklerine gönderme yaparak meşrulaştırabileceğini belirtmiştir. Komite'ye göre 27. maddenin amaçlarından biri de azınlık mensubu kişilerin kültürlerinin inkâr edilmesini engellemektir. Bu vakada başvuruçulara karşı alınan önlem-

⁶⁰ Mahkemenin takdir yetkisine yer verdiği kararlar konusunda örnek olarak bkz. *The Sunday Times v. the UK* (No.2), Application No. 13166/87, 26.11.1991, § 49-50; *Klass v. Germany*, Application No. 5029/71, 06.09.1978, § 49-50; *Johnston and others v. Ireland*, Application No. 9697/82, 18.12.1987, § 55, 75; *Norris v. Ireland*, Application No. 10581/83, 26.10.1988, § 45; *Cossey v. the UK*, Application No. 10843/84, 27.09.1990, § 40; *Open Door and Dublin Well Woman*, Applications Nos. 14234/88, 14235/88, 29.10.1992, § 68; *Refah Partisi and Others v. Turkey*, Applications Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 31.07.2001, § 81, 83; *Ürper and Others v. Turkey*, Applications Nos. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07, 54637/07, 20.10.2009, § 44. Takdir yetkisi konusunda bkz. R. St. J. Macdonald, “The Margin of Appreciation”, R. St. J. Macdonald ve diğerleri (Der.), *The European System for the Protection of Human Rights* içinde, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 83-124; Egemen Esen, *İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

⁶¹ *Hertzberg v. Finland*, Communication No. 61/1979, Finland. 02/04/82 CCPR/C/15/D/61/1979. (Jurisprudence) § 10.3, <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/MasterFrameView/23a5d17c91636ac3c1256ab50030c76b?Opendocument> (Erişim tarihi: 18.09.2009).

⁶² *Länsman et al. v. Finland*, Communication No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994), § 2.1-2- 7, <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws511.htm> (Erişim tarihi: 21.03.2010).

⁶³ *ibid*, § 7.13.

lerin etkisi haklarının inkârı anlamına geldiğinden 27. maddeyle uyumlu değildir. Bu gerekçeyle Komite, taraf devletin takdir yetkisi istemini kabul etmemiştir.⁶⁴

II. İnsan Hakları Komitesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Ulusal Güvenlik

Savaş, ekonomik bunalım, terör eylemlerinin artması gibi olağanüstü durumlar insan haklarının sınırlanmasının en meşru gerekçeleri olarak kabul edilmektedir.⁶⁵ Fakat bir sınırlamanın meşru olması için koşulların her zaman olağanüstü aşamaya gelmesine gerek yoktur. Nitekim devletler, olağan dönemlerde bile örneğin casusluğu önlemek, kamu düzenini sağlamak, başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla hak ve özgürlüklerde kısıtlamalar yapabilmektedirler.

MSHİUS'un 4. maddesinin 1. fıkrası, olağanüstü durumlarda ifade özgürlüğü de dâhil olmak üzere birçok hakkın askıya alınmasına izin vermektedir. Adı geçen maddeye göre hak ve özgürlüklerin askıya alınabilmesi için (a) olağanüstü durum ulusun yaşamını tehdit etmeli, (b) resmen ilan edilmeli, (c) alınan önlemler durumun gerektirdiğinden fazla olmamalı ve uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler ihlal edilmemeli, (d) cins, ırk, sosyal köken, dil, din ayrımı içermemelidir. Bu ölçütler, hak ve özgürlüklerin askıya alınmasının kötüye kullanılmasına karşı yeterli gibi görünse de uygulamada sıkça kötüye kullanıldıkları görülmektedir. Birleşmiş Milletler İfade Özgürlüğü ile İlgili Alt Komisyon Raporunda da temel haklar konusunda yükümlülük azaltılmasına gidildiğinde ifade özgürlüğünün ilk kurbanlar arasında yer aldığı belirtilmiştir.⁶⁶

Komite kimi vakalarda muhalefetin barışçıl yollarla hükümeti değiştirme çabalarının, bunlar ulusal yasaların ihlalini oluştursa bile korunan ifade ve örgüt biçimleri olduğuna ve haklı olarak cezalandırılmaması gerektiğine karar vermiştir.⁶⁷ Örneğin

⁶⁴ ibid, § 9.4. Bununla birlikte Komite'ye göre alınan önlemler azınlığa mensup kişilerin yaşam biçimleri üzerinde sınırlı bir etki yarattıklarından 27. maddenin ihlali söz konusu değildir.

⁶⁵ Olağanüstü dönemlerde temel hakların sınırlanması konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Selin Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008; Mehmet Semih Gemalmaz, *Olağanüstü Rejim Standartları*, Beta Yayınları, İstanbul 1994.

⁶⁶ Danilo Türk and Louis Joinet, "The Right to Freedom of Opinion and Expression: Final Report, UN. ESCOR", s. 36, yukarıda dipnot 38.

⁶⁷ *Ngalula Mpandanjila et al. v. Zaire*, Communication No. 138/1983, 26 March 1986, <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session41/138-1983.htm> [Erişim tarihi: 24.08.2009]; *Mpaka-Nsusu v. Zaire*, Communication No. 157/1983, CCPR/C/27/D/157/1983, 26 March 1986, <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session41/157-1983.htm> [Erişim

bir kararında, mahkûm olan on ikisi eski parlamenter, biri iş adamı olan Zaireli siyasi eylemcilerin durumunu incelemiştir. Karara konu olan vakada, söz konusu siyasi eylemciler düzeni devirmek için plan yaptıkları ve muhalif parti kurmaya çalıştıkları gerekçesiyle yargılanmışlardır. İşadamı ise gizli bilgileri çaldığı gerekçesiyle yargılanmıştır. Eski parlamenterler on beşer yıl, işadamı ise beş yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.⁶⁸ Bir süre sonra serbest bırakılmışlar ancak çeşitli idari yaptırımlara tabi tutulmuşlardır. Bu yaptırımlar arasında ailelerinden ayrı yaşamak da vardır. Sürgün esnasında kötü muameleye tabi tutulmuş ve yeterli tıbbi yardım alamamışlardır.⁶⁹ Sonuç olarak Komite, keyfi olarak gözaltına alınıp uzunca bir süre tutuldukları için 9. maddenin 1. fıkrasının; sürgündeyken kötü muameleye tabi tutulduklarından 10. maddenin 1. fıkrasının; sürgün sırasında seyahat özgürlükleri ihlal edildiğinden 12. maddenin 1. fıkrasının; kamuya açık yargılama yapılmadığından 14. maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu kararın en dikkat çekici yönlerinden biri Komite'nin başvuruçuların düşüncelerinden dolayı kötü muameleye tabi tutuldukları için 19. maddenin ihlal edildiğine karar vermiş olmasıdır.⁷⁰

Tshitenge Muteba v. Zaire başvurusunda da Komite aynı yönde karar vermiştir. Başvuruya konu olan vakada başvuruçular, ülkenin bir kısmını kabilelere ayırmak için parti kurduğu, yerleşik düzeni ve kurumları değiştirmeyi amaçladığı, böylece ülkenin iç ve dış güvenliğini tehlikeye attığı gerekçesiyle mahkûm edilmiş ve işkenceye tabi

tarihi: 27.08.2009]; *Tshitenge Muteba v. Zaire*, Communication No. 124/1982, 24 July 1984, CCPR/C/OP/2 at 158 (1990), <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session39/124-1982.htm> [Erişim tarihi: 11.09.2009]; *Pietroroia v. Uruguay*, § 17, yukarıda dipnot 42; *Leopoldo Buffo Carballal v. Uruguay*, Communication No. 33/1978, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 63 (1984), § 12, http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/33_1978.htm [Erişim tarihi: 16.02.2010].

⁶⁸ *Nqalula Mpandanjila et al. v. Zaire*, § 2.2-2.3, yukarıda dipnot 67.

⁶⁹ *ibid.*, § 8.2.

⁷⁰ *ibid.*, § 9. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Glaserapp v. Germany* davasında farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Başvuru öğretmen olarak atanmak için başvuruda bulunmuş; ancak başvuruçunun atanması öğrencilik yıllarında üyeleri Maoist-Komünist olan bir komünde kaldığı gerekçesiyle ertelenmiş, bir süre sonra deneme niteliğinde bir kamu çalışanı statüsünde öğretmen olarak atanmıştır. Bu arada basında *Glaserapp*'la ilgili yazılar yayımlanmıştır. Bu yazılara verdiği cevaplarda KPD'ye üye olmamakla birlikte, söz konusu partinin politikalarını desteklediğini açıklamıştır. Bu açıklamalarına karşın yetkili makamlar *Glaserapp*'in Temel Yasa (Grundgesetz)'ya bağlılığından ve KPD'nin politikalarından kendisini soyutladığından kuşku duyduklarından atanması iptal edilmiştir. Önüne gelen davada Mahkeme, söz konusu olayda, 10. maddenin 1. fıkrasında korunan haklara bir müdahale bulunmadığından başvuruyu 10. maddenin 2. fıkrası bağlamında dikkate almak gereksizdir. Mahkeme'ye göre başvuruçular tarafından ileri sürülen hak, kamu hizmetlerine girme hakkıdır; ancak bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından korunmamaktadır. Yine Mahkeme'ye göre yetkili makamlar *Glaserapp*'in düşüncelerini ve tutumlarını yalnızca söz konusu işe atanmasında gerekli kişisel niteliklere sahip olup olmadığı bağlamında dikkate almışlardır. Dolayısıyla başvuruçunun ifade özgürlüğüne bir müdahale söz konusu değildir. Bkz. Application No. 9228/80, 28.08.1986, § 53.

tutulmuştur.⁷¹ Başvurucu Paris'ten döndüğü sırada Zaire Askeri Güvenlik Birimi elemanları tarafından dört ay kadar gözaltında tutulmuş; bu süre boyunca elektrik şoku, dayak, tahkir edilme gibi çeşitli kötü muamelelere tabi tutulmuştur. Aylarca kimseyle görüştürülmemiş ve hukuki yardımdan yoksun bırakılmıştır. Gözaltına alındıktan dokuz ay sonra ailesinin onu görmeksizin sadece yiyecek bırakmasına izin verilmiştir. Hapishane kayıtlarında başvurunun bir siyasal parti kurmak suretiyle ülkenin iç ve dış güvenliğini tehdit ettiği yer almışsa da bu tür suçlar mahkemeye sunulan iddianamede yer almamıştır. Başvurucu 19 Mayıs 1983'te çıkan genel afı salıverilmiş ve Fransa'ya gitmesine izin verilmiştir.⁷²

Bu vakada Komite, başvurunun hapishanede maruz kaldığı muameleleri insan onuruna aykırı bulmuş ve özellikle aylarca kimseyle görüştürülmemesi dolayısıyla MSHİUS'un 7. ve 10. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca siyasi düşüncelerinden dolayı kötü muameleyle uğradığı için 19. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁷³

Özet olarak Komite'ye göre başvurunun düşünceleri hükümeti değiştirme çabası olarak değerlendirilse bile bunlar MSHİUS tarafından korunan düşünce biçimleridir.⁷⁴

Yine benzer biçimde Komite, Kamerun'a karşı yapılan bir başvuruda başvurunun yabancı bir televizyon kanalına çok partili siyasal sistemi savunan röportaj vermesi ve hükümeti eleştirmesi nedeniyle cezalandırılmasını MSHİUS'a aykırı bulmuştur. Karara konu olan vakada gazeteci olan başvuru, uzun süre tek partili sistemi eleştiren yazılar yazmış, çok partili demokrasiyi savunmuş ve yeni bir siyasal partinin kurulması için çalışmıştır. Başvurunun kimi kitapları yasaklanmış veya toplatılmıştır. Başvurucu BBC'ye verdiği bir röportajda hükümeti ve devlet başkanını eleştirdiği için gözaltına alınmıştır. Gözaltında bulunduğu sırada yalnızca bu röportajla ilgili sorular sorulmadığını kötü muameleyle de tabi tutulduğunu ileri sürmüştür. Yirmi beş otuz kişiyle, otuz gün boyunca yirmi beş metre karelik bir hücrede tutulduğunu, hücrenin sıhhi olmadığını, günlerce yemek verilmediğini ve bu kötü koşullardan dolayı hastalandığını iddia etmiştir. Başvurucu serbest bırakılmış fakat bir süre

⁷¹ *Tshitenge Muteba v. Zaire*, § 8.2, yukarıda dipnot 67.

⁷² *ibid.*, § 10.2.

⁷³ *ibid.*, § 12.

⁷⁴ *ibid.*, § 13.

sonra bir toplantıda çok partili siyasal yaşama geçişin yol ve yöntemlerini tartıştıkları gerekçesiyle birçok kişiyle birlikte yeniden gözaltına alınmıştır. Başvurucu bu gözaltı sırasında hücrede yalnız bırakıldığını ve çeşitli kötü muamelelere tabi tutulduğunu ileri sürmüştür.⁷⁵

Özet olarak başvurucu, hükümete muhalefet ettiği ve çok partili demokrasiyi savunduğu için kötü muameleye tabi tutulduğunu, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini, ülkesine dönmesinin engellendiğini ve döndüğü takdirde yeniden gözaltına alınacağını ileri sürmüştür.

Taraf devlet ise başvurucunun ifade özgürlüğünün ulusal güvenlik gerekçesiyle sınırlandırıldığını ve meşru olduğunu ileri sürmüştür. Hükümete göre başvurucu, ifade özgürlüğünü kullanırken ülkenin siyasi koşullarını ve birliğini parçalamaya dönük etkinlikleri dikkate almamıştır. Bunun sonucunda gerçek olmayan ifadelerle iç ve dış kamuoyunu yanılttığı ve ülkede yıkıcı etkiler yarattığı gerekçesiyle yargılanmıştır.⁷⁶

Komite, başvurucunun ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın ulusal güvenlik bağlamında hukuksal dayanağının olduğunu kabul etmekle birlikte ulusal birliği korumak amacıyla gözaltına alınmasını, tutuklanmasını ve yapılan muameleleri 7. maddenin⁷⁷ ihlali olarak değerlendirmiştir. Komite'ye göre zor siyasi koşullarda ulusal güvenliği korumak ve ulusal birliği güçlendirmek kolay olmayabilir. Bu tür siyasi koşullarda hükümetin ulusal güvenliği korumak ve ulusal bütünlüğü güçlendirmek amacıyla önlemler alması meşrudur. Ancak çok partili demokrasiyi, demokratik ilkeleri ve insan haklarını savunanları susturmak meşru önlemler olarak kabul edilemez.⁷⁸

Bu başvuruda da taraf devlet, başvurucunun ifade özgürlüğünün ulusal güvenliği korumak amacıyla sınırlanmasının gerekliliğini ikna edici bir biçimde ortaya koymamıştır.

Kamerun'a karşı yapılan bir başka başvuruda,⁷⁹ gazeteci ve ülkenin ileri gelen insan hakları savunucularından olan başvurucu, yazılarından dolayı gözaltına

⁷⁵ *ibid*, § 2.1-2.9.

⁷⁶ *ibid*, § 6.7.

⁷⁷ "Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz."

⁷⁸ *Womah Mukong v. Cameroon*, Communication No. 458/1991, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/458/1991 (1994), § 2.1, <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws458.htm> [Erişim tarihi: 25.02.2010].

⁷⁹ *Philip Afuson Njiru v. Cameroon*, Communication No. 1353/2005, CCPR/C/89/D/1353/2005, 14.05.2007, <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/MasterFrameView/e32eaa26754c637dc12572cf004ce208?Opendocument> [Erişim tarihi: 14.02.2010].

alındığını ve işkence de dâhil olmak üzere kötü muamelelere tabi tutulduğunu ileri sürmüştür. Komite'ye göre başvuru gazetecilik etkinlikleri dolayısıyla çeşitli kötü muamelelere maruz kalmıştır. Başvurucuya uygulanan muameleler güdülen amaçla orantılı ve gerekli olmadığından Komite MSHİUS'un 19. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁸⁰

Komite daha yakın tarihli *Vladimir Petrovich Laptsevich v. Belarus* başvurusunda da MSHİUS'un ihlal edildiğine karar vermiştir. Karara konu olan vakada başvuru, Belarus'un bağımsızlığını kazanması dolayısıyla bağımsızlık gününde broşür dağıtarken elinde otuz yedi broşür olduğu halde yetkililer tarafından yakalanmıştır. Broşürler gerekli yayın bilgilerini içermediği için başvuru idari para cezasına çarptırılmıştır. Yargı organları verilen cezayı ülke mevzuatına uygun bulmuştur.⁸¹

Taraf devlete göre başvuru bildiri dağıtmak suretiyle basın kanununu ihlal etmiştir. Ayrıca bildirimler, Belarus'un tarihsel formasyonu konusunda yanlış bilgiler içermektedir. Söz konusu bildirimde yer alan bilgiler Bolşevikleri işgalci olarak göstermekte ve işgalcilere karşı Belarusluların askeri mücadelesinden söz etmektedir. Taraf devlete göre bağımsızlık gününde dile getirilen bu ifadeler birlikte ele alındığında bir mücadeleyi, savaşı özendirilmektedir. Başvuru Bolşevikleri işgalci, Belarus'u da ideolojisiz bir devlet olarak nitelendirdiğini kabul etmiş; fakat bunların MSHİUS'un 19. maddesine uygun olduğunu ileri sürmüştür.⁸²

Komite önüne gelen bu başvuruda, başvuru kişinin ifade özgürlüğüne kamu düzeni ve ulusal güvenlik de dâhil olmak üzere hangi meşru amaçla sınırlama getirildiğini taraf devletin açıklayamadığına dikkat çekmiş ve 19. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸³ Taraf devlet meşru amaç testini geçemediğinden Komite, yerinde olarak sınırlamanın gerekliliğini tartışma gereği bile duymamıştır.

Yine Belarus'a karşı yapılan bir başvuruda Komite, 19. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Karara konu olan vakada baba oğul olan başvuru parlamentoya seçimlerinin boykot edilmesi amacıyla bildiri dağıttıkları gerekçesiyle idari para cezasına çarptırılmışlar, bu cezaların yargı mercilerince onaylanması üzerine MS-

⁸⁰ ibid, § 6.4.

⁸¹ *Vladimir Petrovich Laptsevich v. Belarus*, Communication No. 780/1997, U.N. Doc. CCPR/C/68/D/780/1997 (2000), § 2, <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session68/view780.htm> (Erişim tarihi: 27.02.2010).

⁸² ibid, § 5.1-6.2.

⁸³ ibid, § 8.1-8.5.

HIUS'un ihlal edildiği iddiasıyla Komite'ye başvurmuşlar.⁸⁴ Komite, ulusal güvenlik de dâhil olmak üzere başvurucuların ifade özgürlüğüne müdahale edilmesini gerektirecek bir durumun söz konusu olmadığını belirterek 19. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁵

Güney Kore'ye karşı yapılan bir başvuruda Komite, 19. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Karara konu olan vakada başvurucu, yaptığı bir tablo dolayısıyla ulusal güvenliğe zarar verdiği gerekçesiyle gözaltına alınmış, yargılanmış, gözetimli olarak serbest bırakılmış ve yaptığı tablo müsadere edilmiştir. Güney Kore mahkemelerine göre başvurucunun tablosu Amerika Birleşik Devletleri ile Japonya'yı emperyalist olarak betimlemiş ve pirinç tarlalarında çalışan kişileri sömürülenler olarak göstermiştir.⁸⁶

Komite, Güney Kore mahkemelerinin başvurucuyu mahkûm edip tablosunu müsadere ederken ulusal güvenlik gerekçesine dayandıklarını kabul etmiş fakat özgül olarak taraf devletin ulusal güvenliğinin söz konusu tablodan nasıl zarar gördüğünü ikna edici bir biçimde ortaya koyması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bir başka ifadeyle başvurucunun cezalandırılmasının ve tablonun müsadere edilmesinin meşruluğunun kanıtlanmasını aramıştır. Bu hususlar başvuruda meşrulaştırılmadığından 19. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁸⁷

Görüldüğü gibi bu başvuruda Komite, ifade ile ifadenin yol açtığı sonuç arasındaki ilişki üzerinde durmuştur. Başurucunun düşüncelerini dile getirdiği tablonun ulusal güvenliği olumsuz yönde etkileyip etkilemediğini araştırmış ve sonuç olarak olumsuz etkilemediğine karar vermiştir. Buna bağlı olarak başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Kimi ülkeler işçi eylemlerinin ulusal güvenliği tehdit ettiği gerekçesiyle bu eylemlere müdahale etmişlerdir.⁸⁸ Bu müdahalelerin 19. maddeyi ihlal ettiği iddiasıyla önüne

⁸⁴ *Vladimir Viktorovich Shchetko and Vladimir Vladimirovich Shchetko v. Belarus*, Communication No. 1009/2001, U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1009/2001 (2006), § 2.1-2.3, <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1009-2001.html> (Erişim tarihi: 21.02.2010).

⁸⁵ *ibid*, § 7.3-7.5.

⁸⁶ *Hak-Chul Shin v. Republic of Korea*, Communication No. 926/2000, 19/03/2004, U.N. Doc. CCPR/C/80/D/926/2000. (Jurisprudence), § 2.1-2.5, [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/963903e05b5730b4c1256ed100485df9?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/963903e05b5730b4c1256ed100485df9?Opendocument) (Erişim tarihi: 27.02.2010).

⁸⁷ *ibid*, § 7.2, 7.3.

⁸⁸ Bu vakada başvurucu, ifade ve örgütlenme özgürlüğünün kullanılması olarak kabul edilebilecek etkinliklerde bulunduğu gerekçesiyle Ulusal Güvenlik Yasası (National Security Law) kapsamında mahkûm olmuştur. Ancak taraf devlet,

gelen kimi başvurularda Komite, ihlal kararları vermiştir. Örneğin tersane greviyle ilgili bir vakada Güney Kore hükümeti, grevin sona erdirilmesini sona erdirilmediği takdirde polis birliği göndereceğini bildirmiş; bu uyarıya karşın işçi sendikası başkanı olan başvuru, Seul'de bir dayanışma mitingi düzenleneceğini duyurmuştur. Tersane işçilerine gönderilen duyuruda greve destek verileceği vurgulanmış ve hükümetin polis gücü göndermesi kınanmıştır.⁸⁹

Başvuru ve dayanışma forumunun altmış üyesi *Labor Disputes Law*'un 13. maddesinin 2. fıkrasını ihlal ettikleri gerekçesiyle gözaltına alınmış ve yargılanmışlardır. Yargılama sonucunda başvuru on sekiz ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Başvuru *Labor Union Act*'a göndermede bulunarak ilgili iş hukukunun sendikal hakları ve ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İlgili düzenleme, üçüncü kişilerin/ tarafların işçi sendikası türü örgütleri desteklemesini yasaklamaktadır. Başvuru, *Labor Dispute Adjustment Act*'ın grev zamanında, *Labor Union Act*'ın ise diğer zamanlarda işçileri veya işçi sendikalarını destekleyen her hareketi cezalandırdığını ileri sürmüştür.⁹⁰

Komite, ilgili başvuruda başvuru kişinin işçileri destekleyen ifadeler kullanarak grev ve destek vermesini ve hükümeti eleştirmesini 19. maddenin 2. fıkrası çerçevesinde enformasyon ve düşünce yayma hakkı olarak değerlendirmiştir. Taraf devlet ise başvuru kişinin hakkına getirilen sınırlamanın ulusal güvenlik ve kamu düzeni bağlamında meşru olduğunu savunmuştur. Bunu yaparken de işçi hareketinin genel doğasına göndermede bulunmuş, başvuru tarafından kullanılan ifadelerin ülke çapında bir grevi tahrik etmeyi amaçladığını ileri sürmüştür. Bir başka ifadeyle işçi hareketlerinin siyasi yönelimli olduğunu, eylemleri düzenleyenlerin istedikleri uç siyasi hedefleri gerçekleştirmek için işçileri yönlendirdiklerini ileri sürmüştür. Ayrıca hangi ülkede olursa olsun bu tür bir grevin ulusal güvenliği ve kamu düzenini tehdit edeceğini iddia etmiş; ancak başvuru kişinin ifade özgürlüğünü kullanmasının ulusal güvenliği neden ve nasıl tehdit ettiğini açıkça ortaya koyamamıştır. Komite'ye sunulan bilgiler ve söz konusu vakanın koşulları, 19. maddenin 3. fıkrası⁹¹ çerçevesinde başvuru-

22. maddenin kendi yasalarına uygun olarak uygulanacağını belirten bir beyanda bulunduğundan ve başvuru da 22. maddeyi özel olarak ileri sürmemiş olduğundan Komite başvurunun tüm yönlerini 19. madde çerçevesinde incelemiştir, *Tae Hoon Park v. Republic of Korea*, Communication No. 628/1995, U.N. Doc. CCPR/C/64/D/628/1995 (3 November 1998), § 2, <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session64/view628.htm> (Erişim tarihi: 23.02.2010).

⁸⁹ *Jong-Kyu Sohn v. Republic of Korea*, 2.1-2.4, yukarıda dipnot 18.

⁹⁰ *ibid.*, § 2.2-2.3.

⁹¹ Madde şu şekildedir: "Bu maddenin 2. fıkrasında öngörülen hakların kullanılması, özel bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirir. Dolayısıyla, bunlara bazı sınırlamalar da konulabilir; ancak, bu sınırlamaların yasalarda öngörülmüş olması ve; (a) Başkalarının haklarına ve şöhretine saygı bakımından ve; (b) Ulusal güvenliğin, kamu düzenininin

nun ifade özgürlüğünün sınırlanmasının gerekliliğini açıklayamamıştır. Sonuç olarak Komite, başvurucunun ifade özgürlüğünün sınırlamasını haklı kılacak bir güvenlik tehdidinin olmadığına ve 19. maddenin 2. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹²

Komite taraf devletin MSHİUS'un 2. maddesinin 3. fıkrasının a bendi⁹³ çerçevesinde tazminat da dâhil olmak üzere başvurucunun zararlarını gidermesini istemiştir. Bunlara ek olarak taraf devlet, gelecekte de benzer ihlallerin söz konusu olmaması için *Labor Dispute Adjustment*'ın 13. maddesinin 2. fıkrasının a bendini gözden geçirmeye davet edilmiştir.⁹⁴

Bu başvuruda taraf devlet, başvurucunun ifade özgürlüğünün sınırlanmasının gerekliliğini ortaya koyamadığından gereklilik testini geçememiş ve Sözleşmenin 19. maddesini ihlal etmiştir.

Komite'nin ifade özgürlüğü çerçevesinde karara bağladığı kimi vakalar örgütlenme özgürlüğünü de gündeme getirmiştir. *Tae Hoon Park v. Republic of Korea* vakasında başvurucu, ifade ve örgütlenme özgürlüğünün kullanılması olarak kabul edilebilecek etkinliklerde bulunduğu gerekçesiyle Ulusal Güvenlik Yasası (*National Security Law*) kapsamında mahkûm olmuştur. Taraf devlet, 22. maddenin kendi yasalarına uygun biçimde uygulanacağını belirten bir beyanda bulunmasına rağmen başvurucu bu maddeyi özel olarak ileri sürmemiş olduğundan Komite, başvurunun tüm yönlerini 19. madde çerçevesinde incelemiştir.⁹⁵ Taraf devlet, başvurucunun ulusal güvenlik gerekçesiyle mahkûm olduğunu ileri sürmüştür. Fakat Komite, taraf devletin başvurucunun etkinliklerinden kaynaklanan güvenlik tehdidinin niteliğini tam olarak açıklayamadığını ve başvurucunun hüküm giymesinin 19. maddenin 3. fıkrasında sayılan meşru amaçlardan birinin korunması için gerekli olduğunu kanıtlayamadığı sonucuna ulaşmış ve ihlal kararı vermiştir.⁹⁶

ya da kamu sağlığı ve genel ahlakın korunması bakımlarından gerekli olması zorunlu olmalıdır." <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/53-73.pdf> [Erişim tarihi: 21.10.2009].

⁹² *Jong-Kyu Sohn v. Republic of Korea*, § 10.4, yukarıda dipnot 18.

⁹³ "[a] Bu Sözleşme ile tanınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilmiş olan her şahsın, bu ihlal resmi sıfatla görev yapan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa bile, etkin şekilde telafi edilmesini güvence altına almakla yükümlüdür." <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/53-73.pdf> [Erişim tarihi: 21.10.2009].

⁹⁴ *Jong-Kyu Sohn v. Republic of Korea*, § 12, yukarıda dipnot 18.

⁹⁵ *Tae Hoon Park v. Republic of Korea*, 10.2, yukarıda dipnot 88.

⁹⁶ *ibid*, 10.3.

Bir başka başvuruda, işçi sendikası yöneticisi olan başvurucu gözaltına alınmış, aylarca yargılanmaksızın tutuklu kalmış ve çeşitli işkencelere tabi tutulmuştur. Başvurucu, bu muamelelere sendikal etkinliklerinden dolayı maruz kaldığını ileri sürmüştür. Başvuru yapıldığı sırada kendisi Avusturya'da sığınmacı olarak yaşadığından başvuru kendisi adına karısı tarafından yapılmıştır.⁹⁷

Başvurucu, kamu güvenliğini bozucu etkinliklerde bulunduğu gerekçesiyle askeri ceza kanunu ve ceza kanunu hükümlerine göre yargılanmış ve yerel askeri mahkeme tarafından yedi yıl hapis cezasına çarptırılmış, temyiz aşamasında Yüksek Askeri Mahkeme (*Supreme Military Court*) cezayı dört buçuk yıla indirmiştir.⁹⁸

Komite, taraf devletin başvurucunun haklarına getirilen sınırlamanın haklı ve gerekli olduğunu gösterecek bir kanıt ortaya koyamadığı sonucuna ulaşmış ve MSHİUS'un 19. maddesinin 1 ve 2. fıkralarının yanı sıra 7. maddenin (kötü muamele yasağı), 9. maddenin (özgürlük ve güvenlik hakkı), 22. maddenin (örgütlenme hakkı), 14. maddenin 3. fıkrasının d (müdafiden yararlanma hakkı) ve g (aleyhe tanıklık ve susma hakkının) bentlerinin de ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁹

Bu vakada taraf devlet, başvurucunun ifade özgürlüğüne hangi nedene dayanarak sınırlama getirdiğini ve sınırlamanın neden gerekli olduğunu ortaya koymadığından MSHİUS'un 19. maddesini ihlal etmiştir.

İfadenin belli bir dilde olduğu gerekçesiyle yasaklanması uluslararası hukuk tarafından kabul edilmemektedir. Bu ilke, bir kimsenin en azından resmi işlemler dışında kendi dilini kullanma hakkına dayandırılmakta ve aynı zamanda ifade özgürlüğünün temel bir yönünü oluşturmaktadır. Komite bu hakkı, *Ballantyne, Davidson, McIntyre v. Canada* vakasında teyit etmiştir. Quebec'te ticari yazışmalarda ve devlet dairelerinde Fransızcadan başka bir dilin konuşulmasının yasaklanmasının MSHİUS'un 19. maddesinin 2. fıkrasınca güvenceye alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁰⁰ Komite, devletin bir veya birden fazla resmi dil seçebileceğini fakat bunun

⁹⁷ *Delia Saldias de Lopez v. Uruguay*, Communication No. 52/1979: Uruguay. 29/07/81. CCPR/C/13/D/52/1979, § 1, 2.1,

<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/e3c603a54b129ca0c1256ab2004d70b2?Opendocument> [Erişim tarihi: 22.09.2009].

⁹⁸ *ibid*, § 4.

⁹⁹ *ibid*, § 1-13.

¹⁰⁰ *Ballantyne, Davidson, McIntyre v. Canada*, Communications Nos. 359/1989 and 385/1989, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1 [1993], § 12, <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/v359385.htm> [Erişim tarihi: 24.01.2010].

kamusal yaşamın dışında kişinin istediği bir dilde düşüncelerini ifade etmesine engel olamayacağına hükmetmiştir.¹⁰¹

Benzer bir biçimde *J.G.A. Diergaardt (late Captain of the Rehoboth Baster Community) et al. v. Namibia*¹⁰² vakasında ise Komite, memurların telefonlara resmi dil olan İngilizce yerine Afrikaans dilinde cevap vermelerinin, yazışmaları bu dilde yapmalarının yerel makamlarca engellenmesini 26. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.¹⁰³ Bu vaka, bilgi ve görüşleri yalnızca ifade etme hakkını değil, aynı zamanda arama ve edinme hakkını da içeren ifade özgürlüğüne yapılan bir vurgu olarak değerlendirilebilirse de Komite'nin 19. maddeye değil, yalnızca 26. maddeye ilişkin bir ihlal saptadığına dikkat çekmek gerekir.¹⁰⁴

Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Avrupa Bölgesel veya Azınlık Dilleri Şartı (*European Charter for Regional or Minority Languages*) da benzer yönde düzenlemeler getirmiştir.¹⁰⁵

Sonuç

İfade özgürlüğü, barışçı bir biçimde toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ile devlet yönetimine katılma hakkı,¹⁰⁶ MSHİUS'da güvenceye alınan siyasal hak ve özgürlükleri oluşturmaktadır. Çalışmada, bunlardan ifade özgürlüğünün ulusal güvenlik gerekçesiyle sınırlanması üzerinde durulmuştur. Bu konuda sınırlı sayıda başvuru yapıldığından Komite'nin zengin bir içtihadı sahip olmadığı görülmüştür.¹⁰⁷ Komite

¹⁰¹ *ibid*, § 11.4.

¹⁰² Communication No. 760/1997, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/760/1997 (2000), <http://www.wfrrt.org/humanrts/undocs/session69/view760.htm> (Erişim tarihi: 26.02.2010).

¹⁰³ *ibid*, § 10.10.

¹⁰⁴ Rajja Hanski-Martin Scheinin (Der.), İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları, s. 380, yukarıda dipnot 4.

¹⁰⁵ Bkz. m. 7-12. Şartın Aysun Özdemir tarafından yapılan Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.yerelnet.org.tr/uluslararası/avrupakonseyanlasma6.php> (Erişim tarihi: 12.02.2010). Şart 05.11.1992'de imzaya açılmış, 01.03.1998'de yürürlüğe girmiştir. Şartın İngilizce metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=148&CM=8&DF=05/07/2010&CL=ENG> (Erişim tarihi: 12.02.2010).

¹⁰⁶ Bu hak konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Cem Eroğul, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 1991.

¹⁰⁷ İnsan Hakları Komitesi'nin tersine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla çok sayıda dava gelmiştir. Bu konuda bkz. Sabahattin Nal, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda Ulusal Güvenlik ve İfade Özgürlüğü", Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 63- 64, s. 212-245.

kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tersine açıklayıcı, ayrıntılara yer vermeyen bir yaklaşım benimsemiştir.¹⁰⁸

İncelenen vakalarda Komite, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın yasal bir dayanağının bulunup bulunmadığını, meşru bir nedene dayanıp dayanmadığını ve gerekli olup olmadığını araştırmıştır. Özellikle sınırlamanın gerekli olup olmadığını incelerken ifade ile ifadenin yarattığı sonuç üzerinde durmuş ve ifadeden ulusal güvenliğin zarar görüp görmediğini araştırmıştır. İfade ulusal güvenliğe zarar vermediği takdirde kısıktıcı da olsa getirilen sınırlamayı gerekli bulmamıştır. Dolayısıyla bu tür sınırlama ve müdahalelerin MSHİUS'un 19. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Sonuç olarak İnsan Hakları Komitesi'nin ulusal güvenlik ifade özgürlüğü çatışmasında ifade özgürlüğünü tercih ettiği söylenebilir.

¹⁰⁸ Raija Hanski-Martin Scheinin (Der.), İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları, s. 377, yukarıda dipnot 4.

Kaynakça

- Atak, Songül, “İnsan Hakları Komitesi ve Bireysel Şikâyet Yöntemi”, <http://www.akader.info/sbard/sayilar/2005Eylul/10.pdf> (Erişim tarihi: 24.02.2010).
- Eroğul, Cem, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 1991.
- Esen, Egemen, *İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Esen, Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, *Olağanüstü Rejim Standartları*, Beta Yayınları, İstanbul 1994.
- Gülmez, Mesut, *Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No. 60, Ankara 2004
- Hanski, Raija/Scheinin, Martin (Der.), *İnsan Hakları Komitesi’nin Emsal Kararları* içinde (Çev. Defne Orhun), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.
- Macdonald, R. St. J., “The Margin of Appreciation”, R. St. J. Macdonald ve diğerleri (der.), *The European System for the Protection of Human Rights* içinde, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 83-124.
- Nal, Sabahattin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda Ulusal Güvenlik ve İfade Özgürlüğü”, *Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Sayı: 63-64, s. 212-245.
- Tarhanlı, Turgut “Sunuş”, Raija Hanski-Martin Scheinin (Der.), *İnsan Hakları Komitesi’nin Emsal Kararları* içinde (Çev. Defne Orhun), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. ix-xii.
- Türk, Danilo/Joinet, Louis, “The Right to Freedom of Opinion and Expression: Final Report, UN. ESCOR”, Commission on Human Rights, 44th Session, § 20, 25, UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/9 (14 July 1992), § 64, http://search.ohchr.org/search?q=danilo+t%C3%BCrk+and+louis+joinet&btnG=Search&entqr=0&output=xml_no_dt-d&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&client=en_frontend&ud=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&proxystylesheet=en_frontend&site=default_collection (Erişim tarihi: 21.12.2010).



(14. Makale – 2013)

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER*

*Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması
Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık***

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

** Anayasa Yargısı, Yıl: 2013, Cilt: 29, Sayı: 1, s. 49-59.



ANAYASA YARGISINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SOMUTLAŞMASI NORMATİF KURGULAR, TELOSLAR VE ULUSLARARASI HUKUKA AÇIKLIK



Bertil Emrah ODER*

Çok çok teşekkür ediyorum ancak öncelikle yansılar eşliğinde bir sunum gerçekleşeceği için teknik ekipten bir yardım alabilirsem memnun olurum.

Sayın Başkan, Değerli Yargıçlar, Değerli Meslektaşlar,

Bu tebliğin konusu esas itibarıyla “*anayasa yargısında temel hak ve özgürlüklerin somutlaşması*” olarak belirlendiği için söze başlarken hemen bir alt başlıkta yorum ile norm somutlaşması arasındaki ilişkiye dikkat çekmek faydalı olabilir. Çünkü temel hak ve özgürlükler alanında birazdan normların yapıları üzerinden vurgulamaya çalışacağım bazı unsurlarda görülebileceği gibi öncelikle geleneksel yorum yöntemleri geçerli olmakla birlikte, bu yorum yöntemlerinin sonucunda vardığımız aşama bakımından bir “*somutlaştırma*”nın olduğunu vurgulamak isterim. Temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda yorum sözcüğünden çok somutlaştırma sözcüğünün tercih edilmesi bu alanın niteliği, özellikle norm yapılarından kaynaklanan özellikler nedeniyle ağır basmaktadır. Dikkat çekeceğim bir başka nokta, bu tebliğ boyunca genel olarak yorum kuramı bakımından ağırlık kazanacak bir terime ilişkin olabilir. Söz konusu terim, gerekçelendirmeden ziyade “*kanıtlama*”dır. Çünkü gerekçelendirme dediğimiz

* Prof. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

kavram kendi içinde “*görünüşte*” bir gerekçelendirmeyi barındırarak, yargılamanın kalitesiz olabileceği durumlarda da karşımıza çıkabilir. Oysa kanıtama dediğimiz süreç gerekçelendirmenin kendi içinde tutarlı ve doğruyu bulmaya yönelik bir argümantasyon içermesini zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla aslında kanıtlamayı bütün bu tebliğ boyunca daha çok “*gerçek gerekçelendirme*”ye, yani hukuksal ve rasyonel olarak sınanabilir bir gerekçelendirmeye esas teşkil etmek üzere kullanıyor olacağım.

Yorum Yöntemlerine İlişkin Hatırlatma

Bu noktada, öncelikle kısmen ilk tebliğde de değinildiği gibi Türkiye bakımından da tümüyle geçerli olmak üzere, kökeni Savigny’nin yorum kuramına dayanan geleneksel yorum yöntemleri ve geleneksel yorum yöntemlerine zaman içinde eklenen başka daha çağdaş yorum yöntemlerine işaret etmek zorunlu. Sözel, sistematik, tarihsel ve teleolojik yorum dediğimiz yöntemler, bütün hukuk dallarında olduğu gibi Anayasa Hukukunda da yerleşik yöntemler olarak saptanabilir. Bununla birlikte, anayasa yargısında özel değere sahip bir üst başlığın altına çizmek daha fazla anlam taşıyabilir. Bu da “*sisteme uygun yorum*” olarak tanımlanabilir. Sisteme uygun yorum dediğimizde bu yorum türünün altında aslında üç tane alt başlık açmakta değer taşıyacaktır. Bu alt başlıklardan ilki, az önce değerli konuşmacının da belirttiği gibi Anayasaya uygun yorum dediğimiz bir yorum tekniğidir. İkinci başlık, uluslararası hukuka uygun yorum ve özellikle bugünkü toplantının da konusunu oluşturan ve bireysel başvuru yolu söz konusu olduğunda ayrıca önem taşıyacak uluslararası insan haklarına uygun yorumdur. Üçüncü başlıkta ise karşılaştırmalı hukuka uygun yorum olarak sıralanabilir. Bunlara ek olarak sisteme uygun yorum başlığında, Avrupa Birliğine üye devletler bakımından “*Avrupa Birliği Hukukuna uygun yorum*” dediğimiz bir tür de mevcuttur. Bu yorum türü içinde, özellikle Avrupa Birliği yönergelerine (directives) uygun bir yorum özel değer taşıyacaktır.

Sisteme uygun yorumun sistematik yorumla karşılaştırıldığında en önemli farkı sistematik yorumda eşit hiyerarşiye sahip olan normlar arasında sistemsal bağlamı araştırmamızdır. Sisteme uygun yorum dediğimiz zaman normatif hiyerarşi bakımından üstte yer alan veya normatif hiyerarşi bakımından göreceli üstünlüğü olabilecek normlara uygun yorum ya da normatif hiyerarşinin hiçbir yerine koyamadığımız karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi bir başka disiplinle bir başka özerk alanla kurulan yorum ilişkisini kast ederiz

Norm Metni-Karar Normu Ayrımı

Bu çerçevede temel hak ve özgürlüklere baktığımızda, aslında temel hak ve özgürlüklerde bütün bu yorum yöntemlerini kullanarak ulaştığımız son aşama somutlaşma ise o zaman şöyle bir ayrımı da yapmak zorundayız. Bu ayrım, kuramsal olarak da tartışılmış olan “norm metni” ve “karar normu” ayrımıdır. Temel hak ve özgürlük alanında somutlaşma ile karşımıza çıkan norm, “norm metni” değildir. Norm metni somutlaşma sürecinin başında esas aldığımız sözel bütündür. Temel hak ve özgürlük alanında somutlaşma sonucu norm diye ortaya çıkan, norm metnini aşan ve somutlaştırma sürecinde oluşturduğumuz “karar normu”nun ta kendisidir. Dolayısıyla norma bakış açımız, özellikle temel hak ve özgürlük alanı söz konusu olduğunda, sözel yorumun sınırlarını aşan ve sözel yorumun bazı durumlarda etkisiz kalabileceği bir sorunsala karşılık gelmektedir.

Norm Denetimi ve Bireysel Başvuruda Yorumun ya da Somutlaşmanın İşlevsel Farklılıkları-Benzerliği

Anayasaya yargısında norm denetiminde yorumun veya somutlaşmanın gördüğü işlev ile bireysel başvuruda yorumun veya somutlaşmanın göreceği işlev arasında da bir farklılık olacaktır. Norm denetiminde hem denetlenen işlemdeki normların yorumu hem de Anayasa normunun yorumu söz konusudur. Bireysel başvuruya baktığımızda, burada başka bir mahkemenin yargısal yorumu ya da bireysel başvuru kapsamındaki bir idari işlemin temel hak ve özgürlüklere aykırılığı bakımından değerlendirilmesi, yani onların anayasal bir yorum süzgecinden geçirilmesi söz konusu olacaktır. Bu süreçte hak ve özgürlük alanındaki Anayasa normlarının kendisinin yorumu birincil değer taşır. Özellikle bir başka mahkemeden gelen yargısal bir karar söz konusu olduğunda, o karardaki temel hak ve özgürlük yorumu ile Anayasa Mahkemesinin aynı hak ve özgürlük alanlarına biçtiği anlam arasındaki çatışmada, Anayasa Mahkemesinin yorumunun belirleyiciliği, diğer yargı organlarının gelecekteki içtihatlarını biçimlendirecektir. Bu süreçte, Anayasa Mahkemesinin özellikle yüksek mahkemelerin yargısal yorumları ile “diyalojik” bir ilişki kurması, yani bu mahkemelerin yorumlarını niçin izlediğini ya da karşı çıktığını belirten bir argümantasyona yer vermesi beklenir.

Bireysel başvurudaki temel hak yorumu da hiç kuşkusuz “*yorum döngüsü*” veya daha doğru bir terimle “*yorum sarmalı*” olarak adlandırdığımız; sözel yorumdan başlamak üzere tarihsel yorum, sistematik yorum, teleolojik yorum, sisteme uygun yorumun değişik türleriyle devam eden ve sanki bir DNA sarmalymış gibi en dipte sözel yorumdan başlayıp değişik modern yorum türlerine kadar uzanan bir süreci ifade etmektedir.

Temel Hak Somutlaşmasında Temel Hak Kuramının Önemi

Bütün bu temel bilgilerin ışığında acaba temel hak ve özgürlüklerin yorumu ve dolayısıyla norm somutlaşması konusunda hukuksal bir yaklaşım sergilemek ve dolayısıyla nesnel anlamda sınanabilir bir sonuca ulaşmak istiyorsak, öncelikle dikkat etmemiz gerekenler neler olabilir? Bunun yanıtını bize, ancak sağlam bir temel hak kuramı verebilir. Türkiye uzun yıllar, kaçınılmaz ve haklı olarak siyasal bir bakış açısıyla temel hak ve özgürlük sorununa eğildi. Ancak bu siyasal bakış açısına rağmen, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir hukuksal kuram geliştirme konusunda yeterli gelişme gösteremedi. Bireysel başvuru nedeniyle bu alanda bir atılım yapmamız mümkün olabilir ve bunu başarabilirsek hak ve özgürlük alanındaki yargısallaşmanın kalitesini artırabiliriz. Almanya’ya baktığımızda, Almanya’da hiç kuşkusuz hak öğretisinin çok uzun yıllara dayanan bir geçmişi olduğu ve temel hak ve özgürlükler alanında bireysel başvuru çok daha erken dönemde kabul edildiği için gelişkin bir hak kuramının varlığı gözlenmektedir. Bu kuram, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin değerlendirmelerine ve somutlaştırmalarına ışık tutacak düzeyde olduğu gibi, Mahkeme de kurama katkıda sunmaktadır.

Şu aşamada, Türkiye’deki anayasal düzene baktığımızda norm yapılarından yola çıkarak acaba anayasa yargıcı nesnel bakımından sınanabilir temel hak somutlaşmasını nasıl sağlayabilir? Benim yanıtını aramaya çalıştığım soru bu ve oldukça uzunca bir süredir bu konuda araştırma yapıyorum: Burada sizinle paylaşacağım bulgular, geçtiğimiz yıl Ekim ayında Kamu Hukukçuları Platformunda sunduğum tebliğin de sonuçlarını harmanlayan, onlara kısmen yeni veriler ve bilgiler ekleyen bir niteliğe sahip olacak.

Temel hak kuramı gözüyle Anayasaya baktığımızda dokuz tane temel normatif kurgu ile karşılaştığımızı belirtmek istiyorum. Çok hızlı bir şekilde bunların üzerin-

den geçeceğim ve Anayasa Mahkemesinin bunlara ilişkin tutumunu göstermeye çalışacağım.

Norm Yapıları ve Bunlara Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşma Yöntemleri

Bunlardan ilki temel hak yorumunu özgül ve zor kılan; özellikle “*karar normü*”nu daha fazla öne çıkaran norm kurgusudur. Bu kurgu, soyut ve genel nitelikli güvenceler olarak adlandırılabilir. Söz konusu güvenceler, örneğin; “*herkes yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir*” şeklinde aslında temel hakkın norm alanı konusunda çok da fazla bir şey söyleyemeyen, çoğunlukla hak öznesini (örneğin; herkes) vurgulayan ve o hak ve özgürlüğü soyut düzeyde güvence altına alan normlardır. İşte bunlar, Alexy’nin “*ilke normlar*” olarak tanımladığı normlara ideal örnek oluşturmaktadır. Ancak ne mutlu ki, anayasal düzenimiz sadece ilke normlar içermemektedir. Çünkü Anayasal düzenlerde temel hak ve özgürlük alanında ilke normlarının sayısı ne kadar çoksa yasa koyucu, idare ve yargı tarafından bunların görecelileştirilmeleri olasılığı da yükselir. Nesnel bakımından sınanabilir bir somutlaşma yapma yargıç açısından da güçleşir. Yargıç, her ne kadar hukuksal yöneme kendisini bağlı kılsa dahi “*herkes yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir*” diyen bir norm, tek başına çok az şey söylemektedir. O yüzden, yargıcın özel değerlendirmelerinin araya girmesine zemin hazırlanabilir. Normun telosunun araştırılmasında objektif verilerin bulunmaması, yargısal karar sürecinin nesnellliğini güçleştirir. Bununla birlikte, Türkiye’deki anayasal düzende 1961 Anayasası geleneğinden miras kalan ve bizim “*pozitifleşmiş öz güvenceleri*” olarak tanımladığımız bazı özgül güvenceler de söz konusudur ki bunların bulunduğu yerde artık ilke norm değil “*kural norm*” vardır. Söz gelimi, “*basın hürdür sansür edilemez*” dediğiniz anda, sansür yasağı pozitifleşmiş öz güvencesidir. “*Kimse düşünce, vicdani kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz*” dediğiniz anda ve bunu Anayasa madde 24 ve madde 15’te belirttiğinizde, orada pekişmiş bir öz güvencesi söz konusudur. Angarya yasağı, işkence yasağı vb. hak lehine bütün yasaklar pozitifleşmiş öz güvencesidir ve bu noktada Anayasa yargıcı artık pratik uyum (“*praktischer Konkordanz*”), dengeleme veya tartım gibi süreçlere zaten giremez. Çünkü pozitifleşmiş öz güvencesinin olduğu bir alanda yargıç, artık o öz güvencesinin sınırları ile olabildiğince bağlıdır. Ancak pozitifleşmiş öz güvencelerinin yazım teknikleri bakımından, bunların bazıları ilkeye doğru evrilirken bazıları daha çok kurala doğru evrilmektedir. Bu konu ayrıca düşünülmeli ve başka bir fırsatta tartışılmalıdır.

Bir başka “*kural norm bloğu*” Anayasa Mahkemesinin aslında dolaylı şekilde kural norm olduğunu teyit ettiği “*doğrudan etkili normlar*”dır. Genellikle Anayasa kitaplarında fazlasıyla klişeleşmiş ifadelerden biri, Anayasa normlarının doğrudan etkili olmadığı; yasama ve yürütme ya da yargı eliyle somutlaştırmaya muhtaç olduğudur. Bu genel olarak doğru bir yargıdır, ama mutlak bir yargı olmamalıdır. Söz gelimi, Türkiye bakımından “*ispat hakkı*”na ilişkin Anayasa normu düpedüz doğrudan etkili bir normdur ve Anayasa Mahkemesinin bir kararında da bu normun doğrudan etkili olduğu Ceza Kanunu ile ilişkisinde saptanmış ve teyit edilmiştir. Benzer özellik, kısım “*kanunsuz emre*” ilişkin özel anayasal güvencede de karşımıza çıkmaktadır.

Bunun dışında sınırlama tekniği açısından da Anayasa’da yargıcın dikkat etmesi gereken ve nispeten daha iyi bildiğimiz bir alana ışık tutmak gerekiyor. Bu alan açısından, geleneksel bilgilerimizi farklılaştırarak bir değerlendirme yapmanın zorunlu olduğunu düşünüyorum. Bu değerlendirmede özel sınırlama nedeni içeren özgürlüklere, örneğin Anayasa’nın 26. maddesinde düzenlenmiş olan düşünceyi açıklama özgürlüğüne değinmek isterim. Bildiğiniz gibi Anayasamızdaki özgürlüklerin çoğunluğu özel sınırlama nedenleri içermektedir: kamu düzeni gibi, başkalarının hak ve özgürlükleri gibi, meslek sıralarının korunması gibi. Bu özgürlükler bakımından temel sorun, özel sınırlama nedeni ne kadar soyutsa aslında yargıcın yargısal takdir yetkisinin genişleme olasılığıdır. O yüzden iyi bir Anayasa koyucu, artık 20. yüzyıl sonrasında, hatta 1945 sonrasında insan hakları belgelerinin de ilerisine geçerek, sadece her bir özgürlüğün doğasına uygun biçimde ve o özgürlük için sınırlama nedenlerini daha da özel kılmalıdır. Yani bugün için İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde kamu düzeninin yer alması sayısız içtihatla birlikte bir anlam taşıyor olabilir. Ancak örneğin halen tartışılan yeni Anayasa sürecini düşünürsek, her bir hak ve özgürlüğün doğasına uygun, çok daha az, sınırlı ve özelleşmiş sınırlama nedenlerin Anayasa’da bulunması temel hak ve özgürlükler bakımından daha güvenceli bir konum sağlayabilir.

Bunun dışında, Anayasa’da sadece ve sadece sınırlama klozu içeren özgürlükler vardır. Sadece kanunla sınırlamaya gönderme yapan veya kanuna doğrudan gönderme yapan bazı düzenleme teknikleriyle de karşı karşıya kalıyoruz. Örneğin, Anayasa’nın 20. maddesinin son fıkrası “*kanunda öngörülen haller*” ya da 17. maddeye baktığımız zaman ikinci fıkrasında “*kanunda yazılı haller*”, kanuna doğrudan gönderme yapan, fakat hiçbir şekilde bir sınırlama nedeni veya düzenlemeye ilişkin gönderme yapmayan düzenleme tekniğidir. Bu düzenleme tekniği özü itibarıyla pratik uyum dediğimiz, söz konusu hak ve özgürlüğün bir başka hak ve özgürlük veya bir başka

anayasal değer ile çatışmasında dengelenmesini haklı kılacak anlayışa bizi götürür. Dolayısıyla pratik uyum ve dengeleme dediğimiz araç, pozitifleşmiş öz güvenceleri yoksa, sınırlama nedenleri açıkça tanımlanmamışsa ve sadece ve sadece kanunla düzenleme veya sınırlama ya da kanun referansı yapan özgürlükler bakımından geçerli olabilir. Özel sınırlama nedeni içeren özgürlüklerde bu tarz bir tartım mümkün değildir, gerekli de değildir. Oradaki dengeleme zaten özel sınırlama nedenleri üzerinden ölçülülük ilkesi ile yapılmak zorundadır.

Tabi bunun dışında, hiçbir sınırlama nedeni veya sınırlama klozu içermeyen özgürlükler de var. Söz gelimi, hak arama özgürlüğü ya da dilekçe hakkı. Bu gibi hak ve özgürlüklerde de pratik uyum ve dengeleme, yorumda ve somutlaştırmada geçerli araçlar biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Fakat bu grupta söz konusu araçların çok nadir ve dikkatli kullanılması; öte yandan sınırlamanın “*sıkı bir denetime*” tabi tutulması, hiç sınırlama anlayışı barındırmadıkları için önceliklidir.

Türkiye’deki anayasal normlardaki düzenleme teknikleri bunlarla sınırlı kalmamaktadır. Çünkü Türkiye’ye baktığımızda yansındaki yedinci başlıkta göreceğiniz gibi “*düzenleme, tespit, gösterme ya da belirtme*” klozu içeren özgürlükler de vardır. Eğer ek olarak özel sınırlama nedeni içermiyorlarsa, bu özgürlüklerin farklı kullanım biçimleri açısından, pratik uyum ve dengeleme karşımıza uygun araçlar olarak çıkabilir.

Bazı özgürlüklerde de, örneğin Anayasa’nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ilişkin düzenlemenin 2. fıkrasında “*tedbir alma yükümlülüğü*” yer almaktadır. Burada sınırlama nedeni göstermeden, devletin tedbir alma yükümlülüğüne bazı özel nedenlerle (örneğin sosyal amaçlar, örneğin milli ekonominin gerekleri) gönderme yapan düzenleme tekniği mevcuttur.

Sonuncu grup düzenleme tekniği, Anayasa’nın özgül müdahale biçimlerini ve esasların açıkça belirlediği temel hak ve özgürlüklerdir. Özellikle basın özgürlüğüne dikkatinizi çekmek isterim. Çünkü basın özgürlüğünde, basın özgürlüğüne yapılacak değişik müdahaleler (dağıtımın önlenmesi, yayım yasağı, toplatma, geçici olarak kapatma) dört tane olmak üzere belirtilmiştir. Bu tarz özgül tedbirlerin olduğu yerde müdahaleler, sınırlı sayıdadır ve artık ne yasa koyucu, ne yürütme ne anayasa yargıcı bu müdahalelerin sayısını yükseltebilir.

Gördüğünüz gibi bu tarz, yani normatif yapılar üzerinden bir kuram ve bir kurgu geliştirdiğimiz zaman her bir temel hak ve özgürlüğe ilişkin yaklaşımımızda nesnel ve

sınanabilir; doğrulukla uygulanabilir bazı araçlara sahip olabiliriz. Ancak dikkatinizi çekmek isterim ki bu araçlar da bütünüyle tartışmasız değildir. Öğretide pratik uyum, dengeleme ve özellikle Alexy kuramı bazı eleştirilere tabi olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Somutlaşmasındaki Bazı Tutumlarına İlişkin Gözlemler

Anayasa Mahkemesine baktığımızda yargısal tutumlar açısından oldukça değişken tutumlar sergilediğini görüyoruz. Özellikle 2001 sonrasında genel sınırlama nedenleri Anayasa'dan elendiği için özel sınırlama nedeni içermeyen özgürlükler sorunu daha fazla ön plana çıkmıştır. Anayasa yargıcı da burada elinde yeterli yöntemsel araç bulamamanın endişesiyle farklı yönde kararlar vermiş gözüküyor. Bu karar çeşitliliğine baktığımızda, bir dönem kararlarında “*özel sınırlama nedeni içermeyen özgürlüklerin sınırlanamazlığı*” tezini görüyoruz. Daha sonra, özel sınırlama nedeni içermeyen temel hak ve özgürlükler ile diğer temel hak ve özgürlüklerin çatışması veya özel sınırlama nedeni içermeyen özgürlüklerle anayasal değerlerin çatışması halinde, Anayasa Mahkemesinin başka bir tutum sergilemeye başladığını görüyoruz. Fakat bu tutumun da en sorunlu tarafı iyi örneklerle rağmen -hiç kuşkusuz iyi örnekler de var- üstün kamu yararı ve kamu düzeni gibi özel sınırlama nedenini çağrıştıran ve hiçbir Anayasa içi kanıtla gerekçelendirmediği bir takım referanslara başvurusudur. Anayasa Mahkemesi bunu aslında 1967 yılında da yapmıştı. İhtira Beratı Kanununa ilişkin içtihadında, ilaçlara patent verilebilir mi verilemez mi sorusunu tartışırken, bilim ve sanat özgürlüğü karşısına sağlık hakkını koyarak bir dengeleme yapabiliyordu. Ancak orada da soyut bir kamu yararı türetmiştir ve onu etkili anayasa içi referanslarla desteklemeden (1961 Anayasası madde 49'daki sağlık hakkını) üstün tutmuştur. Hiçbir Anayasa içi kanıtla desteklenmemiş üstün kamu yararı, kamu düzeni, kamu yükümlülüğü argümanından hareket edilmesi gerçek bir kanıtlamaya dayalı gerekçe oluşturulmadığı anlamına geliyor.

Konuya diğer anayasal değerler bakımından yaklaştığımızda, mahkemenin içtihadında zaman zaman bir özgürlükle bir ilkeyi dengelemeye çalıştığını görüyoruz. Sözelimi, çalışma özgürlüğü ile hukuk devleti ilkesinin ya da adil yargılanma hakkı ile yargıya ilişkin anayasal ilkelerin dengelenmeye çalıştığı örneklerin olduğunu görüyoruz. Bunlar aslında iyi örnekler, fakat bu örneklerde de “*karşılıklı etkileşim*”, yani söz

konusu hak ve özgürlükle ilke arasındaki karşılıklı ilişkiyi daha ayrıntılı bir kanıtlama sürecine tabi tutması daha uygun olurdu. Çünkü ancak bu şekilde özgürlüğü tüm boyutlarıyla ele alabilirdi.

Anayasa Mahkemesi içtihadında hak ve özgürlük çatışmalarına ilişkin eşsiz fırsatlar da Mahkemenin önüne gelmiş bulunuyor, fakat bunları kanımca iyi değerlendirilmiş bir içtihatla karşı karşıya değiliz. Bunlardan belki de en ilginç yansıda en sonra gördüğümüz tütün ürünlerinin tüketimine ilişkin içtihatdır. Bu içtihat aslında Anayasa Mahkemesi için mükemmel bir fırsattı, çünkü burada çok yönlü hak ve özgürlük çatışmaları vardı: Sigara içenlerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme haklarına dayalı özgürlüğü ile kahvehaneleri işletenlerin çalışma ve sözleşme özgürlükleri ve maddi ve manevi varlıklarını geliştirme özgürlüklerinin sigara içmeyenlerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme özgürlükleri ve sağlık hakları ile çatışması. Bu olayda o kadar güzel bir çatışma modeli var ki, bu modeli Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin derinlemesine somutlaşması için kullanabilirdi. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu çatışmalara yanıt arayacak bir yaklaşım yerine, kişinin başkalarına karşı ödevleri ve devletin kişiyi koruma yükümlülüğü üzerinden yola çıktığını görüyoruz. Anayasa Mahkemesinin sigara içenin, kahvehane işletenin veya sigara içmeyenin temel hak ve özgürlükleri üzerinden bu çatışmaları dengeleyecek pratik uyumlaştırma ve dengeleme diye adlandırdığımız kanıtlama araçlarını kullanabilecek bir tutum sergilemediğini; devletin sigara içmeyenleri ve halkın sağlığını koruma karşısındaki ödevine, buradan türetilen pozitif yükümlülüğe ve kişinin başkalarına karşı ödevlerine ağırlık verdiğini görüyoruz. Benzer yaklaşım, aynı düzeyde olmasa da esnek çalışma biçimlerine ilişkin içtihat da var. Ancak esnek çalışma biçimlerine ilişkin içtihat aslında pratik uyumun, dengelemenin; işçi, işveren, ekonominin gerekleri gibi argümanların daha başarılı şekilde kullanıldığını saptayabiliriz.

Bunlar dışında, sınırlı vakit nedeniyle bazı seçme konulara değineceğim. Özel sınırlama nedeni içeren temel hak ve özgürlüklerin yargısal yorum ve somutlaşmasında Anayasa Mahkemesinin başarılı örnekleri var. Bu başarılı örneklerde özellikle kamu düzeni gibi bir argümanı soyutluğundan kurtararak yer, konu ve zaman bakımından somutlaştırmaya gayret ederek inceliyor. 2007 yılındaki RTÜK'e ilişkin içtihadı veya zorunlu iskana ilişkin içtihadı bu konuda örnek verilebilir.

Anayasa Mahkemesi içtihadında 2001 sonrası en önemli eğilimlerinden biri, çalışma ve sözleşme özgürlüğündeki 48. maddenin 2. fıkrasındaki devletin tedbir alma

yükümlülüğüne ilişkin kararsızlığı olabilir. Bazı içtihatlarında burada özel sınırlama nedeni olduğunu varsayarken, bazı içtihatlarında tedbir alma yükümlülüğü üzerinden ve bir takım başka sistematik argümanlarla –Anayasa’nın diğer normlarına gönderme yaparak- sorunu çözmeye çalışıyor. İkinci yaklaşım, yani Anayasa madde 48/2’yi devletin tedbir alma yükümlülüğü çerçevesinde ve sosyal ve ekonomik hakların doğaları gereği sistematik yaklaşımla sosyal amaçlara atıfla yorumlanması, temel hak ve özgürlük alanını daha da derinleştirebilir. O yüzden Anayasa Mahkemesinin son zamanlarda daha sık gördüğümüz bu yaklaşımını, Anayasa madde 48 açısından sürdürmesinde yarar olabilir.

Öneriler ve Sonuç Gözlemleri

2001 Anayasa değişikliği sonrasında Anayasa Mahkemesi içtihadına baktığımız zaman, bir noktada aslında 2001 öncesinden hiç de farklı olmadığı saptanabilir. Bu temel nokta, Anayasamızda çok uzun yıllardır 1961 Anayasası geleneğinin bir uzantısı olarak var olan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına verdiği düşük önemdir. Oysa bu hak, diğer bütün temel hak ve özgürlüklerin ana hakkı olduğu için; diğer temel hak ve özgürlükler bundan türediği için ciddi bir somutlaşmaya ihtiyaç var. Söz konusu ana hakkın, özellikle bireysel özerklik ile ilintisi düşünülürse, sayısız örnekte Anayasa Mahkemesinin bu hakka başvurma imkanı vardı. Bu hakkın daha derin ve daha anlamlı bir şekilde kullanılmasında büyük yarar olduğunu düşünüyorum. Bireysel başvuru, her ne kadar İnsan Hakları Sözleşmesi temelinde yapılandırılmış olsa da, Mahkeme, Anayasa madde 17’nin Sözleşme’ye oranla daha açık biçimde sunduğu bireysel özerkliğin temeli olan bu hakkın derinleşmesine yönelmelidir. Böylelikle, Anayasa’nın insan ve birey yaklaşımının özgürlükçülük temelinde şekillenmesine de hizmet edilebilir. Eğer birey eksenlilik ve Sayın Başkanın sabahki konuşmasında değindiği gibi insan onuruna odaklanan bir yaklaşımın sergilenmesi bekleniyorsa, o zaman kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi hakkına önem verilmesi önceliklidir.

Bireysel başvuruyu, yukarıdaki gözlemlerim ve özellikle norm yapıları bağlamında düşündüğümüzde neler söylenebilir? Bir kere, normatif kurgular bize yöntem açısından nesnel olarak sınırlanabilir ipuçları verirler ve çoğunlukla da normların öz amaçları, yani telosları konusunda bilgi sunarlar. Normlara nasıl anlam katacağımızı, aslında biz o normun yapısından anlarız. Bir temel hak ve özgürlük normundaki

hak öznesinin “herkes” oluşuyla bir başka Anayasa normunda yargı veya yürütmeye ilişkin “herkes” arasında farklılık olabilir, çünkü normların telosları değişkenlik gösterebilir, kurgular farklıdır. Dolayısıyla bu noktada normların kurgularının yöntemsel referansları olduğunu bilmek, ama bunların teloslara ışık tutacağını kabul etmek gerekir. Bir başka ön kabul de hiç kuşkusuz Anayasa normlarının öz amaçlarının yorumlanmasında Mahkemenin uluslararası hukuka açıklık yönündeki içtihatlarında bulunduğunu gördüğümüz “özde uyum yaklaşımı”nın sürdürülmesi olmalıdır. Bu yaklaşım, Anayasa normları ile özellikle uluslararası insan hakları içtihatları sözleşmeleri, yargısal ya da yarı-yargısal kararlar arasında özde uyum olduğunu benimser. Özde uyum teloslardaki uyumdur.

Bir başka önemli nokta şu olabilir: Bireysel başvuruda bir risk olarak karşımıza çıkabileceği için bu noktayı vurgulamak istiyorum. Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında her ne kadar İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararlarına veya bazı başka insan hakları sözleşmelerine gönderme yapılsa da yapılan göndermenin, “görünüşte referans” olarak “görünüşte kanıtlama”ya hizmet ettiğini görüyoruz. Mahkeme bazı içtihatlarında her ne kadar uluslararası referansları kullanmış olsa dahi, o referansların telosundan uzak bir sonuca varmaktadır. Siyasi parti kapatma kararlarının azımsanamayacak bir kısmı bu yöndedir. Yine temel hak ve özgürlük alanına ilişkin bazı içtihatlarda da aynı durumu görüyoruz. Yakın tarihlerde İş Kanununda evli kadınının kıdem tazminatına ilişkin kararı, her ne kadar uluslararası belgelere gönderme yapsa dahi, onların telosu ile asla uyumlu görülemeyecek niteliktedir. Dolayısıyla, burada Mahkemeye düşen görev hem norm denetiminde hem bireysel başvuruda uyumlu bir şekilde uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve içtihatlarının teloslarını benimsemesi ve bunları tutarlı bir şekilde uygulamayı sürdürmesi olabilir.

Bu noktada artık sözlerime son veriyorum. İlginiz teşekkür ederek saygılarımı sunuyorum.



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



ISBN 978-625-99550-5-6



9 786259 955056 >

